



Número 15
2023

Revista Jurídica

da Seção Judiciária de Pernambuco

REVISTA JURÍDICA **da Seção Judiciária de** **Pernambuco**



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Pernambuco

Número 15
2023

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
CLAUDIO KITNER

Juíza Federal Vice-Diretora do Foro
AMANDA TORRES DE LUCENA DINIZ ARAÚJO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER – Diretor do Conselho Editorial
CLAUDIO KITNER
RODRIGO VASCONCELOS COELHO DE ARAÚJO
MARCOS ANTONIO MACIEL SARAIVA
BERNARDO MONTEIRO FERRAZ
FELIPE MOTA PIMENTEL DE OLIVEIRA
RAFAEL TAVARES DA SILVA

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretárias da Revista
SUZAN NATALLY VITORINO SILVA
LUANA SILVEIRA TUCCI

Revisão de Texto:
JORGELINA RIVERA

Capa
BANCO DE IMAGENS – DEPOSITPHOTOS - MBASTOS

Arte da Capa
MARIA LUÍZA BATISTA NEVES
SUZAN NATALLY VITORINO SILVA

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.jus.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 15 (2023) Recife, 2023

Anual

ISSN 1984 – 512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal **Fernando Braga Damasceno**

Vice-Presidente

Desembargadora Federal **Germana de Oliveira Moraes**

Corregedor

Desembargador Federal **Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho**

Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

Desembargador Federal **Fernando Braga Damasceno**

Desembargador Federal **Francisco Roberto Machado**

Desembargador Federal **Paulo Machado Cordeiro**

Desembargador Federal **Cid Marconi Gurgel de Souza**

Desembargador Federal **Rubens de Mendonça Canuto Neto**

Desembargador Federal **Alexandre Costa de Luna Freire**

Desembargador Federal **Élio Wanderley de Siqueira Filho**

Desembargador Federal **Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho**

Desembargador Federal **Roberto Wanderley Nogueira**

Desembargador Federal **Francisco Alves dos Santos Júnior**

Desembargador Federal **Sebastião José Vasques de Moraes**

Desembargadora Federal **Germana de Oliveira Moraes**

Desembargadora Federal **Joana Carolina Lins Pereira**

Desembargador Federal **Leonardo Resende Martins**

Desembargador Federal **Frederico Wildson da Silva Dantas**

Desembargador Federal **Leonardo Augusto Nunes Coutinho**

Desembargador Federal **Rodrigo Antônio Tenório Correia da Silva**

Desembargadora Federal **Cibele Benevides Guedes da Fonseca**

Desembargador Federal **Edvaldo Batista da Silva Júnior**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

Ubiratan de Couto Mauricio

Hélio Sílvio Ourem Campos

Frederico José Pinto de Azevedo

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto

Cesar Arthur Cavalcanti de Carvalho

Tarcísio Barros Borges

Ara Cárita Muniz da Silva Mascarenhas

Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo

Almiro José da Rocha Lemos

Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti

Tiago Antunes de Aguiar

Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio

José Baptista de Almeida Filho Neto

Carolina Souza Malta

Jorge André de Carvalho Mendonça

Flávio Roberto Ferreira de Lima

Frederico Augusto Leopoldino Koehler

Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz

Polyana Falcão Brito

Marília Ivo Neves

Allan Endry Veras Ferreira

Ivana Mafra Marinho

Kylce Anne de Araújo Pereira

Thalynni Maria de Lavor Passos

José Moreira da Silva Neto

Paulo Roberto Parca de Pinho

Joaquim Lustosa Filho

Claudio Kitner

Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo

Flávia Tavares Dantas

Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Azevedo
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Claudio Girão Barreto
Tarcísio Corrêa Monte
Bernardo Monteiro Ferraz
Luiz Bispo da Silva Neto
Felipe Mota Pimentel de Oliveira
Marcos Antonio Mendes de Araújo Filho
Danielli Farias Rabêlo Leitão Rodrigues
Liz Corrêa de Azevedo
Guilherme Soares Diniz
Fernando Braz Ximenes
Roney Raimundo Leão Otilio

Juízes Federais Substitutos:

Isaac Batista de Carvalho Neto
Augusto Cesar de Carvalho Leal
Rafael Tavares da Silva
Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti
Jaime Travassos Sarinho
José Joaquim de Oliveira Ramos
Marina Coffferri
Denis Soares França
André Jackson de Holanda Maurício Júnior
Adriana Hora Soutinho de Paiva
Camila Dechicha Parahyba
Arthur Nogueira Feijó

APRESENTAÇÃO

A Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco completa 15 anos em 2023. Nessa edição n.º 15 comemoramos o maior prêmio recebido em sua existência: a atribuição da inédita qualificação A4 no Qualis-Periódicos pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), o que abrange as publicações de maior impacto acadêmico, econômico e social.

A avaliação da Capes, que ocorre a cada quatro anos, é baseada na análise do cumprimento de critérios estabelecidos pela Comissão do Qualis-Periódicos, tais como: fator de impacto da revista; percentual de artigos de autores com título de doutor; exogenia na composição do quadro de autores; periodicidade e regularidade da publicação; composição do conselho editorial; submissão dos artigos ao sistema de dupla revisão cega por pares; número de artigos por publicação; dentre vários outros.

O Qualis-Periódicos do quadriênio 2017-2020 dividiu as publicações em três estratos, subdivididos em oito substratos: A (A1, A2, A3 e A4), B (B1, B2, B3 e B4) e C. Uma revista com classificação mais elevada no Qualis Periódicos atribui maior pontuação ao artigo nela publicado, seguindo a lógica de A1 como estrato mais elevado e C não pontuando. O sistema de pontos é essencial para a avaliação de docentes, discentes e programas de pós-graduação em todo o país. É crucial, por exemplo, para que um professor possa integrar o corpo docente de programas de pós-graduação *stricto sensu*; ou para que um aluno obtenha créditos especiais durante o curso de mestrado ou doutorado.

Foram 15 anos de muito esforço e dedicação de todos que integram a revista – servidores e juízes –, para que pudéssemos percorrer a jornada partindo do estrato C, passando pelo B4, até atingir o atual A4. O trabalho não vai parar por aí e sempre buscaremos avançar no aperfeiçoamento da nossa revista.

A edição n.º 15 traz como autores juristas das mais diversas carreiras jurídicas e regiões geográficas, com artigos de servidores, advogados, juízes e desembargadores de todo o Brasil, sendo um deles de autoria de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Isso demonstra que a revista extrapolou o âmbito da Justiça Federal de Pernambuco e impacta o país inteiro.

Do grande número de trabalhos enviados, foram selecionados 19 (dezenove) artigos de inegável qualidade, tratando de temáticas como: os processos estruturais e a crise prisional; a influência das fake news disseminadas nas redes sociais digitais nas decisões dos jurados no tribunal do júri; a eficiência da transação como método alternativo de resolução de conflitos; reflexões sobre como não incentivar os litígios previdenciários; o papel do Poder Judiciário no crescente processo de transferência de responsabilidade na judicialização dos conflitos; a captura do mecanismo de consulta pública na ANAC; patrimônio imaterial, consumo e tutela difusa da fauna na Constituição Federal de 1988; impenhorabilidade do bem de família; abordagem formal e material sobre a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime); a defesa do patrimônio cultural internacional e o caso do canhão El Cristiano; humanização como pilar da inovação para geração de valor público no Poder Judiciário; avaliação de políticas públicas do Judiciário: sistema socioeducativo brasileiro em tempos da pandemia de Covid-19; a (in)transmissibilidade das «declarações testemunhais anteriores» na perspectiva da psicologia do testemunho; o Caso Pinheiro: exemplo de uso adequado de métodos de resolução de conflitos em macrolitígios; gestão processual no mandado de segurança; a tutela dos direitos indígenas no controle concentrado de constitucionalidade; o sistema de precedentes e o déficit convencional brasileiro; o consentimento no tratamento dos dados pessoais. Pela primeira vez, a revista publica um artigo em língua inglesa, intitulado “Access to education as one of the manifestations of access to justice in its dimension of social inclusion”.

A Justiça Federal em Pernambuco está de parabéns mais uma vez pela continuidade e evolução da sua revista jurídica. O Conselho Editorial só tem a agradecer à Direção do Foro, pelo apoio de sempre, e aos servidores que colaboraram para a concretização do trabalho.

Como de costume, desejamos que a leitura possa produzir reflexões aptas ao avanço do conhecimento jurídico em nossa região e em nosso país.

Frederico Augusto Leopoldino Koehler

Juiz Federal Diretor do Conselho Editorial

SUMÁRIO

A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL NO ESTADO DO PARÁ E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS: UM CAMINHO POSSÍVEL?

Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade, Gisele Santos Fernandes Góes e João Paulo Santana Nova da Costa 13

GESTÃO PROCESSUAL NO MANDADO DE SEGURANÇA: CELEBRIDADE E EFETIVIDADE NA TUTELA CONTRA A ILEGALIDADE E O ABUSO DE PODER

André Luiz de Almeida Mendonça e Fernando Braz Ximenes 45

A INFLUÊNCIA DAS FAKE NEWS DISSEMINADAS NAS REDES SOCIAIS DIGITAIS NAS DECISÕES DOS JURADOS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Arthur Napoleão Teixeira Filho..... 69

ANÁLISE ECONÔMICA DA TRANSAÇÃO: A EFICIÊNCIA DA TRANSAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Daniel Damasceno Amorim Douglas 89

PATRIMÔNIO IMATERIAL, CONSUMO E TUTELA DIFUSA DA FAUNA: POR UMA DESCONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA NO COMBATE AO ESPECISMO E AO RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Daniel e Silva Meira, Leonio José Alves da Silva e Paulo Simplicio Bandeira 113

A (IN)TRANSMISSIBILIDADE DAS «DECLARAÇÕES TESTEMUNHAIS ANTERIORES» NA PERSPECTIVA DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

Daniele Liberatti Santos Takeuchi e Fernando Braga Damasceno 141

DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL: A CAPTURA DO MECANISMO DE CONSULTA PÚBLICA

Eduardo Henrique de Carvalho Franklin..... 159

O “PATRIMÔNIO DIFÍCIL” DO MERCOSUL: O CASO DO CANHÃO EL CRISTIANO

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto..... 171

O CASO PINHEIRO: EXEMPLO DE USO ADEQUADO DE MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM MACROLITÍGIOS

Frederico Wildson da Silva Dantas 187

A TUTELA DOS DIREITOS INDÍGENAS PERANTE O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: DIÁLOGOS COM O PENSAMENTO DE ERICK NAKAMURA

Gabriela Silva Ferreira, Thaís Fernanda Nascimento Pimentel e Pedro de Oliveira Alves..... 209

O SISTEMA PRECEDENTAL E O DÉFICIT CONVENCIONAL BRASILEIRO

Geraldo Furtado de Araújo Neto..... 233

HUMANIZAÇÃO COMO PILAR DA INOVAÇÃO PARA GERAÇÃO DE VALOR PÚBLICO NO PODER JUDICIÁRIO: O COMPROMISSO ÉTICO DO JUIZ COM O SER

Luciane Amaral Corrêa Münch e Jaqueline Reis Caracas 261

AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO JUDICIÁRIO: SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO EM TEMPOS DA PANDEMIA DE COVID-19

Marcus Vinícius Pereira Júnior 283

PARA ALÉM DE UM CONSENTIMENTO NAIFE UMA PERSPECTIVA ANALÍTICA CRÍTICA DO “CONSENTIMENTO” ESTAMPADO NA LGPD BRASILEIRA

Mario Filipe Cavalcanti de Souza Santos 303

OS CONTORNOS DELINEADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À REGRA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

Paola Borges Simas Silva 325

ACCESS TO EDUCATION AS ONE OF THE MANIFESTATIONS OF ACCESS TO JUSTICE IN ITS DIMENSION OF SOCIAL INCLUSION

Sergio Torres Teixeira e Renata Esteves Seabra e Silva 343

O TRIÂNGULO DRAMÁTICO NA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS: O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO CRESCENTE PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE

Taís Schilling Ferraz 355

REPENSANDO O CONTROLE JURISDICIONAL DA POLÍTICA PÚBLICA PREVIDENCIÁRIA: COMO NÃO INCENTIVAR O LITÍGIO?

Thiago Mesquita Teles de Carvalho **383**

GÊNESE DO PACOTE ANTICRIME: ABORDAGEM FORMAL E MATERIAL DA LEI N° 13.964/2019

Victor Hugo Andrade Araújo **405**

A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL NO ESTADO DO PARÁ E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS: UM CAMINHO POSSÍVEL?

THE CRISIS IN THE PRISON SYSTEM IN THE STATE OF PARÁ AND THE STRUCTURAL PROCESSES: A POSSIBLE WAY?

João Paulo Santana Nova da Costa

Pós-graduado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Pós-graduando em Direito Penal, Direito Processual
Penal e Direitos Humanos pela Escola Judicial do Poder
Judiciário do Estado do Pará
Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do
Estado do Pará

Agenor de Andrade

Mestre em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA)
Formador da Escola Nacional de Formação e
Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENFAM). Professor
e Coordenador do Curso de Pós-Graduação da Escola
Judicial do TJPA “Elder Lisboa”
Integrante do Centro de Inteligência do TJPA
Coordenador do 7º CEJUSC.
Juiz de Cooperação do TJPA

Gisele Santos Fernandes Góes

Doutora (PUC-São Paulo) e Mestre (UFPA) em Direito
Procuradora Regional do Ministério Público do Trabalho
Professora da Universidade Federal do Pará (UFPA)
Membro do Instituto Ibero Americano de Derecho
Procesal. Membro IBDP (Instituto Brasileiro de Direito

Processual). Membro da ABDPRO (Academia Brasileira de Direito Processual) Membro da ANNEP (Associação dos Professores de Processo das Regiões Norte e Nordeste do Brasil). Cofundadora do Projeto Mulheres de Processo Civil. Autora de livros e artigos jurídicos. Professora de cursos de pós-graduação no Brasil

RESUMO: Pretende-se debater a utilização do processo estrutural como forma mais adequada para o enfrentamento do litígio estrutural decorrente da realidade do sistema prisional brasileiro, em especial o do Estado do Pará. Assim, inicialmente faz-se uma breve análise dos dispositivos legais que resguardam a população carcerária sob a tutela estatal, passando pelo exame do alarmante cenário prisional, evidenciado por dados estatísticos e produção doutrinária, refletindo-se acerca da possibilidade de o Poder Judiciário determinar que o Poder Público adote providências para atenuar a crise na área. Por fim, são feitos comentários sobre a utilização do processo estrutural no âmbito da problemática do sistema prisional como um caminho possível de tutela mais adequada, com a apresentação de conceitos, características e experiências no direito comparado.

ABSTRACT: *It is intended to discuss the use of the structural process as the most appropriate way to face the structural dispute arising from the reality of the Brazilian prison system, in particular that of the State of Pará. Thus, initially a brief analysis is made of the legal provisions that protect the prison population under state supervision, passing through the examination of the alarming prison scenario, evidenced by statistical data and doctrinal production, reflecting on the possibility of the Judiciary to determine that the Public Power to adopt measures to mitigate the crisis in the area. Finally, comments are made on the use of the structural process within the scope of the prison system as a possible way of more adequate protection, with the presentation of concepts, characteristics and experiences in comparative law.*

INTRODUÇÃO

É lugar comum afirmar que o sistema prisional brasileiro se encontra em crise e que a situação não é animadora, em razão de suas condições, distantes dos preceitos legais contemplados na Constituição da República de 1988, da Lei de Execução Penal e das normas de direito internacional, que resguardam os direitos daqueles que se encontram no cárcere, sob a tutela do Estado.

São comuns os relatos (BRASIL, 2015) da existência de superlotação, de unidades insalubres em condições precárias de habitação, de domínio da violência, de coabitação de presos provisórios e presos em cumprimento de pena definitiva, sem qualquer separação por tipo de crimes, de deficiência assistencial e de inexistência/insuficiência de atividades que possam qualificar o custodiado para a vida em liberdade, afastam a pena do cumprimento de suas finalidades previstas na lei.

Registre-se que cada vez mais são desenvolvidos estudos sobre a intervenção do Poder Judiciário em situações que influenciam a atividade típica dos Poderes Executivo e Legislativo, sobretudo quando existem problemas estruturais, em que há um estado consolidado de desconformidade¹ com o ideal, nos quais se indicam o emprego do modelo de processo estrutural, que propõe uma nova forma de pensar a relação jurídica processual e técnicas processuais, a fim de atender as peculiaridades do caso concreto e, assim, tutelar de maneira mais adequada os bens jurídicos envolvidos.

O escopo do estudo, embora esteja localizado no âmbito das prisões, não é ingressar a fundo na seara da execução penal, tampouco debater acerca do acerto ou não do legislador na previsão do objetivo ressocializador da pena de prisão, mas sim, considerando as questões abordadas e dentro do limite acadêmico, em um primeiro momento, discorrer sobre a (im)possibilidade de intervenção jurisdicional do Poder Judiciário no campo do sistema prisional, tendo em vista que o problema carcerário não atinge somente o(a) cidadão(ã) preso(a) individualmente, mas sim toda a sociedade. Após, no momento seguinte, de forma mais específica, considerando a complexidade que permeia a situação, tecer-se-ão considerações sobre o processo

1 Segundo Didier, Zanetti Jr e Oliveira, é “uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal”. DIDIER JR; ZANETTI JR; OLIVEIRA In: ARENHART; JOBIM; OSNA, 2022. p. 462).

estrutural, a fim de aferir em que medida esse modelo de processo se mostra adequado para tratar a problemática do sistema prisional no Estado do Pará.

Com efeito, para o desenvolvimento da discussão e da resposta ao questionamento apresentado utilizar-se-á a metodologia bibliográfica documental, por meio de pesquisa teórica em fontes secundárias, quais sejam, as obras de doutrinadores e estudiosos sobre os temas analisados no artigo, além de relatórios sobre a questão carcerária e decisões do Supremo Tribunal Federal e do direito comparado a respeito do assunto, sendo o trabalho dividido em três tópicos. No primeiro, far-se-á uma exposição dos principais dispositivos da legislação pátria e do direito internacional que resguardam os direitos dos presos, seguindo-se do panorama da realidade prisional brasileira e do Estado do Pará, com o objetivo de, no segundo tópico, aferir-se a intervenção do Poder Judiciário se justifica ou não. Por fim, far-se-ão digressões sobre o modelo de processo estrutural, com a apresentação de conceitos, características e decisões judiciais do Poder Judiciário brasileiro e estrangeiro, como um caminho possível para se buscar a tutela mais adequada e efetiva dos direitos envolvidos na problemática questão carcerária, dentro da limitação do artigo acadêmico.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA PRISIONAL À LUZ DA LEGISLAÇÃO VIGENTE QUE BALIZA OS DIREITOS DOS PRESOS

A Constituição da República de 1988 – CRFB/88, que já se encontra na terceira década de vigência, é considerada um grande marco da consagração e prestígio dos direitos fundamentais e dotada de normatividade, ocupa uma posição central e de especial relevância no ordenamento jurídico (BARCELLOS, 2007, p. 10), tendo positivado valores, princípios e direitos considerados fundamentais, com o objetivo de protegê-los (CANOTILHO et al., 2018, p. 185-189), tendo em vista os episódios históricos de graves violações de direitos humanos (v.g. guerras e regimes autoritários) que a antecederam. Nas palavras de Paulo Bonavides, os direitos alçados à categoria de normas constitucionais visam “criar e manter pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana” (BONAVIDES, 1997, p. 514).

O art. 1º, III, da CRFB/88 apresenta como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, o qual, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, apresenta-se

como valor-guia para todo o ordenamento jurídico e como norma jurídica positivada, dotada de status constitucional, tanto na espécie de regra, a fim de determinar um comportamento positivo ou negativo por parte do Poder Público, quanto de princípio de maior hierarquia axiológica, devendo ser promovido e tutelado pelo Estado².

André Carvalho Ramos indica que ela corresponde “a uma qualidade intrínseca de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como asseguração condições materiais mínimas de sobrevivência” (RAMOS, 2015, p. 368).

Luis Roberto Barroso, por sua vez, destaca que “a dignidade da pessoa humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões” (BARROSO, 2009, p. 369).

Dentre os direitos fundamentais expressamente assegurados pela CFRB/88 com relação direta com a dignidade da pessoa humana, no que tange à temática do presente artigo, destacam-se, dentre outros: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, da CFRB/88); “não haverá penas cruéis” (art. 5º, XLVII, da CFRB/88); e “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, da CFRB/88). O respeito à integridade física e moral do preso, inclusive, já havia sido elevado pelo legislador ao patamar de constitucional na CFRB/67 (art. 150, §14, da CFRB/67), tendo sido posteriormente regulamentado pela Lei de Execução Penal, editada em 1984.

Saulo de Carvalho afirma que tais direitos se harmonizam com o princípio da humanidade, o qual corresponde a um desdobramento da dignidade da pessoa humana³. Consta-se que eles foram alçados à categoria de fundamentais e expressamente assegurados ao cidadão e possuem o status de cláusulas pétreas, conforme previsto no art. 60, §4º, III, da CFRB/88, razão pela qual não podem ser abolidos do texto constitucional e, segundo Kazuo Watanabe (WATANABE In: GRINOVER; WATANABE, 2013, p. 71), têm aplicação imediata, o que decorre do art. 5º, §1º, da CFRB/88.

A legislação infraconstitucional está em harmonia com os dispositivos constitucionais, no que se refere ao dever do Estado de assegurar o respeito à dignidade a pessoa humana e à integridade física e moral da população carcerária. A

2 CANOTILHO, J. J. Gomes et al. op. cit., p. 126.

3 CANOTILHO, J. J. Gomes et al. op. cit., p. 434.

título ilustrativo, o art. 38 do Código Penal - CP dispõe que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”⁴, o que é replicado no art. 40 da Lei de Execução Penal- LEP⁵.

A Lei de Execução Penal, além de deixar expresso o objetivo de integração social do preso (v.g. arts. 1º e 10), destaca o dever do Poder Público de prestar aos presos assistência material (art. 11, I), à saúde (art. 11, II), jurídica (art. 11, III), educacional (arts. 11, IV e 17), social (arts. 11, V e 22) e religiosa (art. 11, VI), além de dispor sobre a separação dos custodiados pelo tipo de prisão e de crime cometido (art. 84), bem como que o “estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade” (art. 85).

Há, também, atos normativos editados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão subordinado ao Ministério da Justiça incumbido de atuar na elaboração do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (art. 64 da LEP), como a Resolução nº 14/1994 (Regras Mínimas para Tratamento dos Presos) e a Resolução nº 09/2011 (Diretrizes básicas para a arquitetura prisional), por exemplo.

No âmbito do direito internacional, há inúmeras determinações que estabelecem regras visando a proteção dos direitos humanos da população carcerária, em consonância com a legislação pátria vigente, tais como: Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), *Standard Minimum Rules for The Treatment of Prisoners (1955)*⁶, *Body Principle for The Protection of All Persons under Any Form of Detention of Imprisonment (1988)*⁷, Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San José* da Costa Rica), e Regras de Mandela (2015) (BRASIL, 2016).

Vale ressaltar que parte das disposições internacionais acima citadas serviram de inspiração para a produção legislativa de vários países, inclusive no Brasil e, a despeito de algumas delas serem consideradas normas não vinculantes (*soft laws*), podem se tornar vinculantes, a depender da recepção no ordenamento legislativo

4 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

5 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

6 UNITED NATIONS. Standard Minimum Rules for The Treatment of Prisoners, 1955.

7 UNITED NATIONS. Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, 1988.

e jurídico⁸, como é o caso, por exemplo, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), celebrado em 1969 pelos países da Organização dos Estados Americanos e recepcionado pelo Brasil em 1992⁹.

Vê-se, portanto, que a CRFB/88, a legislação infraconstitucional (v.g. CP, LEP) e os enunciados de direitos internacional exaltam a dignidade da pessoa humana e tutelam os direitos daqueles que estão sob a custódia do Estado. Porém, em que pese a população carcerária contar com uma série de dispositivos constitucionais e legais, na prática se observa que as condições fáticas estão muito abaixo do ideal. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, no ano de 2021 o número de pessoas privadas de liberdade no Sistema Penitenciário brasileiro era de 815.165, enquanto o número de vagas era de 634.469, havendo um déficit de 180.696 vagas, o que corresponde à razão preso/vaga de 1,3 (BRASIL, 2022, p. 381).

Com esses números, o Brasil, hoje, tem a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China¹⁰. Analisando a evolução ao longo das décadas, observa-se que de 1995 até 2021, no Brasil, houve um aumento de aproximadamente 370% da população carcerária¹¹, fenômeno que é atribuído por Loic Wacquant à gradativa transição do Estado Social para o Estado Penitenciário a partir dos anos 90, de forma que, com o pretexto de manter a ordem e o perfeito funcionamento do sistema, passou-se a adotar uma postura mais punitiva (WACQUANT, 2001, p. 18), inclusive com o recrudescimento do poder punitivo estatal e do encarceramento, o que pode ser observado pela edição da Lei nº 8.072/1992 (Lei dos Crimes Hediondos), a título ilustrativo, o que vai ao encontro da confiança da sociedade moderna no cárcere, como forma de alcance da segurança tanto almejada (SEGARRA, 2019, p. 91).

No Estado do Pará, especificamente, segundo dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, em junho de 2022, a população carcerária era de 18.797 pessoas, para um total de 15.694 vagas, havendo

8 RAMOS, André Carvalho. op. cit., p. 212.

9 BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

10 Segundo base de dados disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: dez. 2022.

11 Segundo base de dados disponível em: <https://www.prisonstudies.org/country/brazil>. Acesso em: dez. 2022.

um déficit de 3.103 vagas, o que correspondia a uma lotação de aproximadamente 119,7%¹².

No cenário nacional, em 2021, 71,5% da população correspondia a presos condenados, e 28,5% a provisórios; 71% da população se considerava de cor/raça não branca; e 46,3% possuíam até 29 anos de idade¹³. No cenário estadual, em junho de 2022, aproximadamente 68,2 % da população carcerária correspondia a presos condenados, e 31,2% sem condenação; 77,7% da população se considerava de cor/raça não branca; e 59,1% possuíam até 29 anos de idade; 54,1% não completaram o ensino fundamental e 85,6% não completaram o ensino médio¹⁴.

No Estado do Pará, utilizando-se a mesma base de dados do SISDEPEN de junho de 2022, verifica-se que quanto à assistência prevista no art. 11 da LEP: em relação ao módulo de saúde (espaços mínimos), 44% das unidades não têm consultórios médicos, 25% não têm sala de curativo, sutura, vacinas e posto de enfermagem e 58% não têm farmácia ou sala de estoque de medicamentos; 23% não têm prestação sistemática de assistência jurídica gratuita, 31% não contam com atendimento jurídico gratuito da Defensoria Pública; 21% não têm módulo de educação; 71% não têm módulo de oficina; apenas 17,1% estavam em atividade laboral e 16,9% em atividade educacional.

Com essa breve exposição dos dados, é possível constatar o perfil do preso brasileiro e a distância entre o que determinam as leis e o que se observa no mundo dos fatos, em especial no Estado do Pará, tendo em vista que, muito embora as previsões constitucionais e legais que resguardam os direitos de quem vive no cárcere sejam louváveis, a realidade está aquém do que é previsto na legislação pátria e nas normas de direito internacional. Essa situação de distanciamento das disposições legais, todavia, não é novidade. Em 1991, pouco tempo depois da promulgação da CRFB/88, Sérgio Adorno já apontava a existência de “superlotação; condições sanitárias rudimentares; alimentação deteriorada; precária assistência médica, judiciária, social, educacional e profissional” (ADORNO, p. 70-71, 1991).

12 Dados disponíveis em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/PA/pa-junho-2022.pdf>. Acesso em: dez. 2022.

13 BRASIL, op. cit., p. 384

14 Dados disponíveis em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/PA/pa-junho-2022.pdf>. Acesso em: dez. 2022.

Fabrizio Dreyer de Ávila Pozzebon e Rodrigo Gringhelli de Azevedo, ao mencionarem a Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário de 2008¹⁵, destacam o que foi constatado em unidades prisionais de diferentes estados da federação: “a inexistência de água, luz, material higiênico, banho de sol; a existência de lixo, esgoto, ratos, baratas e porcos misturados com os encarcerados; presos doentes, sem atendimento médico, amontoados em celas imundas”, evidenciando uma realidade desumana e distante das condições mínimas adequadas¹⁶.

Entre os anos de 2015 e 2020, a organização internacional de direitos humanos Human Rights Watch reportou condições desumanas no sistema prisional brasileiro, decorrentes da superlotação, das condições sanitárias, da presença de facções criminosas, e da assistência deficitária, e destacou a ocorrência de casos de extrema violência que resultaram na morte de mais de uma centena de presos ocorridos no Complexo das Pedrinhas, localizado no Estado do Maranhão¹⁷, no Complexo Anísio Jobim, localizado no Estado do Amazonas, na Colônia Agrícola de Monte Cristo, localizado no Estado de Roraima (MUÑOZ), e no Centro de Recuperação Regional de Altamira (CANINEU), localizado no Estado do Pará¹⁸.

O episódio ocorrido no Complexo das Pedrinhas resultou na imposição de medidas ao Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH em 2014, oportunidade em que se assentou que o Estado tem o dever de zelar pela vida e integridade física dos presos, bem como de adotar as medidas necessárias para assegurar o respeito aos direitos fundamentais e, também “condições mínimas de detenção” compatíveis com a dignidade dos presos¹⁹. Ainda no ano de 2019, a CIDH indicou que apesar dos esforços envidados pelo Poder Público, a situação ainda era extremamente preocupante, o que continuava demandando mudanças estruturais

15 O relatório completo da CPI pode ser acessado em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: dez. 2022.

16 CANOTILHO, J. J. Gomes et al. Op. cit., p. 441-442.

17 HUMAN RIGHTS WATCH. World Report 2015. P. 116. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf. Acesso em: dez. 2022.

18 Relatório Mundial 2020, disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2020/country-chapters/336671#112d79>. Acesso em: dez. 2022.

19 Resolución de La Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2014, Medidas Provisionales respecto de Brasil, Asunto del Complejo Penitenciario de Pedrinhas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01.pdf. Acesso em: dez. 2022.

urgentes, mormente pela persistência do quadro de superlotação, de falta de acesso aos serviços assistenciais e de insalubridade²⁰.

No âmbito do Estado do Pará, em 29 de julho de 2019 aconteceu no Centro de Recuperação Regional de Altamira o episódio que ficou conhecido como o “Massacre de Altamira”, uma das maiores tragédias carcerárias depois do caso “Carandiru” ocorrido no ano de 1992, em que 58 presos foram mortos dentro da unidade, sendo que 16 destes foram decapitados, o que se atribui a uma briga entre facções. À época, noticiou-se a existência de superlotação, condições péssimas, insuficiência de agentes, além de outras deficiências estruturais (PAULUZE).

Após o fatídico caso de Altamira-PA, em 09 de setembro de 2019 foi determinada a interdição do Hospital Geral Penitenciário – HGP, com fundamento no art. 66, VIII, da LEP, após comunicação feita ao Juízo da Execução, por meio da qual se destacou a existência de superlotação (256 pacientes para 83 vagas), a falta de cuidados pelo Poder Público, o comprometimento das estruturas físicas, o déficit no corpo técnico (não havia sequer um médico no quadro), a inadequação das condições sanitárias, a ausência de leitos, a insuficiência de medicamentos, situação que foi atestada in loco pelo magistrado, oportunidade em que observou outras situações inadequadas (pacientes sem laudo e incidente de insanidade mental instaurado, demora na realização das perícias, longas internações, proliferação de doenças etc.), que violam também a Lei nº 10.216/2001. Com a interdição, o Juízo da Execução Penal determinou ao Poder Público a adoção de inúmeras medidas, as quais vem desde então sendo implementadas gradativamente e fiscalizadas pelo Poder Judiciário²¹.

Em pleno século XXI, os relatos remetem a John Howard que, no século XVIII, descreveu que em masmorras visitadas na Inglaterra e na Escócia, que serviam de prisão, “havia superpopulação carcerária, falta de condições de higiene e de salubridade, violência praticada pelas autoridades administrativas contra os presos, e de uns contra os outros” (BICUDO, 2015, p. 149).

20 Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de outubro de 2019, Medidas Provisórias a respeito do Brasil, Assunto do Complexo das Pedrinhas. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_03_por.pdf. Acesso em: dez. 2022.

21 As informações foram obtidas em consulta ao processo nº 2000028-30.2020.8.14.0401 e na Cartilha: Orientações para manejo de casos de pacientes judiciários à luz da Lei nº 10.216/2001, idealizada pelo Dr. Deomar Alexandre de Pinho Barroso, Juiz Titular da Vara de Execução Penal da Região Metropolitana de Belém.

Assim, diante do breve panorama apresentado, é possível se verificar a existência de sérios problemas nas unidades prisionais brasileiras, inclusive nas localizadas no Estado do Pará, os quais, embora já conhecidos e notórios há décadas, ainda subsistem, fazendo com que a realidade da população carcerária fique distante das previsões constitucionais e legais traçadas pelo Poder Legislativo, bem como que a pena não atinja os seus fins propostos de “retribuição proporcional, prevenção geral ou prevenção especial”²². Nesse passo, diante de tal cenário, mostra-se relevante discutir sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito do sistema prisional, questão que será abordada no próximo tópico.

2. COMENTÁRIOS SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL

No tópico anterior, foi evidenciado que a CRFB/88, a legislação infraconstitucional e as normas de direito internacional têm a dignidade da pessoa humana como ponto primordial e apresentam diversos dispositivos legais que tutelam os direitos das pessoas que estão encarceradas. Todavia, restou demonstrado que o cenário do sistema prisional brasileiro, inclusive no Estado do Pará, está distante das normas jurídicas mencionadas, o que, indubitavelmente, gera impactos negativos tanto para a pessoa encarcerada, quanto para toda a sociedade, em razão dos reflexos decorrentes da superlotação e da deficiência estrutural e assistencial, tais como, rebeliões, fugas, reincidência e não atingimento do objetivo ressocializador da pena.

É muito comum a existência de discussões sobre a (im)possibilidade de intervenção judicial na seara da saúde, da educação e da moradia, por exemplo, temas que já foram explorados à exaustão nos tribunais pátrios e pela doutrina. No entanto, ainda carece de simpatia popular a discussão sobre a (im)possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Público a adoção de medidas com o escopo de realizar melhorias nas unidades prisionais e nas condições de encarceramento, embora a matéria já tenha sido enfrentada pelos tribunais superiores, tendo em vista que tais mudanças acarretam gastos de verba pública, dentro de uma realidade com grande desigualdade social, conforme sustenta Fillipe Azevedo Rodrigues (RODRIGUES, 2021, p. 127-128).

22 CANOTILHO, J.J. Gomes et al, op. cit., p. 432.

Fato é que saúde, educação, moradia e sistema prisional têm em comum o fato de serem objetos de políticas públicas, as quais, segundo consenso doutrinário (Felipe Melo Fonte, Vítor Burgo, Ada Pellegrini Grinover, Ana Paula Barcellos e Maria Paula Dallari Bucci), consistem em meios utilizados pelo Estado para a concretização e efetivação de direitos fundamentais (e os não fundamentais), em especial daqueles que dependem de ação do Poder Público para a sua promoção.

A definição de prioridades e a elaboração de políticas públicas, em regra, fazem parte das competências típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, ficando o último da implementação daquelas²³. No âmbito do sistema prisional em nível nacional, especificamente, o CNPCP participa da formulação das políticas públicas (art. 64 da LEP), e o DEPEN é órgão executiva que assiste as unidades federativas (art. 72 da LEP), além de ser o gestor dos recursos do Fundo Nacional Penitenciário - FUNPEN. Ocorre que, por vezes a atuação de tais Poderes se mostra insuficiente e aquém das disposições legais e das legítimas expectativas²⁴, o que leva a discussão ao âmbito do Poder Judiciário.

Não se desconhece, entretanto, que essa questão gera tensão entre os Poderes da República, diante do princípio da separação das funções dos poderes expresso no art. 2º da CRFB/88, que tem como dos seus idealizadores Montesquieu (MONTESQUIEU, 1995, p. 118-119), e foi consagrado no século XVIII no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento que representou uma verdadeira “virada histórica do gênero humano”, segundo Norberto Bobbio (BOBBIO, 2004, p. 40).

Ademais, outros argumentos como a (i)legitimidade democrática; a ausência de expertise técnica dos juízes; a limitação do debate no Poder Judiciário; e a reserva do possível, pela insuficiência de recursos financeiros, são outros argumentos que são frequentemente utilizados por aqueles que são contrários à intervenção judicial na área (BARROSO, p. 11, 2012).

O princípio da tripartição dos poderes é, sem dúvida, essencial para a harmonia do Estado Democrático de Direito. Porém, diante da evolução da sociedade, que se torna cada vez mais complexa, da mudança do papel do Estado do século XVIII até o

23 CORTEZ In: GRINOVER; WATANABE. op. cit., p. 286-287.

24 A título ilustrativo, ver: BRASIL, Controladoria Geral da União. Ministério da Transparência avalia execução da política de redução do déficit carcerário. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/ministerio-da-transparencia-avalia-execucao-da-politica-de-reducao-do-deficit-carcerario>. Acesso em: jan. 2023.

século XXI, da ascensão da Constituição ao posto de texto legal mais importante do ordenamento jurídico²⁵ e da consagração dos direitos fundamentais, tal princípio não pode mais ser interpretado como a existência de uma barreira rígida e intransponível entre os órgãos, tal como à época em que foi concebido pelo pensador iluminista, mas sim como forma de possibilitar o controle recíproco entre eles, proporcionando a existência de “um legislativo forte com um executivo forte e um judiciário forte”, com ensina Mauro Cappelletti (CAPPELETTI, 1993, p. 54), evitando-se situações de concentração e abuso de poder ou desrespeito das normas legais.

Diferente das Constituições brasileiras de 1934, 1937 e 1967, a Constituição da República de 1988 não veda o Poder Judiciário de conhecer e julgar questões exclusivamente políticas. Kazuo Watanabe sustenta que a figura do julgador como mero “boca da lei” não mais subsiste, diante das atribuições conferidas ao Poder Judiciário pela CRFB/88, dentre elas o controle de leis e atos do Poder Público²⁶, não podendo se olvidar do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Edilson Vitorelli, ao discorrer sobre a legitimidade da intervenção judicial, destaca que o juiz não pode ignorar as normas legais vigentes e simplesmente aguardar o cumprimento delas pelo Poder Público, podendo determinar o cumprimento dos comandos legais (VITORELLI, 2022, p. 112-113).

Além disso, quanto ao argumento da legitimação democrática, como destaca Owen Fiss, a democracia não se limita à visão sucinta de vontade majoritária, porquanto a atuação do Poder Judiciário no sentido de assegurar o respeito aos direitos fundamentais e dar voz à minoria excluída dos processos eleitorais (FISS; OWEN In: ARENHART; JOBIM; OSNA, 2022, p. 39-40), mesmo que contrária a vontade da maioria, em verdade, fortalece os princípios democráticos, isso sem se considerar que a classe política está cada vez mais distante dos desacreditados eleitores (SARMENTO) e menos representativa²⁷.

Ainda, segundo Daniel Sarmento, a democracia “pressupõe também a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, de molde a permitir que cada um forme livremente as suas opiniões e participe dos diálogos políticos travados na esfera

25 BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 15.

26 WATANABE, Kazuo. op. cit., p. 402.

27 BOBBIO, Noberto. op. cit, p. 64.

pública”²⁸, havendo uma relação circular entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Sérgio Cruz Arenhart, Marco Felix Jobim e Gustavo Osna apontam a dificuldade encontrada na tutela dos interesses das minorias e o relevante papel do Poder Judiciário para concretizar os direitos delas, ao exercer o seu papel contramajoritário, diante da inércia dos demais Poderes, os quais dependem do respaldo da maioria, por meio do voto (JOBIM; ARENHART; OSNA, 2021).

A população carcerária, como já mencionado, não goza da simpatia da sociedade em geral, sobretudo pelo quadro de desigualdade social existente no país, como observa Andrew Coyle (COYLE, 2009, p. 44). Isso, aliado à previsão do art. 15, III, CRFB/88, que retira do condenado o direito ao voto, faz com que ela não esteja dentro das principais prioridades da classe política. Elionaldo Fernandes Julião, citando a pesquisa realizada por Laura Frade, relata que entre o ano de 2003 e o início de 2008 foram apresentadas 646 (seiscentos e quarenta e seis proposições) parlamentares relacionadas ao crime, sendo que quase a totalidade tinha por finalidade o agravamento de penas, e apenas 20 (vinte) delas se destinavam a causar melhorias às condições dos presos e à ressocialização (JULIÃO, 2020, p. 44).

Todavia, a impopularidade do tema, por si só, não permite que a situação impraticável do sistema prisional de grave violação aos direitos fundamentais/humanos (art. 1º, III; art. 5º, III, XLVIII e XLIX, da CRFB/88) e o histórico descaso do Poder Público²⁹ se perpetue. É importante ressaltar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet no rumo de que o fato de uma determinada pessoa ter cometido um crime ou estar custodiada não a torna menos merecedora de um tratamento digno por parte do Estado, nem a rebaixa à mera “coisa”, uma vez que a Constituição da República resguarda o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais a todos, sem qualquer distinção (SARLET, 2015, p. 53).

A superlotação aliada às precárias condições estruturais quase sempre existentes nos estabelecimentos prisionais brasileiros, inclusive no Estado do Pará, acentua os efeitos negativos do encarceramento (HANEY, 2006, p. 265-269) e pode gerar uma série de consequências indesejáveis, dentre as quais, segundo estudos realizados, destacam-se: o distanciamento do cumprimento dos objetivos da pena, a proliferação

28 SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 8.

29 CANOTILHO, J. J. Gomes et al. op. cit., p. 441.

de doenças infectocontagiosas³⁰ e o domínio dos cárceres pela violência (BIERIE, 2011, p. 338-355), o que expõe os presos à lesões físicas decorrentes de brigas, motins, agressões físicas e sexuais; homicídios; danos à saúde; e também a danos morais, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal³¹.

Sobre a importância da estruturação das unidades prisionais, Fillipe Azevedo Rodrigues pontua que “a estruturação de unidades penais que cumpram os requisitos físicos e de pessoal peculiares a cada regime de cumprimento de pena é um dever do Estado, sobretudo porque cumpre papel importantíssimo no processo de ressocialização”³². No mesmo direcionamento, Gabriela Segarra afirma que a ressocialização do detento não depende unicamente dele, mas de uma soma de fatores, tais como “um sistema carcerário digno, com estrutura física e mental adequada, funcionários preparados, sociedade sem preconceitos”³³.

Para alguns autores, como Kazuo Watanabe³⁴, a simples existência de situação em que um direito fundamental respaldado pela dignidade da pessoa humana esteja abaixo do mínimo existencial, como é o caso da população carcerária, autorizaria a intervenção judicial, sem óbice do argumento da reserva do possível. Ada Pellegrini Grinover³⁵, por sua vez, entende que a existência de déficit orçamentário não impede que o Poder Judiciário determine a inclusão da verba necessária na próxima proposta orçamentária ou até mesmo na atual, diante da possibilidade da transposição de verbas.

Daniel Sarmento, a seu turno, defende que a questão orçamentária é relevante e não pode ser deixada de lado, devendo-se analisar a razoabilidade da pretensão³⁶, ainda que haja disponibilidade financeira, posicionamento que se mostra mais prudente, considerando que toda a atividade estatal demanda custo, de forma que o dispêndio da verba deve ser realizado da forma mais racional e responsável possível, em atenção ao princípio da eficiência, consagrado no art. 37 da CRFB/88.

30 COYLE, Andrew. op cit., p. 39.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, Voto do Min. Teori Zavascki.

32 RODRIGUES, Fillipe Azevedo, op. cit., p. 127.

33 SEGARRA, Gabriela, op. cit., p. 100.

34 WATANABE, Kazuo. op. cit., p. 223.

35 GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 138-139

36 SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 21-22.

O argumento do déficit orçamentário é usualmente utilizado pelo Poder Público em casos envolvendo a determinação de adoção de medidas concretizadoras de direitos, muitas vezes sem provas, inclusive³⁷. Não obstante, em relação ao sistema prisional, a fim de afastá-lo, cumpre destacar que foi divulgado que bilhões de reais destinados aos estados pelo FUNPEN encontravam-se sem uso, seja por estarem contingenciados, o que inclusive foi objeto da decisão proferida na ADPF 347³⁸, seja pela assistência técnica deficiente por parte do DEPEN, ou até mesmo pelo fato de os entes federativos não atenderem aos requisitos necessários para o repasse (deficiência de projetos, não execução etc.)³⁹.

Em novembro de 2022, noticiou-se que a Ministra Rosa Weber do Supremo Tribunal Federal cobrou o cumprimento da decisão proferida pela Corte constitucional em 2015 na referida ação, a fim de que fossem disponibilizados R\$ 230.000.000,00 (duzentos e trinta milhões de reais) para o sistema prisional⁴⁰. Fillipe Azevedo Rodrigues, ao refletir sobre o tema, destaca para a malversação dos recursos públicos, pois a realidade das unidades penitenciárias se apresenta extremamente miserável e distante das despesas provisionadas⁴¹.

Por certo, questões orçamentárias não devem sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, porém de nada adianta uma decisão judicial sem que haja meios suficientes para prover a sua execução posterior, sob pena de se ter um provimento judicial inexecutável, que somente servirá para desacreditar a função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário⁴².

Não se desconhece da divisão de funções entre os órgãos, tampouco a competência *prima facie* do Executivo e do Legislativo para a questão da seleção

37 Fundo Penitenciário completa 20 anos sem atingir suas metas. Disponível em: <https://domtotal.com/noticias/index.jsp?id=710037>. Acesso em: dez 2022.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADF 347 MC/DF, do Tribunal Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgado em 09/09/2015, Publicado em 19/02/2016; RE nº 592.581/RS, do Tribunal Pleno, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 13/08/2015, Publicado em 01/02/2016.

39 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo Relatório de Auditoria nº 020.748/2014-0, Relator: Min. Vital do Rêgo, julgado em 02/08/2017.

40 Rosa Weber cobra liberação de mais de R\$ 230 milhões para sistema prisional. Disponível <https://noticias.uol.com.br/colunas/carolina-brigido/2022/11/22/rosa-weber-cobra-liberacao-de-mais-de-r-230-milhoes-para-sistema-prisional.htm>. Acesso em: jan. 2023.

41 RODRIGUES, Fillipe Azevedo. op. cit., p. 129.

42 CORTEZ, Luís Francisco Aguilar, op. cit., p. 294.

de prioridades, elaboração e implementação de políticas públicas. Não se defende, também, que o Poder Judiciário, por conta própria, elabore o plano ou programa e o detalhamento da ação do Estado. A própria Administração Pública tem conhecimento da problemática⁴³ e seus planos de ação indicam os pontos de interesses, as medidas a serem tomadas, e a previsão dos resultados, sendo prescindível a atuação criativa exclusiva por parte dos julgadores. Todavia, por vezes as diretrizes existem, mas por motivos de desinteresse público não são concretizadas, apesar da existência de recursos financeiros.

Deste modo, havendo uma situação calamitosa de reiterada violação de direitos, sobretudo de uma população que está no ponto cego dos políticos e até mesmo de grande parte da sociedade, entende-se ser plenamente possível a intervenção judicial, seja para que se realizem medidas anteriormente previstas, ou para que se determine a adoção de providências para, pelo menos, atenuar a situação de notória ilegalidade, sem que haja ofensa ao princípio da separação dos poderes, o que encontra respaldo no entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴, do Supremo Tribunal Federal⁴⁵ e do Tribunal de Justiça do Estado do Pará⁴⁶.

Feitos tais esclarecimentos, pode-se concluir que a intervenção judicial é possível, encontra respaldo na CRFB/88 e reforça os princípios democráticos. No entanto, diante dos inúmeros fatores relacionados à problemática do sistema prisional, o modelo convencional de processo, sob a ótica adversarial, pode mostrar-se insuficiente, razão pela qual analisar-se-á no próximo tópico a adoção do modelo de processo estrutural como meio mais adequado para o tratamento da matéria.

43 A propósito, ver: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023), p. 80-81, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf. Acesso em: jan. 2023.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.637.827/PR, da 2ª Turma, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgado em 13/12/2016, Publicado em 19/12/2016.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADF 347 MC/DF, do Tribunal Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgado em 09/09/2015, Publicado em 19/02/2016; RE nº 592.581/RS, do Tribunal Pleno, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 13/08/2015, Publicado em 01/02/2016.

46 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, AP nº 0006857-43.2009.8.14.0051, da 5ª Câmara Cível, Relatora: Des. Diracy Nunes, Julgado em 04/12/2014, Publicado em 04/12/2014.

3. REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO ESTRUTURAL

Com o advento da CRFB/88, que trouxe uma gama de direitos alçados à categoria de fundamentais, e o constante aumento da complexidade das relações sociais, diversas questões não antes pensadas pelos operadores do direito passaram a ser levadas aos Tribunais, para as quais o modelo convencional de processo, dentro da perspectiva individual e patrimonial, mostrou-se insuficiente.

O legislador até editou leis específicas para tratar de procedimentos envolvendo a tutela de direitos transindividuais (v.g. Lei da Ação Popular, Lei da Ação Pública, Código de Defesa do Consumidor, dentre outras), o que, por si só, não foi suficiente para enfrentar determinadas situações de multipolaridade e maior complexidade, em razão das múltiplas possibilidades de tutela e desdobramentos possíveis, com a reiterada violação de direitos.

Destarte, doutrinadores como Sérgio Arenhart, Marco Félix Jobim, Edilson Vitorelli, Hermes Zaneti e Fredie Didier Jr., dentre outros, vêm defendendo e difundindo a utilização de um modelo de processo estrutural para a adequada tutela de tais situações, com a flexibilização procedimental, um efetivo e democrático contraditório, a ampla participação dos atores envolvidos e de terceiros que possam colaborar com a identificação dos contornos dos litígios e das possíveis soluções (v.g. profissionais técnicos, *amicus curiae*, dentre outros), o fomento da utilização de métodos consensuais de resolução adequada de litígios, o emprego de uma condução dialógica, e um enfoque prospectivo.

Não se trata de uma nova classificação processual, esclareça-se, e sim de um modo de condução do processo, a partir das peculiaridades de cada caso concreto. Segundo Edilson Vitorelli, o processo estrutural é necessariamente um processo coletivo, que tem por objetivo, pela via judicial, “a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo que funciona, originando um litígio estrutural”⁴⁷, sendo que a finalidade de rearranjo e recomposição de determinada estrutura encontra ressonância nos conceitos apresentados por Sérgio Arenhart, Marco Felix Jobim e Gustavo Osna⁴⁸.

47 VITORELLI, Edilson. op. cit., p. 69.

48 JOBIM, Marco Felix, op. cit, RB-2.7.

Nas palavras de Edilson Vitorelli, os litígios estruturais são conceituados como “litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, significativa penetração social, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo”⁴⁹. Elucida, ainda, que tal violação não decorre de apenas um único ato isolado, mas do funcionamento de uma estrutura, “do qual deriva um padrão reiterado de violações a direitos, que cria, fomenta ou viabiliza o conflito”⁵⁰. Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, apresentam conceituação semelhante, porém utilizam a expressão “problema estrutural”⁵¹, e entendem que este pode ser objeto de ações individuais ou coletivas, o que também é seguido por José Henrique Mouta e Bernardo Augusto do Costa Pereira⁵².

Pode-se afirmar que o processo estrutural é um “processo-programa”, pois, por meio dele, após o diagnóstico do litígio estrutural existente, elaborar-se-á um plano, preferencialmente construído pelos próprios envolvidos, para ser implementado de forma contínua e progressiva ao longo de um determinado período, com vistas para o futuro, a fim de que se obtenha um novo status quo. Esse plano será avaliado periodicamente e, se for o caso, readequado, até que se atinja o resultado esperado⁵³.

A ideia é que a prolação da sentença, em sua concepção do art. 203, §1º, do CPC/15, não necessariamente acarreta o término da atividade cognitiva, com a subsequente instauração de uma fase executiva meramente adjudicatória, e sim cria uma relação duradoura, na qual inevitavelmente haverá uma série de atos, que eventualmente ajustarão as direções a serem seguidas⁵⁴. Sérgio Arenhart sugere o manejo do que chama de “decisões em cascata” (ARENHART, 2013, p. 400), no sentido de que primeiro se profere uma decisão para que sejam limitadas e traçadas as diretrizes, com caráter mais genérico (“decisão-núcleo”, também chamada de

49 VITORELLI, Edilson. op. cit., p. 60.

50 Ibidem, p. 68

51 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria., op. cit., p. 462.

52 MOUTA, José Henrique; PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. Processos estruturantes, ativismo judicial e separação de poderes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-27/opiniao-processos-estruturantes-ativismo-judicial>. Acesso em: jan. 2023.

53 VITORELLI, Edilson, op. cit., p. 74.

54 JOBIM, Marco Felix, op. cit., RB-2.2.

«decisão de primeira impressão»⁵⁵), a qual será seguida por outras decisões ulteriores para dirimir problemas e questões pontuais, advindas da concretização daquela, ou até mesmo para determinar alguma nova prática⁵⁶.

Da mesma forma, Fredie Didier Jr., Hermes Zanetti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, sustentam a existência de um procedimento bifásico, por meio do qual, inicialmente há o reconhecimento e a delimitação do problema, com a prolação de uma decisão com conteúdo programático, seguido do estabelecimento do programa ou do plano de reestruturação a ser seguida da implantação de forma escalonada das medidas necessárias para que se atinja as metas estabelecidas⁵⁷.

Eduardo Peixoto da Cunha França menciona o termo “sentença estrutural dialógica” empregado por Susan Sturm, que envolve a efetiva participação dos grupos afetados, com a possibilidade de influenciar na decisão; o fomento da cooperação e do consenso; a observância das competências funcionais e a imparcialidade com a diminuição de vieses cognitivos; a existência fundamentação adequada; e a capacidade de tutelar os direitos fundamentais em jogo (FRANÇA, p. 396-398, 2022). Após, destaca a necessidade de que se busque um meio termo entre uma decisão genérica e uma decisão pormenorizada, bem como que se tenha flexibilidade não só na fase de cognição, mas também na fase executiva, pois uma postura mais formalista, distante do cumprimento e dos entraves no caminho, poderá tornar menor a chance de êxito da execução⁵⁸.

Deve-se pontuar que o processo estrutural e os litígios estruturais não são novidades no mundo jurídico. Nos meados do século XX, os denominados “*structural litigations*” chamaram a atenção nos Estados Unidos⁵⁹. No ano de 1947, o jornalista Arthur Schlesinger Jr, no artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, veiculado na revista *Fortune*, introduziu o termo “ativismo judicial” (*judicial activism*) e descreveu como “ativistas” os juízes da Suprema Corte Americana (*Justices Black, Douglas, Murphy e Rutlege*) que utilizavam a atividade jurisdicional para efetivar os seus entendimentos de justiça social, ao contrário de outros juízes (*Justices*

55 VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Novas técnicas decisórias nos processos

56 JOBIM, Marco Felix, op. cit., RB-6.1.

57 DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. op. cit., p. 474.

58 Ibidem., p. 400.

59 VITORELLI, op. cit, p. 60.

Frankfurter, Jackson e Burton), que eram mais rígidos, conservadores e optavam pela não interferência em questões que envolviam as atividades dos Poderes Legislativo e Executivo, forma de atuação que é chamada de “autocontenção judicial” (*self restraint*) (KMIEC, p. 1441-1477, 2004).

Nos anos 50, foi analisado o célebre caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que versava sobre a segregação racial escolar (doutrina do “separate but equal”). Após a decisão, a Suprema Corte Americana incumbiu os juízes locais de supervisionar o cumprimento da decisão e adotar as diligências necessárias ao seu cumprimento, não só no âmbito do sistema público de educação, mas em todas as instituições públicas, incluindo as prisões, o que ficou conhecido como “*Brown II*” (SCHLANGER, p. 552, 2006).

Não tardou e, com o movimento dos direitos sociais tendo a judicialização como motor das mudanças sociais, as chamadas “structural reform litigation” chegaram a outras áreas, inclusive no sistema prisional americano. A partir dos anos 60 se observou uma movimentação no Poder Judiciário norte-americano em ações⁶⁰ que buscavam assegurar condições adequadas nas prisões, à luz da oitava emenda da Constituição norte-americana de forma que no ano de 1983, 24% das prisões estaduais norte-americanas estavam sob ordem judicial (SCHLANGER, 1999, p. 2003-2004), e em 1993 ações do tipo tramitavam em pelo menos 40 estados (LIMA, p. 170-186, 2020).

O grupo de casos conhecido como *Holt v. Sarver* é considerado como um dos mais célebres, paradigmáticos, e precursor do chamado “prison reform litigation”. Tramitou entre os anos de 1969 e 1982, e questionou a constitucionalidade de todo o sistema prisional do estado do Arkansas, visando a sua mudança substancial, em razão das condições às quais estavam submetidos os presos (v.g. superlotação, trabalho excessivo, atendimento médica e material precária, ausência de educação e reabilitação, insuficiência de agentes prisionais, ocorrência de abusos sexuais, mortes violentas e torturas)⁶¹.

60 Alguns dos casos: *Pugh v. Locke* (Alabama), *Bell v. Wolfish* (Nova Iorque), *Rhodes v. Champman* (Ohio), *Ruiz v. Estelle/Johnson* (Texas), *Shumate v. Wilson* (Califórnia), *Madrid v. Gomez* (Califórnia), *Ramos v. Lamm* (Colorado), *Branson v. Winter* (Califórnia), *Plata/Coleman v. Brown* (Califórnia).

61 VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. op. cit., p. 651-653.

Jordão Violin em trabalho que expõe a realidade das unidades, o contexto histórico dos casos, e os pormenoriza, indica a utilização pelo Juiz Henley, ao longo de mais de uma década, de medidas supramencionadas, notadamente as decisões iniciais mais abertas, as quais fixavam o valor fundamental (“proibição de tratamento cruel e incomum”), delimitavam os problemas, determinavam a apresentação de plano de ação de acordo com as metas fixadas como toleráveis, sucedidas por decisões complementares com determinação de realização de providências específicas, ao longo do tempo⁶².

No âmbito da América Latina os processos estruturais também se apresentam, havendo conhecidos casos na Corte Constitucional Colombiana sobre diversos temas (saúde, reforma do sistema penitenciário, habitação, dentre outros), onde consagrou o termo estado de coisas inconstitucionais, consistente em “situação estrutural que lesiona direitos de um número amplo e indeterminado de pessoas”⁶³. Na Sentença T-153 proferida por aquela Corte, determinou-se aos órgãos públicos competentes a elaboração de um plano de reconstrução do sistema prisional colombiano, o que foi feito e durante a execução foram observados resultados positivos, porém ao término, indicadores negativos voltaram, o que se atribui à falta de mecanismos efetivos de acompanhamento das determinações judiciais⁶⁴.

No Brasil, a situação do sistema prisional brasileiro foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como estado de coisas inconstitucional, no âmbito da ADPF nº 347, oportunidade em que se determinou a adoção de medidas concretas, tais como a realização de audiências de custódia e o descontingenciamento de verbas do FUNPEN. Não há dúvidas que se trata de um litígio estrutural, embora, segundo Edilson Vitorelli, não se tenha vislumbrado efetivamente até o momento a adoção de mecanismos de um modelo de processual estrutural na sua condução⁶⁵. Vale informar, no entanto, que em dezembro o Supremo Tribunal Federal criou o Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos – CADEC/STF, por meio da Resolução nº 790/2022, órgão que certamente terá participação ativa no feito e que poderá influenciar da adoção de tal prática pelos tribunais pátrios.

62 Ibidem, p. 665-667

63 SARAIVA, Carolina Barros., op. cit., p. 268.

64 Ibidem, p. 290.

65 VITORELLI, op. cit., p. 508-513.

Os dados apresentados no tópico anterior demonstram que no Estado do Pará existe superlotação carcerária e deficiência assistencial nas unidades prisionais. Ainda, mencionou-se, de forma exemplificativa, situações de extrema violência no presídio de Altamira-PA e de condições desumanas no Hospital Geral Penitenciário, o qual atualmente se encontra interdito para a entrada de novos internos. Como também foi desenvolvido anteriormente, situações como essas podem dar ensejo a ações judiciais com o objetivo de fazer valer os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais destacados no tópico inicial, diante da inércia dos outros Poderes. Com base nos conceitos trabalhados no presente item, verifica-se que a configuração de situação de violação reiterada de tais direitos pode ser considerada como um litígio/problema estrutural que, pela complexidade que a permeia, permite, em tese, a utilização do modelo de processo estrutural para a imposição de medidas estruturais concretas ao Poder Pública, a fim de direcioná-lo para o cumprimento dos preceitos legais e constitucionais.

Isso porque ao julgador incumbido de analisar tal demanda hipotética, caberá dirimir questões como superlotação, necessidade de obras na estrutura física, criação de vagas de estudo e trabalho, além da insuficiência de servidores, por exemplo. São matérias, portanto, que têm complexidade e demandam a atuação de diversos setores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com inúmeras possibilidades. A título ilustrativo, pode-se determinar a realização de obras para ampliação da unidade e adequação das condições sanitárias; a contratação de servidores de diversas áreas; interdição, com o impedimento do recebimento de novos presos; a transferência de presos; a estruturação da unidade para ampliação da oferta de estudo em emprego; a inclusão de previsão de despesa no orçamento público dentre outras. Todas elas que impactam no orçamento público, na sociedade como um todo e na atividade de outros juízes, sendo necessária a realização de projetos, licitações, concursos públicos, contratos administrativos e convênios, os quais demandam um certo tempo para ser realizados.

Por mais óbvia que a situação de violação de direitos seja, a solução a ser atingida não se apresenta pela simples subsunção dos fatos à norma jurídica, mas demanda a análise de diversos fatores, como proporcionalidade, eficiência e economicidade⁶⁶ da medida a ser adotada, devendo-se considerar, ainda, as consequências práticas da decisão (art. 20 da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro-LINDB).

66 VITORELLI, Edilson., op. cit., p. 37-38.

Muitos fatores podem influenciar os caminhos a serem trilhados no processo. Por exemplo, saber: a) se já há licitação/concurso/contratação em curso; b) o montante necessário e se há verba já destinada ou contingenciada para o setor; c) se há projetos sendo implementados ou prontos para serem implementados; d) se há locais para destinar os internos ou para que sejam encaminhados novos internos, no momento de interdição ou de realização de obras e) o cronograma de implementação de cada uma das medidas, é de extrema importância. Há, ainda, diversos fatores externos à atuação das partes que não podem deixar de serem analisados, como os trâmites burocráticos na Administração Pública, a condução dos feitos, o tempo de tramitação dos processos penais com presos provisórios e o índice de decretação de prisão preventiva no Poder Judiciário, o que vai variar de acordo com a realidade de cada unidade judicial e o livre convencimento motivo de cada magistrado.

Para tanto, é importante que, na via judicial, seja assegurado o contraditório com ampla participação das partes e de outros atores que tenham relação com a questão (v.g. servidores da Secretaria de Administração Penitenciária, Diretores de unidades, representantes do DEPEN, representantes da sociedade civil, presos etc.), o que pode ocorrer por meio de audiências públicas, intervenção de *amicus curiae*, colheita de manifestações técnicas, cooperação judiciária, a fim de que seja possível a reunião da maior quantidade de informação possível (dados, argumentos jurídicos etc.) capaz de influenciar no provimento jurisdicional.

Contextualizando, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará conta com o Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Sistema Socioeducativo – GMF/TJPA, instituído pela Resolução nº 3.296/2014-TJPA, reestruturado pela Portaria nº 2.267/2021-GP-TJPA, de 14 de julho de 2021, que tem como uma das principais atribuições planejar e executar “atividades voltadas para diagnosticar e implementar melhorias nos sistemas prisionais do Estado, visando promover medidas para erradicar o tratamento degradante e tornar efetivas a ressocialização e a aplicação de medidas alternativas, dentre outras»⁶⁷, e consiste em um importante grupo de trabalho especializado, que certamente tem a capacidade técnica para colaborar com o Juízo, inclusive na interlocução com as outras unidades judiciais, nos termos do art. 69 do CPC.

67 Descrição disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Grupo-de-Monitoramento-e-Fiscalizacao-do-Sistema-Cacerario/733279-apresentacao.xhtml>. Acesso em: jan. 2023.

Vale destacar que esse grupo de trabalho tem competência, inclusive, para o acompanhamento e emissão de pareceres nos expedientes de interdições, totais ou parciais, de estabelecimentos prisionais (art. 6º, XIV, da Portaria nº 2.267/2021-GP-TJPA, de 14 de julho de 2021). Ainda, exerce importante papel na fiscalização e monitoramento do sistema de justiça criminal, e dentro de suas competências, vem adotando diversas providências com o escopo de trazer soluções à problemática carcerária, tais como a realização de mutirões carcerários, o fomento de discussão acerca da implementação do regime semiaberto harmonizado e do uso de monitoramento eletrônico, a fiscalização dos cadastros das inspeções carcerárias no Cadastro Nacional de Estabelecimentos Penais – CNIEP, o aperfeiçoamento do fluxo entre o Judiciário e a SEAP⁶⁸, o acompanhamento da realização das revisões das prisões preventivas e das audiências de custódias, cujas realizações foram objeto da decisão ADPF 347, como já mencionado.

É imprescindível que se fomente o diálogo institucional e o compromisso dialógico (*town meeting*)⁶⁹ e colaborativo entre todos, à luz do sistema cooperativo de processo que hoje é expressamente consagrado no art. 6º do CPC, com a realização de audiências de conciliação, mediação e até mesmo negócios jurídicos processuais (arts. 139, V e 190 do CPC). No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, há o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC, regulamentado pela Portaria nº 23/2018-TJPA, que também poderá colaborar com o Juízo para a utilização dos métodos adequados de solução do litígio.

Não menos importante é a flexibilização do procedimento, com o escopo de que o processo atenda adequadamente às particularidades do caso concreto, inclusive com a dilação de prazos, caso seja necessário, o que encontra autorização no art. 139, VI, do CPC. Com isso, é possível que se tenha uma visão mais abrangente do litígio estrutural e de suas possíveis causas, a fim de seja feita a sua melhor identificação, delimitação e o estabelecimento do patamar esperado, dentro do possível, para a prolação da decisão-núcleo, com a fixação das metas esperadas, das etapas e dos prazos, que servirá de diretriz para as decisões subsequentes, que terão por objeto implementar as determinações judiciais e, eventualmente, os compromissos assumidos pelas partes. Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria de

68 Informação disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/1363155-gmf-aproxima-aco-es-do-judiciario-com-o-sistema-carcerario-paraense.xhtml>.

69 VITORELLI, Edilson., op. cit. p. 438

Oliveira, entendem que além do prazo, do modo, do grau de fiscalização e da forma de avaliação, a decisão da primeira fase também deve estabelecer um regime de transição, de acordo com o art. 23 da LINDB⁷⁰.

A implementação das medidas, a seu turno, poderá se dar de diversas formas, a depender do desenvolvimento do caso concreto, podendo magistrado ter uma postura mais contida, ou mais ativa, utilizando-se para tanto de meios típicos e atípicos de execução (arts. 139, IV, e 536, §1º, do CPC), inclusive, a determinação a criação de entidades específicas que fiquem responsáveis pela fiscalização, avaliação e implementação de medidas, o que pode ser extraído, segundo a doutrina, dos arts. 102 a 111 da Lei nº 12.529/2011, do art. 84, §5º, do CDC e da Lei nº 11.101/2005⁷¹.

Jordão Violin, citando a obra de Susan Sturm, apresenta quatros possíveis perfis de magistrado. O primeiro é o juiz deferente, que adota uma postura inerte, responsiva e não intervencionista, deixando a cargo do requerido e do autor, respectivamente, a implementação e a fiscalização. O segundo é o juiz diretor, que adota postura gerencial, tomando para si o desenvolvimento, a implementação e a fiscalização das medidas, valendo-se, caso seja necessário, de outsiders para auxiliá-lo. O terceiro é o juiz mediador, que busca estimular as partes a resolverem as questões de forma consensual, rejeitando a imposição de fiscalização formal. O quarto é o juiz catalisador, que estimula a criação de soluções de forma deliberativa, com a prolação da decisão após a participação das partes, valendo-se de métodos de coerção, em caso de descumprimento⁷².

Um modelo não é necessariamente melhor ou se sobrepõe ao outro, tampouco há incomunicabilidade entre eles, de forma que a adoção de um ou a combinação de mais de um deles dependerá das peculiaridades do caso concreto e da postura das partes no decorrer do feito, que determinará a participação mais ativa ou menos ativa do Poder Judiciário e o maior ou menor protagonismo das partes.

Após as considerações feitas dentro da extensão possível do presente trabalho, pode-se afirmar que a utilização do modelo de processo estrutural, que encontra fundamento legal na legislação infraconstitucional existente à luz da Constituição da República, apresenta-se, atualmente, como um caminho possível e o meio mais

70 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 478-479.

71 Ibidem, p. 479-486.

72 Ibidem, p. 479-486.

indicado para ações que versam sobre litígios estruturais, como é o caso do sistema prisional do estado do Pará, e que busquem a modificação das estruturas existentes, porquanto a possibilidade de ampliação do debate, a flexibilização procedimental, o caráter dialogado e o seu viés prospectivo, permitem uma tutela mais adequada da situação, a fim de se atingir o estado de coisas considerado ideal, fazendo cessar ou, ao menos, amenizando satisfatoriamente a situação de grave violação de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, demonstrou-se que a despeito de a CRFB/88, que tem como um dos valores principais a dignidade da pessoa humana, de acordo com as normas de direito internacional, e serve de guia para a legislação infraconstitucional, tutelar uma série de direitos fundamentais, dentre eles o de respeito à integridade física e moral da população carcerária sob a tutela do Estado, a realidade se mostra distante das disposições legais, porquanto se observa em boa parte das unidades prisionais uma situação calamitosa no sistema prisional brasileiro que se prolonga por décadas, inclusive no estado do Pará, de superlotação, estrutura física precária e tímida assistência aos presos.

Com isso, a partir dessa situação de notória ilegalidade e de violação sistemática de direitos, discutiu-se sobre a possibilidade, diante da insuficiência da atuação estatal, de o Poder Judiciário, dentro de sua função típica jurisdicional, determinar que o Poder Público adote providências no sentido de buscar o cumprimento das disposições constitucionais e infraconstitucionais, garantindo a inclusão de uma minoria na agenda política, tendo sido apresentadas as objeções que comumente são apresentadas, tais como, violação do princípio da separação dos poderes, ilegitimidade democrática, limitação da via processual e reserva do possível.

Enfrentadas as objeções, com admissão da possibilidade da utilização da via judicial, à luz do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, passou-se à análise do processo estrutural, com a apresentação de conceitos relacionados, posições doutrinárias e experiências no direito comparado, concluindo-se que o seu emprego se apresenta como o meio mais eficiente e adequado para o atendimento dos litígios estruturais no âmbito do sistema prisional e a determinação de medidas estruturantes que possam modificar a realidade existente de forma a se buscar um estado de coisas ideal.

Não se buscou atribuir ao magistrado o papel de protagonista ou herói, tampouco indiciar que o Poder Judiciário sempre decidirá melhor, solucionando todos os problemas estruturais, mas sim indicar o processo estrutural, diante dos modelos existentes, como um modelo de processo dialogado, colaborativo e prospectivo, dentro de uma área onde os demais Poderes já falharam, em razão da inércia ou da atuação ineficiente, como um caminho possível para fazer valer os direitos fundamentais da população carcerária, com o objetivo de interromper o ciclo de violação de direitos, ou pelo menos atenuá-lo, ressaltando-se a valiosa lição de Norberto Bobbio, segundo a qual “sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos, não existe democracia”⁷³.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil: Problemas e desafios. **Revista USP**, São Paulo, n. 9, p. 70-71, mar/mai 1991.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 38, v. 225, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Processos Estruturais**. 4ta edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, jan/jun 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os novos conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. 2da edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BIERIE, David M. Is tougher better? The impact of physical prison conditions on inmate violence. **International journal of offender therapy and comparative criminology**, v. 56, n. 3, abr. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

73 BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 93.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ma edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, v. 16, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 1.637.827/PR**, da 2ª Turma, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgado em 13/12/2016, Publicado em 19/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADF 347 MC/DF, do Tribunal Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgado em 09/09/2015, Publicado em 19/02/2016; **RE nº 592.581/RS**, do Tribunal Pleno, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 13/08/2015, Publicado em 01/02/2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo Relatório de Auditoria nº 020.748/2014-0**, Relator: Min. Vital do Rêgo, julgado em 02/08/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, **AP nº 0006857-43.2009.8.14.0051**, da 5ª Câmara Cível, Relatora: Desa. Diracy Nunes, Julgado em 04/12/2014, Publicado em 04/12/2014.

BURGO, Vitor. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2da edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANINEU, Maria Laura. **Novo massacre em uma prisão brasileira. Superlotação e condições degradantes são terreno fértil para o recrutamento das facções**. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2019/07/31/332641>. Acesso em: dez 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2da edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2da edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COYLE, Andrew. **A human rights approach to prison management**. 2da edição. Londres: International Centre for Prison Studies, 2009.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Processos Estruturais**. 4ta edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

FISS, OWEN. To make the constitution a living truth. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Processos Estruturais**. 4. everrev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

FONTE, Felipe Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2da edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANÇA, Eduardo Peixoto da Cunha. Processos estruturais e diálogos institucionais no supremo tribunal federal: uma análise dos **argumentos judiciais na ADPF 347**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, jan. a abr. de 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2da edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HANEY, Craig. The wages of prison overcrowding: harmful psychological consequences and dysfunctional correctional reactions. **Washington University journal of Law & Policy**, Washington, v. 22, p. 265-269, jan. 2006.

JOBIM, Marco Felix; ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo estrutural [livro eletrônico]**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **Sistema penitenciário brasileiro: aspectos conceituais, políticos e ideológicos da reincidência**. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, 1441-1477, out. 2004.

LIMA, Guilherma Graciliano Araújo. Processos estruturais, sistema prisional brasileiro e execução negociada de sentença judicial. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 91, n. 2, p. 170-186, Set. 2020.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Brasília: Ed. UnB, 1995.

MOUTA, José Henrique; PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Processos estruturantes, ativismo judicial e separação de poderes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-27/opinioao-processos-estruturantes-ativismo-judicial>.

MUÑOZ, César. **Brazil's correccional houses of horror: Recent mass killings show the need for reform.** Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2017/01/18/brazils-correctional-houses-horror>. Acesso em: dez. 2022.

PAULUZE, Thaiza. **Prisão de Altamira tem superlotação, falta de agentes e «péssimas» condições, diz relatório do CNJ.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/prisao-de-altamira-tem-superlotacao-falta-de-agentes-e-pessimas-condicoes-diz-relatorio-do-cnj.shtml>. Acesso em: jan. 2023.

RAMOS, André Carvalho, **Curso de direitos humanos.** 2da edição. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal.** 2da edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ma edição rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.** Disponível em: [http:// https://www.academia.edu/17340701/A_Prote%C3%A7%C3%A3o_Judicial_dos_Direitos_Sociais_Par%C3%A2metros_%C3%89tico_Constitucionais](http://https://www.academia.edu/17340701/A_Prote%C3%A7%C3%A3o_Judicial_dos_Direitos_Sociais_Par%C3%A2metros_%C3%89tico_Constitucionais).

SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. **Mich. L. Rev.**, v. 97, n. 6, p. 1994-2036, 1999.

SCHLANGER, Margo. Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders. **N. Y. U. L. Rev.**, v. 81, n. 2, p. 550-630, 2006.

SEGARRA, Gabriela. **A utopia da ressocialização ante as mazelas do sistema carcerário: um olhar da criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Processos Estruturais.** 4ta edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

VITORELLI, Edilson. **Processo Estrutural: Teoria e prática.** 3ra edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Processos Estruturais.** 4ta edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Paris: Zahar, 2001.

WATANABE, Kazuo. Controle Judicial das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2da edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

**GESTÃO PROCESSUAL NO MANDADO DE SEGURANÇA:
CELERIDADE E EFETIVIDADE NA TUTELA CONTRA A
ILEGALIDADE E O ABUSO DE PODER**

***PROCEDURAL MANAGEMENT IN THE WRIT OF MANDAMUS:
CELERITY AND EFFECTIVENESS IN THE PROTECTION AGAINST
ILLEGALITY AND ABUSE OF POWER***

André Luiz de Almeida Mendonça

Doutor em Direito (cum Laude) com menção de
Doutorado Internacional pela Universidade de Salamanca
Mestre em Direito pela Universidade de Salamanca
Pós-graduado em Direito Público pela Universidade de
Brasília (2009)

Pesquisador e Professor Visitante - Universidade de
Stetson, Estados Unidos (2015/2016)

Professor do Programa de Doutorado em Estado de
Derecho y Gobernanza Global da Universidade de
Salamanca

Professor do Instituto Presbiteriano Mackenzie -
Faculdade de Direito em Brasília

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em
Direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE), Bauru (SP)

Professor do Programa de Mestrado Centro de Estudos de
Direito Econômico e Social – CEDES
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Fernando Braz Ximenes

Mestrando da Escola Nacional de Formação e

Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), Brasília.

Graduado em Ciências Sociais e Jurídicas (Universidade Federal da Paraíba – 2010).

Juiz Federal Substituto da 25ª Vara Federal de

Pernambuco.

Juiz Auxiliar junto ao Supremo Tribunal Federal

RESUMO: O presente estudo examina a possibilidade de aplicação de estratégias de gestão processual, pelo magistrado, para aperfeiçoar o processamento e julgamento do mandado de segurança nas unidades judiciais brasileiras. Optou-se pela revisão bibliográfica como técnica de pesquisa, com investigação jurídico-descritiva do panorama doutrinário e normativo relativo ao mandado de segurança no Brasil para, a partir dessa base teórico-normativa, sugerir, em abordagem propositiva, técnicas singelas que, sem desbordar do texto legal, permitem um gerenciamento racional da marcha processual, com o objetivo de entregar a prestação jurisdicional em tempo útil ao cidadão. Concluiu-se, ao fim, que é possível, por meio de estratégias de racionalização do rito processual e otimização no emprego dos recursos humanos e materiais, ampliar os níveis de efetividade da tutela jurisdicional no mandado de segurança.

Palavras-Chave: Mandado de Segurança. Gestão Processual. Celeridade. Efetividade.

ABSTRACT: *The present study examines the possibility of applying procedural management strategies, by the magistrate, to improve the processing and judgment of the writ of mandamus in Brazilian judicial units. A bibliographical review was chosen as a research technique, with a legal-descriptive investigation of the doctrinal and normative panorama related to the writ of mandamus in Brazil, in order to, from this theoretical-normative base, suggest, in a propositional approach, simple techniques that, without overflowing of the legal text, allow a rational management of the procedural march, with the objective of delivering the judicial provision in a useful time to the citizen. Finally, it was concluded that it is possible, through strategies to rationalize the procedural rite and optimize the use of human and material resources, to increase the levels of effectiveness of the judicial protection in the writ of mandamus.*

Keywords: *Writ of Mandamus. Procedural Management. Celerity. Effectiveness.*

INTRODUÇÃO

O mandado de segurança é instrumento voltado à proteção **célere e efetiva** do cidadão contra a ilegalidade e o abuso de poder. Trata-se de remédio constitucional cuja finalidade é a **pronta e imediata** proteção contra arbitrariedades praticadas por autoridades investidas do poder estatal. Diante da superlativa importância dos direitos protegidos pelo *writ*, a legislação que regula o mandado de segurança (Lei nº 12.016/09) prevê rito expedito e simplificado, tendo por objetivo a máxima velocidade e utilidade na entrega dessa relevante prestação jurisdicional.

Não obstante, observa-se, em algumas unidades judiciais, que a tramitação desse importante *writ* não alcança a agilidade e efetividade desejáveis na prevenção e repressão de ilegalidades e abusos de poder, o que pode decorrer, em parte, de vicissitudes estruturais do Poder Judiciário, como a deficiência de recursos humanos e materiais, ou, em outra parte significativa, pode ser explicado pela deficiente gestão processual dos feitos nas unidades judiciais.

O presente texto tem o objetivo de examinar o aspecto mais tangível desse problema, na perspectiva do magistrado, ao abordar os meios que podem ser por ele empregados, individualmente, sem que dependa da remessa de recursos pelo Tribunal ou de aprimoramento estrutural, para, mediante estratégias de gestão processual, agilizar a tramitação dos mandados de segurança em sua unidade judicial.

Pretende-se, portanto, responder à seguinte indagação: diante de uma via célere, como o mandado de segurança, que demanda agilidade na tramitação dos feitos, e dos conhecidos problemas estruturais experimentados em diversas unidades judiciais do país, de que modo é possível, por meio do emprego de mecanismos de gestão processual, conferir velocidade e efetividade na prestação jurisdicional?

Por meio de uma investigação jurídico-diagnóstica preliminar, serão abordados os elementos conceituais sobre o mandado de segurança e sobre o poder de gestão processual do magistrado, substrato teórico indispensável para a compreensão da questão debatida, para, em seguida, adentrar a um exame jurídico-propositivo, onde serão sugeridas condutas e estratégias judiciais de gestão processual que possam assegurar maior celeridade e utilidade na prestação jurisdicional postulada por meio dos mandados de segurança.

O estudo se dividirá em três partes: inicialmente, serão traçadas as notas essenciais do remédio constitucional do mandado de segurança, para que se possa compreender o seu caráter peculiar e célere. Em seguida, serão demonstrados conceitos fundamentais para a compreensão sobre a gestão processual do juiz e as balizas normativas que condicionam o exercício desse poder para que, ao fim, seja possível examinar as propostas de gerenciamento desses feitos nas unidades judiciais, ponto que toca o aspecto jurídico-propositivo deste estudo.

1. O MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é um remédio de natureza constitucional, previsto no inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe que:

Artigo 5º da Constituição Federal de 1988: [...].

[...]

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 ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A previsão legal do instituto no Brasil é, atualmente, conferida pela Lei nº 12.016/09 que, de modo semelhante, descreve o cabimento desse instrumento processual nos seguintes termos:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

A partir da interpretação das normas atinentes ao mandado de segurança, pode-se definir que o *writ of mandamus* consiste em ação constitucional de rito célere e abreviado, em que não se admite dilação probatória, e que tem a finalidade de

proteção de pessoas físicas ou jurídicas contra ilegalidades ou abusos de poder praticados por autoridades investidas de alguma forma de poder estatal.

Em que pese a sentença no mandado de segurança possa exibir caráter constitutivo-negativo ou declaratório em algumas situações, destaca-se a natureza mandamental do instrumento, pois a sentença em que se acolhe o pedido autoral contém, preponderantemente, ordem dirigida à autoridade coatora para cessação ou desfazimento do ato reputado ilegal ou abusivo, sendo que o descumprimento desse mandamento configura o crime de desobediência (artigo 26 da Lei nº 12.016/09).

Diante do seu peculiar objetivo de proteção do cidadão contra o arbítrio estatal e da importância dos direitos por ele protegidos, o mandado de segurança se processa por rito sumário, que se caracteriza pela simplicidade das fases e formas e encurtamento dos prazos processuais, com o objetivo de entregar a prestação jurisdicional de modo mais célere e útil possível.

Destina-se, ainda, ao amparo de *direito líquido e certo* que consiste naquele que se evidencia mediante prova pré-constituída, em regra documental, não sendo o mandado de segurança via por meio da qual se possa deduzir pretensão que dependa da elucidação dos fatos que a embasam, restando vedada, portanto, qualquer dilação probatória no seu processamento.

A liquidez e certeza, destaque-se, está relacionada aos fatos que dão sustentação ao pedido, que não podem depender de investigação no decorrer da demanda, devendo, ao contrário, estarem *líquidos e certos*, por prova pré-constituída, no momento da impetração, ou seja, existente e juntada aos autos no ajuizamento da demanda.

Essa circunstância deve ser bem apreendida, porquanto geradora de muita confusão na interpretação do alcance do instrumento do mandado de segurança. A liquidez e certeza, pontue-se, estão relacionados ao aspecto probatório da demanda, sendo que o reconhecimento judicial de que não há direito líquido e certo conduzirá apenas à configuração da inadequação da via eleita (mandado de segurança) para veicular a pretensão e não à inexistência em si do direito postulado.

Com efeito, denegada a segurança por ausência de direito líquido e certo, o juiz reconhece não a improcedência da pretensão em si, ou a inexistência do direito subjetivo alegado, mas apenas a inviabilidade de seu conhecimento por meio do

mandado de segurança, que, por configurar via estreita e sumária, não admite a investigação sobre os fatos que fundamentam a pretensão. Na definição de Luiz Fux:

O direito líquido e certo no mandado de segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação do procedimento), que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a sua tutela através da via do mandado de segurança. (FUX, 2019, p. 79)

Assim, a decisão que reconhece a ausência de direito líquido e certo não resulta na formação de coisa julgada material, o que significa que a parte poderá submeter, novamente, a questão ao Poder Judiciário, valendo-se de outros meios processuais disponíveis, mormente a via ordinária, em que poderá deduzir a pretensão de modo mais abrangente e onde lhe será franqueada a possibilidade de dilação probatória, com ampla investigação sobre os fatos. Nesse caso, poderá “[...] 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” (artigo 369 do Código de Processo Civil).

Importante consignar que, ultrapassada a verificação da adequação da via eleita, ou seja, após o juiz constatar que a prova pré-constituída juntada é suficiente para autorizar a veiculação da pretensão por meio do mandado de segurança, poderá ser exercida cognição exauriente acerca da existência ou não do direito material postulado. Nessa situação, se o juiz se convencer da inexistência do direito alegado, o resultado será uma sentença denegatória da segurança que redundará na formação de coisa julgada material, restando imutável e indiscutível a decisão de mérito, nos termos do artigo 502 do Código de Processo Civil. Luiz Fux, em sede doutrinária, bem explica essa circunstância:

É dizer: o autor que não tem direito líquido e certo veiculável por intermédio do Mandado de Segurança não significa que ele não tem o direito material alegado. A distinção leva em conta que a conclusão sobre a incerteza e suposta falta de liquidez do direito resulta em pronunciamento irretratável com base em cognição não plenária haja vista a existência de apenas prova

pré-constituída, nem sempre suficiente à cognição exauriente acerca da existência do fundo de direito. Entretanto, negada a existência do próprio direito (não do direito líquido e certo), permitir possa o autor reiterar o pedido, ainda que através de outra via procedimental, representa reabrir a contenda sobre um ponto em que o Poder Judiciário já se pronunciou com manifesta violação da coisa julgada. (FUX, 2019, p. 167)

Diante do exposto, pode-se destacar as seguintes notas relativas ao remédio constitucional do mandado de segurança, cuja apreensão é indispensável para avançar no presente estudo: (i) trata-se de via processual expedita, célere e simplificada; (ii) destinada a veicular pretensões baseadas em prova pré-constituída, sendo vedada a dilação probatória; (iii) o reconhecimento judicial da ausência de liquidez e certeza do direito não impede que o Poder Judiciário seja, novamente, provocado a se debruçar sobre a questão, por outros meios de impugnação, ou mesmo pelo mandado de segurança, se não decorrido o prazo decadencial e corrigida a deficiência probatória inicial.

2. APONTAMENTOS SOBRE A GESTÃO PROCESSUAL

A gestão processual, também denominada de gerenciamento processual, é tema que vem despertando a atenção da doutrina, seja no plano nacional, seja no plano internacional. Consiste nas estratégias e mecanismos adotados pelo juiz para, no processamento dos feitos, adaptar, flexibilizar e otimizar o procedimento de acordo com as peculiaridades do caso concreto e do direito discutido, com vistas ao processamento mais célere e eficaz das demandas, com o mínimo dispêndio de recursos.

Na lição de Érico Andrade, no gerenciamento processual:

[...] o juiz assume o papel de ‘gestor’ do processo, para organizar e conduzir a marcha processual, em sede de procedimento flexível ou adaptável segundo a complexidade do caso concreto, o que pode permitir distribuição mais adequada dos recursos judiciais entre todos os processos em curso. (ANDRADE, 2020, p. 184)

Segundo Schwarzer e Hirsch (2017), gestão processual pressupõe a utilização, com justiça e bom senso, de todos os instrumentos à disposição dos juízes de forma a alcançar uma resolução justa, rápida e não dispendiosa do litígio.

Esse movimento de aprimoramento do gerenciamento processual pelo juiz vem ocorrendo não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, sendo relevante destacar países como a Inglaterra e Portugal que, nas últimas décadas, adotaram medidas no sentido de ampliação dos poderes de gestão processual do juiz, com o objetivo de encurtamento da duração dos processos e a proteção efetiva dos direitos, com o menor dispêndio de recursos possível (ANDRADE, 2020, p. 186).

Na gestão processual evidencia-se a atuação do magistrado na organização do procedimento e das atividades das partes, contando, por vezes, quando necessário, com certa flexibilização dos procedimentos, sem descuidar do respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, dentre outros aplicáveis ao processo.

No Brasil, temos observado, nos últimos anos, uma intensa preocupação do legislador em promover reformas processuais com o objetivo de dar mais celeridade e efetividade ao processo judicial brasileiro. A reforma do Código de Processo Civil é um exemplo disso: engendrada pela Lei nº 13.105/15, teve, por objetivos explícitos, segundo o Presidente do Senado Federal, José Sarney, privilegiar a “[...] simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal” (BRASIL, 2010, p. 02 e SENADO FEDERAL, 2010, p. 12).

Com a aprovação do Código de Processo Civil formou-se, portanto, importante arcabouço normativo dirigido à promoção da celeridade e utilidade na entrega da prestação jurisdicional no Brasil, sendo importante mencionar, exemplificativamente, o artigo 4º do mencionado Código, que estabelece que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” e o seu artigo 8º, quando impõe ao juiz que observe, na aplicação do ordenamento jurídico “[...] a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a **eficiência**”.

Para além disso, como uma das estratégias de aprimoramento da celeridade e utilidade na prestação jurisdicional, foram incorporados relevantes dispositivos que conferem ao juiz poderes efetivos de gestão processual, como se pode destacar

do artigo 139 do Código de Processo Civil, que estabelece que o juiz “dirigirá o processo” (*caput*, artigo 139 do Código de Processo Civil), cabendo-lhe “velar pela duração razoável do processo” (inciso II), “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial” (inciso IV) e “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais” (inciso IX).

Mais importante, ainda, foi a inclusão do inciso VI do mesmo artigo, que estabelece, expressamente, o poder do magistrado de “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

O Enunciado nº 35 da ENFAM (2015), aprovado no Seminário O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, caminha no mesmo sentido de ampliação dos poderes de gestão, ao contemplar uma interpretação ainda mais ampla sobre a possibilidade de adequação procedimental pelo juiz, quando estabelece que:

Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo artigo 139, inciso VI, do Código de Processo Civil de 2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo. (ENFAM, 2015)

Das normas apontadas e do estudo doutrinários a elas relativo, pode-se extrair que **o ordenamento jurídico brasileiro consagrou, definitivamente, poderes de gestão processual ao juiz, ao prever a possibilidade de adaptação do procedimento ao caso concreto e ao direito discutido, com o objetivo de conferir maior celeridade e efetividade à tutela jurisdicional.**

É importante, contudo, destacar que a gestão processual a ser empreendida pelo magistrado deve considerar o interesse das partes, do próprio processo e da unidade judicial, dentro da perspectiva de cooperação processual trazida pelo artigo 6º do Código de Processo Civil, que estatui que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, de modo a preservar as garantias processuais aos litigantes”.

Assim, as medidas de gestão devem ser pensadas não somente como forma de redução do congestionamento processual das unidades judiciais, mas como meio de

proporcionar aos litigantes um processo justo, rápido e efetivo. Desse modo, não se aconselha a adoção de quaisquer medidas que cerceiam o acesso à justiça ou que conduzam à resolução dos feitos sem análise do mérito. Pelo contrário, a gestão processual pressupõe a colaboração, ou mesmo orientação, das partes para que a pretensão seja racionalmente deduzida junto ao Poder Judiciário e que, assim, possa tramitar de modo célere, alcançando resolução justa e efetiva.

Registre-se que a implementação de gestão processual nas unidades judiciais, a par de caracterizar um poder do juiz, consubstancia, igualmente, um dever, porquanto, a teor do artigo 8º do Código de Processo Civil, cabe-lhe, ao aplicar o ordenamento jurídico, observar o mandamento da eficiência, o que corresponde a gerir, de modo mais produtivo e com o mínimo de dispêndios de recursos possível, o processo judicial.

Nesse sentido, destaca Matos que a gestão processual consiste em:

[...] um poder-dever de dirigir o processo não apenas zelando pelo cumprimento de normas gerais abstractamente definidas para os distintos tramites processuais, mas, sobretudo, impondo ao juiz a responsabilidade de encontrar, de forma criativa, a norma entendida como casuisticamente adequada ao problema causado por cada concreto processo. (MATOS, 2010, p. 126)

Pois bem, definida a existência de autorização normativa para a prática da gestão processual pelo magistrado, há que se atentar para o aspecto da efetividade da norma junto à realidade fática. Isso porque, para implementar os anseios sociais de razoável duração do processo e de efetividade na entrega da prestação jurisdicional, é necessário, para além de modificações legislativas, mudança de pensamento por parte dos aplicadores das normas.

Nesse prisma, surge a importância de o juiz incorporar a mentalidade de gestor do processo para que possa, de modo criativo e por meio da adoção de estratégias de simplificação e desburocratização, promover a gestão célere e adequada dos conflitos postos sob sua apreciação. Afinal, são, precisamente, essas técnicas e ferramentas de gestão que vêm surtindo efeitos significativos na melhoria dos níveis de celeridade na tramitação dos feitos no Poder Judiciário.

Melhorias estruturais, de recursos humanos e materiais, são, sim, importantes para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, mas a ausência delas não pode significar o congelamento de outras iniciativas que possam, de algum modo, contribuir para o aprimoramento do processamento dos feitos e a consequente diminuição do congestionamento das unidades judiciais.

As medidas de gestão são fundamentais e apresentam resultados mais significativos do que costumemente se supõe. Lunardi (2019) destaca a importância da gestão processual ao assentar que:

[...] é preciso dar a devida centralidade às técnicas e ferramentas de gestão, que são capazes de impactar no sistema judicial como um todo, e que parecem estar sendo responsáveis por minimizar os problemas de congestionamento processual e aumento de acervo no Judiciário. (LUNARDI, 2019)

Do exposto, pode-se concluir que: (i) a gestão processual apresenta-se como fundamental para entrega da prestação jurisdicional de modo célere e efetivo; (ii) no sistema processual brasileiro cabe ao juiz a direção do processo (artigo 139, caput, do CPC), devendo, ao aplicar o ordenamento jurídico, buscar a eficiência (artigo 8º do CPC); (iii) no interesse de conferir maior efetividade à tutela do direito, o juiz poderá flexibilizar o procedimento, adequando-o às necessidades do conflito (inciso VI, do artigo 139 do CPC).

Assentada a possibilidade legal da prática de atos de gestão processual pelo magistrado, que permitem a flexibilização procedimental de modo relativamente profundo, como na dilação de prazos processuais e alteração da ordem de produção dos meios de prova, propõe-se, no presente estudo, a adoção, quanto ao mandado de segurança, de práticas até mais singelas e menos intervencionistas que, sem desbordar do rito legalmente fixado, otimizam o processamento das demandas, resultando em entrega da prestação jurisdicional de modo útil e célere.

A permissão para a adoção dessas estratégias resulta do milenar brocardo “*in eo quod plus est semper inest et minus*”, ou seja, se pode o juiz o mais (alterar os prazos e a ordem de produção das provas legalmente fixada) decerto poderá o menos (otimizar as etapas procedimentais sem transbordar o texto legal).

As estratégias que serão apresentadas têm por objetivo indicar, dentro dos limites legais e respeitando as garantias processuais dos litigantes, os caminhos mais úteis e céleres para a entrega da prestação jurisdicional no processamento e julgamento dos mandados de segurança.

3. PROPOSTAS DE UM PROCESSAMENTO RACIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

O célere rito do mandado de segurança é iniciado pela provocação do Poder Judiciário pela parte impetrante, por meio do ajuizamento da petição inicial. Ao se deparar com a petição inicial, o juiz deverá adotar as condutas descritas no artigo 7º da Lei nº 12.016/09, a seguir descritas:

Artigo 7º da Lei nº 12.016/09: Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I – que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II – que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica (BRASIL, 2009)

Além dessas condutas descritas na Lei do Mandado de Segurança, há, por óbvio, a possibilidade de o juiz determinar a emenda da petição inicial, o que se extrai do artigo 321 do Código de Processo Civil, aplicado, supletivamente, ao mandado de segurança, que assim dispõe:

Artigo 321 do Código de Processo Civil: O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos artigos 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único – Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Nesse ponto, qual seja, o do primeiro contato do juiz com o processo, é que se deve empregar a maior carga de atenção e cautela, pois o ponto de partida é preponderante para determinar a qualidade, velocidade e utilidade no desdobramento de toda marcha processual. Cabe, nesse preciso momento, ao magistrado, a maior vigilância e o maior cuidado na adoção de condutas judiciais de gestão processual, não sendo recomendável a simples determinação, irrefletida, da notificação da autoridade coatora.

O que se propõe é que, ao se deparar com a petição inicial, o juiz, tal qual um médico ao realizar a anamnese de um paciente, possa realizar um diagnóstico abrangente para identificar a saúde da postulação e como poderá evoluir o seu paciente, no caso do juiz, a futura marcha processual. Deve adotar um olhar em perspectiva, mirando para o futuro, no sentido de aquilatar se os meios empregados pelo postulante serão adequados/suficientes para se alcançar uma decisão de mérito efetiva no fim do processamento do feito.

Nessa etapa, deve ser bastante criterioso, nunca para restringir o acesso à jurisdição, mas para identificar “defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito” (artigo 321 do Código de Processo Civil) ou mesmo a falta de clareza da postulação, casos em que deverá determinar a emenda da inicial para correção dessas vicissitudes, sempre em tom cooperativo e de orientação, com a finalidade de facilitar o processamento dos feitos para que se alcance decisão justa o mais rápido possível.

Na experiência jurisdicional, com muita frequência, ao avaliar a petição inicial, o juiz se depara com vícios na exordial que perturbarão a continuidade da marcha processual, mas acaba optando por não determinar sua correção no início do feito, temendo ser descortês ou, simplesmente, porque a quantidade de demandas que

aportam às unidades judiciais impede que se direcione esforços para uma análise criteriosa na entrada (*input*) das ações judiciais.

Isso acaba gerando problemas futuros de congestionamento na unidade judicial, consubstanciando, portanto, grave erro de gestão processual. Trata-se de espécie de complacência que acaba custando muito caro para a própria parte impetrante, em vista da resultante demora para obter resposta judicial efetiva, e para a saúde da unidade judicial, diante do congestionamento processual que acaba resultando dessa ação.

Uma boa regulação do *input*, ou seja, da entrada dos processos, é essencial para boa gestão de qualquer unidade judicial. Deve o juiz, no início da marcha processual, empreender esforços para conduzir o feito para um debate racional e organizado de ideias e isso se constrói no início da tramitação, quando se estabelece, de modo claro, a causa de pedir e o pedido.

Com efeito, a parte deve delimitar e explicar, com clareza, os fatos e o direito que dão sustentação ao seu pleito, para que a autoridade coatora possa defender, com a maior especificidade e objetividade possível, o ato imputado ilegal ou abusivo. Se não estiver clara a postulação da parte impetrante, deve o juiz determinar sua correção, em benefício da própria parte, para que se racionalize o debate e se possa alcançar, como consequência, tramitação adequada e resolução rápida do litígio.

Os feitos que ingressam nas unidades judiciais, sem que estejam devidamente ajustados ou que não permitam um debate racional de ideais contrapostas, acabam se tornando cada vez mais complexos durante a tramitação processual, pois, à medida que evoluem na marcha processual, não vão se encaixando adequadamente nas diversas etapas e, por irem, progressivamente, destoando do corriqueiro, acabam mesmo padecendo de certa aversão pelos servidores e colaboradores, que vão o achando cada vez mais complicado.

Isso resulta em que, muitas vezes, esses feitos sejam preteridos em favor dos processos mais simples, o que resulta em que passem mais tempo na prateleira, redundando no alargamento da mora de sua tramitação, em prejuízo da própria parte. É importante destacar que as unidades judiciais modernas, diante da enorme quantidade de feitos que aportam ao Poder Judiciário, funcionam como uma espécie de grande fábrica, em que há uma intensa divisão e especialização do trabalho,

com cada servidor realizando uma tarefa na marcha processual, a se encerrar com a decisão do magistrado.

O tradicional funcionamento artesanal do Poder Judiciário é uma realidade que há muito deixou de existir. Aquela ideia do magistrado que, isoladamente, processava a demanda, despachando os processos à mão, em caneta, praticamente, não existe mais no Brasil, simplesmente porque seria impossível tramitar milhares de feitos nas unidades judiciais brasileiras desse modo analógico. Com o avanço do processo eletrônico, foram dados passos importantes para uma gestão digital e dinâmica do Poder Judiciário, com intensa divisão de tarefas e especialização dos servidores, que atuam em auxílio ao juiz.

Desse modo, nesse funcionamento compartimentado, dividido em etapas, é importante, para a celeridade na tramitação processual, que as demandas se encaixem nos *standards* pré-concebidos, para os quais a unidade judicial está preparada para atuar de modo sistêmico. Assim, em cada etapa da marcha processual, cada servidor, estagiário, colaborador e o juiz empregarão seus esforços de modo ordenado, como costumam fazer, repetidamente, em milhares de casos que se processam todos os dias no Poder Judiciário brasileiro.

Se se postula de modo desorganizado, atécnico ou ineficiente, a tendência é que o processo não se adéque bem a essas engrenagens do sistema de justiça e, portanto, acabe não sendo processado com a mesma velocidade que os demais feitos em curso na unidade judicial.

Impende destacar alguns exemplos de vícios na petição inicial dos mandados de segurança que geram prejuízos à marcha processual ou dificultam o julgamento da causa. O primeiro e mais comum deles é a incorreta identificação da autoridade coatora. Ora, autoridade coatora é quem pratica, comissiva ou omissivamente, o ato impugnado e quem tem capacidade de desfazê-lo, acatando a sentença concessiva da ordem postulada (ALVIM, 2021, p. 67). Bem por isso que o artigo 13 da Lei nº 12.016/09 determina a comunicação da autoridade sobre o inteiro teor da sentença, o que tem plena razão de ser, porquanto a comunicação é mesmo necessária para que a autoridade possa cumprir a ordem deferida.

Não raro, todavia, observa-se que os impetrantes não têm a preocupação de indicar, precisamente, a autoridade coatora responsável pelo ato impugnado. Acontece, com frequência, também, de nem mesmo indicarem o próprio ato coator,

de forma específica, aludindo, de forma genérica, a várias supostas ilegalidades ou abusos de poder ocorridos em alguma situação de seu interesse.

Ocorre que, no mandado de segurança, a correta definição da autoridade coatora é fundamental para a definição da própria competência jurisdicional para o julgamento da causa. Isso porque a competência para o processamento e julgamento do mandado de segurança é definida em razão da autoridade coatora responsável pela prática do ato.

Assim, se não se define, de forma precisa, a autoridade responsável pela edição e revisão do ato, o juiz não terá condições nem de avaliar a sua própria competência jurisdicional para julgar o caso. Terá dificuldades, também, para determinar à autoridade que cesse a prática do ato ilegal ou abusivo, nos casos de concessão da segurança, porquanto não sabe ao menos a quem deverá dirigir a ordem.

Assim, as petições iniciais que indiquem a pessoa jurídica como autoridade coatora, pessoa física que não praticou o ato ou que indiquem um feixe de atos, sem precisar, objetivamente, contra qual ato específico se dirige a impetração, devem ter determinada a sua emenda, para que o processo possa ter início de maneira adequada, com a correta definição da competência para seu julgamento, com vistas a uma perspectiva de trâmite processual mais célere e útil.

Com relação à causa de pedir, há a mesma preocupação. A narrativa dos fatos e fundamentos jurídicos deve ser clara e, considerando a via expedita do mandado de segurança, o mais objetivamente delineada. Se o magistrado não consegue compreender ainda no momento do despacho inicial do que trata a postulação, mais difícil ainda será no momento do julgamento, pois a tendência dos fatos é irem se complicando, e não facilitando, ao longo da marcha processual. Basta para tanto ter presente que, com as informações prestadas pela autoridade coatora, descortinar-se-á uma nova perspectiva fática e jurídica da demanda, do que resulta no esperado aumento da complexidade da discussão.

Desse modo, o magistrado não deve se acanhar em pedir à parte impetrante o esclarecimento da postulação. Recomenda-se que o juiz indique, com precisão, os pontos que não restaram esclarecidos na petição inicial ou que não compreendeu a partir da leitura da exordial, para que a parte possa aclará-los, em cooperação processual.

Por fim, ainda no despacho da petição inicial, o juiz deverá avaliar se houve o pagamento das custas ou se há fundamento para concessão da justiça gratuita e se foi juntado o ato coator e outros documentos indispensáveis para a compreensão e julgamento do litígio.

Estando resolvidos esses pontos, a marcha processual inicia-se de forma adequada, surgindo, então, o momento de apreciar a liminar. Nesse ponto parte-se do pressuposto de que a parte impetrante requereu, na petição inicial, a concessão de medida liminar. E a pressuposição que se faz encontra base na experiência. Isso porque é raríssimo que a parte impetrante não requeira a concessão de medida liminar e, justamente nesse ponto, há um enorme espaço para aplicação da gestão processual pelo magistrado.

A constatação empírica de que a quase totalidade das petições iniciais de mandado de segurança tem nelas contidos pedidos liminares, já denuncia que, em muitos casos, o pedido liminar é feito de maneira automática, ou mesmo irrefletida, como parte de um costume arraigado na comunidade jurídica.

Destaca-se que, muitas vezes, o pedido de liminar está envolto na percepção das partes de que o processo poderá demorar e, portanto, afigura-se conveniente pedir a tutela de urgência ao Juízo, para se precaver contra a demora na entrega da prestação jurisdicional.

Ocorre que o emprego adequado de técnicas de gestão processual e a aplicação eskorreita não só dos dispositivos legais que regulam o trâmite do mandado de segurança, mas do próprio espírito de celeridade e utilidade que deve presidir a interpretação sobre o remédio constitucional, fazem com que a conclusão de todo o rito se conclua (ou deva ser concluído) de forma bastante célere, entregando o resultado final muito rapidamente, em cognição exauriente.

Nesse passo, caso não haja risco de perecimento iminente do direito (quando se diz iminente significa que não possa aguardar a prestação das informações) é preferível que o magistrado, antes de qualquer decisão que aprecie a medida liminar, promova a oitiva prévia da autoridade coatora e, se possível, já colha o parecer do Ministério Público, proferindo, de logo, sentença, no bojo da qual apreciará, em conjunto, o pedido liminar.

Isso traz uma série de benefícios à celeridade e utilidade da prestação jurisdicional processual, tanto no próprio feito, como na unidade judicial como um

todo. Destacam-se os seguintes. Em primeiro lugar, o juiz proferirá apenas uma decisão no feito, qual seja, a sentença, em vez de ter que proferir, além da sentença, uma decisão prévia, sobre o pedido liminar. De pronto, essa conduta encurta, bruscamente, a marcha processual, entregando, rapidamente, ao impetrante a prestação jurisdicional requerida, em cognição exauriente. Além disso, essa conduta contribui, em muito, para o descongestionamento e saneamento da unidade judicial, porquanto o tempo que se economiza ao proferir uma decisão a menos no processo poderá ser empregado no exame e julgamento dos demais feitos em tramitação na unidade judicial.

Observa-se que, na atuação tradicional, desatenta à gestão processual, o juiz, até mesmo quando não há perecimento imediato, ou seja, em casos em que é plenamente possível ouvir a parte contrária, em prestígio ao contraditório, acaba proferindo uma decisão mais superficial, em que aprecia o pedido liminar, e, posteriormente, com a chegada das informações da autoridade coatora e do parecer ministerial, profere uma segunda decisão, a sentença, em cognição exauriente.

Ocorre que, em quantidade elevada de casos, o juiz, a partir da ampliação das informações e manifestações trazidas ao feito, oriundas da autoridade coatora e do Ministério Público, acaba reconsiderando a decisão liminar, por acabar se convencendo da legalidade da atuação da autoridade coatora. Isso gera o seguinte cenário indesejável: o juiz acabara por proferir decisão liminar desnecessária, porquanto o perecimento do alegado direito não era iminente, ou seja, era possível aguardar a chegada das informações da autoridade coatora nos autos antes de decidir, e, depois de essa decisão surtir potenciais efeitos danosos à Administração Pública ou mesmo a terceiros interessados, acaba por proferir nova decisão, a sentença, em sentido contrário, reconsiderando a liminar por ele concedida.

Trata-se de duplo prejuízo porquanto, além da interferência indevida e desnecessária no mundo dos fatos, em desprestígio ao contraditório, foi consumido tempo precioso de atuação, ao serem proferidas duas decisões em vez de uma, tempo esse que poderia ser dirigido à apreciação de outros feitos, igualmente importantes.

Essa conduta de pouca atenção à gestão processual, quando repetida e multiplicada, sistematicamente, gera inequívoco prejuízo à gestão global da unidade, porquanto, ao dispender mais recursos humanos e materiais para a apreciação de

cada mandado de segurança, os demais feitos pendentes de apreciação se avolumam na unidade judicial.

Além disso, a antecipada e desnecessária decisão sobre o pedido liminar, resulta na possibilidade de que essa decisão seja imediatamente impugnada por agravo de instrumento, o que, nos órgãos colegiados, impõe ao processo um deslocamento lateral, ou seja, não dirigido à conclusão do feito.

Diante dessa circunstância, em vez de concentrar recursos humanos e materiais para obter decisão de mérito final, em cognição exauriente, a unidade judicial e o magistrado passam a empregar esforços para o processamento do agravo regimental interposto dessa decisão liminar que foi antecipada. Passa a haver, então, um novo ponto de recorribilidade, que atrasa a marcha processual.

Desse modo, os princípios de gestão processual e o princípio do contraditório recomendam que o juiz somente proceda à apreciação do pedido liminar antes da prestação de informações pela autoridade coatora nos casos em que a urgência da situação e o iminente periclitamento do direito justifiquem que se postergue o contraditório, com a prolação antecipada da decisão liminar. Nos demais casos, recomenda-se sempre ouvir a parte contrária, até para que o juiz possa ouvir os dois lados na contenda antes de decidi-la, o que contribui para decisões mais justas.

Essa, aliás, é a correta interpretação do inciso III do artigo 7º da Lei nº 12.016/09, que reserva a suspensão liminar do ato aos casos em que a manutenção do ato impugnado pelo mandado de segurança possa esvaziar a utilidade da tutela postulada caso seja deferida apenas no fim da marcha processual.

Após juízo quanto à necessidade de apreciação da liminar ou mesmo da apreciação da liminar propriamente dita, o juiz deverá notificar a autoridade coatora para prestar informações. Em regra, esse despacho é padrão: “notifique-se a autoridade coatora para prestar informações”. Nesse ponto, ao adotar esse comportamento tradicional e costumeiro, o magistrado perde a oportunidade de pedir à autoridade coatora o esclarecimento sobre pontos específicos que nele suscitaram dúvida e sobre os quais o esclarecimento ajudaria na resolução da demanda, com mais rapidez e justiça.

Um exemplo prático ajuda a esclarecer a questão. Nos casos de mandados de segurança contra atos dos Tribunais de Contas, é bastante frequente a alegação de que teria ocorrido a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória a cargo da Corte de Contas. Ocorre que a lei e a jurisprudência pátrias reconhecem algumas

causas interruptivas do lustro prescricional e, por vezes, a dúvida do magistrado diz respeito à ocorrência ou não de uma das causas interruptivas no caso sob análise.

Nesse caso, a condução atenta à gestão processual deve priorizar um despacho que aponte à autoridade coatora qual é, exatamente, o ponto de controvérsia ou de dúvida do magistrado, da seguinte forma: “notifique-se a autoridade coatora para prestar informações, ocasião em que deverá esclarecer, precisamente, a data de citação do acusado, causa interruptiva descrita no inciso I, do artigo 2º da Lei nº 9.873/99”.

Essa conduta exemplifica o que nós denominamos de “cultura do despacho incisivo”, ideia que pode ser aplicada em todas as situações em que haja necessidade de esclarecimento de um ponto específico para a compreensão do juiz ou das partes e, ultimamente, para melhor resolver o caso. Também servirá para orientar, adequadamente, as partes sobre como proceder em relação a alguma atuação no feito. Ela se traduz pela conduta judicial de evitar despachos padronizados da forma “ao Ministério Público” ou “Diga a Fazenda sobre a petição de e-doc. x” para priorizar a indicação clara e precisa do que deve ser realizado ou esclarecido pela parte.

A mesma exigência de clareza na postulação deve ser exigida do magistrado na redação das decisões, principalmente no dispositivo das decisões. De acordo com o inciso III do artigo 489 do Código de Processo Civil, o dispositivo é o capítulo da sentença “em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”. Trata-se da parte da sentença onde o juiz, após a aplicação do ordenamento jurídico, desenhado de modo abstrato, passa a enunciar a norma específica, que regerá o caso concreto.

A redação do dispositivo com clareza e objetividade é essencial para evitar problemas no cumprimento da ordem, que poderá ser atrasado caso não se aponte, com precisão, o que deverá ser executado pela autoridade coatora.

CONCLUSÕES

A partir do estudo realizado, conclui-se que o mandado de segurança consubstancia via processual expedita, célere e simplificada, destinada a veicular pretensões baseadas em prova pré-constituída, não se admitindo, portanto, dilação probatória no seu processamento. Em vista dos superlativos interesses protegidos,

concernentes à proteção dos cidadãos contra a arbitrariedade estatal, exige-se esforço constante do magistrado na entrega ágil, útil e efetiva da tutela jurisdicional.

Para alcance desse propósito, devem ser empregadas estratégias de gestão processual, autorizadas pelo ordenamento jurídico-processual brasileiro, como meio de promover a fundamental celeridade no processamento e julgamento dessas demandas, cabendo ao juiz, na condição de responsável pela direção do processo, atuar de modo criativo e racional no sentido de gerenciar adequadamente as fases processuais e as condutas judiciais, sempre com o objetivo de trazer ganhos de eficiência não só para cada feito individualmente considerado, mas para a unidade judicial como um todo, por meio da redução do congestionamento processual.

Sugeriram-se, portanto, em análise jurídico-propositiva, algumas condutas judiciais, aparentemente singelas, que, observando rigorosamente o texto legal e respeitando as garantias processuais dos litigantes, podem trazer resultados expressivos em termos de eficiência na entrega da prestação jurisdicional, ajudando a lidar com o grave problema da morosidade no processamento dos feitos e congestionamento das unidades judiciais.

Desse modo, acredita-se que, independentemente de aprimoramento estrutural do Poder Judiciário (o que é desejado, frise-se), é possível, por meio de estratégias de racionalização do rito processual e otimização no emprego dos recursos humanos e materiais, ampliar os níveis de efetividade da tutela jurisdicional no mandado de segurança.

REFERÊNCIAS

AKERMAN, William; BODART, Bruno (orgs.). **Mandado de Segurança e Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

AKUTSU, Luiz; GUIMARAES, Tomás de Aquino. Governança Judicial: proposta de modelo teórico-metodológico. *In: Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 04, p. 937-958, ago. 2015.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de Segurança**. 4ta edição. atual. e aum. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.

ANDRADE, Érico. Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília/DF: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Formas Alternativas de Gestão Processual**: a especialização de varas e a unificação de serventias. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes-justica-pesquisa/>. Acesso em: 12 nov. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022**: ano-base 2021. Brasília/DF: CNJ, 2021.

COSTA, Altair Guerra da. **O Juiz e a Gestão Processual**: o alcance e a aplicação do princípio. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2018.

ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil**: enunciados aprovados. Seminário, 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUN-CIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

FELDENS, Francine. Aproximação **Entre o Case Management e o Processo Civil Cooperativo**. 27 f. Monografia (Especialização em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2018.

FUX, Luiz. **Mandado de Segurança**. 2da edição rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

HIRSCH, Alan; SCHWARZER, William W. **The Elements of Case Management**. 3ra edição. Washington D.C.: Federal Judicial Center, 2017. Disponível em: https://www.utd.uscourts.gov/sites/utd/files/Elements%20of%20Case%20Management_Third%20Edition.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Processo, Gestão Judicial e Efetividade: por um novo campo de estudo. *In: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, Brasília/DF, 22 mai. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/processo-gestao-judicial-e-efetividade-por-um-novo-campo-de-estudo-juiz-fabricio-castagna-lunardi>. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. **Gestão Processual no Tribunal do Júri**. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Gesta%CC%83o_processual_no_Tribunal_do_Ju%CC%81ri_02_07.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. Inteligência Organizacional e Inovação no Poder Judiciário: a experiência do Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal. *In: LUNARDI, Fabrício Castagna; MIRANDA, Marco Bruno Clementino (orgs.). Inovação Judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto*. Brasília/DF: ENFAM, 2021. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/357148962_Inteligencia_organizacional_e_inovacao_no_Poder_Judiciario_a_experiencia_do_Centro_de_Inteligencia_da_Justica_do_Distrito_Federal. Acesso em: 12 nov. 2022.

MATOS, José Igreja. A Gestão Processual: um radical regresso às raízes. *In: Julgar*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 123-137, 2010.

SENADO FEDERAL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Congresso Nacional, Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília/DF: Senado Federal, 2010.

SILVA, Paula Costa e. Legalidade das Formas de Processo e Gestão Processual ou as Duas Faces de Janus. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília/DF, v. 48, n. 190, p. 137-149, abr./jun. 2011.

**A INFLUÊNCIA DAS *FAKE NEWS* DISSEMINADAS NAS
REDES SOCIAIS DIGITAIS NAS DECISÕES DOS JURADOS NO
TRIBUNAL DO JÚRI**

***THE INFLUENCE OF FAKE NEWS DISSEMINATED ON DIGITAL
SOCIAL NETWORKS ON THE JURORS' DECISIONS IN THE JURY
TRIAL***

Arthur Napoleão Teixeira Filho

Mestrando do Mestrado Profissional da Enfam

Mestre em Psicologia (Univasf)

Tutor em cursos do CNJ/ Enfam/CJF

Juiz Federal

RESUMO: O presente estudo analisa a influência das *Fake News* disseminadas nas redes sociais virtuais nas decisões dos jurados no Tribunal do Júri. Esse tribunal, com assento constitucional, é o órgão competente para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. Composto por um Juiz Presidente e 25 jurados, 7 dos quais comporão o Conselho de Sentença, segue rito dividido em duas fases: formação da culpa e julgamento em Plenário. Os jurados funcionam nesta segunda fase como os juízes de fato, responsáveis pela tomada de decisão - absolvição ou condenação. A decisão dos jurados se dá segundo sua consciência, adotando o sistema da íntima convicção pelo qual a decisão prescinde de fundamentação. Esse processo de tomada de decisão deve considerar o modelo dual de pensamento - Sistemas 1 e 2 - e os efeitos das heurísticas, vieses e ruídos. Na atualidade, os avanços tecnológicos ensejaram na melhoria no intercâmbio da comunicação, tendo como um de seus maiores destaques as redes sociais digitais, como WhatsApp, Facebook e Instagram. No Brasil são mais de 171,5 milhões de usuários de redes sociais virtuais, que as utilizam para a troca de conteúdos, que podem incluir *Fake News*. Há estudos sobre a influência da mídia na decisão dos

jurados, mas a nova realidade Pós-Moderna impõe que também seja estudada essa influência pelas redes sociais digitais.

Palavras-chave: *Fake News*. Influência. Tribunal do Júri. Jurados.

***ABSTRACT:** The present study analyzes the influence of Fake News disseminated on virtual social networks in the decisions of jurors in the Jury Trial. Such court, with a constitutional seat, is the competent body for the judgment of intentional crimes against life, consummated or attempted. Comprised of a Chief Justice and 25 jurors, 7 of whom will make up the Sentencing Council, it follows a rite divided into two phases: formation of guilt and judgment in Plenary. Jurors function in this second phase as judges in fact, responsible for making a decision - acquittal or conviction. The jurors' decision is made according to their conscience, adopting the system of intimate conviction by which the decision dispenses with reasons. This decision-making process must consider the dual model of thinking - Systems 1 and 2 - and the effects of heuristics, biases and noise. Currently, technological advances have led to an improvement in the exchange of communication, with digital social networks such as WhatsApp, Facebook and Instagram as one of its highlights. In Brazil there are more than 171.5 million users of virtual social networks, who use them to exchange content, which may include Fake News. There are studies on the influence of the media on the jury's decision, but the new Post-Modern reality requires that this influence by digital social networks also be studied.*

Keywords: *Fake News*. Influence. Jury Trial. Jurors.

INTRODUÇÃO

Na modernidade líquida em que vivemos (BAUMAN, 2001), marcada pela constante mudança e fluidez, a informação trafega sem limites de tempo e espaço. Um acontecimento ocorrido nos confins da Ásia repercute pelos mais longínquos locais passados poucos minutos.

As chamadas Fake News (notícias falsas) não são uma novidade. Contudo, nos tempos atuais sua potencialidade de causar desinformação foi potencializada pela sua disseminação pelas redes sociais virtuais. Seu potencial nocivo aumentou de forma exponencial.

Por exemplo, na recente campanha presidencial brasileira viu-se uma cruzada contra a disseminação de Fake News, capazes de desequilibrar o processo eleitoral e desestabilizar a credibilidade das instituições. Essa situação é perigosa por, em última análise, prejudicar o exercício da democracia.

Essa preocupação com os efeitos nefastos das Fake News nas redes sociais virtuais deve se estender à sorte dos processos que tramitam sobre o rito do Tribunal do Júri. Os jurados são pessoas escolhidas para proferirem o veredito sobre a imputação lançada em desfavor do réu. Sua deliberação sela o destino dos acusados. E esses merecem um julgamento justo.

A ampliação do mundo virtual possibilitou uma verdadeira disseminação de Fake News pelas redes sociais. São falsas informações que, após inseridas na Internet, instantaneamente se espalham pelo mundo. As medidas para reverter essa informação são de pouca eficácia, pois não atingem a todos que se defrontaram com a notícia falsa.

As Fake News tornam-se mais perigosas quando envolvem casos midiáticos em julgamento no Poder Judiciário. Cite-se o ocorrido com a Escola Base (AVENTURAS NA HISTÓRIA, 2022), pelo qual os responsáveis por esta escola infantil foram acusados de gravíssimos crimes sexuais praticados contra crianças de tenra idade, ao final, a imputação se mostrando inverídica. Apesar disso, suas vidas foram arrasadas.

Avançando mais no tempo, mencionam-se as Fake News ligadas à ex-deputada federal Flordelis, acusada da morte do marido Anderson do Carmo. Eis alguns exemplos:

- “É fake! Ré por morte do marido, Flordelis não é líder de mulheres na Câmara” (BRANDALISE, 2021);

- “É fake que Flordelis assumiu cargo na Secretaria da Mulher” (SARDINHA, 2022);

- “É #FAKE que deputada Flordelis ganha R\$ 250 de auxílio ao mês por ter adotado mais de 50 filhos” (G1, 2019).

A ex-deputada foi condenada a 50 anos e 28 dias de prisão por homicídio triplamente qualificado, tentativa de homicídio duplamente qualificado, uso de documento falso e associação criminosa (TOLEDO, 2022). Não há como se aferir se

essas *Fake News* (além de outras mais eventualmente divulgadas) influenciaram os jurados que compuseram o Conselho de Sentença. Mas só o risco disso ter ocorrido já exige cautela e providências preventivas.

Firme nesse contexto, releva a seguinte pergunta de pesquisa: as *Fake News* disseminadas nas redes sociais virtuais podem influenciar na decisão dos jurados do Tribunal do Júri? De outro giro, tentar-se-á sugerir providências para se evitar essa influência.

O objetivo geral é estudar a influência das *Fake News* disseminadas nas redes sociais virtuais na decisão dos jurados do Tribunal do Júri. Para tanto, fez-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o assunto.

Os objetivos específicos são analisar a interdisciplinaridade entre o Direito, a Psicologia e as Neurociências, na tomada de decisão pelos jurados; estudar interferências nessa tomada de decisão, como heurísticas, vieses e ruídos.

Os assuntos serão abordados de modo a que haja um encadeamento lógico, facilitando a compreensão do leitor. Os temas abordados serão apresentados naquilo em que permitam esse entrelaçamento entre os saberes envolvidos, sem qualquer intuito de exaustiva análise.

De início serão apresentados aspectos básicos do Tribunal do Júri, focando na escolha e atuação dos jurados. Em seguida, a análise se aterá ao modelo dual de pensamento e sua importância na tomada de decisão (por óbvio, inclusive no que pertine ao julgamento pelos jurados). Prosseguindo, serão estudadas as *Fake News* nas redes sociais virtuais e seus efeitos. Depois, a direção do trabalho se voltará para seu tema principal, a saber, a influência das Fakes News disseminadas nas redes sociais digitais na decisão dos jurados do Tribunal do Júri. Por derradeiro, serão expostas as considerações finais, com sugestões para posteriores estudos.

1. O TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri em nosso país tem assento constitucional (art. 5.º, XXXVIII, da CF/88), conferindo-se à lei sua organização, assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos vereditos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Essa instituição surgiu em nosso país com a Lei de 18 de julho de 1822, com competência para julgar os crimes de imprensa (TUCCI,

p. 31), após, passando a ser competente para os crimes dolosos contra a vida – consumados ou tentados.

O procedimento do júri é escalonado em duas fases: a primeira é a da formação da culpa, conduzida pelo juiz, na qual se deliberará acerca da submissão do réu ao Plenário do Júri; a segunda é o julgamento, oportunidade em que o processo será julgado em Plenário, sob a presidência de um juiz e com a participação de 25 jurados, dos quais 7 jurados comporão o Conselho de Sentença. A tomada de decisão é escalonada: primeiro o juiz decide se é caso de julgamento pelo Tribunal de Júri; na hipótese de a resposta ser positiva, o poder decisório quanto ao mérito é repassado aos jurados. Estes são os juízes de fato, responsáveis por decidir sobre a responsabilidade penal do réu, cabendo ao juiz fixar a pena.

Os jurados são escolhidos dentre os nomes de pessoas previamente alistadas perante o Tribunal do Júri, que formarão a lista geral de jurados, a ser elaborada pelo Juiz Presidente (art. 422 e seguintes do CPP). O sorteio dos jurados dar-se-á em dia designado pelo Juiz Presidente, escolhendo-se 25 jurados dentre aqueles constantes da lista geral.

O serviço no júri é obrigatório, admitido o alistamento aos cidadãos maiores de 18 anos de notória idoneidade, sendo que nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução (art. 436 do CPP). Percebe-se a deliberada intenção de se conferir ao Conselho de Sentença maior diversidade, nítida nota dos princípios da isonomia e democrático.

Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o Juiz Presidente os esclarecerá sobre as hipóteses de quebra da imparcialidade – impedimentos, suspeições e incompatibilidades (art. 466 do CPP) – e os advertirá de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e cominação de multa (art. 466, § 1.º, do CPP).

Formado o Conselho de Sentença, o Juiz Presidente lançará a seguinte exortação aos jurados (art. 472 do CPP):

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.

Tem-se aqui um relevante ponto. Exige-se do magistrado que seus pronunciamentos judiciais sejam devidamente motivados, expondo as razões de fato e de direito que o levaram à conclusão sobre o caso. Trata-se do dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88). Esse dever não se estende aos jurados, que apenas são questionados sobre a matéria de fato e se o réu deve ser absolvido (art. 482 do CPP), julgando sob o sistema da íntima convicção. Como mencionado por Hermínio Porto (1996, p. 144), “o encontro da vontade do Conselho de Sentença decorre da identificação da vontade da maioria dos jurados, expressa na votação isolada dos quesitos e na votação inteira do questionário.”

Os quesitos a serem respondidos pelos jurados seguirão esta ordem (art. 483 do CPP): materialidade do fato; a autoria ou participação; se o acusado deve ser absolvido; se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecida na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. Realizada a votação dos quesitos, observado o procedimento legal (art. 483 e seguintes do CPP), de caráter sigiloso, em arremate, o Juiz Presidente proferirá a sentença (art. 492 e seguintes do CPP).

Essa, em linhas gerais, a descrição do funcionamento do Tribunal do Júri.

Observa-se que, nesse específico procedimento, os jurados atuam como juízes, deliberando sobre o mérito da acusação. E o fazem seguindo sua consciência, sem especificar as razões que o motivaram a decidir. Ao deliberarem dessa forma, inviável averiguar as possíveis causas que interferiram na tomada de decisão.

Pelo reverso, a decisão do magistrado é passível de controle em seus aspectos procedimentais (observância das regras processuais vigentes, em especial o contraditório e a ampla defesa) e materiais (adequação da motivação ao caso concreto), garantido que é o duplo grau de jurisdição. Já, em se tratando do Tribunal

do Júri, esse controle é limitado pela soberania dos vereditos, que restringe os assuntos passíveis de serem rediscutidos em grau de apelação.

Atualmente há consideráveis literatura e pesquisas sobre eventuais elementos que interferem na tomada de decisão, como as heurísticas, os vieses e os ruídos, sendo esses os temas que serão doravante abordados.

2. MODELO DUAL DE PENSAMENTO

Na obra “Rápido e Devagar - Duas formas de pensar” (2012), Daniel Kahneman sustenta que o processo de pensamento em seres humanos perpassa dois sistemas.

Imagine-se uma pessoa fazendo um safári na África. Depois de andar por horas num sol escaldante, para à sombra de uma árvore para se refrescar. No mesmo instante, ouve sons vindos de trás de suas costas, da savana fechada. Ao se virar se depara com um animal quadrúpede com enorme juba. Uma ação urgente se faz necessária! Não há tempo hábil para a análise integral da situação para uma tomada de decisão. A pessoa imediatamente sobe na árvore. E o leão perde seu almoço.

No caso acima foi acionado o Sistema 1 (rápido). Segundo Daniel Kahneman (2012, p. 32), esse sistema “funciona programando as funções normalmente automáticas de atenção e memória”, gerando contínuas sugestões ao Sistema 2, como impressões, sugestões, intenções e sofrimentos (2012, p. 33). É caracterizado por ser automático, intuitivo, involuntário, rápido e inconsciente. Ele é operado nas atividades do cotidiano, nas quais não há necessidade de grandes reflexões na tomada de decisão, não requerendo grande esforço mental. Por isso, é menos preciso e mais sujeito a erros.

Sobre o automatismo do Sistema 1, confira-se (MORONI e PEREIRA JÚNIOR, p. 96):

As operações automáticas do sistema 1, através de reconhecimento de padrões, envolvem aprendizado associativo, no qual um padrão percebido aciona outros previamente conectados, como uma cascata, em um tempo relativamente curto. Esses padrões formam eventos mentais associativos em séries complexas e coerentes. Cada objeto ou evento percebido externamente gera padrões que evocam e estimulam memórias, emoções,

expressões e reações físicas, criando previsões e contextos para eventos futuros e prováveis. (KAHNEMAN, 2011, p. 52-54)

Agora, veja-se a situação do CEO de uma grande empresa petrolífera, com atuação mundial, decidindo sobre a aquisição de uma empresa concorrente do mesmo ramo situada nos Estados Unidos. Vários aspectos deverão ser apreciados. Uma imensidão de dados deverá ser consultada. A decisão merece ser cuidadosamente estudada. Não há espaço para açodamento. Aqui entra em ação o Sistema 2.

O Sistema 2 (devagar) demanda mais esforço cognitivo, cujas operações “são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração” (KAHNEMAN, 2012, p. 29). É caracterizado por ser lento, voluntário e totalmente consciente, e é operado em situações que demandam maior esforço cognitivo do indivíduo.

Esses sistemas atuam interligados.

Daniel Kahneman (2012, p. 23) afirma que o Sistema 2 é capaz de alterar o modo de operação do Sistema 1 ao programar as funções de atenção e memória executadas automaticamente.

Essa breve abordagem da teoria dual de pensamento é justificada porque no presente trabalho se pretende analisar interferências das *Fake News* na tomada de decisão dos jurados.

Quando o jurado responde aos quesitos lançados pelo Juiz Presidente, já teve oportunidade de subsidiar-se de elementos que permitam firmar sua convicção. Para tanto, deve utilizar o Sistema 2 e não o Sistema 1. Não é recomendado que sua decisão seja intuitiva e firmada em suas crenças pessoais, mas sim objeto de percuciente análise da causa. O controle dessa decisão no modo automático é dificultado pelo julgamento se dar segundo sua íntima consciência, sem necessidade de motivação.

A decisão do jurado sujeita-se à ação de fatores como as heurísticas, os vieses e os ruídos. Heurísticas são atalhos cognitivos, possibilitando a resolução intuitiva e rápida de problemas complexos (HORTA, p. 89); vieses são o resultado de desvios sistemáticos ou inconsistências em relação aos parâmetros normativos esperados (HORTA, p. 89); ruído é a variabilidade indesejada em julgamento que poderiam ser idênticos (KAHNEMAN, 2021).

Os fatores acima indicados devem ser considerados, seja em relação aos magistrados, seja em relação aos jurados. Quanto a estes últimos, destaque-se que são escolhidos entre cidadãos comuns que, no mais das vezes, além de possuírem pouco ou nenhum conhecimento sobre os procedimentos judiciais e a aplicação da lei, ainda podem ser mais influenciados por fatores externos ao caso concreto, por não deterem técnicas acerca da tomada de decisão na seara judicial (em especial, a preocupação de se blindar quanto à interferência de fatores externos). Um desses fatores são as *Fake News*, que serão objeto do próximo item.

3. AS *FAKE NEWS* NAS REDES SOCIAIS DIGITAIS

O Collins English Dictionary define *Fake News* como “informações falsas, muitas vezes sensacionalistas, divulgadas sob o disfarce de reportagem” (tradução livre).

As *Fake News* sempre existiram, sob a alcunha variada de boatos, lendas urbanas e mentiras, mas com o avanço tecnológico e a expansão da Internet e das redes sociais experimentaram a ampliação do seu poder de propagação (TOFFOLI, p. 9).

Pesquisa promovida pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), dos Estados Unidos, publicado na revista Science (AGÊNCIA ESTADO, 2018), mostrou que as *Fake News* postadas em língua inglesa no Twitter se espalham 70% mais rápido que as notícias verdadeiras; alcançam mais pessoas; quando a notícia falsa se referia à política, o alastramento é 3 vezes mais rápido; o uso de robôs acelera a disseminação de notícias falsas e verdadeiras nas mesmas taxas.

Ana Frazão (2020) elenca circunstâncias que potencializam a disseminação de mentiras e o aumento de seus efeitos nefastos:

(i) a crescente utilização da internet, o que possibilita que cada cidadão seja também uma mídia, no sentido de que pode divulgar publicamente suas opiniões e versões dos fatos e se sente à vontade para fazê-lo sem nenhum cuidado com a veracidade;

(ii) o crescente protagonismo de plataformas que, a exemplo do Google e do Facebook, acabaram tornando-se grandes gestores de conteúdo, na medida em que filtram, selecionam, classificam

- e ranqueiam as informações que chegarão a cada um dos seus usuários por meio de algoritmos que são mantidos em segredo;
- (iii) a existência de aplicativos de comunicação que, a exemplo do Whatsapp, podem ser utilizados para disparos em massa com ampla penetração;
- (iv) a presença de muitas pessoas que interagem na internet de forma anônima, por meio de perfis falsos, e também a presença crescente de robôs, o que pode subverter por completo a esfera pública. (FRAZÃO, 2020)

Como o foco deste trabalho está na disseminação das Fake News pelas redes sociais digitais, convém passar-se à análise dessas redes.

Boyd e Ellison (2008, p. 211) definem sites de redes sociais como serviços baseados na Web que permitem aos indivíduos: construir um perfil público ou semipúblico dentro de um sistema limitado; articular uma lista de outros usuários com quem compartilham uma conexão; visualizar e percorrer sua lista de conexões e aquelas feitas por outros dentro do sistema.

As redes sociais “são sites e aplicativos usados por pessoas e organizações que se conectam com clientes, familiares, amigos e pessoas que compartilham seus interesses em comum. Algumas das redes sociais mais populares são Facebook, TikTok, Twitter e Instagram: todas têm recursos exclusivos, mas a maioria conta também com elementos semelhantes” (RODRIGUES, 2022).

Registrem-se os dados do Brasil relativos ao mundo digital em 2022 (DIGITAL, 2022): numa população de 214,7 milhões de pessoas, tem-se 165,3 milhões de usuários de Internet, 171,5 milhões de usuários de redes sociais digitais, 116 milhões de usuários do Facebook, 119,5 milhões de usuários de Instagram. Assome-se a essas cifras os 165 milhões de usuários de WhatsApp, a rede social mais utilizada no país (RESULTADOS DIGITAIS, 2022).

Os dados acima citados indicam que grande parte da população brasileira está conectada às redes sociais digitais, expostas a uma quantidade imensa de fontes de notícias, com variável credibilidade (NOOR, 2020). Com isso, estão sujeitas às Fake News.

As Fake News causam perigo real à saúde e à segurança das pessoas. No que concerne à saúde, de se lembrar a enorme quantidade de Fake News propalando imaginários riscos na vacinação contra o Covid-19. Quanto à segurança, traz-se à baila a lamentável morte de Fabiane Maria de Jesus, que foi espancada até a morte em Guarujá/SP, em maio de 2014, após o compartilhamento na rede social Facebook de falsa informação: ela foi agredida até a morte ao ser confundida com uma suposta sequestradora de crianças, que as utilizava para fazer rituais de magia maligna (G1 Santos, 2022).

Como destacado por Ricardo Gutierrez (TSE, s.d., p. 146), “um dos melhores modos de responder a desinformação é favorecer a informação verdadeira.” Outro é a busca de indenização a ser paga por aqueles que criam as Fake News, como ocorrido com Alex Jones, proprietário de um site que dissemina teorias da conspiração e que foi condenado a pagar indenização de mais de R\$ 21 milhões de reais por ter alegado falsamente que massacre ocorrido em uma escola em 2012 fora uma farsa fabricada pelo governo americano (BBC NEWS BRASIL, 2022).

O problema das Fake News levou o Conselho Nacional de Justiça e outros órgãos a criar o “Painel de Checagem de Fake News” (CNJ, s.d.) visando “alertar e conscientizar a população dos perigos do compartilhamento de informações falsas”. O Tribunal Superior Eleitoral criou a página “Fato ou Boato”, dedicada à checagem de informações falsas divulgadas a respeito do processo eleitoral, que, até 18 de novembro de 2022, já tinha publicado 329 esclarecimentos (TSE, 2022). Idêntica providência foi adotada pelas próprias redes sociais virtuais (G1, 2022).

O potencial destrutivo das Fake News é incontestável. A questão posta é sua interferência na decisão dos jurados.

4. A INTERFERÊNCIA DAS *FAKE NEWS* DISSEMINADAS NAS REDES SOCIAIS DIGITAIS NA DECISÃO DOS JURADOS

O uso massivo das redes sociais em nosso país facilita a comunicação, permitindo que as relações interpessoais ocorram com muita rapidez. Grupos de conversa são criados, expandindo a possibilidade de troca de informações entre mais pessoas. Hoje é comum os Grupos de WhatsApp da família e das equipes de uma empresa, dentre outras infinitudes de grupos que são criados pelos mais variados motivos.

Os jurados são escolhidos dentre pessoas do povo, portanto, possivelmente sendo usuários de redes sociais digitais. É quase certo que se utilizem do WhatsApp (96,4% dos brasileiros usuários de redes sociais adotam essa plataforma) (RESULTADOS DIGITAIS, 2022). Bem provável que recebam postagens tratando de notícias, falsas e verdadeiras. O mesmo se diga com relação às demais redes sociais. É um cabedal imenso de dados!

Em se tratando de casos criminais rumorosos, com grande apelo midiático, os meios jornalísticos passaram a ser ombreados pelas redes sociais digitais na divulgação de notícias, situação que merece reflexão por aqueles que atuam no Sistema de Justiça Criminal. Nas palavras de Rafa Santos (2022):

Casos de tribunal do júri que despertam interesse da imprensa e mobilizam o debate público são comuns. Contudo, a quantidade de informação produzida atualmente e a polarização em torno de praticamente qualquer assunto promovida pelas redes sociais acrescentam uma nova camada de dificuldade para juízes, promotores e advogados na busca por um julgamento que respeite o devido processo legal (SANTOS, 2022).

Contudo, em se tratando de redes sociais digitais, essa possibilidade de divulgação de Fake News é multiplicada pelo número de usuários. Uma pessoa recebe uma Fake News e a repassa para seus contatos. E assim por diante. Há uma progressão exponencial da divulgação dessa notícia falsa. A depender da credibilidade do emissor da postagem e da propensão do destinatário em crer naquela informação, abre-se campo para sua repostagem. Ressalte-se haver evidência de que as pessoas tendem a ler as notícias mais alinhadas às suas expectativas (NOOR, 2020).

Desse modo, imagine-se a seguinte situação: mulher com 47 anos, casada há 26 anos, mãe de 3 filhos, professora, evangélica, conservadora, escolhida para participar de um júri em caso de homicídio doloso vitimando um adolescente (sem antecedentes criminais). Pelo WhatsApp e Facebook chegam a essa jurada Fake News maculando a honra do culpado, atribuindo-lhe a pecha de traficante, pedófilo, agressor de mulheres e agiota; que teria tentado subornar os guardas; que xingou a família da vítima (todas falsas). É bem provável que, em alguma medida, esses dados falsos possam influenciar a jurada de que o acusado merece ser condenado (afinal, não se trata de um “bandido”?), ainda que as provas dos autos indiquem

possível legítima defesa (crime cometido após discussão sobre preferências por times de futebol).

Os efeitos dessa disseminação podem ser nocivos e graves, chegando a alterar o processo democrático de um país. Tome-se, por exemplo, estudo realizado por Gillian Murphy et alli (2019) sobre a influência das Fake News no resultado do referendo sobre o aborto, realizado na Irlanda em 2018. A uma amostra de 3.140 participantes foram apresentadas 6 notícias envolvendo as campanhas sobre aborto, sendo 2 notícias falsas e 4 verdadeiras. Como resultados, pode-se citar: quase metade da amostra relatou uma falsa memória para, pelo menos, um evento falso; mais de um terço dos participantes relatou uma memória específica sobre o evento falso; os eleitores a favor da legalização do aborto foram mais propensos a lembrar de um falso escândalo sobre a campanha para votar “não”; os eleitores contrários à legalização do aborto foram mais propensos a lembrar um falso escândalo sobre a campanha para votar “sim”; essa diferença percebida foi particularmente forte para eleitores com baixa capacidade cognitiva; um aviso subsequente sobre possível desinformação reduziu ligeiramente as taxas de falsas memórias, porém, não eliminou seus efeitos. Em suma, os resultados sugerem que os eleitores em uma campanha política são mais suscetíveis a formar falsas memórias para as *Fake News* que se alinham com suas crenças, notadamente se tiverem baixa capacidade cognitiva.

Essa constatação pode decorrer do viés da confirmação.

A American Psychological Association (APA), define o viés da confirmação como “a tendência de reunir evidências que confirmem expectativas preexistentes, geralmente enfatizando ou buscando evidências de apoio enquanto descarta ou falha em buscar evidências contraditórias” (tradução livre).

Na mesma linha, para Hélio Oliveira (2021), o viés da confirmação consiste na tendência de as pessoas buscarem provas e argumentos que confirmem sua posição inicial sobre determinado assunto. Com isso, são favorecidas de forma involuntária informações congruentes com as expectativas, em detrimento de informações incongruentes com elas, além de ser dada pouca importância às informações contraditórias (OLIVEIRA, p. 71/72).

Lord, Ross e Lepper (1979) realizaram estudo que incluía pessoas que apoiavam e outros que eram contra a pena de morte. Os participantes receberam os mesmos dois estudos sobre a pena de morte. Depois de os lerem, mantiveram suas crenças

iniciais e apoiaram o raciocínio, fornecendo evidências que confirmavam o estudo e rejeitando qualquer evidência contraditória ou a considerando inferior.

Como o júri, de ordinário, acontece no local em que ocorreu o crime, parte-se da premissa de que de alguma forma o jurado teve acesso a informações sobre o fato, advindas da mídia, da conversa com amigos ou de postagens em redes sociais digitais. Essas informações podem ser verdadeiras ou falsas. Ambas situações são passíveis de interferir no veredito, ainda que alertados de que o julgamento exige que considerem apenas a prova juntada ao processo.

Ao Poder Judiciário é exigido que proporcione aos acusados um julgamento justo, na medida do possível, reduzindo as interferências de eventos exteriores aos autos na deliberação das decisões. Essa exigência é ainda maior no caso do Tribunal do Júri, ocasião em que a decisão de mérito - condenação ou absolvição - é proferida por pessoas comuns, geralmente não familiarizadas com os processos cognitivos relacionados com a tomada de decisão judicial.

Algumas providências podem ser adotadas para se reduzir essa interferência:

a) Fazer constar na convocação dos jurados que atuarão na reunião periódica que se abstenham de conversar sobre o caso a ser julgado (art. 434 do CPP), bem como de assistir matérias jornalísticas e de visualizar e trocar mensagens em redes sociais digitais sobre temas envolvendo o fato. O controle dessa advertência é de baixa eficácia, mas só a advertência já servirá para que o jurado atente para que não traga para seu íntimo convencimento fatores externos.

b) Tão logo iniciados os trabalhos, o Juiz Presidente deve renovar a advertência acima, exortando os jurados que se atenham unicamente à prova dos autos. O recolhimento dos aparelhos celulares dos jurados facilitará que, no decorrer do julgamento, não tenham acesso a notícias do caso e do próprio julgamento.

O desaforamento (art. 427 do CPP - “Se 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 existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas”) é de pouca valia, pois ainda que realizado em outro local, permanecem os jurados sujeitos aos efeitos das

redes sociais digitais, que nesse caso pode ser aumentado pela curiosidade sobre crime que não ocorreu em sua comarca. Passa-se agora às considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade líquida é marcada pela rapidez da comunicação, intermediada por tecnologias cada vez mais eficientes. As redes sociais virtuais são talvez o melhor exemplo da fluidez da comunicação, velozmente interligando milhões de pessoas. Um fato ocorrido em determinado momento pode ser inserido quase que instantaneamente no mundo digital. E dele não sai mais.

Sucedo que esse levantamento de barreiras espaço-tempo para a divulgação de notícias potencializou as consequências nefastas e indesejáveis das *Fake News*. Outrora detinham efeitos locais ou regionalizados, como na divulgação radiofônica de Orson Wells (TESCHKE, 2013), feita em 30 de outubro de 1938, sobre a invasão do mundo por marcianos, que causou alvoroço na Costa Leste dos Estados Unidos. Na atualidade esses efeitos não mais se sujeitam a limites espaciais.

As instituições públicas e privadas devem atentar para essa realidade e atuar visando coibir as *Fake News*. Na recente eleição presidencial brasileira de 2022 viveu-se uma enxurrada de *Fake News*, o que motivou o Tribunal Superior Eleitoral a iniciar uma cruzada ao combate a essas informações falsas que prejudicavam o processo eleitoral e maculavam a credibilidade das instituições.

Nesse contexto de disseminação de *Fake News* por redes sociais digitais, sobleva a importância do estudo de seus efeitos em causas sujeitas ao rito do Tribunal do Júri, no qual a decisão sobre o mérito da imputação é conferido a pessoas comuns do povo, no mais das vezes sem conhecimentos jurídicos e não habituados à tomada de decisão judicial.

Os jurados ficam à mercê de *Fake News* sobre casos criminais, que, posteriormente, podem predispor a criação de falsas memórias sobre os fatos, interferindo na análise daqueles casos. Desse modo, há indesejável ingerência no ato decisório, prejudicando a justiça do julgamento.

O efeito da mídia na decisão dos jurados já foi objeto de vários estudos. Agora, esses estudos devem mirar também para as redes sociais digitais, dada sua abrangência.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA ESTADO. **“Fake News” se espalham 70% mais rápido que notícias verdadeiras, diz MIT**. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2018/03/08/interna_tecnologia,664835/fake-news-se-espalham-70-mais-rapido-que-noticias-verdadeiras.shtml. Acesso em: 18 dez. 2022.
- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (APA). **APA Dictionary of Psychology**. Disponível em: <https://dictionary.apa.org/confirmation-bias>. Acesso em: 17 dez 2022.
- AVENTURAS NA HISTÓRIA. **Escola Base: falsa acusação que marcou o país vira documentário**. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-o-que-foi-o-caso-escola-base-fake-news.phtml>. Acesso em: 17 dez. 2022.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BBC News Brasil. **Fake news: a condenação milionária de Alex Jones por dizer que massacre em escola em 2012 era falso**. Disponível em: Fake news: a condenação milionária de Alex Jones por dizer que massacre em escola em 2012 era falso - BBC News Brasil. Acesso em: 17 dez. 2022.
- BOYD, Danah M.; ELLISON, Nicole B. Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship. **Journal of Computer-Mediated Communication**, v. 13, n. 1, 2008, p. 210-230. Disponível em: <https://academic.oup.com/jcmc/article/13/1/210/4583062>. Acesso em: 17 dez. 2022.
- BRANDELISE, Camila. **É fake! Ré por morte do marido, Flordelis não é líder das mulheres na Câmara**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/02/03/flordelis-lider-na-camara-entenda-funcionamento-da-secretaria-da-mulher.htm>. Acesso em: 17 dez. 2022.
- CNJ. **Painel de Checagem de Fake News**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/painel-de-checagem-de-fake-news/>. Acesso em: 19 dez. 2022.
- COLLINS ENGLISH DICTIONARY. **Fake News**. Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/fake-news>. Acesso em: 17 dez. 2022.
- DATAREPORTAL. **Digital 2022: Brazil**. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-brazil>. Acesso em: 17 dez. 2022.
- FRAZÃO, Ana. **O negócio das fake news e suas repercussões**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-negocio-das-fake-news-e-suas-repercussoes-22072020>. Acesso em: 18 dez. 2022.

G1. **Fato ou Fake: veja como acessar checagens nas redes sociais e enviar sugestões à equipe pelo WhatsApp.** Disponível em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2022/10/11/fato-ou-fake-veja-como-acessar-checagens-nas-redes-sociais-e-como-enviar-sugestoes-a-equipe-pelo-whatsapp.ghtml>. Acesso em: 19 dez. 2022.

G1. **É #FAKE que deputada Flordelis ganha R\$ 250 mil de auxílio ao mês por ter adotado mais de 50 filhos.** Disponível em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2019/06/27/e-fake-que-deputada-flordelis-ganha-r-250-mil-de-auxilio-aomes-por-ter-adotado-mais-de-50-filhos.ghtml>. Acesso em: 17 dez. 2022.

G1 Santos. **Oito anos após mulher ser espancada até a morte em SP, fake news segue fazendo vítimas como o turista queimado vivo no México.** Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2022/06/15/oito-anos-apos-mulher-ser-espancada-ate-a-morte-em-sp-fake-news-segue-fazendo-vitimas-como-o-turista-queimado-vivo-no-mexico.ghtml>. Acesso em: 17 dez. 2022.

HORTA, Ricardo Lins. **Porque existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 3, p. 83-122, dez. 2019.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar - Duas formas de pensar.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído - Uma falha no julgamento humano.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KEMP, Simon. **Digital 2022: Brazil.** Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-brazil>. Acesso em: 18 dez. 2022.

LORD, Charles. G; ROSS, Lee; LEPPER, Mark. R. Biased assimilation and attitude polarization: The effects of prior theories on subsequently considered evidence. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 37, n. 11, p. 2098-2109, 1979.

MORONI, Juliana; PEREIRA JUNIOR, Alfredo. **A teoria dos dois sistemas de Kahneman: Uma crítica a partir da perspectiva ecológica gibsoniana.** Princípios: Revista de Filosofia, Natal, v. 28, n. 55, jan.-abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/22210/13757>. Acesso em: 17 dez. 2022.

MURPHY, Gillian; et al. False Memories for Fake News During Ireland's Abortion Referendum. **Psychological Science**, v. 30, n. 10, p 1-11, ago. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/335312554_False_Memories_for_Fake_News_During_Ireland's_Abortion_Referendum. Acesso em: 17 dez. 2022.

NOOR, Iqra. **How Confirmation Bias Works.** Disponível em: <https://www.simplypsychology.org/confirmation-bias.html>. Acesso em: 17 dez. 2022.

OLIVEIRA, Hélio Roberto Cabral de. O viés da confirmação na tomada de decisão no âmbito do Processo Penal Brasileiro: O instituto do Juiz de Garantias como instrumento de desenviesamento. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 7, n. 2, Jul./Dez. 2021, p. 65-84. Disponível em: https://redib.org/Record/oai_articulo3647840-o-vi%C3%A9s-de-confirma%C3%A7%C3%A3o-na-tomada-de-decis%C3%A3o-%C3%A2mbito-do-processo-penal-brasileiro-o-instituto-do-juiz-de-garantias-como-instrumento-de-desenviesamento. Acesso em: 17 dez. 2022.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri. Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionários**. 8va edição ampl. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

RESULTADOS DIGITAIS. **Ranking: as redes sociais mais usadas no Brasil e no mundo em 2022, com insights e materiais**. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/marketing/redes-sociais-mais-usadas-no-brasil/>. Acesso em: 17 dez. 2022.

RODRIGUES, Jonatan. **Tudo o que você precisa saber sobre Redes Sociais em 2022**. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/marketing/redes-sociais/>. Acesso em: 17 dez. 2022.

SANTOS, Rafa. **Redes sociais tornam o júri ainda mais vulnerável à opinião pública**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-11/redes-sociais-tornam-juri-ainda-vulneravel-opinioao-publica2>. Acesso em: 18 dez. 2022.

SARDINHA, Edson. **É fake que Flordelis assumiu cargo na Secretaria da Mulher**. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/midia/e-fake-que-flordelis-assumiu-cargo-na-secretaria-da-mulher/>. Acesso em: 17 dez. 2022.

TESCHCKE, Jens. **1938: Pânico após transmissão de “Guerra dos Mundos”**. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1938-p%C3%A2nico-ap%C3%B3s-transmiss%C3%A3o-de-guerra-dos-mundos/a-956037>. Acesso em: 18 dez. 2022.

TOFFOLI, Dias. **Fake news, desinformação e liberdade de expressão**. Interesse Nacional, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 9-18, jul./set. 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/7624>. Acesso em: 18 dez. 2022.

TOLEDO, Marina. **Flordelis é condenada a mais de 50 anos de prisão pela morte de Anderson do Carmo**. Disponível: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/flordelis-e-condenada-a-mais-de-50-anos-de-prisao-pela-morte-de-anderson-do-carmo/>. Acesso em: 18 dez. 2022.

TSE. **Instrumento para coibir as Fake News**. Seminário Internacional Fake News e Eleições (Anais). Disponível em: <https://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2022.

TSE. **Fato ou Boato publicou quase 200 esclarecimentos contra fake news em 2022**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Novembro/fato-ou-boato-publicou-193-esclarecimentos-contrafake-news-em-2022>. Acesso em: 19 dez. 2022.

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do Júri: origem, evolução, características e perspectivas. *In*: TUCCI, Rogério Lauria (coord.). **Tribunal do Júri. Estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ANÁLISE ECONÔMICA DA TRANSAÇÃO: A EFICIÊNCIA DA TRANSAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

ECONOMIC ANALYSIS OF TRANSACTION: THE EFFICIENCY OF TRANSACTION AS ALTERNATIVE METHOD OF CONFLICT RESOLUTION

Daniel Damasceno Amorim Douglas

Mestrando em Direito e Poder Judiciário do Programa Pós-Graduação Profissional em Direito pela Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (PPGD/ENFAM)

Cursando LLM em Gestão Judiciária pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Especialista em Direito Tributário e em Direito Empresarial

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Roraima

RESUMO: A eficiência da transação depende do investimento em um sólido capital jurídico. A transação como método alternativo de resolução de conflitos (equivalente jurisdicional), deve ter como escopo final a eficiência do ponto de vista do bem-estar social, não apenas do bem-estar individual. Para tanto deve-se ter um olhar especial não apenas jurídico, mas também econômico, especialmente sobre o conceito de eficiência produtiva e eficiência alocativa. A análise econômica do direito fornece elementos outros para uma visão ampla acerca do fenômeno da transação e como ele pode ser aprimorado. O investimento em capital jurídico pode conduzir ao incremento da eficiência das transações, uma vez que as ferramentas da economia comportamental demonstram que os envolvidos no conflito tendem a mensurar, ainda que intuitivamente, a probabilidade de êxito de sua demanda.

ABSTRACT: *Transaction efficiency depends on investing in solid legal capital. The transaction as an alternative method of conflict resolution (jurisdictional equivalent), must have as its final scope efficiency from the point of view of social*

well-being, not just individual well-being. To do so, a special eye should be taken, not only legally, but also economically, especially on the concept of productive efficiency and allocative efficiency. The economic analysis of law provides other elements for a broad view of the transaction phenomenon and how it can be improved. Investment in legal capital can lead to increased transaction efficiency, since behavioral economics tools demonstrate that those involved in the conflict tend to measure, albeit intuitively, the probability of success of their claim.

INTRODUÇÃO

No presente artigo será abordado o tema da análise econômica da transação tendo em conta a ótica da eficiência no contexto do bem-estar social. Para tanto, serão explicitados os métodos de resolução de conflitos admitidos em direito, com sucinta exposição da jurisdição estatal e dos métodos alternativos (também denominados “equivalentes jurisdicionais”). Dentro da apresentação dos métodos alternativos, serão brevemente esquadrihadas a autotutela, a arbitragem e a autocomposição. Será trazido em curta forma a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos do Conselho Nacional de Justiça e, em seguida, o foco se centrará na conciliação e mediação.

Na sequência serão apresentados conceitos básicos de economia e de análise econômica do direito imprescindíveis à plena compreensão do tema. Neste momento será realizada a distinção entre a economia tradicional e a economia comportamental. Tratar-se-á, ainda, sobre o conceito de eficiência e um aprofundamento do tema para realizar a diferenciação entre eficiência produtiva e eficiência alocativa.

Por fim, será realizada a apresentação da análise econômica da transação. Demonstrados os conceitos de capital jurídico e sua aplicabilidade no cotidiano forense, de eficiência no contexto das transações, alguns temas de economia comportamental e sua relação com a transação, bem como tratado o tema da autocomposição judicial obrigatória.

O presente trabalho tem como objetivo a descrição dos conceitos de eficiência (produtiva e alocativa) e como elas se correlacionam com a autocomposição, bem como tangenciar o tema de como o Judiciário pode contribuir para, a longo prazo, incrementar a conciliação e, conseqüentemente, a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos.

A pesquisa será qualitativa e o método será a revisão bibliográfica.

1. MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Neste capítulo serão apresentados os métodos de resolução de conflitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Iniciar-se-á pela análise do método de tradicional de jurisdição estatal e, depois, serão descritos métodos alternativos de resolução de conflitos, com ênfase na conciliação e na mediação.

1.1. Jurisdição estatal

O modelo de resolução de conflitos em que o Estado atua visando a aplicação do direito ao caso concreto é conhecido como jurisdição. Segundo Daniel Neves, “a jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social” (NEVES, 2016).

A jurisdição pode ser estudada sob três ângulos distintos: poder, função e atividade¹. Conforme Neves, “o poder jurisdicional é o que permite que o exercício da função jurisdicional que se materializa no caso concreto por meio da atividade jurisdicional”². É relevante não confundir as terminologias “poder jurisdicional”, “função jurisdicional” e “atividade jurisdicional”.

Como poder, “a jurisdição representa o poder estatal de interferir na esfera jurídica dos jurisdicionados, aplicando o direito objetivo ao caso concreto resolvendo a crise jurídica que os envolve”³. Como função, “a jurisdição é o encargo atribuído pela Constituição Federal, em regra, ao Poder Judiciário – função típica – e, excepcionalmente, a outros poderes – função atípica – de exercer concretamente o

1 *Ibid.*

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

poder jurisdicional”⁴. Como atividade, “a jurisdição é o complexo de atos praticados pelo agente estatal investido de jurisdição no processo”⁵.

1.2. Métodos alternativos de solução de conflitos (equivalentes jurisdicionais)

Como não poderia deixar de ser, há outros meios de solução de conflitos. São os denominados métodos alternativos de resolução de conflitos ou, mais antigamente, equivalentes jurisdicionais. Basicamente são quatro estes métodos: autotutela, arbitragem, conciliação e mediação.

1.2.1. Autotutela

A autotutela é o método mais antigo de solução de conflitos. Constitui-se basicamente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora. Sendo que o significado do termo “força” no presente caso é “qualquer poder que a parte vencedora tenha condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade”⁶.

Naturalmente este método de solução de conflitos está longe de ser o ideal, especialmente em uma sociedade moderna e que observa o Estado Democrático de Direito. Não obstante, não se pode dizer que a autotutela está de todo banida do ordenamento jurídico. Há casos excepcionais em que é possível o seu exercício de forma lícita, a exemplo da legítima defesa (art. 188, I, do Código Civil); da busca e apreensão do bem com penhor legal (art. 1.647, I, do CC); desforço imediato no esbulho (art. 1.210, §1º, do CC)⁷.

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

1.2.2. Arbitragem

A arbitragem é método de resolução de conflitos em que um terceiro que goze de confiança das partes é escolhido para decidir o conflito de forma impositiva, isto é, independentemente da vontade das partes⁸. A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, é o diploma normativo que rege a arbitragem no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se debruçar sobre a constitucionalidade da arbitragem em razão da suposta ofensa à inafastabilidade da jurisdição, tendo concluído pela constitucionalidade, uma vez que a garantia constitucional da inafastabilidade é condicionada à vontade das partes. Ou seja, se o direito de ação é disponível, dependendo da vontade do interessado para se concretizar por meio da propositura da demanda judicial, também o é o exercício da jurisdição na solução do conflito de interesse⁹.

1.2.3. Autocomposição

Pela autocomposição o conflito é resolvido sem a interferência de um terceiro (seja judicial, seja arbitragem). Pode ocorrer por meio do sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas, mediante a sua própria vontade unilateral ou bilateral, ao contrário da autotutela em que há o uso da força (NEVES, 2016).

Autocomposição é gênero e tem como espécies: a transação, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício recíproco de interesses. Cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para resolver o conflito. Naturalmente, é necessário que haja o exercício de ambos os envolvidos (bilateralidade)¹⁰. A transação pode ser obtida de várias formas, inclusive a conciliação e a mediação, os quais serão tratados mais adiante (capítulo 2.2.5).

A renúncia e a submissão são atos unilaterais. Na renúncia, o titular da pretensão apenas abdica do exercício desta, fazendo desaparecer o próprio conflito. Na submissão, uma das partes aceita a pretensão da parte contrária, independentemente da legitimidade ou não da pretensão¹¹.

8 *Ibid.*

9 STF, SE 5.206-7

10 *Ibid.*

11 *Ibid.*

1.2.4. Política Nacional de Tratamento Adequado de Solução de Conflitos

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010 (com a redação dada pela Resolução 326, de 26 de junho de 2020), instituiu e regulamentou a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. O objetivo da referida política é buscar assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Segundo o art. 1º, parágrafo único, da referida Resolução:

Art. 1º. [...]

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.¹²

O texto foi devidamente atualizado após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê em seu art. 334 uma etapa obrigatória de conciliação ou mediação, sendo que o ato apenas não será realizado caso haja a manifestação expressa de ambas as partes em seu desinteresse ou se o direito pleiteado não admitir autocomposição, nos seguintes termos:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 4º A audiência não será realizada:

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

12 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 25 de novembro de 2010.**

II – quando não se admitir a autocomposição.¹³

Seguindo as diretrizes normativas, foram criados os NUPEMECs (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos), esses Núcleos são os responsáveis pela orientação e direcionamento das políticas de métodos consensuais de solução de conflitos.

Por sua vez, dentro da estrutura dos NUPEMECs, foram criados também os CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), com a incumbência de concentrar a realização das sessões de conciliação e mediação.

Além disso, anualmente o Conselho Nacional de Justiça tem estipulado metas aos Tribunais para que aumentem o número de conciliações.

1.2.5. Conciliação e mediação

A conciliação e a mediação são os métodos pelos quais se pode obter uma transação, de maneira que as próprias partes cheguem a uma resolução do litígio por si. O art. 165 do CPC traz a distinção entre os dois institutos do seguinte modo:

Art. 165. [...]

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.¹⁴

13 BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

14 BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

Assim, percebe-se que a conciliação terá lugar nas hipóteses em que: 1) não houver vínculo anterior entre as partes, e; 2) podem ser sugeridas soluções ao litígio. Já a mediação terá preferência nos casos em que: 1) houver vínculo anterior entre as partes, e; 2) haverá auxílio aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam por si sós identificarem soluções.

O tema da conciliação não é recente, já em 1984, o tema da conciliação era tratado com cautela, mesmo no exterior. Segundo Fux e Bodart,

Owen Fiss sustenta que o estímulo a métodos alternativos de resolução de controvérsias partiria da ideia equivocada de que um acordo é sempre preferível a uma solução jurisdicional. O autor aponta que a solução “consensual” é muitas vezes forçada, seja por políticas públicas restritivas do acesso à justiça, seja pelo maior poder de barganha de grandes litigantes. Entende Fiss que a utilização desses métodos de autocomposição “não deve ser encorajada nem adorada” (FUX; BODART, 2021, s.p.).

Já em solo nacional, Barbosa Moreira afirmava que

Pode-se crer na conveniência de estimular métodos alternativos de solução de litígios, como o juízo arbitral e outros; pouco verossímil, em todo caso, é a solução de que por tal meio se logre, pelo menos a curto prazo, aliviar a quota de trabalho dos órgãos judiciais em proporção verdadeiramente compensadora. Eis-nos de volta, com isso, ao problema do imprescindível aparelhamento do Poder Judiciário – em termos quantitativos e qualitativos – para enfrentar de maneira condigna as suas responsabilidades. Ocioso repetir que, para tanto, será preciso mobilizar vultosos recursos financeiros – o que não implica apenas a existência deles, senão também a disposição de canalizar-lhes parcela considerável para uma aplicação a que em geral se sobrepõem prioridades de outra natureza. A esta altura parece chegado, para o processualista, o momento de reconhecer que esbarra numa daquelas raias extremas da sua competência específica. E decerto não se proclamará novidade alguma se a isso se quiser acrescentar que o estudo do tema em nível mais

profundo necessariamente desembocaria em ampla reflexão (incabível nesta sede) sobre o contexto político, econômico e social em que se insere a problemática da ‘efetividade’ do processo (BARBOSA MOREIRA, 1984. p. 31 e 42)

Vê-se que há muito tempo já se criticava o estímulo aos métodos alternativos de solução de litígios, asseverando ser pouco verossímil que, a curto prazo, se alivie a carga de trabalho do Poder Judiciário. Aqui vale o destaque que a questão da carga de trabalho do Poder Judiciário já era tratada desde aquela época.

Por outro lado, nota-se que naquele momento histórico o argumento do autor era de aparelhamento qualitativo e quantitativo do Poder Judiciário.

Hoje em dia, merece destaque os estudos que vem sendo realizados pelo Conselho Nacional de Justiça. As estatísticas revelam que o índice de autocomposição no Brasil é bastante reduzido. Consoante dados do relatório Justiça em Números 2019 do CNJ (realizado com base nos dados coletados em 2018), 11,5% (onze e meio por cento) dos processos foram encerrados por conciliação. Apesar da introdução da audiência de autocomposição obrigatória pelo CPC, o índice de conciliação processual cresceu menos de meio ponto percentual nos seus três primeiros anos de vigência. Mesmo considerando procedimentos pré-processuais, o índice de conciliação aumenta apenas timidamente, para 12,3% (doze inteiros e três décimos por cento).¹⁵

Dados mais recentes do CNJ, por meio dos relatórios Justiça em Número 2020, 2021 e 2022, demonstram que os índices de conciliação até vem crescendo, mas muito timidamente. No ano de 2019, houve 12,5% de conciliação na fase de conhecimento nas varas comuns¹⁶. Em 2020, o índice foi de 15,8%¹⁷. Já em 2021, foi de 16,7%¹⁸.

2. UM POUCO DE “ECONOMÊS”

No presente capítulo serão abordados alguns conceitos de economia importantes para a compreensão do tema. Tratar-se-á acerca da distinção entre a economia

15 Ibid.

16 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020. Brasília: [s.n.], 2020.

17 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2021. Brasília: [s.n.], 2021.

18 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2022. Brasília: [s.n.], 2022.

tradicional e a economia comportamental, que vem ganhando cada vez mais força nos últimos anos. Como a eficiência se relaciona com os serviços prestados pelo Estado, aí incluído o serviço judicial. Bem como os conceitos de eficiência produtiva e eficiência alocativa.

2.1. Economia tradicional x Economia comportamental

A teoria econômica tradicional traz a ideia de que as pessoas são sempre racionais, sempre maximizam a utilidade em seu favor e, portanto, ponderam racionalmente os custos e benefícios e sempre escolhem a melhor opção possível. Utiliza-se o termo *homo economicus* para designar este tipo de pessoas (MANKIW, 2020).

Contudo, é sabido que as pessoas não estão nem perto de serem sempre racionais como o *homo economicus*. As pessoas podem ser esquecidas, impulsivas, confusas, emotivas e de horizontes curtos de tempo¹⁹.

Sugere-se que os humanos podem ser vistos não como maximizadores racionais, mas como *satisficers* (consumidor que fica satisfeito quando encontra algo que é “bom o suficiente”). Nessa linha, os humanos são apenas “quase racionais” ou com “racionalidade limitada”²⁰.

Por sua vez, na economia comportamental empregam-se alguns dos *insights* da psicologia para desenvolver previsões sobre as escolhas que serão feitas, e, muitas dessas previsões contradizem o modelo econômico (VARIAN, 2021).

2.2. Eficiência

A eficiência é definida no Dicionário Priberam de Língua Portuguesa do seguinte modo: “1. Qualidade do que é eficiente. 2. Capacidade para produzir realmente um efeito. 3. Qualidade de algo ou alguém que produz com o mínimo de erros ou de meios.”²¹

A Emenda Constitucional (EC) n. 19/1998, denominada Reforma Administrativa, inseriu no texto da Constituição da República a eficiência como um dos princípios

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 Eficiência In: **Dicionário Priberam**, [s.l.: s.n., s.d.].

regentes da administração pública. Com a EC, no dispositivo constitucional passou a constar do seguinte modo: “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: [...]”²².

O comando do art. 37 da CRFB, por se destinar a toda a administração pública e todos os Poderes, naturalmente, inclui o Poder Judiciário. De modo que, este também deve ser eficiente e buscar sempre a eficiência no desempenho de sua missão institucional.

Considerando que o Judiciário integra a administração pública e sua função social é resolver disputas aplicando as regras jurídicas, então, é de se concluir que ele deve ser estruturado, organizado e administrado de maneira tal que os recursos disponíveis (juízes, auxiliares, orçamento, estrutura física, competências etc.) sejam direcionados / orientados à maximização da solução de conflitos pela adjudicação de direitos (GICO JUNIOR, 2020).

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) elevou ainda mais a importância da eficiência. Nele, o legislador não se satisfaz apenas com a simplificação do Direito Processual (redução dos custos de administração) e a provável produtividade decorrente. Ele foi mais longe, criando um dever legal específico para o magistrado ser eficiente no exercício da magistratura. O CPC determinou que o magistrado fosse eficiente não apenas na gestão do processo em si, mas também no resultado da aplicação das regras jurídicas na resolução dos conflitos.²³

Adiante, analisar-se-á a diferença entre eficiência produtiva e eficiência alocativa e como ela se relaciona com a eficiência processual.

2.2.1. Eficiência produtiva e eficiência alocativa

Segundo Gico Junior, em geral, a eficiência é alcançada quando se maximiza o bem-estar. Seja o bem-estar social ou o bem-estar do agente ou grupo de agentes

22 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

23 *Ibid.*

considerado. Em síntese, o aumento da eficiência significa um aumento do bem-estar do grupo analisado.²⁴

Desse modo, em uma democracia competitiva, espera-se que, na média, as políticas públicas e as regras jurídicas tenham por objeto justamente o aumento do bem-estar social e, portanto, as políticas e o direito estejam indissociados do conceito de eficiência, como previsto na Constituição. Nesse sentido, pode-se discutir eficiência em dois aspectos: eficiência produtiva e eficiência alocativa.²⁵

Eficiência produtiva é a entrega de um produto (bem ou serviço) ao menor custo possível. Relaciona-se com a eficiência produtiva dois conceitos comumente utilizados pela jurisprudência e doutrina jurídicas, mas sem especificação de seu conteúdo: produtividade e economicidade. Produtividade é a produção de mais com a mesma quantidade de recursos, ao passo que economicidade é a produção do mesmo com menos recursos.²⁶

Gico Junior faz a seguinte ponderação que merece ser transcrita:

É importante notar que, embora seja comum encontrar na doutrina diversas ideias associadas à eficiência, como celeridade, perfeição, universalização, desburocratização e qualidade, entre outras, nenhuma delas pode ser considerada um elemento da eficiência em si e por si. Agir com maior qualidade, rapidez ou perfeição poderá ser ou não eficiente, a depender da situação. Como visto, há apenas dois elementos essenciais à ideia de eficiência produtiva e que estarão sempre presentes: produtividade e economicidade. O processo ou a entidade produtora será eficiente quando produzir mais gastando o mesmo (produtividade) ou quando produzir o mesmo gastando menos (economicidade). Note-se que não basta produzir mais gastando mais ou economizar sem produzir o nível desejado de bens e serviços. Esses dois elementos devem estar conjugados para formar a essência da eficiência produtiva (GICO JUNIOR, 2020, s.p).

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

Em termos de processo civil, considerando-se que o objetivo do serviço judicial é a resolução de conflitos com a aplicação das regras jurídicas em vigor, sempre que o juiz realizar uma mudança na gestão do processo que permita resolver mais conflitos de acordo com o direito, mantidas constantes as demais variantes, haverá eficiência produtiva.²⁷

Eficiência alocativa, por sua vez, refere-se a uma preocupação com o retorno ou a utilidade que se extrai dos bens e serviços produzidos. Eficiência alocativa discute a utilidade que se obtém do produto resultante do processo produtivo e, portanto, o grau de preferência da sociedade ou dos agentes considerados para cada cesta de bens ou serviços. Desse modo,

enquanto na eficiência produtiva o foco é no processo produtivo e na taxa output / input dele resultante, assumindo-se que a escolha do produto já foi feita, na eficiência alocativa se analisa o bem-estar extraído de cada produto e, portanto, a adequação da escolha realizada. Haverá eficiência alocativa quando houver a distribuição ótima de bens e serviços levando-se em consideração as preferências da sociedade, i.e., quando o resultado do processo produtivo, o produto, for aquele que gerar a maior utilidade ou bem-estar social possível. Se houver uma outra alocação de recursos que gere mais bem-estar, então esse estado social é alocativamente ineficiente (GICO JUNIOR, 2020, s.p.).

Simplificando, pode-se dizer que eficiência produtiva está relacionada com a quantidade de produtos (bens ou serviços) ao menor custo, enquanto a eficiência alocativa está relacionada à escolha entre os produtos (bens ou serviços) a serem produzidos.

Em termos de processo civil, já que o objetivo do serviço judicial é a resolução de conflitos e a alocação do bem da vida pretendido a quem de direito, então um determinado processo terá sido resolvido de maneira alocativamente eficiente se o bem da vida sob litígio for corretamente adjudicado a quem de direito e será produtivamente eficiente se a adjudicação for realizada ao menor custo possível.²⁸

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

Para ilustrar o tema, é importante trazer as palavras de Gico Junior com exemplos práticos do cotidiano processual:

Do ponto de vista da eficiência produtiva, é relativamente simples perceber como o magistrado deve agir para alcançá-la. O processo é o resultado de um conjunto de procedimentos e etapas, sendo que em cada momento processual ao menos uma das partes deve tomar uma decisão ou praticar um ato. Às vezes, o agente decisor será o autor (e.g., ajuizar a ação ou não), às vezes o réu (e.g., contestar ou não contestar) e, muitas vezes, será o magistrado (e.g. julgar antecipadamente a lide ou abrir instrução complementar). De uma forma geral, cada decisão precisa de mediação ou mesmo autorização do juiz para ser realizada, dado que ele é o gestor do processo. Nesse sentido, um magistrado, na condução do processo, deve buscar ser produtivamente eficiente, i.e., ele deve conduzir o processo de forma a solucionar a maior quantidade de lides possível, com os recursos disponíveis (produtividade), e deve realizar apenas o mínimo de atos processuais necessários para garantir a resolução do conflito de acordo com as regras jurídicas (economicidade). Se em um único ato processual ele consegue resolver três ou quatro questões, então, ele deve resolvê-las em um único ato processual. Se o ato processual não é necessário para a adjudicação ou é inútil, ele não deve ser praticado.

[...]

Não obstante, é extremamente comum que o magistrado, no momento de saneamento e organização do processo, simplesmente emita o tradicional despacho: “Especifiquem as partes as provas que pretendem produzir”. Tal despacho não reduz a assimetria de informação e, portanto, não permite que as partes atualizem suas crenças. Logo, não permite uma reavaliação adequada das chances de êxito, **diminuindo assim a probabilidade de acordo nesse estágio processual**, e, por fim, faz com que as partes racionais, avessas a risco, peçam a produção de provas que seriam desnecessárias, pois simplesmente não sabem quais fatos o juiz entende como devidamente provados ou incontroversos. **O resultado esperado será a continuação**

de litígios que poderiam ter sido encerrados por acordo e a prática de atos processuais desnecessários para chegar ao mesmo resultado. Em suma: a utilização incorreta do despacho saneador é produtivamente ineficiente, pois seria possível alcançar o mesmo resultado com menos dispêndio de recursos. (GICO JUNIOR, 2020, s.p.).

Feita esta breve exposição acerca da eficiência e suas modalidades mais aplicáveis ao processo civil brasileiro, passa-se à análise econômica da transação como método de resolução de conflitos.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DA TRANSAÇÃO

Como tratado anteriormente, há vários métodos de resolução de conflitos plenamente aceitos pelo ordenamento jurídico. Tem-se a jurisdição estatal, a arbitragem, a autocomposição (que abrange a transação, a submissão e a renúncia). Interessa-nos, portanto, a transação, independentemente da forma que tenha sido obtida (negociação direta, conciliação ou mediação).

Deve-se ter em mente que a grande maioria dos conflitos humanos é resolvida pelos próprios envolvidos por meio da autocomposição, seja por meio de uma solução negociada entre si, seja com uma das partes abrindo mão de sua pretensão (parcial ou integralmente), seja pela submissão de uma parte à vontade da outra. Apenas uma fração dos conflitos humanos é judicializada.²⁹

Desta parcela de conflitos judicializada é que se centrará a análise.

3.1. Capital jurídico

O sistema judicial possui características de um recurso comum de livre acesso. Um recurso pode ser considerado comum quando é inclusivo (não excludente, qualquer pessoa pode acessar), mas rival (a utilização por uma pessoa implica a redução da sua utilidade para outras pessoas). Tais características levam ao livre acesso e a utilização do recurso por um indivíduo diminui a utilidade para outros usuários (GICO JUNIOR, 2015, p. 163).

29 *Ibid.*

Ou seja, quanto mais pessoas utilizarem o serviço judicial, menos útil ele será para a coletividade, uma vez que menor será sua capacidade de prestar serviços públicos adjudicatórios.³⁰

Ocorre que tem se dado muito enfoque ao acesso ao recurso (Judiciário), mas deixando de focar a possibilidade de efetivo uso e gozo do produto (prestação jurisdicional), que, no final das contas, é o que a sociedade deseja.³¹

Deve-se ter em consideração que se, por um lado, pessoas que são efetivamente titulares de direitos e pretensões legítimos deixam de usar o Judiciário, em razão de sua morosidade e imprevisibilidade, por outro, pessoas que desejam fugir de suas obrigações e responsabilidades possuem ainda mais incentivos para litigar, já que não apenas ganharão tempo, como poderão prevalecer ao final. Trata-se de um problema de seleção adversa. A antítese da função social do Judiciário.³²

Nesse ponto entra em cena o conceito de capital jurídico. O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas em sentido amplo (que podem ser legislativas, judiciárias, executivas ou mesmo privadas) que o Judiciário aplica para determinado tipo de caso em um dado momento (GICO JR, 2013, p. 435-464). Observe-se que as regras não são aplicadas a determinado caso, mas sim a determinado tipo de caso, trazendo a ideia de previsibilidade.

Já que o Judiciário utilizará estas regras quando do surgimento de um conflito, os agentes têm a possibilidade de tentar prever a forma como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito, gerando segurança jurídica.

Assim, o capital jurídico de uma sociedade é o fruto de suas experiências e valores no decorrer do tempo. De modo que quanto maior for o capital jurídico, maior também será o número de situações que os agentes poderão antever o resultado provável de determinado conflito em caso de judicialização. Assim, é mais fácil a decisão acerca de litigar ou celebrar um acordo (judicial ou extrajudicial).³³

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

Desta forma, um capital jurídico bem constituído tende a gerar maior segurança jurídica e previsibilidade sobre as decisões judiciais, de modo a facilitar a eventual celebração de uma transação.

3.2. Ineficiência das transações

Aqui cumpre ressaltar que a eficiência será analisada sob o ponto de vista do bem-estar social, não do bem-estar individual. Isto é, eficiência do serviço judicial, não eficiência para os indivíduos envolvidos. Segundo Fux e Bodart, do ponto de vista social, sempre há incentivos insuficientes ou em excesso para transacionar a respeito de uma lide (FUX; BODART, 2021).

Quando as partes de um litígio possuem expectativas idênticas a respeito do resultado da decisão judicial (é dizer, sobre as suas chances de vitória) e igual poder de barganha, a tendência é que entrem em um acordo próximo ao montante que seria determinado em uma eventual sentença, repartindo entre eles as custas processuais que foram poupadas.³⁴

Gico Júnior afirma que com ou sem a participação de advogados (como nos juizados especiais), ainda que intuitivamente, as partes tentam estimar a probabilidade de sucesso e os custos associados à realização de um acordo ou de continuar litigando. Naturalmente, ambas as partes sabem que incorrem em uma margem de erro nessa estimativa (GICO JR, 2015).

O autor prossegue afirmando que

O resultado dessas estimativas individuais determinará, em larga medida, a capacidade de as partes realizarem acordos. Como em qualquer troca voluntária, há chance de acordo quando a proposta máxima de acordo aceita pelo réu racional exceder a proposta mínima aceitável pelo autor racional. O autor racional realizará um acordo quando o retorno esperado da ação for igual ou próximo do valor oferecido em proposta de acordo pelo réu, pressupondo-se a neutralidade ao risco. Já o réu racional realizará o acordo quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor racional está disposto a aceitar,

34 *Ibid.*

também se afastando complicações relacionadas à aversão a risco (GICO JR, 2015, s.p.).

Assim, a melhor estratégia para aumentar o número de acordos extrajudiciais e reduzir a utilização do Judiciário, sem excluir usuários pelo custo de se usar o sistema, ou seja, garantindo livre acesso, é pelo investimento em capital jurídico.³⁵

Isto porque um déficit de capital jurídico gera insegurança jurídica e, conseqüentemente, uma redução do número de acordos e uma expansão no número de litígios³⁶, já que ausente um critério objetivo pelo qual as partes podem parametrizar sua conduta, a tendência é que as partes aumentem sua expectativa de vencer o litígio ou, pelo menos, buscar para si uma situação melhor do que a requerida pela contraparte (no caso do autor, receber mais; no caso do réu, pagar menos).

Uma cautela que se deve ter em relação às transações é que elas podem aumentar o risco de erros judiciários, pois réus culpados terão maior incentivo para transacionar do que réus inocentes (FUX; BODART, 2021). Nesse sentido se verificaria um acordo ineficiente do ponto de vista alocativo.

Isto porque o autor pode compreender o insucesso das negociações como um sinal de que o réu tem boas chances de sagrar-se vitorioso em juízo. Por via de consequência, esse mesmo autor pode ser desestimulado a investir na sua atuação processual, gerando argumentos mais frágeis, provas menos contundentes e, ao final, maior risco de erro judiciário. Quanto maior o número de erros judiciários (condenação de inocentes ou absolvição de culpados), menor será a eficiência será o Judiciário³⁷.

Outra possibilidade de ineficiência da transação é a litigância subsequente, como na hipótese em que os termos do acordo são questionados em juízo³⁸. Nesta hipótese a realização da transação por si só não resolve o litígio e ainda gera um novo para o Judiciário.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

3.3. Economia comportamental

A economia comportamental tem sido utilizada como ferramenta adicional para analisar a frustração de acordos e a sua consequente ineficiência.

Um impasse em negociações é o chamado viés de autointeresse (*self-serving bias*). Trata-se de uma tendência humana de interpretar os fatos da forma que melhor atenda aos próprios interesses, a qual influencia também os prognósticos de cada sujeito sobre as suas chances de vitória em juízo. É o resultado de um processo seletivo de informações. Seres humanos procuram em suas memórias por informações relevantes, favorecendo aquelas que são consistentes com as suas conclusões desejadas. Ao alcançarem a conclusão que já queriam inicialmente, a tendência é de manter uma ilusão de objetividade, mas inconscientemente excluem fatores importantes que sejam contrários ao seu interesse no contexto decisório (FUX; BODART, 2021).

Segundo Fux e Bodart,

No contexto dos acordos, caso as partes interpretem a situação conflituosa de uma forma favorável aos interesses de cada um, mesmo possuindo idênticas informações, poderão superestimar as suas chances de sucesso na via judicial. O excessivo otimismo derivado do viés de autointeresse aumenta o preço de reserva do autor e diminui o preço de reserva do réu, o que pode eliminar a existência de uma “zona de acordo”. Além disso, se ambas as partes acreditam realizar uma análise imparcial da situação, uma poderá compreender a postura agressiva da outra nas tratativas de negociação como uma tentativa cínica de adquirir uma vantagem estratégica injusta (FUX; BODART, 2021, s.p.).

Outra contribuição da economia comportamental é o excesso de otimismo oriundo dos profissionais de advocacia. Afirma-se que o sucesso de um advogado em sua carreira depende do seu nível de viés de otimismo, uma espécie de viés de autointeresse, podendo variar do pessimismo ao otimismo extremo.³⁹

Nessa linha, advogados otimistas, ao transmitirem de forma crível possibilidade de êxito em um processo judicial, conseguem extrair acordos em condições mais

³⁹ *Ibid.*

favoráveis a seus clientes. Por outro lado, um otimismo exagerado pode fazer com que o advogado exija um valor excessivo e, portanto, fora da “zona de acordos”, inviabilizando a solução consensual e conduzindo seus clientes ao contencioso judicial. Existe, assim, um nível de otimismo de equilíbrio entre advogados, que é atingido pela seleção de mercado e pela transmissão cultural.⁴⁰

Prosseguindo na análise, observa-se que o otimismo influencia não apenas o êxito ou não da realização dos acordos, mas também o tempo de duração das negociações, que ao cabo é um desperdício de um recurso escasso. Sobre o tema, Fux e Bodart lecionam que

De um lado, havendo um termo limite para a duração das negociações, as partes otimistas tendem a protrair as tratativas até o último momento possível – é o chamado “*deadline effect*”, que deriva do otimismo de ambas as partes sobre o seu próprio poder de barganha no período final de negociações. De outro lado, em diversas situações, as partes podem obter informações durante o curso das negociações, sendo que uma parte otimista sobre as suas chances de vitória será também otimista em relação à possibilidade de que o adversário conhecerá informações que corroborem a robustez da sua pretensão. Então, no início das tratativas, cada parte aguardará que a outra reúna informações suficientes para convencê-la a concordar com os seus termos de acordo. Apenas com o passar do tempo as esperanças quanto à mudança de posição da parte contrária desaparecerão, permitindo a realização de um acordo. Tanto na situação de *deadline* quanto na de aprendizado diferido, o otimismo gera desperdícios pela demora em alcançar uma composição consensual independentemente da incompletude da informação (FUX; BODART, 2021, s.p.).

A psicologia hedônica também revela outros fatores importantes nas negociações. Psicologia hedônica é o estudo de como as pessoas se sentem em relação à própria vida e, particularmente, de como e quanto cada fator melhora ou piora essa experiência.

40 *Ibid.*

A psicologia hedônica sugere que sentimentos de justiça, satisfação e percepção do dano causado afetam a disposição das partes para o acordo.⁴¹

É relevante mencionar também o “efeito âncora” (*anchor effect*) como fator que tende a basear a tomada de decisões desproporcionalmente com base na primeira informação recebida (a âncora), a qual será sobrevalorizada em relação a informações obtidas subsequentemente. Assim, ofertas inicialmente realizadas em negociações por acordos tendem a influenciar diretamente o resultado das tratativas.⁴²

3.4. Autocomposição judicial obrigatória

Acerca da etapa de conciliação obrigatória (prevista no art. 334 do CPC), há controvérsia acerca de sua efetividade. Mesmo após a edição do CPC e a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, continua a discussão acerca da efetividade da conciliação judicial e, mais além, acerca da conciliação judicial como etapa obrigatória do processo civil.

Fux e Bodart afirmam que no que diz respeito à perspectiva do bem-estar social, nem sempre a autocomposição deveria ser estimulada, por prejudicar a função básica da jurisdição: determinar a mudança de comportamento no grupo social. E prosseguem, asseverando que

As partes de uma negociação por eventual acordo extrajudicial ignoram aspectos importantes para a determinação da melhor solução para o bem-estar social, a saber: (i) os custos para o sistema de justiça caso decidam litigar; (ii) que informações reveladas durante o processo judicial podem ajudar terceiros a evitar ou reduzir riscos futuros (v.g., uma empresa pode querer um acordo para esconder um defeito sistêmico de fabricação do produto); e (iii) nas hipóteses em que o direito assistiria ao autor, o acordo geralmente permite que o réu encerre o litígio por um valor inferior ao que seria necessário para induzi-lo a ajustar a sua conduta ao socialmente ideal (v.g., se uma empresa causa danos a terceiros e consegue evitar a condenação pelo montante

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

do prejuízo causado, os seus incentivos para adotar cautelas eficientes para a redução dos riscos de dano serão diluídos) (FUX; BODART, 2021, s.p.).

Conforme Gico Jr, a celeridade do processo e a probabilidade de acordos têm uma correlação inversa. A morosidade judicial aumentaria a probabilidade de um acordo, pois quanto mais célere a prestação jurisdicional (via adjudicação por sentença), maior o seu valor presente para o autor, incentivando a litigância. Por outro lado, quanto mais ações forem ajuizadas, o tempo de duração do processo tende a aumentar, havendo um “congestionamento de equilíbrio”. Além disso, como dito anteriormente, outro efeito da morosidade judicial, a perspectiva de postergar o cumprimento das obrigações e tenderia a afastar as partes com direito e atrair pessoas que se beneficiariam com a lentidão (GICO JR, 2018).

É o que se chama princípio da recursividade do sistema. Trata-se da pressuposição de que um mesmo fenômeno pode ser causa e consequência, produto e produtor de efeitos. A relação entre o homem e a cultura é um bom exemplo do funcionamento deste princípio: o homem é forjado por sua cultura e a constrói reciprocamente (FERRAZ; MÜNCH, 2021, p. 11-36).

Ressalte-se que em outros países também existem regras impondo sessões obrigatórias de autocomposição. Ainda assim, tal expediente é criticado, já que a obrigatoriedade das sessões de conciliação contradiz a própria natureza consensual e participativa, gerando até risco de coerção para a efetivação de acordos (FUX; BODART, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho buscou-se contextualizar a análise econômica da transação, sob a perspectiva da eficiência no contexto do bem-estar social. Para tanto apresentou-se os métodos de resolução de conflitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, iniciando-se pela jurisdição estatal e posteriormente passando para os métodos alternativos de solução de conflitos (também conhecido como equivalentes jurisdicionais). Nesta categoria apresentou-se a autotutela, a arbitragem e a autocomposição. Tratou-se brevemente acerca da Política Nacional de Tratamento Adequado de Solução de Conflitos, da conciliação e da mediação.

Na sequência, esquadrinhou-se um pouco de economia e análise econômica do direito no que seria aplicável à presente pesquisa. Distinguiu-se a economia tradicional da economia comportamental e demonstrou-se o conceito de eficiência, diferenciando a eficiência produtiva da eficiência alocativa.

Por fim, tratou-se da análise econômica da transação. Detalhou-se o conceito de capital jurídico e de que forma os juízes podem contribuir com a geração de estabilidade, segurança jurídica e previsibilidade e, assim, incentivar a realização de mais acordos. Tratou-se sobre a ineficiência das transações sob o ponto de vista do bem-estar social. Aduziram-se algumas ferramentas da economia comportamental e suas influências sobre a decisão de realizar ou não uma transação. Ao final, tratou-se da autocomposição judicial obrigatória (prevista no art. 334 do CPC) e como ela tem sido verificada.

Com esta pesquisa buscou-se apresentar um olhar das transações enquanto método de resolução conflitos sob a perspectiva da economia comportamental e como é possível ao Judiciário contribuir para o incremento do número de conciliações e, conseqüentemente, da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Temas de Direito Processual**, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 31 e 42.

BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 25 de novembro de 2010**.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

Dicionário Priberam. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/eficiencia>. Acesso em: 22 nov. 2022.

FERRAZ, Taís Schilling; MÜNCH, Luciane Amaral Corrêa. Inovação a serviço de um judiciário transformador: uma perspectiva sistêmica. **Revista Judicial Brasileira**, v. 1, n. 1, p. 11-36, 2021.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GICO JR., Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 2, p. 435-464, 2013.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163, 2015.

_____. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. Rio de Janeiro: GEN Grupo Editorial Nacional. Publicado pelo selo Editora Atlas, 2021.

**PATRIMÔNIO IMATERIAL, CONSUMO E TUTELA DIFUSA
DA FAUNA: POR UMA DESCONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA
NO COMBATE AO ESPECISMO E AO RETROCESSO
SOCIOAMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

***INTANGIBLE HERITAGE, CONSUMPTION AND DIFFUSED
PROTECTION OF FAUNA: TOWARDS A HERMENEUTICAL
DECONSTRUCTION IN THE FIGHT AGAINST SPECISM AND
SOCIAL AND ENVIRONMENTAL RETROCESS IN THE FEDERAL
CONSTITUTION OF 1988***

Paulo Simplicio Bandeira

Professor Adjunto C4 da Faculdade de Direito do Recife – CCJ/UFPE
Doutorando em Direito pela *Universidad de Buenos Aires* – UBA
Pesquisador do Grupo de Pesquisa Tutela dos Interesses
Difusos/CNPq
Advogado

Leonio José Alves da Silva

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – CCJ/UFPE
Estágio Pós-Doutoral na UFSC, Universidade de
Coimbra, *Université Montpellier I*
Università degli Studi di Messina, Université Toulouse I
Università di Pisa
Coordenador do Pesquisador do Grupo de Pesquisa
Tutela dos Interesses Difusos/CNPq. Advogado

Daniel e Silva Meira

Professor Adjunto C4 da Faculdade de Direito do Recife – CCJ/UFPE
Doutorando em Direito pela Universidade Autónoma de

Lisboa – UAL

Pesquisador do Grupo de Pesquisa Tutela dos Interesses

Difusos/CNPq

Advogado

RESUMO: O reconhecimento das manifestações da cultura e patrimônio imaterial brasileiro, a exemplo do rodeio, pela Lei Federal n. 13.364/2016 (com as alterações da Lei Federal n. 13.873/2019) e a inserção da Emenda Constitucional n. 96/2017, acrescendo o §7º ao Art. 225 da atual Carta Política, demandam, ainda, um debate sobre a limitação de tais práticas e a liberdade do legislador constitucional quanto à tutela multidisciplinar dos animais, notadamente pelo especismo contido da perpetuação dos eventos esportivos vinculados ao sofrimento animal. O presente artigo pretende, com lastro em revisão de literatura especializada, de caráter multidisciplinar, e análise jurisprudencial, debater os limites do legislador constitucional e as influências socioeconômicas sobre a fragilização da tutela ambiental dos animais e demonstrar a incompatibilidade do texto constitucional com as mínimas diretrizes internacionais de proteção, além da possibilidade de retrocesso no combate às formas de crueldade contra os animais.

Palavras-Chave: Proibição Do Retrocesso Social. Rodeio. Especismo. EC N. 96/2017.

ABSTRACT: *The recognition of manifestations of Brazilian culture and intangible heritage, such as the rodeo, by Federal Law n. 13.364/2016 (with amendments to Federal Law No. 13.873/2019) and the insertion of Constitutional Amendment no. 96/2017, adding §7 to Art. 225 of the current Political Charter, also demand a debate on the limitation of such practices and the freedom of the constitutional legislator regarding the multidisciplinary guardianship of animals, notably due to the speciesism contained in the perpetuation of events sports linked to animal suffering. This article intends, based on a multidisciplinary specialized literature review and jurisprudential analysis, to debate the limits of the constitutional legislator and the socioeconomic influences on the weakening of the environmental protection of animals and demonstrate the incompatibility of the constitutional text with the minimum guidelines international protections, in addition to the possibility of harm in combating forms of cruelty to animals.*

Keywords: *Prohibition of Social Regression. Rodeo. Practice of Speciesism. Constitutional Amendment N. 96/2017.*

INTRODUÇÃO

As normas de ordem pública e interesse social, oriundas das conquistas sociais das Constituições modernas, comunicam-se continuamente em torno de microssistemas normativos próprios, mas com núcleos comuns (a aplicabilidade imediata, a indisponibilidade, o agrupamento de pessoas vinculadas por relação jurídica base, situação fática ou base negocial, a possibilidade de extensão dos limites objetivos da coisa julgada formada etc.). Todas possuem elevado grau de instrumentalidade e imposição ao aplicador de um compromisso social com a consolidação de novas demandas sociais.

Exemplificando o seu alcance e comunicabilidade, cita-se o intercâmbio existente entre os seguintes diplomas normativos: a) o Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal n. 8.078/1990, b) o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal n. 8.069/1990, c) a Política Nacional das Pessoas com Necessidades Especiais – Lei Federal n. 7.853/1989, d) a Lei da Ação Civil Pública – Lei Federal n. 7.347/1985, e) a Lei dos crimes ambientais – Lei Federal n. 9.605/1998; f) o Estatuto da Cidade – Lei Federal n. 10.257/2001, g) o Estatuto da pessoa idosa – Lei Federal n. 10.741/2003, dentre inúmeras outras normas brasileiras que convergem para a tutela de interesses e direitos comuns entre grupos de pessoas ou coletividades indistintas.

Exemplo de julgado sobre a importância dos direitos difusos, das normas de ordem pública e da legitimação extraordinária, temos o ERESP 466.861/SP, com relatoria do então Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 07/05/2007, onde se discutia a amplitude dos sistemas brasileiros destinados ao cumprimento das obrigações de fazer voltadas às prestações sociais.

1. DA LENTA DESPATRIMONIALIZAÇÃO DA TUTELA DIFUSA

Ao modelo clássico do Direito Privado brasileiro devemos larga resistência à ideia dos espaços públicos, do coletivo, da participação popular lentamente incorporada; entretanto, mesmo após o longo e cansativo processo de publicização, notoriamente na segunda metade do século XX, com o arcabouço normativo pré-constitucional de 1988 e, após a Carta Magna, com o estabelecimento de variados princípios derivados das regras promocionais dos direitos humanos, a afirmação da tutela difusa no direito brasileiro ainda não foi concretizada plenamente.

Emprega-se, no presente estudo, a expressão espaços públicos no sentido de delimitar e afirmar os temas em que o Estado possua interesse em legislar, independentemente de tê-lo feito, aproximando-se do sentido de valoração temática estatal ou de um aspecto publicista do fenômeno da juridicização, na teoria do fato jurídico.

Lamentavelmente, a propriedade¹ ainda constitui o centro gravitacional da hermenêutica mundial; os esforços de ruptura do paradigma europeu (pré-codificado e codificado) ainda não nos libertaram do individualismo ideológico responsável pela redação dos principais textos produzidos no processo de formação do direito

1 “Todo o trabalho do Código Civil consistirá, a este respeito, em classificar os elementos da natureza (...) e deles fazer objecto de uma apropriação que se quer a mais exclusiva e a mais total possível. A lógica do Código consiste em transformar todas as coisas em valores comerciáveis, patrimonizá-las e fazer delas objecto de apropriação e de alienação. Sobre as coisas definidas como bens, o proprietário reina, a partir de agora, como senhor, uma vez que concentra o exercício exclusivo do usus (uso), do fructus (usufruto) e do abusus, ou direito de dispor material e juridicamente da coisa – o que implica, nomeadamente o direito de a destruir. (...) Conheceria a matéria jurídica espaços vazios? Nada é menos certo. Senão veja-se: os res nullius (caça, peixes dos rios, águas das chuvas e águas subterrâneas, flores e cogumelos dos bosques) não são, na realidade, senão coisas (temporariamente) não apropriadas, mas perfeitamente apropriáveis. Por outras palavras, o primeiro ocupante que delas se apossar tornar-se-á seu proprietário jurídico, numa época em que os dons da natureza estavam ainda disponíveis, numa época em que, segundo a metáfora de Portalis, havia ainda lugares disponíveis no grande teatro da natureza. Longe de se opor à lógica da apropriação, os res nullius são, pelo contrário, a sua ilustração mais reveladora.” (OST, 1995, p. 68)

continental dominante e da formatação dos principais diplomas normativos no apogeu do século XIX e início do século XX.²

Em 1988, 2002 e 2007, nas últimas atualizações do Código Civil da Alemanha – BGB, com a influência de Convenções e Diretivas da Comunidade Europeia, foram alterados institutos secularmente consolidados, mudança esta que representa a abertura para um lento, mas importante processo de despatrimonialização da tutela dos interesses difusos, arrefecendo o núcleo rígido do suporte fático das normas privadas, onde a propriedade insiste em governar sem qualquer questionamento.

Exemplos de tal situação, encontram-se em diferentes passagens normativas no sistema *Civil Law* de modo mais expresso ou tímido (v.g. ABGB, §285a, Código Civil da Suíça, no Art. 641, II, Código Civil da Holanda, Art. 2.a e outros países); na atual redação do §90 do Código Civil da Alemanha - BGB, rompendo-se com a ética personalista e patrimonial, afirma-se que os animais não são coisas e devem ser protegidos por leis especiais:

BGB: § 90a. Tiere sind Keine Sachen.

Sie warden durch besondere Gesetze geschützt.

Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.

BGB: § 90a. Animais não são as coisas.

São protegidos por estatutos especiais e regidos pelas disposições que se aplicam às coisas, com as modificações necessárias. (Tradução Livre)

Apesar do reconhecido avanço da legislação brasileira nas últimas décadas, no trato dos direitos difusos, principalmente no direito do consumidor, ambiental

2 (...) “De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des moeurs, la palladium de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière : elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance, et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout ; elles sont souvent l’unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté : enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s’il était, lui seul, la cité tout entière. Aussi, la rédaction du Code civil a d’abord fixé la sollicitude du héros que la nation a établi son premier magistrat, qui anime tout par son génie, et qui croira toujours avoir à travailler pour sa gloire, tant qu’il lui restera quelque chose à faire pour notre bonheur.’(...) (PORTALIS, 2004, p. 13)

(nos aspectos natural, cultural e artificial), laboral e da infortunistica, das pessoas com necessidades especiais, dos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais, no trato da pessoa idosa, no sistema protetivo da mulher, da criança e do adolescente e demais ramos, ainda é necessária uma reviravolta de paradigmas quando da efetivação do ordenamento, na atividade jurisdicional e na própria concepção doutrinária.

De pouca valia prática um sistema normativo atualizado, recepcionando os institutos e diretrizes mais recentes do direito mundial, atrelado a um processo de aplicação com valores focados em uma ordem pública distante de nossas necessidades sociais, calcada exclusivamente em valores pessoais do hermeneuta.³

Diante de tal quadro, surge um dos principais problemas na efetivação dos interesses difusos no Brasil, a saber: a densa e histórica patrimonialização da tutela de tais direitos, correspondendo a um longo retrocesso social, onde se afasta completamente o diálogo das fontes, preponderando o culto desenfreado aos institutos/elementos de um sistema de interpretação guiado por valores de ordem privada, onde a força patrimonial impera sobre quaisquer técnicas de interpretação necessárias à proteção de direitos fundamentais.⁴

3 “É por isso que afirmo, a despeito da coerência do ordenamento jurídico, ser o direito necessariamente contraditório e conflituoso. Tais contradições e conflitos, no entanto, não integram o texto, surgem no momento de realização do direito: pela sua interpretação e aplicação. É nesta esfera que se localizam contradições, diferenças, lutas para manutenção e modificação de um determinado status no interior da sociedade. Situando-se o direito numa amplitude maior que a do texto jurídico, tem-se que este não é qualquer *ratio scripta*, porém um produto, um resultado da história e é realizado por pessoas, acusando, como tal, necessariamente contradições e insuficiências que são inconciliáveis com a imagem de unidade interna e sequência lógica. É preciso remarcar que no direito encontra-se um elemento antagonico à generalidade e abstração exigidas por um sistema: “a tendência individualizadora” da justiça, que reage contrariamente ao pensamento sistêmico nivelador, e tem como resultado a formação de normas, que afastam a priori um fatalismo textual indiferente à situação concreta. Assim, a conclusão de Canaris de que quebra de uniformidade e lacunas são, portanto, inafastáveis durante a prática do direito.” (DERANI, 2008, p. 11-12)

4 “A clássica dicotomia entre o interesse público e o interesse privado, que existe em todos os países de tradição romana do Direito, passou, porém, a sofrer crítica muito acentuada, principalmente nas três últimas décadas. Em primeiro lugar, porque hoje a expressão interesse público tornou-se equívoca, quando passou a ser utilizada para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos ou os interesses difusos etc. O próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identificá-lo com o bem geral, ou seja, o interesse geral da sociedade ou o interesse da coletividade como um todo. Em segundo lugar, porque, nos últimos anos, tem-se reconhecido que existe uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região quanto a questões ambientais comuns, ou os consumidores de um produto quanto à qualidade ou o preço dessa mercadoria (MAZZILLI, 2009, p. 48-49).

Após intensa pressão econômica dos setores vinculados aos diferentes empreendimentos “esportivos” e “eventos de lazer” massificados, foram reconhecidas no ordenamento brasileiro as práticas do “rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais”, além da elevação de tais atividades “à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro”, por intermédio da Lei Federal n. 13.364/2016, com as alterações da Lei Federal n. 13.873/2019, sem franco e indispensável acesso pela sociedade ao debate do processo legislativo e muito menos uma exauriente participação multidisciplinar indispensável à matéria (v.g. setores da antropologia, história, medicina veterinária e outras vertentes).

No Supremo Tribunal Federal, fora questionada, pela PGR - Procuradoria Geral da República, na ADI n. 4.983/CE, a constitucionalidade da Lei do Estado do Ceará n. 15.299/2013, com o auxílio de diferentes setores da sociedade, na qualidade de *amici curiae* (notadamente ONGs de pesquisa vinculadas à proteção animal), em decorrência dos maus tratos intrínsecos aos animais nas atividades de vaquejada e afins, incluindo-se a prática norte-americana do rodeio e todas as situações e condutas alcançadas cientificamente pela expressão crueldade, contida no Art. 225, §1º, VII, a despeito das reiteradas e exclusivas alegações da promoção econômica (turismo e outros serviços atrelados aos eventos correlatos).

Contudo, independentemente das linhas de raciocínio adotadas para a edição da referida Emenda Constitucional e a indispensável regulamentação da prática “esportiva” do rodeio e da vaquejada, o legislador nacional olvidou de princípios caros à tutela ambiental e de inúmeros direitos difusos conexos, dentre os quais merece destaque o princípio da proibição do retrocesso social, também conhecido por “proibição de contrarrevolução social ou retrocesso retroativo” (CANOTILHO *In*: CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 25), responsável por afastar o ataque de situações protetivas a todos os direitos fundamentais, preservando o núcleo fundante de sua estrutura e impedindo a ação negativa do legislador (Arts. 5º, §1º e 60 da Constituição Federal de 1988), administrador ou julgador de contrariar os níveis de proteção atingidos pela sociedade naquele momento, negando validade a quaisquer atos que objetivem a remoção de garantias conquistadas e vinculando todos os poderes públicos na efetividade dos direitos fundamentais.

Numa sociedade de luta pela garantia das conquistas constitucionais, tal modelo pode também ser exemplificado nas condutas precaucional e preventiva do

Administrador em relação aos seus atos e no tocante aos praticados pelos sujeitos de direito privado. (princípios da precaução e prevenção).⁵ Sua origem é encontrada na evolução jurisprudencial pertinente aos direitos sociais e, especificamente, na experiência das Cortes Constitucionais Portuguesa e Alemã, desenvolvendo o conceito de mínimo existencial em virtude dos resultados da participação germânica na Segunda Guerra Mundial e a densa imagem negativa lentamente afastada de sua história.⁶

5 “A humanidade caminha na perspectiva de ampliação da salvaguarda da dignidade humana, conformando a ideia de um “patrimônio existencial” de índole jurídico-política consolidado ao longo do seu percurso histórico, para aquém do qual não há que se retroceder. Em termos gerais, essa é a ideia consubstanciada no marco da proibição do retrocesso, seja ela de natureza social, seja ela de matriz ambiental. A proibição de retrocesso ambiental, da mesma forma como ocorre com a proibição de retrocesso social, está relacionada ao princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança ou mesmo de previsibilidade no enquadramento normativo das relações jurídicas (as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como os limites matérias à reforma constitucional são expressão do princípio constitucional da segurança jurídica), o que se apresenta como um traço característico da conformação do Estado de Direito. (...) A proibição de retrocesso, nesse contexto, diz respeito mais especificamente a uma medida protetiva dos direitos fundamentais (e da dignidade humana) contra a atuação do legislador em termos de retroceder nas garantias e na tutela normativa já existentes para com os direitos em questão.” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 258-259)

“Numa primeira aproximação da noção de proibição de retrocesso, embora não limitada a tal aspecto, é corrente, no direito constitucional brasileiro, a tese de que em relação a qualquer norma constitucional (ainda que se trate de norma impositiva de uma tarefa ou objetivo estatal) existe um direito subjetivo negativo, ou seja, a possibilidade de impugnação de qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos pela normativa constitucional, o que, importa reafirmar, se verifica mesmo na seara das assim designadas normas constitucionais programáticas (impositivas de programas, fins e tarefas) ou normas impositivas de legislação, o que aponta para a noção de uma proibição de atuação contrária às imposições constitucionais, tal qual adotada no âmbito da proibição de retrocesso.” (SARLET, 2011, p. 193-194)

6 “A construção do conceito de mínimo existencial, como refere Sarlet, é originária da práxis doutrinária e jurisprudencial alemã, que reconheceu a existência de um direito fundamental não-escrito à garantia dos recursos materiais mínimos necessários para uma existência digna. No âmbito doutrinário, o primeiro nome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista alemão Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. (...) Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, como destaca Sarlet, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (Bundesverwaltungsgericht), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente de auxílio material em face do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência. Poucos anos depois, o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito à prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social (Bundessozialhilfegesetz). (FENSTERSEIFER, 2008, p. 266-267)

Gradativamente a jurisprudência europeia incentivou a criação de normas internacionais diretamente vinculadas à promoção das garantias sociais, a exemplo do PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Governo brasileiro, e à aplicação progressiva dos direitos sociais.

Art. 2º, 1. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Da aplicação do presente preceito, de forma expressa, uma vez que indiretamente já era utilizado na jurisprudência europeia, decorre a essência da cláusula de proibição do retrocesso social, aplicável a quaisquer direitos fundamentais sem exceção, justificando, inclusive, práticas preventivas ou precaucionais mais rígidas em benefício das coletividades presentes e futuras, servindo de exemplo: a) a proibição do fabrico de produtos perigosos ou nocivos à saúde humana; b) a criação de leis mais severas quanto à tutela do meio ambiente do trabalho, reforçando níveis elevados de proteção ambiental⁷; c) a política reducionista do consumo desenfreado; d) a otimização dos recursos renováveis; e) o investimento em fontes de energia renováveis; f) o estímulo tributário/fiscal às práticas ambientais; g) proibição

7 “A primeira ideia a reter é que o princípio do nível elevado de protecção ecológica é um princípio tipicamente hierarquizador que vale para o direito ecológico como vale para todos os domínios em que a eminência da protecção de bens jurídicos emergentes reclame a prevalência destes sobre outros bens jurídicos clássicos conflituosos. Estamos a pensar em bens jurídicos novos, que surgem em virtude de avanços do conhecimento científico e/ou do domínio da técnica ou ainda de um conjunto de circunstâncias que vêm pôr em causa valores que até a data era impensável que pudessem ser alterados pela mão do homem. O relevo jurídico de tais bens, que anteriormente era nulo, passou, subitamente, a ser superior ao dos que lhe deram causa. Com efeito, entendemos hoje que o princípio do nível elevado de protecção ecológica é um princípio conformador do Estado de Direito, a ponto de podermos afirmar que o Estado de Direito Ambiental ou Estado Constitucional Ecológico é aquele que se pauta por um nível elevado de protecção ecológica. (...) Porém, o princípio do nível elevado de protecção ecológica não deve ser entendido em termos absolutos, uma vez que é impossível definir, sem pontos de referência, o que é um nível elevado. O princípio do nível elevado de protecção ecológica aplica-se, portanto, em situações de transição, situações em que possa existir comparação entre dois ou mais termos que correspondem a diferentes níveis de protecção”. (ARAGÃO In: CANOTILHO e LEITE, 2011, p. 50-52 e 57)

de publicidade contrária ao consumo sustentável, educação ambiental e logística reversa de consumo; h) alteração das principais normas de proteção aos animais, etc.

2. O PREÇO DA NATUREZA NA SOCIEDADE DE MASSA

Na realidade contemporânea, o risco constitui um padrão natural de procedimento, incorporado à modernidade líquida, fugaz, irresponsável, ignorando de forma expressa ou tácita quaisquer limites⁸ e o antigo respeito à natureza, seus saberes e lastro da sobrevivência humana, calcados no indispensável compromisso transfronteiriço e atemporal, desaparece cedendo lugar à descartabilidade do acervo

8 “O mundo vive com medo. Os meios para controle dos diversos riscos são ilusórios; servem para nos apaziguar psicologicamente, pois o risco, na verdade, também só existe se a sociedade o coloca como tal. Sem a construção social da ideia de seus diversos tipos, como os pessoais (vida, saúde, integridade física), econômicos, sociais, genéticos, nucleares, às futuras gerações, etc, ele não existe. No fundo há uma ideia abstrata, ou melhor, num primeiro momento, o risco é uma abstração criada pela coletividade, evidentemente, com fundamentos verdadeiros ou não, porquanto o papel da mídia em informar, criar ou exagerar sobre perigos e ameaças é de fundamental importância na formação desse medo. Como sabemos, se a população teme algum produto, pois propagados os seus males, que podem ser ou não reais, a empresa fabricante pode fechar suas portas. A opinião pública tem cabal importância na criação, comunicação e fiscalização dos perigos. Porém, a verdadeira ideia de risco é a incerteza do que ainda está por vir com todo o progresso científico e tecnológico, “risk is closely connected to innovation”. Essa incerteza nasce com a globalização e se alimenta da comunicação em tempo real. Todavia, estamos diante de novos riscos. É evidente que os perigos sempre existiram, como, por exemplo, o medo da peste negra na Idade Médica ou a experiência de viver na Europa do século XVI (o tempo e o lugar em que nossa Era Moderna estava para nascer) foi resumida por Lucien Febvre, de maneira clara e admirável, em apenas quatro palavras: ‘Peur toujours, pur partout’. Porém, não havia o conceito de risco. Segundo Giddens, as culturas tradicionais não tinham o conceito de risco porque não precisavam de um. Risco não é o mesmo que álea ou perigo. Risco refere-se a áleas que estão ativamente ligadas em relação a atividades futuras. O risco presume uma sociedade que ativamente tenta quebrar o passado, ou seja, é a primeira característica da moderna civilização industrial.” (LOPES, 2010, p. 22-23)

natural⁹ e, em consequência, a precificação dos seres vivos é progressivamente incorporada.¹⁰

2.1. Alcance e conteúdo da tutela dos direitos difusos

A tutela dos direitos difusos, no âmbito mundial, passa necessariamente por uma mudança de mentalidade progressiva, voltada à política do decrescimento, da ruptura com o modelo de personificação da ética (onde todas as referências partem do paradigma de proteção do ser humano para o ser humano, única referência viável de proteção, excluindo qualquer abertura para os demais seres),¹¹ para a transição de um cenário onde a economia trabalhe em compasso com a natureza e não seja um ponto de saturação dos recursos.

9 “Os principais “problemas ambientais” com que o Homem se defrontava, eram as catástrofes naturais, como terremotos ou inundações, a que estava sujeito e que via suceder incompreensível e incontrolavelmente. A força arrasadora dos fenômenos naturais incutiu no Homem um temor reverencial profundo pelas manifestações mais tremendas da Natureza, mas também pelos fenômenos naturais do quotidiano que não conseguia explicar nem dominar. Numa tentativa de compreensão, antropomorfizou os elementos naturais que o rodeavam e transformou as suas manifestações em “estados de espírito” da Natureza. A ponte entre o profano e o sagrado estava lançada. O passo seguinte era a sacralização da Natureza e a criação de mitos¹⁷ explicativos e de ritos, para aplacar e dominar as forças naturais, e em muitas civilizações¹⁸ esse passo foi dado. Porém, à medida que o Homem foi adquirindo conhecimentos científicos que lhe permitiam explicar a complexidade dos fenômenos naturais do meio ambiente, foi perdendo o respeito religioso pela Natureza. Os meios técnicos que dominava, contudo, eram ainda escassos e demasiado rudimentares para que conseguisse vencer a Natureza, controlá-la ou pô-la ao seu serviço.” (ARAGÃO, 2014, p. 18).

10 “Os bens ditos “econômicos” são bens que sendo aptos a satisfazer necessidades, se caracterizam pela escassez. Possuem três características essenciais: são úteis, escassos e acessíveis. Na sua maioria, os bens interessantes para o Homem são bens escassos, isto é, bens econômicos. São, por isso, bens tipicamente geradores de conflitos de interesses, exigindo uma compatibilização ou hierarquização dos interesses conflitantes, que pode ser espontânea ou autoritária. De acordo com a lei da oferta e da procura, sendo bens raros, são bens caros, funcionando o seu preço de mercado como um factor condicionante do consumo. Por seu lado, os bens ditos “livres”, são igualmente aptos a satisfazer necessidades, e em muitos casos satisfazem mesmo necessidades vitais e mais prementes do que os próprios bens econômicos. Contudo, supunha-se que os bens “livres” eram infinitamente abundantes, capazes de satisfazer sem restrições toda a procura que lhes fosse dirigida, não sendo o seu consumo condicionado por qualquer tipo de restrição, quantitativa, monetária ou outra. Estes bens teriam uma utilidade marginal nula, pois logicamente, quando alguém possui tanta quantidade de um bem quanta quiser, quaisquer unidades adicionais a que possa ter acesso, nada acrescentam a sua utilidade global.” (ARAGÃO, 2014, p. 23)

11 “A rigor, portanto, não se trata da defesa do crescimento negativo, de um decrescimento como meta, mas de um crescimento, ou seja, do abandono da fé no crescimento, do “culto irracional e idólatra do crescimento pelo crescimento”. O decrescimento serve, então, como bandeira sob a qual se reúnem críticas radicais do desenvolvimento e que intentam “desenhar os contornos de um projeto alternativo para uma política do após-desenvolvimento”. (SILVEIRA, 2011, p. 153-154)

2.2. François Ost: um apelo contra a coisificação da natureza

A leitura e reflexão da clássica obra “*La nature hors la Loi: L’écologie à l’épreuve du Droit*”, do jurista belga François Ost, representa uma voz e divisor crítico sobre a influência do Direito na proteção ambiental e os caminhos perseguidos para uma indispensável mudança de mentalidade sobre a percepção do ser humano em torno dos recursos naturais, denunciando a lentidão na mudança de comportamentos econômicos, científicos, sociais e também legislativos em conceber recursos naturais como fontes inesgotáveis de energia, de espoliação, de aproveitamento, sempre a serviço da propriedade.¹²

Com acurada percepção crítica e construtiva Ost investigou profundamente o avanço da coisificação dos recursos naturais, da flora, da fauna e a ávida marcha econômica em precificar toda a dimensão de bens apreensíveis pelo ser humano, notadamente em função de uma estrutura pautada no sistema normativo mercantil, aplicado na Europa e Estados Unidos, com grande apelo ao lastro absoluto da propriedade, fruto do lento e violento processo da codificação e das mazelas sociais contemporâneas, onde a escravidão moderna, a negação ao mínimo existencial e aos direitos fundamentais à água, à moradia, ao tratamento sanitário, à proteção aos saberes ancestrais e outros signos são indelévels.¹³

Para responder o problema da coisificação e investigar suas origens, deve-se regredir vários séculos na historiografia, antropologia e filosofia quando o ser humano era o centro de toda a produção normativa, razão própria da formação de uma ética cartesiana, utilitarista e personificada, onde a natureza era tratada como

12 “A tese fundamental desta obra é que a nossa época perdeu, pelo menos depois da modernidade, o sentido do vínculo e do limite das suas relações com a natureza. As duas grandes representações actualmente observáveis desta relação são disso testemunha: a que faz da natureza um objecto e a que, por uma simples alteração de signo, a transforma em sujeito. Será necessário tomar a medida exacta desta dupla redução, antagonica e, contudo, solidária, para colocar de novo e em novos moldes a questão ecológica. A dialéctica do vínculo e do limite ajudar-nos-á nesse propósito, o que permitirá definir os termos duma natureza-projecto: o que fazemos da natureza e o que ela faz de nós. Esboça-se aí um novo campo de interdependência, que designamos como «meio», e em relação ao qual a questão do «justo» pode ser recolocada com alguma hipótese de sucesso.” (OST, 1995, p. 10)

13 “A natureza é precisamente, tanto na <f>vcnç grega como na natura latina, o que nasce, o que não cessa de ganhar existência, o que se dá permanentemente. O dado é igualmente um dom que apela, antes de mais, à passividade do acolhimento e à abertura da gratidão. Este dom, que relembra que nem tudo está disponível e é fabricável, é também condição do simbólico: uma vez que nem tudo é passível de ser dominado, abre-se um desvio onde têm origem o sentido e o trabalho de significação. Sem mesmo falar do sagrado, é muito simplesmente a possibilidade de fazer sentido que garante o vínculo reconhecido em relação ao dado natural.” (OST, 1995, p. 12)

objeto, inexistindo espaço para raciocínio diverso e ampliativo de tal proteção a qualquer outra categoria, diante da limitada e imediatista concepção do direito vinculado ao ser humano e apenas a alguns grupos de humanos; com o lento avanço das fases ou gerações de direitos, o debate sobre a natureza passou a ser considerado e timidamente ganhou espaços permitindo a inserção de outros grupos de valores, a exemplo da incipiente tutela dos animais.¹⁴

3. EXPRESSÕES ARTÍSTICO-CULTURAIS OU ESPECISMO DIS-FARÇADO?

3.1. Processo e limites ao reconhecimento das expressões artístico-culturais e a ameaça do especismo

O processo do reconhecimento de formas de expressão artístico-cultural ou incorporação ao patrimônio imaterial brasileiro demanda a observância de uma série de fatores conjugados aos cenários geográfico e antropológico, ao registro histórico, ao intercâmbio da manifestação cultural em estudo com outras formas de expressão da população recortada e, antes de quaisquer outros elementos, merecer o reconhecimento da sua originalidade; logo, a imposição legislativa não teria o condão de substituir a força de alguma expressão genuinamente nacional representativa do nosso folclore.

Diante de tal quadro surgem duas questões básicas a responder:

a) A publicação da Lei n. 13.364/2016, com alterações da Lei n. 13.873/2019, em consonância com a reiterada e exclusiva demanda do setor de eventos “esportivos”, musicais e turísticos, elevando o rodeio e a vaquejada e todas as expressões atreladas, à condição de manifestações da cultura e patrimônio cultural imaterial nacional, possui força suficiente para legitimar ambas as práticas como verdadeiras expressões brasileiras?

¹⁴ “Em compensação por este enraizamento perdido, a modernidade sonhava com um mundo novo produzido pelo *cogito* soberano. «Depois de nós, o melhor dos mundos», pensar-se-ia. Mas interrogamo-nos, hoje, se este projecto de ilimitabilidade não seria tão irresponsável como a atitude dos que dizem «depois de nós, o cataclismo». Os modernos tinham razão em pensar que o homem não se reduz à natureza, e que a sua libertação em relação a esta é o sinal mais seguro da sua humanidade; mas fizeram mal em esquecer que o limite (aqui a diferença homem-natureza), se por um lado separa e distingue, é também aquilo que liga. O limite é uma «diferença implícita», diziamos nós. Retendo apenas a diferença e ocultando a implicação, os modernos conduziram-nos pela via da ilimitabilidade e da irresponsabilidade.” (OST, 1995, p. 13)

Art. 1º Esta Lei reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais, eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal.

Art. 2º O rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, são reconhecidos como manifestações culturais nacionais e elevados à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro, enquanto atividades intrinsecamente ligadas à vida, à identidade, à ação e à memória de grupos formadores da sociedade brasileira.

A formação do imaginário, tradições, culinária, indumentária, registros musicais, linguagem, herança arquitetônica e demais manifestações de um povo, jamais poderá ser considerada como fato isolado e sem indispensável enfoque multidisciplinar, perpassando pela análise geográfica, antropológica, histórica, socioeconômica, ambiental e outras matrizes; assim, em breves linhas, na Lei n. 13.364/2016 merecem reflexão pausada e independente as duas práticas.

Sobre a atividade “esportiva” do rodeio, todos os traços presentes naquela atividade reportam a uma realidade totalmente distinta da brasileira, a saber: os valores norte-americanos (Estado do Colorado, 1869) que resumidamente podem ser citados na indumentária utilizada (cintos largos de couro, esporas, calças jeans bordadas, fivelas reluzentes, chapéus comuns em vários Estados norte-americanos, estilo musical inegavelmente conduzido pelo repertório norte-americano, coreografia empregada nos “espetáculos” indisfarçadamente inspirada nos Estados Unidos, uso aberto e forçado do estrangeirismo no léxico pátrio (v.g. as palavras *rodeio*, derivada da palavra inglesa *rodeo* e a palavra *cowboy*, utilizada como sinônimo para os cavaleiros); enfim, não se consegue vislumbrar nenhum item a justificar a autenticidade do rodeio como expressão genuinamente brasileira.

A atual vaquejada, representa distorção exclusivamente comercial da profissão do vaqueiro e forçosa tentativa de equiparação a evento esportivo, onde há desvio

de finalidades, com fins exclusivamente lucrativos, como informa a literatura especializada no folclore brasileiro.¹⁵

Na historiografia, os vaqueiros nordestinos, com indumentária própria (uma das fontes de inspiração do movimento armorial), rito de aboio¹⁶ e toada específica, possuíam finalidade precípua da condução e guarda do gado *vacum* e participação direta no processo de criação e venda dos animais para a manutenção da pequena economia rural, além da apartação no processo de venda (principalmente no inverno), incorporando verdadeira personagem do imaginário brasileiro.

A vaquejada, idealizada como prática esportiva e atraindo eventos musicais e inúmeras vezes políticos, destoa em completo da origem social do trabalho do vaqueiro; ao utilizar cavalos e bois (em diferentes idades e estágios de maturidade física) com o intuito lucrativo com a exposição e derrubada de animais em determinado trecho da corrida, arrastando-o pela cauda que muitas vezes é fraturada e assume nítida atividade mercantil, com público e patrocínio, sem a identidade da guarda ou economia doméstica originária da lida do vaqueiro.

Ambas as atividades, após fortíssimo apelo exclusivamente econômico, foram recepcionadas pelo ordenamento como manifestações culturais na tentativa de mascarar o objetivo exclusivamente lucrativo de seus organizadores (notadamente Pessoas Jurídicas) e negar ou disfarçar a violência e crueldade física ou mental aos animais envolvidos, dado sobejamente comprovado por vários pareceres da medicina veterinária praticada em diferentes Instituições brasileiras.

15 “Na literatura colonial não há registo das “vaqueijadas” como as conhecemos no Nordeste brasileiro. Viajantes, mercadores, naturalistas, aventureiros, traficantes de escravos, todos quantos deixaram impressões sobre o Brasil dos séculos XVII e XVIII e princípios do XIX, assistiram festas inumeráveis, mas nenhuma parecia com as nossas “apartações” e derrubadas de gado. (...) Nenhuma festa tinha as finalidades práticas das apartações no nordeste. Criado em comum nos campos indivisos, o gado em junho, sendo o inverno cedo, era tocado para grandes currais, escolhendo-se a fazenda maior e de mais espaçoso pátio de toda ribeira. Dezenas e dezenas de vaqueiros passavam semanas reunido a gadaria esparsa pelas serras e tabuleiros, com episódios empolgantes de correrias vertiginosas. Era também a hora dos negócios. Comprava-se, vendia-se, trocava-se. (...) Falta-se apenas saber-se de onde nos veio o hábito de derrubar o boi puxando-o pela cauda. Não me foi possível deparar com exemplo nos livros de viajantes antigos.” (CASCUDO, s.d, p. 78-79)

16 “Aboio. Canto sem palavras, marcado exclusivamente em vogais, entoado pelos vaqueiros quando conduzem o gado. Dentro desses limites tradicionais, o aboio é de livre improvisação, e são apontados os que se salientam como bons no aboio. O canto finaliza sempre por uma frase de incitamento à boiada: ei boi, boi surubim, ei lá. O canto dos vaqueiros, apaziguando o rebanho, levado para as pastagens ou para o curral, é de efeito maravilhoso, mas sabidamente popular em todas as regiões de pastorícia do mundo.” (CASCUDO, 2012, p. 3)

b) Referida Lei Federal teria, após elevar o rodeio e a vaquejada à condição de manifestações culturais brasileiras, a força de retirar, inquestionavelmente, qualquer traço de crueldade contra os animais envolvidos nos respectivos eventos, de modo a atender o preconizado no Art. 225, §7º da Constituição Federal de 1988 ou constituiria flagrante exemplo do especismo¹⁷ no direito brasileiro?

Preceitua o Art. 225, §7º da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, *não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017)*

Quanto ao segundo questionamento, merece leitura a Declaração Universal dos Direitos Animais, aprovada em 15/10/1978 na UNESCO que, em seu Art. 10, preceitua ser incompatíveis com a dignidade dos animais a sua exploração para divertimento do ser humano e a exibição de animais ou espetáculos com animais.

Logo, a Emenda Constitucional n. 96/2017, ao inserir o §7º no Art. 225, tentando com a alteração normativa, afastar a intrínseca crueldade das práticas com emprego

17 “O especismo, a palavra não é bonita, mas não consigo pensar num termo melhor, é um preconceito ou atitude de favorecimento dos interesses dos membros de uma espécie em detrimento dos interesses dos membros de outras espécies. Deveria ser óbvio que as objeções fundamentais colocadas por Thomas Jefferson e Sojourner Truth relativamente ao rascimo e sexismo também se aplicam ao especismo. Se a posse de um grau superior de inteligência não dá ao humano o direito de utilizar outro para os seus próprios fins, como é que pode permitir que os humanos explorem os não humanos com essa intenção? Muitos filósofos e outros autores, de uma forma ou de outra, estabeleceram o princípio da igual consideração de interesses como princípio moral básico; mas não foram muitos os que reconheceram que este princípio se aplica aos membros das outras espécies tal como à nossa própria. Jeremy Bentham foi um dos poucos que tiveram consciência deste fato.” (SINGER, 2010, p. 19)

de animais, diante das práticas consideradas manifestações culturais e a Lei n. 13.364/2016, ao configurar rodeios e vaquejadas como patrimônio imaterial, agridem em indisfarçável retrocesso socioambiental o Art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Animais cujo dispositivo veda a exploração para a diversão e a exibição em espetáculos de qualquer animal; assim, não apenas o rodeio e a vaquejada, mas toda e qualquer atividade onde os animais sejam objeto de exploração para divertimento, exibição e espetáculos (v.g. touradas, farra do boi, circos, zoológicos e congêneres) representam agressão direta à proibição da norma internacional ratificada e descumprida pelo Brasil.

Artigo 10º

1.Nenhum animal deve de ser explorado para divertimento do homem.

2.As exposições de animais e os espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade do animal.

Registre-se, por oportuno, inexistir um catálogo *in numerus clausus* das condutas humanas inseridas no suporte fático dos maus tratos contra os animais (significando qualquer tratamento inadequado capaz de promover o sofrimento mental ou físico, consoante exemplos do RESP 1.115.916); exemplificando tais condutas, cumpre observar pequeno trecho do detalhado parecer médico veterinário de autoria da médica Juliana Maria Matera, da Faculdade de Medicina Veterinária da USP, citado nos autos da Ação Civil Pública n. 077.817.5/5-00 – Comarca de Santos – TJSP.

“Indiscutivelmente, a utilização de sedem, peiteiras, esporas, choques elétricos e mecânicos, além de sinos, causam sofrimento físico e mental aos animais, como se vê do citado parecer, às fls. 138/140, que ora nos permitimos destacar abaixo: “Na estrutura cerebral, tanto no homem, quanto dos animais em questão (equinos e bovinos), dois tipos de transdutores neuropsíquicos/psíconeurais devem ser aqui considerados: a) o sistema límbico; b) a área pré-frontal do córtex cerebral.

“O Sistema Límbico representa um conjunto de estruturas encefálicas implicadas na manifestação de atos de comportamento acompanhados de “emoções”. Mas, essas

“emoções” são aquelas básicas, primárias, relacionadas a atos “intuitivos” de autopreservação (defesa do território, ataque/fuga, satisfação de necessidades básicas como fome, sede, sexo etc.) e/ou de preservação da espécie (funções sexuais e reprodutivas, cuidados com a cria, defesa da cria, etc.). (...)

“Tanto o ser humano quanto os animais na vigência de lesões estruturais da área pré-frontal exibem alterações de comportamento, permanecendo como que “tamponados” psicologicamente. (...)

“Conclusão. “Pelo exposto, não há como negar, do ponto de vista técnico/científico, que a utilização do sedem, peiteiras, sinos, choques elétricos ou mecânicos e esporas em cavalos e bois causa-lhes sofrimento físico e mental. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2011/01/laudo-veterinario-atesta-que-instrumentos-utilizados-em-animais-de-rodeios-acarretam-maus-tratos/>. Acesso: 31 ago. 2021.

3.2. Discussões judiciais sobre o tema: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.893/CE e a lei cearense n. 15.299/2013 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728/DF e a Emenda Constitucional n. 96/2017

A participação de diferentes setores da sociedade brasileira, engajados com o debate, a promoção e a defesa dos direitos animais foi responsável direta pela propositura constante de ações judiciais contra diferentes medidas de retrocesso social, nos âmbitos federal e estadual, dentre as quais são exemplos a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.893/CE, contra a Lei cearense n. 15.299/2013 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728/DF, contra a Emenda Constitucional n. 96/2017.

Referidas ações receberam as seguintes respostas:

a) Na ADI 4.893/CE: o Pleno do STF albergou os pedidos formulados pela PGR e declarou a inconstitucionalidade da Lei cearense n. 15.299/2013, fundamentando o Rel. Min. Marco Aurélio seus argumentos na existência de “crueldade intrínseca” aplicada aos animais na vaquejada.

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. CONSOANTE DISPÕE A NORMA IMPERATIVA DO § 3º DO ARTIGO 103 DO DIPLOMA MAIOR, INCUMBE AO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO A DEFESA DO ATO OU TEXTO IMPUGNADO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, NÃO LHE CABENDO EMISSÃO DE SIMPLES PARECER, A PONTO DE VIR A CONCLUIR PELA PECHA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A OBRIGAÇÃO DE O ESTADO GARANTIR A TODOS O PLENO EXERCÍCIO DE DIREITOS CULTURAIS, INCENTIVANDO A VALORIZAÇÃO E A DIFUSÃO DAS MANIFESTAÇÕES, NÃO PRESCINDE DA OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO INCISO VII DO ARTIGO 225 DA CARTA FEDERAL, O QUAL VEDA PRÁTICA QUE ACABE POR SUBMETER OS ANIMAIS À CRUELDADE. DISCREPA DA NORMA CONSTITUCIONAL A DENOMINADA VAQUEJADA.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Procurador-Geral da República busca a declaração de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, da Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural. (...)

Assevera ter instruído a ação com representação formalizada pela Procuradoria da República no Estado do Ceará. Sustenta o conflito entre normas constitucionais – aquela que assegura o direito ao meio ambiente, artigo 225, e a que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, artigo 215. Afirma ser necessário dar maior peso, na espécie, à preservação do meio ambiente. Consoante articula, a lei impugnada não encontra respaldo no Texto Maior, violando o disposto no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Carta.

Discorre sobre a vaquejada, apontando ser prática considerada esportiva e cultural no Nordeste do Brasil, em que uma dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar o touro, puxando-o pelo rabo dentro de área demarcada. Destaca o caráter histórico da atividade, ligada à antiga necessidade de os fazendeiros reunirem o gado, e a transformação, com o tempo, em espetáculo esportivo altamente lucrativo, movimentando “cerca de R\$ 14 milhões por ano”.

Ressalta que, diferentemente do que acontecia no passado, os bovinos são hoje enclausurados, açoitados e instigados. Segundo aduz, isso faz com que o boi corra “quando aberto o portão”, sendo, então, conduzido pela dupla de vaqueiros competidores, até uma área assinalada com cal, agarrado pelo rabo, que é torcido até ele cair com as quatro patas para cima e, assim, ser finalmente dominado. Indica laudo técnico, conclusivo, subscrito pela Doutora Irvênia Luíza de Santis Prada, a demonstrar a presença de lesões traumáticas nos animais em fuga, inclusive a possibilidade de a cauda ser arrancada, com conseqüente comprometimento dos nervos e da medula espinhais, ocasionando dores físicas e sofrimento mental. Reporta-se a estudo da Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba, revelador de lesões e danos irreparáveis sofridos também pelos cavalos utilizados na atividade, considerado percentual relevante de ocorrência de tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica. Afirma, ante os dados empíricos, implicar a vaquejada tratamento cruel e desumano às espécies animais envolvidas.

Diz que o Supremo usa a técnica da ponderação para resolver conflitos específicos entre manifestações culturais e proteção ao meio ambiente, predominando entendimento a favor de afastar práticas de tratamento inadequado a animais, mesmo dentro de contextos culturais e esportivos. Cita precedentes – relacionados à “briga de galos”: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, relator ministro Celso de Mello, julgada em 26 de maio de 2011, e nº 2.514/SC, relator ministro Eros Grau, apreciada em 29 de junho de 2005; ligado à “farra do boi”: Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, relator ministro Francisco Rezek,

acórdão por mim redigido, apreciado em 3 de junho de 1997.
(...)

O Governo do Estado do Ceará pronunciou-se em duas oportunidades. Na primeira, discorreu sobre a importância histórica da vaquejada. Defendeu a constitucionalidade da norma atacada, porquanto, ao regulamentar o esporte, teria protegido os bens constitucionais ditos violados, impondo a prática adequada do evento e estabelecendo sanções às condutas de maus-tratos aos bovinos. Afirmou obrigar a lei a adoção de medidas protetivas da integridade física e da saúde dos animais. Sustentou haver sido a vaquejada reconhecida como “prova de rodeio” pela Lei federal nº 10.220, de 11 de abril de 2001, e os praticantes do esporte, atletas profissionais. Aduziu cuidar-se de direito cultural amparado pelo artigo 215 da Carta da República, além de servir de incentivo ao turismo e fonte de empregos sazonais, de alta relevância para a economia local. (...)

Quanto a se fazer presente essa via de mão dupla, não existe nem pode existir controvérsia. O dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável. A problemática reside em saber o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito. Ante essa circunstância, não raro fica configurado o confronto com outros direitos fundamentais, tanto individuais, como o da livre iniciativa, quanto igualmente difusos, como o concernente às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, de que trata o aludido artigo 215 do Diploma Maior. Cumpre ao Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar esses conflitos inevitáveis. No julgamento do Mandado de Segurança nº 25.284, de minha relatoria, relativo à criação da “Reserva Extrativista Verde para Sempre”, depois de afirmar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,” o qual impõe “ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, aponte que, considerado o disposto no artigo 225, “conflito entre os interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último”. O comportamento decisório do Supremo

diante da necessidade de ponderar o direito ao meio ambiente com os direitos individuais de naturezas diversas tem sido o de dar preferência ao interesse coletivo. (...)

O Tribunal enfrentou a problemática, pela primeira vez, no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, Segunda Turma, relator ministro Francisco Rezek, apreciado em 3 de junho de 1997, acórdão por mim redigido, julgado que ficou conhecido como “caso farra do boi”. Pretendia-se a proibição, no Estado de Santa Catarina, da denominada “Festa da Farra do Boi”. Aqueles que defenderam a manutenção afirmaram ser uma manifestação popular, de caráter cultural, entranhada na sociedade daquela região. Os que a impugnaram anotaram a crueldade intrínseca exercida contra os animais bovinos, que eram tratados “sob vara” durante o “espetáculo”. O relator assentou a inconstitucionalidade da prática, destacando a maldade a que eram submetidos os animais. Também assim votei, asseverando não se cuidar “de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República”, mas de crueldade ímpar, onde pessoas buscam, a todo custo, “o próprio sacrifício do animal”, ensejando a aplicação do inciso VII do artigo 225. Da mesma maneira, foram declaradas inconstitucionais leis estaduais porque favoreciam o costume popular denominado “briga de galos”. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.514/SC, relator ministro Eros Grau, julgada em 29 de junho de 2005, foi declarada inconstitucional lei do Estado de Santa Catarina por autorizar “práticas que submetam os animais à crueldade”. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, da relatoria do ministro Celso de Mello, apreciada em 26 de maio de 2011, o Tribunal voltou a assentar a inconstitucionalidade de norma – Lei nº 2.895/98 – que permitiu a “competição galística”. Na ocasião, o relator destacou que o Supremo, “em tema de crueldade contra animais, tem advertido, em sucessivos julgamentos, que a realização de referida prática mostra-se frontalmente incompatível com o disposto no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República”. (...)

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se

comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará. É como voto.

STF. Tribunal Pleno. ADI 4.983/CE. Rel. Min. Marco Aurélio.
DJ: 06/10/2016.

b) Na ADI 5.728/DF O Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal propôs referida ação questionando a constitucionalidade da EC 96/2017, argumentando, dentre outros fatos, que a aludida Emenda tentou esvaziar o julgamento da ADI 4.983/CE considerando a vaquejada como prática violenta; argumentou, ainda, sobre a ofensa ao núcleo rígido do conteúdo do Art. 225 ao versar sobre o direito ao meio ambiente equilibrado; infelizmente, com a relatoria do Ministro Dias Toffoli, tal questionamento ainda aguarda resposta definitiva no Supremo Tribunal Federal quando o Brasil poderá afastar aludida Emenda e respeitar o compromisso com a ordem pública internacional inerente à tutela animal.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.728/
DF.

Entrada no STF: 13/06/2017

Distribuído: 13/06/2017

Relator: Ministro Dias Toffoli

Requerente: FORUM NACIONAL DE PROTEÇÃO E
DEFESA ANIMAL

Requerido: MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Requerido: MESA DO SENADO FEDERAL.

Dispositivo legal questionado:

Emenda à Constituição nº 96, promulgada em 06 de junho de 2017, pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Emenda Constitucional nº 096, de 06 de junho de 2017. Acrescenta §7º ao Art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica.

Art. 001º - O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do

seguinte §7º:

“Art. 225. (...) §7º - Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 001º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o §1º do Art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.”

Art. 002º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Resultado Final: aguardando julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a alteração do ordenamento brasileiro, permitindo a exposição e o uso/proveito dos animais em eventos comerciais de grande dimensão financeira, em aberta tolerância à coisificação, sob pretenso reconhecimento e preservação de um patrimônio imaterial de origens questionáveis (a exemplo do rodeio, típica manifestação dos valores norte-americanos e não brasileiros), algumas questões basilares tentaram ser enfrentadas e respondidas no presente artigo, dentre as quais:

a) inexistência de compatibilidade entre a tutela multidisciplinar dos animais, de caráter difuso e indisponível e o fomento desmedido de uma economia especista atrelada à prática do rodeio e da vaquejada;

b) a importação de tradições culturais de outros países (v.g. Estados Unidos, como a prática do rodeio, Espanha com touradas, ferra do boi, etc.), não tem o condão de unilateralmente incorporar valores totalmente distintos da nossa realidade;

c) o legislador não tem liberdade de desprezar o conteúdo das normas internacionais ratificadas pelo Brasil na tutela dos animais e inserir, no processo de reforma constitucional ou mesmo infraconstitucional, dispositivos acolhedores do especismo como *modus vivendi* e afirmar da inexistência de crueldade e violência mental aos animais pelo simples fato de tais práticas “esportivas” serem acompanhadas por profissionais veterinários ou táticas minimizadoras do sofrimento;

d) a judicialização, como única ferramenta de combate ao especismo no Brasil, não representa o melhor caminho contra os retrocessos sociais instalados no processo legislativo, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 4.983/CE reconheceu a inconstitucionalidade de normas ofensivas aos mínimos preceitos da tutela internacional dos animais, ratificada pelo Brasil, mas, em votos parciais, admitiu a possibilidade de ser retirada a crueldade intrínseca em tais práticas com a regulamentação legislativa, dado na prática impossível diante da essência dos atos pertinentes à vaquejada, ao rodeio e outras práticas comerciais, ditas “esportivas” no território nacional, além da incógnita quanto ao julgamento definitivo, em tempo incerto, da ADI n. 5.728/DF.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Alexandra Aragão; coordenadores [da série] Antônio Herman Benjamin, Jose Rubens Morato Leite. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983/CE**. Ação Direta de Inconstitucionalidade – intervenção de terceiro – Artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999 – Excepcionalidade não configurada. A admissão de terceiro interessado em processo objetivo pressupõe a relevância e representatividade da contribuição, não verificadas na espécie. Processo objetivo – ação direta de inconstitucionalidade – atuação do advogado-geral da união.

Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. Vaquejada – Manifestação cultural – Animais – Crueldade manifesta – Preservação da fauna e da flora – Inconstitucionalidade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. **Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=4027060&s1=4983&numProcesso=4983>. Acesso em: 03 set. 2021.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728/DF**. Dispositivo legal questionado: Emenda à Constituição nº 96, promulgada em 06 de junho de 2017, pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Emenda Constitucional nº 096, de 06 de junho de 2017. Acrescenta §7º ao Art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Art. 001º - O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte §7º: “Art. 225. (...) §7º - Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 001º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o §1º do Art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.” Art. 002º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. Relator: Min. Dias Toffoli, 13 de junho de 2017. Resultado Final: aguardando julgamento, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=5728&numProcesso=5728>. Acesso em: 03 set. 2021.

CASCUDO, Luís da Câmara. **Dicionário do folclore brasileiro**. São Paulo: Global, 2012.

CASCUDO, Luís da Câmara. **Vaqueiros e cantadores**. Porto Alegre: Ediouro, s.d.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato. (org.) **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado socioambiental de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOPES, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

OST, François. **A natureza à margem da Lei: a ecologia à prova do Direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PORTALIS, Jean Étienne-Marie. Discours préliminaire du premier projet de Code Civil. In: **Voix de la Cité.** Bordeaux: Confluences, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental.** Estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Processos coletivos para a tutela do risco ecológico abusivo: a construção de um patrimônio comum coletivo.** Tese (Doutorado) – UFSC/PPGD, Florianópolis. 2011.

SINGER, Peter. **A libertação animal.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

**A (IN)TRANSMISSIBILIDADE DAS «DECLARAÇÕES
TESTEMUNHAIS ANTERIORES» NA PERSPECTIVA DA
PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO**

***THE HEARSAY RULE UNDER THE PERSPECTIVE OF PSYCHOLOGY
OF TESTIMONY***

Fernando Braga Damasceno
Doutor pela UFPE
Mestre pela UFC
Professor do PPGD – Enfam
Desembargador Federal

Daniele Liberatti Santos Takeuchi
Mestranda PPGD – ENFAM
Juíza de Direito (TJ-PR)

RESUMO: O artigo trata da inovação legislativa trazida pelo Pacote Anticrime, no §3º do art. 3º-C do CPP, a respeito da intransmissibilidade das declarações testemunhais colhidas na investigação preliminar criminal, tidas como provas repetíveis pelo sistema jurídico. Defende que o conhecimento de mundo trazido pela psicologia do testemunho não permite encarar tal prova como repetível, dada à natureza da memória humana, pelo que se propõe alteração legislativa que busque conciliar tal natureza ao princípio constitucional do contraditório, a fim de permitir uma valoração racional da prova epistemologicamente mais adequada.

Palavras-chave: Processo penal. Prova Penal. Admissibilidade. Contraditório. Declarações testemunhais anteriores. Psicologia do testemunho.

ABSTRACT: *The article deals with the legislative innovation brought by the Anti-Crime Package, CPP, art. 3-C, §3, regarding the impossibility of “out of court statements” being admitted as evidence, since it is considered repeatable by the legal system. It argues that the knowledge brought by the psychology of testimony does not allow viewing such evidence as repeatable, given the nature of human memory, which is why a legislative amendment is proposed that seeks to reconcile this nature with the constitutional principle of adversary proceedings, in order to allow a rational assessment of the most epistemologically adequate proof.*

Keywords: *Criminal Procedure. Criminal Evidence. Admissibility. Cross-examination. Hearsay. Psychology of Testimony.*

INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, alterou diversas normas penais e processuais penais, dentre elas inovou no ordenamento jurídico pátrio ao afirmar expressamente que 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.

Um dos institutos centrais dessa reforma processual foi a criação da figura do juiz de garantias, o qual - nos termos da referida lei - deve ser responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, cabendo a ele, ainda, decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, após o que cessa sua competência (art.3º-C, *caput*, do CPP).

Como consequência, criou-se nova hipótese de impedimento no art. 3º-D, *caput*, do CPP, a fim de que o juiz que tenha feito o juízo de admissibilidade da denúncia – atuando efetivamente ou não na fase de investigação criminal – não possa atuar na instrução processual, rompendo com a preservação da competência pela prevenção até então operante.

Tal instituto teria como finalidade principal preservar a imparcialidade do juiz sentenciante, a fim de que não se contamine com os elementos de informação produzidos sob sua supervisão na investigação preliminar, ou mesmo pretenda simplesmente confirmar decisões anteriores relacionadas ao mérito da demanda, como a decretação de prisões e outras medidas restritivas de direitos, predispondo-se à condenação do acusado.

Já o novo §3º do art. 3º-C estabeleceu a intransmissibilidade dos elementos de informação colhidos no inquérito policial e que são considerados repetíveis, sendo este regime o objeto central da presente investigação.

Assim, propõe-se responder justamente se o modelo de intransmissibilidade das declarações anteriores, adotado no Pacote Anticrime, concilia em boa medida os valores constitucionalmente tutelados.

A hipótese que se aventa é que não se trata de modelo adequado, porquanto ignora conhecimento científico atual a respeito das características das provas dependentes da memória humana, não possuindo a devida base epistemológica, ao restringir a função epistêmica em prejuízo do próprio acusado sem um correlato benefício à tutela de suas garantias processuais.

Esclarecidas tais premissas, proporemos um modelo que vise conciliar de maneira mais adequada o tratamento jurídico dado às provas dependentes da memória humana, em especial às declarações testemunhais, porquanto sua atual categorização como prova repetível traz sérias repercussões no modelo de intransmissibilidade proposto no Pacote Anticrime.

1. A INTRANSMISSIBILIDADE DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO COLHIDOS NA FASE PRELIMINAR PREVISTA NO PACOTE ANTI-CRIME

A Lei Anticrime promoveu profunda reforma no Código de Processo Penal brasileiro, trazendo dentre outros institutos o «juiz de garantias». Sobre este, já nos

manifestamos em duas oportunidades¹, defendendo que se trata de um avanço, por adequar a persecução penal ao nosso Estado de Direito(s Fundamentais)².

Aqui será abordado um modelo que se costuma agregar ao do juiz de garantias, calcado na mesma ideia que respalda a «separação das funções de juiz da investigação e juiz do julgamento»: a necessidade de garantir um julgamento imparcial³. Cuidaremos da inovação trazida pelo (ainda suspenso, em razão de decisão cautelar proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305) §3º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal, a seguir transcrito:

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. [...]

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas

1 <https://www.migalhas.com.br/depeso/317677/porque-a-hora-e-de-pensar-sobre-como-implementar-o-juizo-das-garantias> e <https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/opinioao-inconstitucionalidade-juiz-auditor-investigacao>

2 Jacinto Coutinho, aduzindo a respeito das opções legislativas adotadas na elaboração da proposta de reforma do CPP, afirma que “neste caso, a opção pela base do Sistema Acusatório é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição. Desde este ponto de vista, o princípio republicano, o princípio da isonomia, o princípio do devido processo legal e o princípio da fundamentação de todas as decisões (dentre outros) formam um quadro onde não há espaço para o predomínio da base do Sistema Inquisitório. Eis por que a opção da supracitada Comissão foi, com precisão, pelo Sistema Acusatório” (COUTINHO, 2009, p. 113). Na mesma perspectiva, Aury Lopes Junior afirma que “está na hora de partir para uma terceira fase, inclusive com o abandono dos termos ‘acusatório’ e ‘inquisitório’, pois excessivamente ‘rotulados’, arraigados em visões tradicionais e lutas conceituais infundáveis. (...) Nessa linha, o processo penal brasileiro ainda tem um longo caminho a percorrer para ser considerado um sistema processual penal democrático, sendo necessário fazer um deslocamento do foco da discussão tradicional (acusatório x inquisitório), pois não há paz conceitual para uma mudança. Não existe consenso sobre esses conceitos e muitas são as vozes que sustentam ser o processo brasileiro acusatório, dando, portanto, um falso ponto final na discussão. Precisamos retomar a partir da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, para alinhar o Código de Processo Penal na perspectiva de um sistema processual penal democrático.” (LOPES JR, 2013/02).

3 Nesse sentido, afirma Gustavo Henrique Badaró: “Não há como se conceber a existência de um processo com a decisão nas mãos de um terceiro interessado em prejudicar ou beneficiar uma das partes. É ínsito ao processo um juiz imparcial sem o que deixará de haver processo.” (BADARÓ, 2008. p. 6. t. 1).

irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na Secretaria do juízo das garantias⁴.

Como se vê, instituiu-se uma incomunicabilidade entre a «instrução que resulta da investigação preliminar»⁵ e a que se realizará no processo penal de partes, de modo que aquela, materializada nos autos do inquérito e das medidas cautelares – buscas, interceptações telefônicas, etc –, fique acautelada no juízo de garantias. De outro lado, o próprio dispositivo traz exceções a essa incomunicabilidade, autorizando a “migração” das chamadas provas irrepetíveis, das medidas de obtenção ou de antecipação de provas, registrando, todavia, que estas não integrarão os autos principais da *persecutio in iudicio*, mas formarão autos apartados.

No regime anterior à inovação legislativa, os autos do inquérito policial e eventuais apensos acompanhavam a denúncia ou queixa, sempre que serviam de base a uma ou outra (CPP – 12), passando a compor o conjunto probatório, que forneceria o suporte empírico legitimador da sentença. A única distinção entre a prova incorporada diretamente ao processo (mediante o meio de prova indicado na lei) e aquela documentada⁶ nos autos da investigação era a impossibilidade desta – se repetível – respaldar, sozinha, um decreto condenatório. Ou seja, tarifavam-se as provas repetíveis documentadas nos autos do inquérito com um menor valor,

4 Paralelamente à discussão da constitucionalidade do juiz de garantias nos termos propostos pelo “Pacote Anticrime”, observa-se o avanço das discussões no Congresso Nacional do Novo Código de Processo Penal, objeto do Projeto de Lei nº 8045/2010, substitutivo de 26/04/2021. No referido projeto de lei o tratamento sobre a transmissibilidade dos elementos de informação colhidos na fase inquisitorial é semelhante ao existente no código atual. Vejamos:

Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

(...)

§4º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.

5 Damião da Cunha tem uma visão interessante, distinguindo os atos de investigação (propriamente ditos), correspondendo àqueles voltados à descoberta da prova; os atos de obtenção (ou recolha) da prova e os atos instrutórios (estes seriam os voltados à formalização). Vide CUNHA *In*: II Congresso de Processo Penal, Valente, Manuel M G, (coord.), 2006, p. 68-69. Mendroni refere-se à «formalização das evidências» com o mesmo sentido de «documentação dos vestígios». (MENDRONI, 2008, p. 107)

6 Juan Montero Aroca refere-se a expressão «reflexo documental» da prova. (AROCA, 2008, p. 50).

já que, para respaldarem eventual condenação, dependeriam da convergência de outros elementos de prova: aqueles incorporados no âmbito do processo ou aqueles irrepetíveis. (CPP –155)⁷.

No novo desenho trazido com a Lei Anticrime, os autos do inquérito policial (ou de outro procedimento investigatório) e eventuais apensos continuam acompanhando a denúncia ou queixa, sempre que servirem de base a uma ou outra (CPP – 12), **todavia**, por força do disposto na alteração legislativa em análise, terão que passar por uma espécie de “blitz” realizada pelo juiz de garantias, **que reterá** as provas repetíveis, juntamente com os autos do inquérito, deixando seguir, em apenso àqueles autos que contiverem a denúncia ou queixa e a defesa preliminar, apenas as provas irrepetíveis ou aquelas que foram antecipadas em contraditório. Ademais, sanciona-se eventual descumprimento dessa regra, com o afastamento do juiz que conheceu da prova inadmissível (CPP-157, §5º).⁸.

Essa inovação parece se embasar em razões de duas ordens: a) uma, de natureza psicológica, posto que o contato com toda a instrução do inquérito pode contaminar o julgador com uma primeira impressão, que apresenta uma tendência a consolidar-se; b) outra, de natureza ética, uma vez que se estaria – sem necessidade – conferindo

7 CPP–155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. De forma semelhante dispõe o Projeto de Lei nº 8045/2010, substitutivo de 26/04/2021:

Art. 197. 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.

§1º O juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

8 O atual Procurador-Geral da República manifestou-se no sentido de que a correta interpretação do art. 3º-C do CPP não seria impedir o acesso dos autos de inquérito ao juiz da instrução e sim reduzir elementos não utilizados para suporte da denúncia, aduzindo que “os autos do inquérito policial continuam a acompanhar a ação penal, se o Ministério Público usá-lo para formular a denúncia, que será recebida pelo juiz de garantias.” (...) “Estes feitos serão pensados em apartado à ação penal. Não há proibição de envio do inquérito policial ao juiz da causa (JIJ), no qual haverá outras tantas informações e provas que não terão passado pelo crivo do juiz de garantias, já que são de “competência” de autoridades investigativas (Polícia e MP) ou de outros órgãos públicos. (...) A competência do JDG terá cessado com o recebimento da denúncia ou queixa (artigo 3º-C combinado com o artigo 399 do CPP), e o JIJ deverá ter acesso ao IPL, se nele houver “questões pendentes” (a decidir). Estas questões podem referir-se a medidas investigativas em curso, interceptações telefônicas, ações controladas, medidas cautelares reais ou pessoais, etc. Naturalmente, decidi-las, o JIJ deverá ter acesso a tudo o que for necessário para a formação de sua convicção e agirá como se juiz de garantias fosse, com competência funcional ampliada.” (ARAS, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/vladimir-aras-juiz-garantias-destino-inquerito-policial>. Acesso em: 08 abr. 2023.

ao Estado-acusador o poder de formar unilateralmente um elemento de prova, restringindo o necessário controle pela defesa, desequilibrando o jogo⁹.

Com relação ao aspecto psicológico, impõe-se frisar que a criação de um sistema dual de jurisdição, formada pelo juiz de garantias e juiz da instrução e julgamento, seria uma tentativa de mitigação desse “efeito confirmatório” de crenças anteriores (*confirmation bias*¹⁰), consistente em uma seletividade inconsciente em relação a elementos que confirmem a decisão anterior.

Isto porque o juiz que teria tido contato com os elementos de informação produzidos na fase inquisitorial, ou mesmo decretado medidas cautelares nessa fase preliminar, poderia se comprometer psicologicamente com a tese da acusação ou mesmo com suas decisões anteriores, apresentando maior propensão à condenação¹¹. O novo modelo, assim, apresenta a vantagem de evitar a velha praxe judicial de supervalorizar o que foi produzido no inquérito policial, que termina vocacionando o processo de partes a uma espécie de confirmação da versão que emergiu da fase investigatória, enfraquecendo tanto sua função epistêmica – de filtro anticondenações injustas¹² –, como um efetivo protagonismo (da defesa) do acusado, que jamais pode ser visto como um objeto do processo.

9 Germano Marques da Silva assim leciona, “A admissão da prova recolhida de modo inquisitório, ainda que submetida posteriormente à apreciação contraditória, representa um desequilíbrio entre a função de acusação e defesa, em prejuízo da defesa. (SILVA, 2006). Confira-se, também, o Trabalho de Antônio (SCARANCA FERNANDES, 2007, p. 221)

10 Os vieses de cognição (cognitive biases), ou desvios sistemáticos de racionalidade podem ser conceituados como “*um fenômeno estudado pela psicologia social e pela ciência cognitiva, significando erros e predisposições comuns no processamento mental que afetam a crença das pessoas e seu entendimento do mundo à sua volta*”. (CLEMENTS, 2013, p. 334) (Tradução livre). No original: “Phenomena studied in social psychology and cognitive science, cognitive biases are common mistakes and predispositions in mental processing that affect people’s beliefs and understandings of the world.” (*Apud* NUNES, LUD, PEDRON, 2022, p. 62.)

11 Sobre a relação do viés da confirmação e a instituição do juiz de garantias, COMAR aduz que “*Um alicerce que explica a necessidade de instituição do juiz das garantias é o viés confirmatório, que se mostra particularmente grave ao propiciar que o juiz que tenha atuado na fase investigativa atue também no julgamento. Daí porque a adoção do sistema de duplo juiz é uma medida que pode neutralizar ou reduzir os danos decorrentes do viés confirmatório. Na medida em que o juiz da instrução e julgamento inicia o conhecimento da causa na fase processual, terá originalidade cognitiva, não sofrendo os inconscientes influxos confirmatórios de uma prévia atuação na fase de investigação.*” (COMAR, 2022, p. 192).

12 A propósito, tem-se o magistério de Ferrajoli, para quem os parâmetros garantistas do processo penal, acabam por formar um conjunto aptos a contribuir para “o máximo grau de confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade” (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Pois bem, considerando o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a categoria «prova repetível» abrange (ou mesmo corresponde a) a prova testemunhal¹³, assumindo o marco de uma concepção racionalista da prova, que impõe uma abertura do sistema de prova para a Epistemologia e para a Ciência¹⁴, propõe-se uma abordagem do modelo de «(in)transmissibilidade das declarações testemunhais brasileiro» à luz dos saberes da psicologia cognitiva¹⁵.

13 Apesar de se tratar de uma inovação legislativa, a questão já é assim tratada pela jurisprudência “PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. DEPOIMENTOS INQUISITORIAIS (...). (...) 2. No caso, o Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso em Sentido Estrito, invocando o princípio do *in dubio pro societate*, entendeu que a pronúncia do paciente deveria ser mantida, muito embora tenha se calcado **em depoimentos de testemunhas não ouvidas em juízo**. (...) 4. Dessa forma, conforme a orientação mais atual das duas Turmas integrantes da Terceira Seção deste STJ, a pronúncia não pode se fundamentar exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do CPP. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 729.002/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 29/6/2022.). COMAR esclarece que “*Aury Lopes Júnior classifica as provas irrepitíveis em três situações: provas irrepitíveis por sua natureza, que são aquelas que precisam ser coletadas e documentadas no momento específico de sua ocorrência e não são passíveis de repetição (ex: perícias no local do crime, exame de corpo de delito, reconhecimento pessoal e alguns meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica, de dados, escuta ambiental); b) provas irrepitíveis por circunstâncias específicas, ou seja, normalmente poderiam ser repetidas, mas por uma peculiaridade não poderão sê-lo. É o típico caso da testemunha que está em estado terminal e, que se não for ouvida, perde-se a prova, devendo ser usado o incidente de prova antecipada; c) provas irrepitíveis por circunstâncias supervenientes, que são aquelas que era normalmente passível de repetição, mas sobrevêm uma circunstância inesperada e imprevisível que torna esta prova irrepitível, como por exemplo, a testemunha que procurada para ser ouvida na instrução, descobre-se que faleceu, de forma que não há mais como repetir a prova. A dúvida é se as declarações prestadas por esta pessoa na fase pré-processual poderão ser admitidas na fase processual e, se sim, como serão valoradas na medida em que produzida no inquérito sem contraditório.*” In: LOPES JUNIOR, 2020. p. 202, *apud* COMAR, *op. cit.* p. 465.

14 La concepción racionalista de la prueba judicial, puede identificarse a partir de sus dos tesis principales: a) la búsqueda de la verdad debe ser vista como un fin preferente del proceso; b) la justificación de la prueba (o el razonamiento probatorio) debe ser una especie de justificación epistémica general (razonamiento o inferencia inductiva, basada en generalizaciones empíricas que apoyen conclusiones probabilísticas). Nesse sentido, ver ACCATINO, 2019. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revus/5559>. doi: <https://doi.org/10.4000/revus.55592019>. p.92 e ss.

15 Eduardo José da Fonseca Costa, com base na doutrina de Robert S. Feldman, conceitua a psicologia cognitiva como sendo “*o ramo da psicologia experimental que estuda os processos mentais superiores, incluindo a memória, raciocínio, aprendizagem, resolução de problemas, julgamento, tomada de decisão e linguagem*” (COSTA, 2016).

2. A (IR)REPETIBILIDADE DAS PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA HUMANA SEGUNDO A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

Para além (i) da imprecisão decorrente da extrema simplificação¹⁶ do tratamento conferido pelo legislador à questão da (in)transmissibilidade das «declarações anteriores», o que constitui fonte de enorme insegurança jurídica¹⁷, o modelo trazido no parágrafo 3º, do artigo 3º-C do Código de Processo Penal apresenta uma peculiar consequência negativa: a redução do conjunto probatório¹⁸ (o que, por si, já é contraindicado pela Epistemologia), o que se agrava quando se assume a perspectiva

16 Para se ter uma ideia, o Código de Processo Penal Alemão, que se valeu de 8 longos artigos para disciplinar essa questão: do 250 (*Principle of examination in person*) ao 256 (*Reading out of statements by public authorities and experts*). Vide em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/

17 Não se sabe, ainda, se uma irrepetibilidade superveniente sempre autorizará a migração da declaração anterior. Pode-se mencionar, também, a dificuldade de criar um critério que trace uma linha divisória entre o que seria uma simples declaração pessoal documentada ou a documentação de uma diligência mais complexa. Pense-se, por exemplo: num reconhecimento pessoal, que está submetido a uma série de requisitos, como a formação de um *line-up* adequado; num relatório de fiscalização de uma obra de engenharia, onde os registros das constatações do fiscal (testemunha) se misturam com reproduções de documentos e anotações sobre dados técnicos ; num auto de registro de uma campana, em que o agente registra de maneira síncrona vários detalhes verificados no decorrer de dias; num laudo de local de crime; num laudo pericial em que se conseguiu reservar material para uma contraprova, mas que, pelo tempo decorrido, poderá perder alguma qualidade etc. Enfim, esses são apenas alguns exemplos que podem gerar decisões em sentidos díspares, não parecendo tão simples se chegar a uma resposta pronta e óbvia sobre: a) se se trata de caso de (ir)repetibilidade; b) se quando eventual irrepetibilidade superveniente poderia autorizar a migração ao processo de partes.

18 Criticando a redução do acervo probatório FONTES e MENDES afirmam que: “*Essa situação esdrúxula de tornar o juiz um condutor cego, proibido de ter conhecimento da totalidade da persecução penal, torna-o uma marionete em um teatro fadado a levar o processo à inviabilidade concreta. A condição do ‘juiz da instrução e julgamento’ se assemelha a de um médico cirurgião que precisa se basear, para realizar uma operação, apenas em uma foto do momento, sem ter acesso ao histórico e ao prontuário médico do paciente a ser operado. (...) Em relação ao regramento do “juiz das garantias” que proíbe o “juiz de instrução e julgamento” de acessar e utilizar, de forma supletiva, os elementos informativos do procedimento investigatório, já se destacou que afastará do horizonte da persecução penal a busca da verdade real, a única verdade compatível com o primado da segurança pública e a defesa social, além disso, criará uma disfuncionalidade sistemática insuperável, com repercussão na qualidade da prestação jurisdicional e na escalada da impunidade, e consequências irremediáveis para a segurança da coletividade.*”(FONTES; MENDES, jan 2020. Disponível em: <https://samirfontes.jusbrasil.com.br/artigos/795223857/o-juiz-das-garantias-e-o-descarte-dos-elementos-de-informacao-rumo-certo-a-impunidade>. Acesso em: 08 abr. 2023. Em sentido contrário, RENATO BRASILEIRO DE LIMA afirma que: “*Ora, partindo da premissa de que os elementos de informação produzidos na fase investigatória devem ter como objetivo precípuo a formação da convicção do titular da ação penal e, eventualmente, subsidiar a decretação de medidas cautelares, não se pode admitir que o juiz da instrução e julgamento forme seu convencimento com base neles, nem mesmo subsidiariamente.*” (LIMA, 2020, p. 164).

da psicologia do testemunho¹⁹, posto que o referido desfalque se dá justamente com a retirada daquela prova que tem maior potencial para alcançar uma melhor qualidade epistêmica, se comparada àquela que a “substituirá” no conjunto probatório.

Embora não se controverta que o legislador brasileiro tratou a prova testemunhal como “a” prova repetível, a psicologia do testemunho, por meio de inúmeros estudos empíricos, consolidou saberes que deixam a norma jurídica carente do devido respaldo epistemológico, ou seja, a norma diz que é, aquilo que, na realidade, jamais o será, já que, pelo que hoje se conhece sobre o funcionamento da memória humana, uma dada declaração testemunhal, enquanto reprodução (mais ou menos fiel) de uma realidade vivida, jamais poderá mais adiante ser simplesmente repetida²⁰.

Isso porque a memória humana não é como uma máquina fotográfica, filmadora ou gravador; ela não registra a realidade tal qual como é percebida pelos sentidos²¹, havendo um complexo processo de codificação e registro.

A psicóloga norte-americana Elizabeth Loftus é uma das principais referências na temática da falibilidade da memória humana e tem desenvolvido pesquisas nas últimas três décadas a respeito da influência das falsas informações na cognição e, por consequência, na produção de falsas memórias.²² Os experimentos indicaram com segurança que além de a passagem do tempo afetar consideravelmente a qualidade daquilo que resta memorizado, a memória está também sujeita a corrupções, degradações ou falsificações, de sorte que não raro aquilo que é lembrado pela testemunha, no momento de suas declarações, pode não corresponder com sua

19 A Psicologia do Testemunho “*tem estudado os erros decorrentes de processos cognitivos de testemunhas, e como os procedimentos realizados por atores de justiça podem aumentar ou diminuir a fidedignidade da prova advinda da memória da testemunha*” (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018 p. 1059)

20 Nesse sentido: ‘Provas dependentes da memória humana são repetíveis? Dado o contexto brasileiro acerca de como tais provas são coletadas e analisadas, com práticas contrariando frontalmente décadas de pesquisa da psicologia experimental, a resposta é não. Questões feitas durante uma entrevista por um policial, advogado ou juiz, bem como o reconhecimento de um suspeito podem alterar a memória de uma testemunha. Como argumentado, uma recuperação ocorrida, após um ano, não é apenas a recordação de um evento, mas a soma de todas as sugestões às quais a testemunha foi exposta após o evento (relatos de outras testemunhas, perguntas indutivas, e reconhecimentos fotográficos). Assim, o principal risco de tratar a prova penal dependente da memória como repetível está na possibilidade de ela ser alterada de forma permanente quando recuperada.’ *Ibid.*, p. 1069.

21 Registre-se, ainda, que aquilo que é percebido pelos sentidos não pode ser considerado a realidade empírica em sua “pureza”. Vitor Paula Ramos aprofunda análise das falhas de percepção (RAMOS, 2019, p. 117 e ss.)

22 LOFTUS, 2005, p. 361-366. Disponível em: <https://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361.full>. Acesso em 13 de abril de 2023.

memória inicial e, conseqüentemente, pode não ter a mínima relação com a realidade vivida.

Já o psicólogo David G. Myers, expoente da psicologia social, conduz “*estudo científico de como as pessoas pensam, influenciam e se relacionam umas com as outras*” (MYERS, 2014, p. 28), a partir do que vem questionando a confiabilidade do testemunho ocular, pondo em xeque a consistência da frase “eu vi com meus próprios olhos” para a satisfação de *standard* de prova para a condenação.²³

Lara Teles Fernandes aponta que dentro das limitações cognitivas das testemunhas, podem ser categorizadas falhas de percepção, de recuperação e de linguagem. As falhas de percepção podem se relacionar à situação em si ou ao sujeito que observam e podem se relacionar a alguns aspectos visuais como luz e cores, distância entre sujeito observador e a cena do crime, nível de estresse, utilização de arma (que tende a reduzir a atenção dirigida à cena do crime), etc.²⁴

Já no que concerne às falhas de recuperação, CECCONELLO, STEIN e ÁVILA, aduzem que “*o ato de evocar a memória, como recordar o evento ou reconhecer o perpetrador, se refere à etapa de recuperação. Em vez de uma recordação de informações estáticas, a memória humana é maleável, e, durante a recuperação, além de reforçadas novas informações, podem ser agregadas à recordação original do fato*”.²⁵

Aqui se insere o estudo das causas de falseamento da memória, relacionando-as com a sugestibilidade do indivíduo, quando, por exemplo, presencia outra

23 Lara Teles Fernandes, citando os estudos de David G. Myers, afirma que para o psicólogo “*a presença da vítima sobrevivente ou de testemunha ocular dos fatos maximiza a possibilidade de condenação. Nesse sentido, demonstra tal afirmação por intermédio da narrativa de uma pesquisa realizada por Elizabeth Loftus com estudantes universitários, em um caso hipotético de latrocínio. Num primeiro momento, em que não havia a indicação da existência da testemunha ocular, somente 18% dos participantes votaram pela condenação do réu. Em um segundo momento, outros estudantes foram submetidos à cena, mas com uma informação adicional: o latrocínio fora presenciado por uma testemunha ocular que teria afirmado “foi ele”. Nessa hipótese, o índice de estudantes que votaram pela condenação elevou-se para 72%. Para um terceiro grupo, repetiu-se a mesma informação do segundo, mas com detalhe adicional de que ao advogado de defesa havia questionado a capacidade de observação da testemunha, já que esta tinha problemas de visão e não estaria usando óculos na hora do crime. Nesse caso, o índice de condenação se reduziu, mas bem pouco, ficando no patamar de 68%.*” (FERNANDES, 2020, p. 187-188)

24 FERNANDES, Lara Teles. *Ibid*, p. 190.

25 CECCONELLO; AVILA; STEIN, *op. cit.* p. 1061.

pessoa relatando os mesmos fatos (*co-witnessess*²⁶), quando é induzido por aquele que está tomando suas declarações, a partir de perguntas fechadas ou outras formas de sugestão,²⁷ etc.

Já as falhas de linguagem dizem respeito “*a ausência de mecanismos mentais do intérprete em relação à reprodução de um determinado dado, pois a sua linguagem não possui os adequados subsídios para construção da imagem mental do emissor traduzido, o que dificulta a posterior reprodução.*”²⁸

Daí que desconsiderar o como se deu a coleta das declarações testemunhais durante a investigação e o que antecedeu (*co-witnesses*, v. g.) e sucedeu ao referido ato (o tempo transcorrido, p. ex.), para simplesmente começar tudo do zero, como se se pudesse simplesmente realizar uma nova “cópia” do arquivo registrado na memória da testemunha, é evidentemente algo ultrapassado.

Ademais, à medida em que se absorve esse conhecimento de mundo, fica sem sentido tratar como repetível aquilo que não é repetível e como não repetível aquilo que propriamente o é: basta pensar, por exemplo, numa certidão ou declaração exarada por um órgão público ou entidade privada, que, em tese, sempre poderá ser repetida; em documentos bancários, extraídos de um sistema de informática, que, também, em tese, sempre poderão ser reextraídos; um arquivo de vídeo que é copiado de um sistema de vigilância e que, ao menos em tese, pode ser novamente acessado na

26 CECCONELLO, STEIN e ÁVILA explicam que “*é comum que testemunhas conversem entre si acerca do crime presenciado, e, durante essa conversa, uma testemunha pode recordar informações que a outra não havia codificado. Essas informações são armazenadas juntamente à memória original do fato, sem que haja um registro de quais informações foram inseridas durante ou após o evento.*” *Ibid*, p. 1061.

27 Vitor Paula Ramos elenca as falhas na recuperação das recordações: a) o tempo decorrido; b) informações posteriores; c) feedback sobre o desempenho da testemunha; d) a forma das perguntas (*op. cit* p. 126 e ss). CECCONELLO e STEIN citam que diversos experimentos têm demonstrado que indivíduos solicitados a descrever o rosto do criminoso apresentam menor probabilidade de reconhecer corretamente o suspeito, em decorrência do efeito conhecido como eclipse verbal —overshadowing effect— (MEISSNER, SPORER, e SUSA (2008). A theoretical review and meta-analysis of the description-reconhecetion relationship in memory for faces. *European Journal of Cognitive Psychology*, 20(3), 414-455. Doi:10.1080/09541440701728581). Isto porque a representação mental do rosto pode ser alterada ao relatar uma informação incorreta, da qual não se recordava. Há ainda diversos estudos relatando que as informações evocadas através de perguntas fechadas direcionam a resposta da testemunha, que muitas vezes não prestou atenção em determinado ponto ou se esqueceu dele, podendo essas informações serem incorporadas à recordação original (Poole, D. A., & Lindsay, D. S. (1995). *Interviewing preschoolers: Effects of nonsuggestive techniques, parental coaching, and leading questions on reports of nonexperienced events. Journal of Experimental Child Psychology*, 60(1), 129-154. Doi: 10.1006/jecp.1995.1035)). *Apud* CECCONELLO, WILLIAM WEBER E STEIN, 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>

28 FERNANDES, *Op. Cit.* p. 197.

fonte. Para esses casos, não parece haver controvérsia que o mais racional é apostar em tecnologias que confirmem autenticidade ou assegurem a mesmidade da prova colhida na investigação.

3. COMPATIBILIZANDO A NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO COM A NATUREZA IRREPETÍVEL DAS DECLARAÇÕES TESTEMUNHAIS

Propõem-se, então, uma interpretação do modelo trazido no parágrafo terceiro do artigo 3º-C, do Código de Processo Penal, capaz de equilibrar os interesses que eventualmente possam vir a se conflitar: o contraditório – o direito das partes de fiscalização de toda a prova –, de um lado, e a correção material da decisão, entendida como a aproximação com (ou o resgate analógico) da realidade que ficou no passado, de outro, nos seguintes termos:

a) A intransmissibilidade das declarações anteriores permaneceria como regra, como forma de incentivar o acusador a produzir a prova que melhor concretize o contraditório – ou seja, “quando a prova consistir nas declarações de uma testemunha, esta deve comparecer perante o julgador e a parte contrária, para o exame cruzado em imediação”.

b) Como um primeiro grupo de exceções, deveriam ser expressamente reconhecidos os casos que autorizariam a migração para o julgamento do testemunho anterior documentado, conferindo segurança jurídica/previsibilidade à concretização, na praxe judicial, da categoria “irrepetibilidade” superveniente, notadamente quando imprevisível ou quando não possa ser atribuída à esfera de responsabilidade do próprio Estado-persecução²⁹: *(i)* a morte da testemunha; *(ii)* uma doença sem um prognóstico de recuperação em um tempo razoável; *(iii)* o desconhecimento do paradeiro da testemunha; *(iv)* ou mesmo utilização do primeiro depoimento,

29 Diogo Malan cogita razoável também inadmissibilidade das declarações anteriores em hipóteses em que a impossibilidade de comparecimento decorra de uma certa culpa do Estado. Confira-se: “caso a testemunha ausente tenha falecido ou se tornado enferma grave em razão de falha o Estado em cumprir seu dever de assegurar a ela condições adequadas de segurança e salubridade (v. g. a testemunha acautelada em estabelecimento de prisional, manicômio judiciário ou estabelecimento público congênere). A ausência da testemunha, nesses casos, decorre diretamente de conduta ilegal praticada por representantes do Estado, denotando que nenhum esforço estatal foi feito no sentido de assegurar a produção da prova oral conforme o paradigma do right of confrontation. (MALAN, 2009)

mediante contraditório diferido, quando a testemunha não se recordar do fato dado longo lapso temporal por motivo não atribuído às partes,³⁰ etc.

c) Como uma segunda espécie de exceção, deveria ser expressamente autorizada a migração do testemunho documentado sempre que houver a necessidade de se superar divergência inconciliável entre o seu conteúdo e as declarações testemunhais prestadas sob contraditório síncrono, ou seja, quando se fizer indiciado que a testemunha mentiu (posicionou-se dolosamente contra a verdade) no primeiro, no segundo ou em ambos os depoimentos.

d) A migração da declaração anterior, todavia, qualquer que seja a hipótese, dependeria de o registro das declarações ter se dado em áudio e vídeo, seguindo requisitos mínimos capazes de assegurar a integralidade e a contemporaneidade do registro, o local onde o depoimento foi colhido, bem como a fim de apurar se houve alguma forma de sugestionamento ao serem formuladas as indagações³¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perceba-se que o modelo que propomos deixa sob a responsabilidade das partes a demonstração da legitimidade da migração da declaração testemunhal anterior. Isso se justifica porque, ao mesmo tempo (i) ajuda a preservar a originalidade cognitiva do julgador, diminuindo o risco de formação de uma primeira impressão sobre o *thema decidendum*, (ii) estimula/constrange o acusador a zelar pela prova que melhor concretiza o direito de fiscalização pelo acusado e (iii) evita a praxe de se ouvir testemunhas apenas para que confirmem suas declarações anteriores – não é incomum que suas declarações em juízo se resumissem a “que confirma o que disse na delegacia de polícia...”.

30 Nesse ponto é digno de nota que muito embora a Súmula N. 455 do Superior Tribunal de Justiça, em contrassenso ao conhecimento de mundo atual, disponha que “A decisão que determina a produção antecipada deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o *mero* decurso do tempo.”, a decisão tomada no Recurso em Habeas Corpus N. 30438/PA, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, contrariando entendimento majoritário de seu órgão colegiado, considerou que o transcurso de tempo considerável desde a data dos fatos autoriza a produção antecipada da prova testemunhal.

31 CECCONELLO, AVILA e STEIN ao sugerir políticas públicas relacionadas à coleta de provas dependentes da memória em procedimentos penais asseveram que “é de extrema importância que tais procedimentos sejam gravados, em áudio e vídeo, de forma que preservem a prova original”(CECCONELLO; AVILA; STEIN, Op. Cit. p. 1068).

As exceções mencionadas têm o condão de conferir segurança jurídica à definição sobre a migração ou não das declarações anteriores, evitando o risco de uma aplicação seletiva da norma. Além disso, parece equilibrar bem os valores em disputa, na medida em que a garantia da melhor fiscalização da prova pelo acusado (*cross examination* ou contraditório em imediação) apenas excepcionalmente poderá ser limitada, o que se daria na medida do estritamente necessário para assegurar o interesse no (melhor) resgate da realidade empírica, mesmo porque o modelo estimula a antecipação do contraditório para os casos em que for possível um prognóstico da “irrepetibilidade” superveniente.

Por outro lado, a migração das declarações anteriores cumulada com comparecimento da testemunha em nada feriria o princípio do contraditório, já que o acusado terá a oportunidade do “confronto” com a testemunha, arguindo-a, inclusive, sobre o que disse anteriormente e seu por quê.

Assim, a valoração da própria prova testemunhal produzida em julgamento seria facilitada, na medida em que, acessando as declarações anteriores, teria o julgador mais condições de identificar algum fator de corrupção da memória – algo que a testemunha disse e que esqueceu e/ou que lhe pareceu irrelevante no momento das suas declarações em juízo (*co-witnesses*³², p. ex.), alguma má conduta do investigador, que induziu respostas ou que expôs à testemunha informações sobre os fatos, etc.

Ademais, a manutenção da confiabilidade de ambas as provas justifica que se constranja os responsáveis pela persecução a buscar o mais fiel registro das declarações prestadas na investigação: e diante de tecnologias acessíveis a baixo custo, nada mais justifica o velho e nada fidedigno “termo de declarações”, onde o investigador registra a sua compreensão sobre as respostas que a testemunha deu a perguntas não conhecidas.

Por fim, vale registrar que até mesmo a ideia de que o modelo trazido na lei anticrime - um modelo de intransmissibilidade mais rigoroso – justifica-se por ser uma espécie de “vacina” contra o risco de uma decisão enviesada – influenciada por uma primeira impressão do caso, a partir do contato direto com o registro com as declarações anteriores – carece de um maior suporte epistêmico; isso porque, sendo

32 ... é comum que testemunhas conversem entre si acerca do crime presenciado, e, durante essa conversa, uma testemunha pode recordar informações que a outra não havia codificado. Essas informações são armazenadas juntamente à memória original do fato, sem que haja um registro de quais informações foram inseridas durante ou após o evento¹⁸. (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018 p. 1061).

praticamente impossível impedir um conhecimento indireto sobre o resultado dessas declarações (alguma menção, na denúncia, sobre o que teriam dito as testemunhas na polícia; uma pergunta feita pelo acusador ou defesa de um coacusado em audiência; uma notícia de jornal ou mesmo na hipótese do julgador ter que verificar o porquê de o acusado estar respondendo o processo preso etc), dever-se-ia saber dizer com segurança o que ofereceria maior risco para a “contaminação” do julgador: p. ex., *a*) ter ciência (informal) de que na polícia três testemunhas incriminaram o acusado ou *b*) assistir os vídeos que registraram as três declarações (supostamente) incriminadoras?

REFERÊNCIAS

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?», **Revus [Online]**, v. 39. 2019. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revus/5559>. DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.5559>

ARAS, Vladimir. O juiz das garantias e o destino do inquérito policial. **Conjur**, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/vladimir-aras-juiz-garantias-destino-inquerito-policial>. Acesso em: 08 abr. 2023.

AROCA, Juan Montero. Principio Acusatorio y Prueba em el Procesal Penal. In: Colomer, Juan LG (coord.). **Prueba y Proceso Penal**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRAGA, Fernando. **Porque a hora é de pensar sobre como implementar o Juiz das Garantias**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317677/porque-a-hora-e-de-pensar-sobre-como-implementar-o-juizo-das-garantias>. Acesso em 5/7/2020.

BRAGA, Fernando; MARMELSTEIN, George. **A inconstitucionalidade do novíssimo juiz auditor da investigação**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/opinioao-inconstitucionalidade-juiz-auditor-investigacao>. acesso em 5/7/2020.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Rev Bras Polít Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.

COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz de garantias**. São Paulo: Ed. D'Plácido, 2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, jul./set. 2009.

CUNHA, José Damião da. O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento: arts. 356º e 357º do CPP: algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial. **Revista portuguesa de ciência criminal**, Coimbra, v. 7, n. 3, Jul.-Set 1997.

_____. **Dos Meios de Obtenção da Prova**. In: VALENTE, Manuel M. G., (coord.). II Congresso de Processo Penal. Coimbra. 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Prova e Sucedâneos da Prova no processo penal**, em Revista Brasileira e Ciências Criminais, n 66, mai-jun. São Paulo. 2007.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração**. 2da edição. Florianópolis: Emais, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

FONTES, Samira da Costa; MENDES, Luiz Augusto Aloise de Macedo Mendes. **O juiz das garantias e o descarte dos elementos de informação: Rumo Certo à Impunidade**. JusBrasil, jan 2020. Disponível em: <https://samirafontes.jusbrasil.com.br/artigos/795223857/o-juiz-das-garantias-e-o-descarte-dos-elementos-de-informacao-rumo-certo-a-impunidade>. Acesso em: 08 abr. 2023.

LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory. **Learning & Memory**, v. 12, n. 4, p. 361-366, 2005. Disponível em: <https://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361.full>. Acesso em 13 de abril de 2023.

LOPES JR, Aury. **(Re)pensando os sistemas processuais penais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório.** Boletim Informativo IBRASPP, São Paulo, v. 03, n. 05, 2013/02.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de Investigação Criminal.** São Paulo: Atlas, 2008.

MYERS, David G. *Psicologia Social.* 10ma edição. Tradução de Saniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: AMGH Editora, 2014.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing.** 3ra edição. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2022.

RAMOS, Vítor de Paula. **La prueba testifical: del subjetivismo so objetivismo, del aislamiento científico al diálogo com la psicologia y epistemologia.** Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 2019.

SILVA, Germano Marques da. **Produção e Valoração da Prova em Processo Penal.** Revista do CEJ, Lisboa, n. 4, p. 37-53, 2006.

DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL: A CAPTURA DO MECANISMO DE CONSULTA PÚBLICA

DEMOCRATIC DEFICIT IN THE NATIONAL CIVIL AVIATION AGENCY: THE CAPTURE OF THE PUBLIC CONSULTATION MECHANISM

Eduardo Henrique de Carvalho Franklin¹

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar

RESUMO: O artigo tem como objetivo discutir a existência de um déficit democrático na Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), considerando a apropriação do mecanismo de consulta pública por entes regulados ou associação de entes regulados. A metodologia de pesquisa consiste na aplicação de um indicador desenvolvido pelos autores, denominado proporção de contribuições de entes regulados. Analisadas as contribuições apresentadas nas consultas públicas conduzidas pela ANAC, verifica-se que o mecanismo de participação popular foi apropriado pelo mercado, com pouca ou nenhuma representatividade de outros setores da sociedade.

Palavras-chave: Regulação, consulta pública, participação popular.

ABSTRACT: *The article aims to discuss the existence of a democratic deficit in the Brazilian Civil Aviation Agency (ANAC), considering the appropriation of the public consultation mechanism by regulated entities or an association of regulated entities. The research methodology consists of the application of an indicator devel-*

¹ Ressalta-se, por razões de ética na pesquisa, que o autor deste artigo ocupa o cargo efetivo de Especialista em Regulação de Saúde Suplementar. Entretanto, o presente trabalho não reflete necessariamente a opinião da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

oped by the authors, called proportion of contributions from regulated entities. Analyzing the contributions presented in the public consultations conducted by ANAC, it appears that the popular participation mechanism was appropriated by the market, with little or no representation from other sectors of society.

Keywords: Regulation. Public consultation. Public participation.

INTRODUÇÃO

A participação popular é – ou deveria ser – o instrumento basilar da legitimidade democrática do Estado Regulador. No Brasil, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado já reconhecia, como contrapartida à redução do papel do Estado na execução e prestação direta de serviços, a busca pelo controle social direto e pela participação da sociedade (BRASIL, 1995). Para Gustavo Binenbojm, é fundamental que as agências realizem investimentos na divulgação de seu papel institucional e dos seus mecanismos de participação social, de forma que o seu processo deliberativo seja o mais aberto, informado e transparente possível (BINENBOJM, 2005, p. 147-167). Finalmente, na Lei Nº 13.848/2019, restou estabelecido no art. 6º, § 4º, que na adoção e nas propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, deverá ser realizada pelas agências reguladoras consulta ou audiência pública. Tudo para concretizar a ordem constitucional já esculpida no art.º 1, parágrafo único, da Carta Magna, que determina que o povo exercerá o poder por meio de seus representantes eleitos ou diretamente.

A doutrina, entretanto, tem alertado para graves falhas cometidas pelas agências reguladoras brasileiras na utilizando dos mecanismos de participação popular. Rodrigo Pagani de Souza destaca a gravidade da situação, indicando que a agência, como ente integrante do Estado, tenderá a atender em maior medida os interesses daqueles que tiverem condições de dialogar, de negociar com ela, enfim, de pressioná-la para qualquer fim, em detrimento dos interesses daqueles pouco organizados para influenciá-la (SOUZA, 2002, p. 7). Para Pablo Leurquin e Renato Manacés, a existência de influências políticas mais fortes de um determinado grupo econômico pode inviabilizar o alcance democrático dos mecanismos de participação popular (LEURQUIN; MANACÉS, 2020, p. 167). Finalmente, Maria Tereza Fonseca Dias, Helena Colodetti Gonçalves Silveira e Marcela Pinto Ribeiro indicam que, em que pese a Administração Pública ter demonstrado certo interesse na promoção de mecanismos democráticos de participação e deliberação, essa iniciativa precisa

ser ampliada na busca da efetivação do Estado Democrático de Direito (DIAS; SILVEIRA; RIBEIRO, 2018, p. 762).

Este estudo tem por objetivo verificar a existência de um déficit democrático na Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) especificamente no tocante à captura do mecanismo de consulta pública pelos entes regulados. Para tanto, buscou-se realizar uma análise tanto da quantidade de contribuições realizadas, quanto da proporção de contribuições realizadas por entes regulados.

Este documento está dividido em cinco itens, sendo o primeiro esta introdução com a descrição do problema da pesquisa e da relevância do tema, bem como os objetivos deste texto. O item dois busca discutir brevemente as relações entre Estado, regulação e democracia. O item três apresenta a metodologia da pesquisa realizada. É apresentada a ficha técnica do indicador proporção de contribuições de entes regulados, que será utilizado para verificar se há uma efetiva participação de diversos setores da sociedade. O item quatro apresenta os resultados da aplicação desta metodologia à ANAC. O item cinco traz as conclusões finais e as perspectivas de trabalhos futuros.

1. ESTADO, REGULAÇÃO E DEMOCRACIA

O modelo de Estado Regulador trouxe consigo a necessidade de reflexão sobre sua compatibilização com o princípio da legalidade. Trata-se do processo de deslegalização. O cerne da discussão é o reconhecimento de um processo de difusão normativa, no qual a Administração Pública passa a apresentar um disciplinamento jurídico técnico e eficiente diante dos contornos legais de leis-quadro. A doutrina - nesse sentido é a contribuição de Gustavo Just em Brandão, Cavalcanti e Adeodato (2009, p. 245) - tem ponderado quanto aos limites da transferência normativa em favor da Administração Pública, por meio da utilização pelo legislador de contornos excessivamente genéricos. De outra volta, as normas legais fixadoras de competência não podem ser densas ao ponto de engessar a atuação do ente regulador. Nas palavras de Cavalcanti (1999):

O princípio da legalidade apresenta-se, por vezes, quando não devidamente compatibilizado, como um dos “entraves” ao adequado funcionamento dessas entidades. É relevante destacar que ao se falar em adequação do princípio da legalidade o que se

deve entender é da construção de normas legais que sejam fixadoras de competência, indicadoras do conteúdo de direito material, mas não suficientemente densas a limitar em excesso essa produção normativa, secundária, que deve ser mais dinâmica. Sem dúvida, foi necessário que se desenvolvesse a ideia de desregulação pelos entes políticos para que se pudessem desenvolver as normatizações secundárias, setoriais, especializadas, por entes reguladores autônomos, em processo também chamado de deslegalização. (CAVALCANTI, 1999, p. 30)

A tese de Cavalcanti representa, em seu núcleo argumentativo, uma busca pela preservação do princípio da legalidade diante dos emergentes atos regulatórios. A preocupação com a legalidade dos atos normativos das agências reguladoras, bem como os limites de sua atuação, expandiu-se na doutrina administrativa brasileira. Cite-se Peci (1999), Barroso (2002), Di Pietro (2004), Binenbojm (2005), Moreira e Caggiano (2013), dentre muitos outros.

Em relação à observância ao regime democrático no processo de descentralização da organização administrativa, em particular na criação das agências reguladoras, Edilson Pereira Nobre Júnior destaca:

Então, o decisivo, para salvaguarda do princípio democrático, centra-se no modo do Parlamento em exercitar sua competência no que concerne ao estatuto dos reguladores, de sorte a, quando da disciplina da sua autonomia, e, especialmente quanto à estabilidade dos seus dirigentes, preservar sua independência em relação ao Poder Executivo, sem, contudo, fazê-lo de maneira tão ampla que enverede por torná-los irresponsáveis. (NOBRE JÚNIOR, 2021, p. 89)

De fato, a garantia da observância ao princípio democrático ainda é um desafio para a organização administrativa brasileira, inclusive no exercício de competências regulatórias. A análise de existência de déficit democrático abrange desde o processo de descentralização, com a observância da reserva de densificação normativa, até os atos regulatórios propriamente ditos, no exercício do poder normativo e fiscalizatório.

A busca pelo aperfeiçoamento do processo decisório das agências reguladoras possui fundamento constitucional, em observâncias aos princípios que regem a

Administração Pública, bem como pela necessidade de concretização de diretrizes democráticas. Notadamente, o princípio da impessoalidade expresso no art. 37 da Constituição Federal de 1988 reflete na necessidade de um processo decisório que tenha como finalidade a satisfação do interesse público. Em outros termos, as ações dos órgãos reguladores não devem ter por finalidade a satisfação de interesses institucionais, ou ainda de setores específicos da sociedade. Ao contrário, devem atender ao interesse público, consideradas as particularidades técnicas do setor regulado.

Nesse sentido, a atuação das agências reguladoras foi objetivo de regramento infraconstitucional, através da Lei Nº 13.848/2019, que dispõe sobre gestão, organização, processo decisório e controle social. Conforme sua exposição de motivos, a norma foi elaborada sob o argumento de que, passados quinze anos, as regras de funcionamento das agências reguladoras, entidades típicas de Estado, precisavam ser aperfeiçoadas, tanto para preservar sua autonomia e independência, imprescindíveis aos seu bom funcionamento, quanto para suprir lacunas e corrigir problemas evidenciados ao longo da primeira década de existência. O texto menciona ainda os órgãos reguladores não devem se tornar inoperantes por desídia de seus diretores em dar plena e boa execução aos mandatos que lhe foram conferidos.

Ainda no tocante aos processos decisórios das agências reguladoras, destaca-se a importante fase de participação social. Nos termos do art. 9º da Lei Nº 13.848/2019, serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Trata-se de importante dispositivo para assegurar a legitimidade do ato normativo regulatório.

2. METODOLOGIA DA PESQUISA

Este estudo consiste em um levantamento das contribuições realizadas nas consultas públicas conduzidas pela ANAC. Foi selecionado como universo de pesquisa as cinco últimas consultas públicas encerradas pela agência reguladora, considerada a data de consulta em 01 de agosto de 2022. Todas as informações utilizadas são públicas e encontram-se disponíveis para amplo acesso no portal do órgão regulador.

Após a obtenção dos dados, iniciou-se a fase de identificação dos contribuintes. Nos casos em que as contribuições são apresentadas de forma anônima, ou que apenas parte das contribuições tem origem identificável, considerou-se que há dados insuficientes (D.I.) para o prosseguimento da análise. Por outro lado, sendo possível a identificação dos contribuintes, foi realizada a classificação da contribuição em dois grupos, quais sejam: a) Contribuição realizada por ente regulado/associação de entes regulados, e; b) Demais contribuições.

A partir da classificação dos dados, essa pesquisa apresenta um indicador denominado proporção de contribuições de entes regulados, elaborado para medir a predominância de contribuições apresentadas por ente regulado/associação de entes regulados. A finalidade desta ferramenta é avaliar o nível de captura da consulta pública, isto é, em que grau a discussão apresentada nos mecanismos de participação popular é apropriada por agentes econômicos submetidos à regulação, em detrimento de demais setores da sociedade (consumidores, usuários, instituições de ensino e pesquisa, órgãos governamentais, advogados e consultores, entre outros contribuintes). A Tabela 1 apresenta a ficha técnica do indicador:

Tabela 1 – Ficha técnica do indicador proporção de contribuições de entes regulados.

Conceituação	Percentual de contribuições realizadas por ente regulado ou associação de entes regulados em relação ao total de contribuições.
Método de cálculo	$(N^{\circ} \text{ contribuições realizadas por ente regulado ou associação de entes regulados} / N^{\circ} \text{ de contribuições realizadas}) \times 100$
Interpretação do indicador	Possibilidade de indicar situações de captura da discussão por agentes regulados, capazes de influenciar a regulação em interesse próprio.
Usos	Identificar falhas regulatórias na promoção de participação social. Identificar possíveis variações e tendências que demandem a implementação de ações para a ampliação da participação social nas agências reguladoras. Subsidiar ações de controle social da administração pública.
Meta	A meta é atingir um resultado menor ou igual a 50% de contribuições realizadas por ente regulado ou associação de entes regulados com relação ao total de contribuições realizadas, no período considerado.
Pontuação	Para resultado do indicador ≤ 50 , nota 1 Para $50 < \text{resultado do indicador} \leq 100$, nota $(100 - \text{resultado do indicador})/50$
Crítérios de aplicabilidade	O indicador se aplica a consultas públicas com número de contribuições realizadas maior que zero e cujos contribuintes são identificáveis.
Limitações e vieses	Nos casos em que há realização de contribuição por pessoa física, em nome próprio, em favor de entes regulados, a influência destes não é identificada pelo indicador.

Fonte: Elaboração própria.

Foi calculada a média das pontuações do indicador em cada uma das consultas públicas analisadas. O resultado revela se há uma apropriação persistente, pelos agentes econômicos do mercado regulado, das discussões postas em consulta pública. Em outras palavras, a média da pontuação do indicador representa evidência de captura consistente dos mecanismos de consulta pública pelo mercado regulado.

3. ANÁLISE DAS CONSULTAS PÚBLICAS DA ANAC

A ANAC foi criada pela Lei Nº 11.182/2005, com competência para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. Em seu sítio eletrônico, a agência reguladora afirma:

Consultas Públicas são um importante mecanismo de participação social no processo normativo da ANAC. Por meio desse instrumento, a agência visa a ampliar a transparência de suas ações e a apoiar seu processo decisório. A ANAC realiza consultas públicas para ouvir a opinião da sociedade e dos agentes regulados sobre assuntos importantes para a regulação do setor aéreo (ANAC, 2022).²

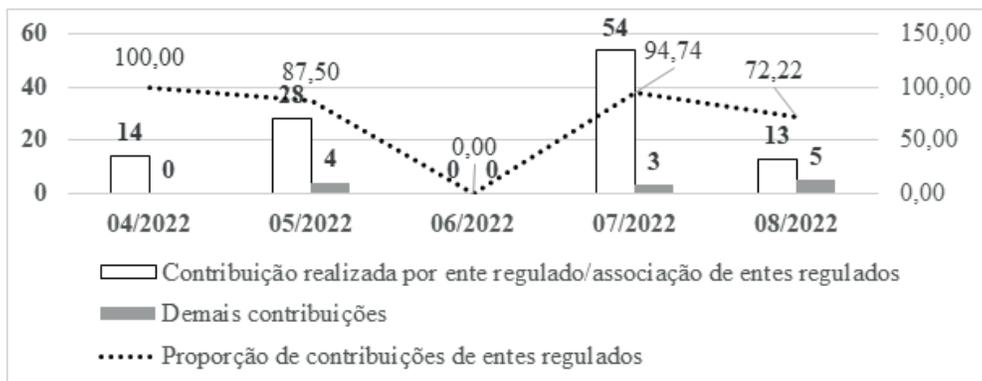
Neste estudo, foram analisadas as seguintes consultas públicas realizadas pela ANAC: 1) Consulta Pública nº 04/2022, que apresenta propostas de resolução que estabelece a Política de Proteção de Dados e Informações de Segurança Operacional no âmbito da ANAC, e de resolução que aprova o Programa de Notificação de Desvios, no âmbito de competência da ANAC; 2) Consulta Pública nº 05/2022, que apresenta propostas de resolução que estabelece os critérios específicos para operações de aplicação de agrotóxicos e afins, adjuvantes, fertilizantes, inoculantes, corretivos e sementes com aeronaves remotamente pilotadas (Remotely Piloted Aircraft - RPA) Classe 2, e de portaria que estabelece os meios aceitáveis para o seu cumprimento; 3) Consulta Pública nº 06/2022, que apresenta proposta de emenda ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil - RBAC nº 135, intitulado “Operações de transporte aéreo público com aviões com configuração máxima certificada de assentos para passageiros de até 19 assentos e capacidade máxima de carga paga de até 3.400 kg (7.500 lb), ou helicópteros”; 4) Consulta Pública nº 07/2022, que

² Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas>. Acesso em: 26 jul. 2022.

apresenta proposta de emenda ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil - RBAC nº 153, intitulado “Aeródromos - operação, manutenção e resposta à emergência”, de edição e revisão de Instruções Suplementares - IS relacionadas e de edição de portaria que disciplina a definição de tipo de uso para aeródromos de uso privativo e de uso público; 5) Consulta Pública nº 08/2022, que altera a Resolução nº 528, de 28 de agosto de 2019, para alterar as taxas de desconto a serem utilizadas nos fluxos de caixa marginais para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para os contratos de concessão dos Aeroportos Internacionais de Brasília (DF), Campinas (SP) e Guarulhos (SP) e dos Aeroportos Internacionais de Fortaleza (CE), Florianópolis (SC), Salvador (BA) e Porto Alegre (RS).

O Gráfico 1 apresenta o número de contribuições em cada uma das consultas, conforme dados públicos disponíveis no sítio eletrônico do órgão regulador³. Para cada consulta pública, foram identificadas as contribuições realizadas por ente regulado ou associação de ente regulados. Em seguida, foi calculada a proporção de contribuições de entes regulados.

Gráfico 1 – Análise das consultas públicas realizadas pela ANAC.



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados disponíveis no portal da ANAC.

A análise revela um cenário bastante negativo, que põe em xeque a efetividade da participação social na agência reguladora. Inicialmente, verifica-se que na consulta pública nº 06/2022 não houve uma contribuição sequer. Neste contexto, é possível que o mecanismo de consulta pública esteja sendo utilizado como um

3 Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas-publicas-encerradas/consultas-publicas-encerradas-de-2022>. Acesso em: 01 ago. 2022.

mero formalismo, com a função de validar a proposta apresentada. Ademais, é questionável a eficiência no uso de recursos públicos, tecnológicos e de pessoal em processos de consulta pública que não obtenham nenhuma participação social.

Nas consultas públicas 05/2022 e 07/2022, verificou-se uma proporção de contribuições de entes regulados de 87,50% e 94,74%, respectivamente. A situação é mais grave na consulta pública 04/2022, cujas contribuições foram oferecidas apenas por entes regulados ou associação de entes regulados. Os dados sugerem que as discussões apresentadas nas consultas públicas da ANAC são apropriadas pelo mercado, com pouca ou nenhuma representatividade de outros setores da sociedade.

A consulta pública 08/2022 apresentou uma proporção de contribuições de entes regulados de 72,22%. Em que pese se tratar do melhor resultado da série histórica analisa, ainda remete a uma forte predominância de contribuições realizadas por entes regulados. Saliente-se ainda que, nesta iniciativa, a agência reguladora optou por reunir os resultados da consulta pública com as contribuições orais oferecidas em audiências públicas. Para compatibilização com a metodologia, considerou-se cada manifestação oral como uma contribuição. Vale salientar ainda que foram classificadas como “Demais contribuições” as manifestações de uma organização bancária, uma associação de empresas rodoviárias e uma associação de empresas ferroviárias. Assim, em que pese tais contribuintes não serem considerados como agentes regulados deste mercado setorial, pode-se inferir que seus propósitos são de defesa de interesses econômicos, ainda que em mercados diferentes.

Finalmente, o cálculo da média das pontuações do indicador deve ser obtido considerando os resultados das consultas públicas 04, 05, 07 e 08/2022, uma vez que a consulta pública 06/2022 não recebeu contribuições. Assim, chega-se a uma média de 88,61, o que representa um processo consistente de apropriação dos debates postos em consultas públicas por entes regulados.

CONCLUSÕES E TRABALHOS FUTUROS

Em síntese conclusiva, o artigo propôs uma metodologia para verificação de captura do mecanismo de consulta pública por agentes regulados. Foi desenvolvido um indicador denominado proporção de contribuições de entes regulados, cuja ficha técnica apresenta conceituação, método de cálculo, interpretação, usos, meta, pontuação, critérios de aplicabilidade, além de limitações e vieses. O indicador foi

aplicado a um universo de pesquisa às cinco últimas consultas públicas encerradas pela agência reguladora. Verificou-se que uma das consultas não obteve qualquer contribuição. Finalmente, os resultados indicam um processo consistente de apropriação dos debates postos em consultas públicas por entes regulados.

Como trabalhos futuros, serão realizadas análises das consultas públicas realizadas pelas demais agências reguladoras federais, utilizando-se os mesmos parâmetros e critérios temporais. Pretende-se, ao fim, tecer considerações a respeito das relações entre regulação e democracia no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de direito administrativo**, v. 229, p. 285-312, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 147-167, 2005.

BRASIL. Presidência da República. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. **Cadernos Mare**, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório. Temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DIAS, M. T. F.; SILVEIRA, H. C. G.; RIBEIRO, M. P. O déficit de legitimidade democrática na atividade normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio de consultas públicas (2001-2017). **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 38.2, jul./dez. 2018.

LEURQUIN, Pablo; MANACÉS, Renato. A Participação popular no processo decisório da Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Revista Jurídica da UFERSA**, v. 4, n. 8, p. 149-170, 2020.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1980.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF—mutação constitucional do princípio da legalidade. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 43, p. 35-57, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

PECI, Alketa. Novo marco regulatório para o Brasil da pós-privatização: o papel das agências reguladoras em questão. **Brazilian Journal of Public Administration**, v. 33, n. 4, p. 121-135, 1999.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte americana. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 16, 2002.

O “PATRIMÔNIO DIFÍCIL” DO MERCOSUL: O CASO DO CANHÃO *EL CRISTIANO*

MERCOSUR’S “DIFFICULT HERITAGE”: THE CASE OF THE EL CRISTIANO CANNON

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto

Mestre e Doutor em Direito Público (UFPE)

Professor Associado da Faculdade de Direito do Recife (UFPE)

Juiz Federal na Seção Judiciária de Pernambuco

RESUMO: O ensaio aborda a expansão dos processos de patrimonialização cultural para além do aspecto nacional, com ênfase para a Lista do Patrimônio Comum do Mercosul, e sugere o reconhecimento do “patrimônio difícil”, associado aos conflitos da região, a partir da análise do caso do canhão *El Cristiano*, alvo de litígio entre o Brasil e o Paraguai.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Lista do Patrimônio do Mercosul. Patrimônio “difícil”. Canhão *El Cristiano*.

ABSTRACT: *The essay discusses the expansion of cultural patrimonialization processes beyond national aspects, with emphasis on the Mercosur Common Heritage List, and suggests the recognition of the “difficult heritage”, associated with the conflicts of the region, from the analysis of the case of the El Cristiano cannon, the target of litigation between Brazil and Paraguay.*

Keywords: *Cultural heritage. Mercosur Heritage List. “Difficult” heritage. El Cristiano cannon.*

INTRODUÇÃO

O tema do patrimônio cultural está diretamente associado à formação das memórias e das identidades sociais. Como afirma Pierre Nora, “é preciso criar arquivos, (...) organizar celebrações, pronunciar elogios fúnebres, notariar atas, porque essas operações não são naturais”; “festa, aniversários, tratados, monumentos, santuários, associações, são marcos testemunhais de uma outra era, das ilusões da eternidade” (NORA, 1993, p. 7-28).

Se, na ótica civilista, a palavra “patrimônio” evoca os direitos de propriedade, inclusive na sua perspectiva sucessória, a menção ao “patrimônio cultural” remete-nos à existência de bens, materiais e/ou imateriais, em relação aos quais se reconhece (ou se lhes atribui) um valor capaz de constituir a identidade coletiva, fato que justifica a criação de um adequado regime protetivo em seu favor. Há, nesse sentido, também, um componente intergeracional e aglutinador, que remonta às origens do conceito, mas que delas se afasta, ao entrar na esfera das práticas sociais e das trocas simbólicas¹.

Segundo os historiadores do instituto, embora a criação de regimes jurídicos protetivos em prol de determinados bens, a partir do reconhecimento de seus atributos estéticos e históricos, não seja um dado recente², sua construção como sistema remonta ao período da Revolução Francesa, quando a prática preservacionista foi associada ao sentimento de Nação³. Nessa ótica, preservam-se os “tesouros nacionais” em deferência à sua capacidade de contar (e assim de exaltar) o passado nacional, reforçando um sentimento de pertença a uma origem e destino comuns.

Essa concepção foi incorporada por diversos outros sistemas jurídicos, como o brasileiro, no qual o vetusto Decreto-Lei n. 25, de 1937, versa sobre o “patrimônio histórico e artístico nacional”, mencionando o interesse público em sua conservação, “quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” (art. 1º).

1 “A interação não é entre sujeito e coisa, é intersubjetiva. Ali onde a relação parece ser apenas entre homem e coisa, é inter-humana” (VILANOVA, 2003, p. 313).

2 “Tanto Riegl quanto Chastel e Babelon detectam no sentimento de piedade religiosa e de devoção às relíquias, característico da civilização europeia, a origem do sentimento de apego a bens simbólicos que evocam a ideia de pertencimento a uma comunidade, ainda que imaginária” (FONSECA, 2009, p. 54).

3 Na experiência colhida a partir da Revolução Francesa, “o valor nacional é o primeiro, fundamental” (CHOAY, 2001, p. 116).

Entretanto, a construção da identidade coletiva a partir – tão somente – da referência ao sentimento nacional já não corresponde estritamente à realidade. A modernidade pôs “um ponto de interrogação no vínculo incipiente e inquebrantável entre identidade e nacionalidade, o indivíduo e seu lugar de habitação, sua vizinhança física e sua identidade cultural” (BAUMAN, 2013, p. 37).

Os processos de globalização conduziram ao paradoxo pelo qual o comunitário, o próprio e o específico emergem, todos, com sensível força. É dizer: as construções de identidade se põem em uma escala que exorbita os limites da Nação, não apenas em um sentido vetorial globalizante, quanto em uma revalorização daquilo que se encontra física e geograficamente mais próximo. Essas construções nos perpassam a todos, de modo transversal, mediante o pertencimento simultâneo a variados grupos.

Partindo-se dessa premissa,

a debilitação do Estado nação, a tempo de impor uma identidade coletiva homogênea, e a diversidade das sociedades atuais, compostas por grupos culturais diversos que contam com suas próprias identidades, afetam os processos de patrimonialização. Em sociedades cada vez mais multiculturais, interculturais e transculturais, as identidades dirigidas pelo Estado são, ou podem chegar a ser questionadas e conseqüentemente os bens culturais que as simbolizam também (URTIZBEREA, 2018, p. 16).

Se a identidade coletiva não pode mais ser cogitada a partir – reitere-se: apenas – de um passado nacional comum, devem-se reconhecer os múltiplos elementos que conduzem à formação dos grupos que se espalham sobre o território, como um jogo de peças que podem ser arrumadas de modos distintos sobre a mesa, mediante a aglutinação de diversas variáveis, cada qual com suas expectativas próprias de reconhecimento, inclusive no plano simbólico e patrimonial (e isso, obviamente, não sem ruídos e conflitos).

A atual Constituição da República, promulgada em 1988, entroniza essa concepção do diálogo patrimonial, ao asseverar que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216).

Como assevera José Afonso da Silva, superou-se uma “concepção puramente histórica do patrimônio cultural em favor de uma concepção abrangente de todas as expressões simbólicas da memória coletiva, constitutivas da identidade de um lugar, uma região e uma comunidade” (SILVA, 2001, p. 101). A própria menção ao termo “referência”, segundo o autor, enfatiza “um destaque de valoração”: “tem o mesmo sentido que toma na expressão ‘ter como ponto de referência’ – ou seja, como um signo balizador da conduta a seguir, do caminho a tomar”⁴.

Em síntese, “a identidade social alegada, pela constituição de um patrimônio, não pode mais ser aquela que intentava a legitimação do Estado-nação” e o foco da questão patrimonial se põe sobre a “legitimação da diversidade” (CAMPOS, 2018, p. 33).

1. A PATRIMONIALIZAÇÃO EM UMA ESCALA SUPRANACIONAL

No plano internacional, avançou-se, no período posterior à segunda grande guerra, para o reconhecimento de bens culturais que, embora submetidos à soberania de determinado Estado, possuem relevância em uma escala mais abrangente.

No âmbito da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) foram aprovados tratados internacionais especificamente voltados à proteção do chamado “patrimônio cultural da Humanidade”⁵, com ênfase – no que tange ao objeto deste ensaio – para a Convenção de 1972⁶.

Em termos operacionais, a mencionada Convenção instituiu: a) o dever de os Estados, “na medida do possível”, adotarem no plano interno medidas de identificação, proteção, conservação, valorização e transmissão às gerações futuras do patrimônio cultural e natural situado no seu território (artigos quarto e quinto); b) o dever de, mediante a criação de um sistema de cooperação e de assistência internacionais, contribuir para tais medidas, “se o Estado no território do qual tal patrimônio se encontra o solicitar” (artigo sexto); e c) a criação da chamada “Lista

4 *Idem*, p. 114.

5 No âmbito regional, igualmente, várias convenções foram adotadas, “tanto no âmbito da União Europeia, depois da Convenção Cultural Europeia de 1954, como no da Organização dos Estados Americanas (OEA), a exemplo da Convenção para a Proteção da Herança Arqueológica, Histórica e Artística das Nações Americanas (Convenção de São Salvador), de 1976” (SILVA, 2012, p. 25).

6 Disponível em: <https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>.

do Patrimônio Mundial”, a partir dos inventários encaminhados pelos Estados e da deliberação do Comitê do Patrimônio Mundial (artigo décimo primeiro).

O respeito à soberania dos Estados é uma diretriz indubitável na mencionada Convenção: embora se reconheça nos seus *consideranda* que determinados bens são “elementos do patrimônio mundial da humanidade no seu todo” e que “a degradação ou o desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui um empobrecimento efetivo do patrimônio de todos os povos do mundo”, sua disciplina parte do “pleno respeito pela soberania dos Estados no território dos quais está situado o patrimônio cultural e natural” (artigo sexto).

Essa necessidade de evitar encruzilhadas do ponto de vista político acarreta duas consequências jurídicas relevantes: *primus*, o condicionamento de qualquer medida, no plano internacional, inclusive a própria inscrição do bem na Lista do Patrimônio, à iniciativa do Estado (ou dos Estados) onde este se situa; *secundus*, a ausência, do ponto de vista eficaz, de um regime jurídico protetivo criado diretamente a partir do reconhecimento, pela Unesco, do “valor universal excepcional” do bem.

Diferentemente do que ocorre no plano interno, em que se aceita, em geral, a abertura *ex officio* de procedimentos, quer para inventariar os bens de determinada localidade, quer para se adotar o regime protetivo adequado à sua manutenção, no âmbito da Convenção tais medidas dependem do consentimento e, no mais das vezes, da iniciativa do Estado interessado.

Ao seu turno, a chancela de determinado bem, como dotado de “valor universal excepcional” (artigo décimo primeiro), não produz, como eficácia decorrente diretamente desse ato de reconhecimento, a instituição de regime protetivo específico: este regime deve ser previamente instituído pelo Estado proponente e avaliado pelo órgão deliberativo competente (o Comitê). É dizer: o regime protetivo funciona mais como pressuposto do que como consequência da outorga do título.

Como registra Fernando Fernandes da Silva,

[e]m várias ocasiões, o Comitê reconheceu o valor universal excepcional do bem cultural proposto, mas adiou a inscrição até que o Estado interessado tomasse medidas adequadas de proteção. (...) São os casos da cidade-mesquita de Bagehart (C 321), Bangladesh, em que o Comitê condicionou a inscrição desde que as autoridades daquele país mudassem o traçado de

uma rodovia projetada para ser construída no interior do bem cultural; e das ruínas do mosteiro budista Vihara de Paharpur (C 322), Bangladesh, inscrição adiada até que as autoridades daquele país suspendessem a prospecção mineral próxima do mosteiro (SILVA, 2001, p. 104).

Após a inscrição do bem na Lista do Patrimônio, o possível descaso dos agentes responsáveis por sua preservação enseja, no plano internacional, medidas indiretamente coercitivas, como a sua inclusão na chamada “lista do patrimônio mundial em perigo”⁷ e, *a fortiori*, a própria revogação da chancela⁸.

Em suma, se o processo de patrimonialização, regulado pela Convenção de 1972, possui efeitos midiáticos e interfere na gestão financeira do bem (mediante o incentivo ao turismo, o acesso a outras fontes de custeio, etc.), o descumprimento ao regime protetivo pode produzir efeitos, nesse mesmo plano marcadamente simbólico, no sentido vetorial inverso (efeitos midiáticos negativos, perda de fontes de financiamento, etc.). Não se trata, porém, de medidas estritamente sancionatórias.

2. O PATRIMÔNIO CULTURAL DO MERCOSUL

No âmbito regional do cone sul, a patrimonialização de bens culturais relevantes ocorre em termos semelhantes aos dantes mencionados. A Decisão n. 21, de 2014, do Conselho do Mercado Comum, aprovou o Regulamento para o Reconhecimento do Patrimônio Cultural do Mercosul⁹, ratificando a sua força simbólica, como elemento capaz de “fortalecer a identidade cultural regional e promover o diálogo, a integração e o desenvolvimento regional” (artigo primeiro).

A influência do modelo adotado pela Unesco é perceptível, quer pela concepção e instituição de um sistema de mútuo apoio e auxílio na gestão desses

7 “A inclusão do patrimônio na lista de sítios em perigo seria o grau máximo de ingerência, a qual, embora não incorra em nenhum tipo de sanção direta ao Estado-Parte, pode produzir efeitos negativos no que se refere à imagem do país em termos de sua capacidade de administrar o patrimônio histórico e natural” (BO, 2003, p. 115).

8 Como ocorreu com o Vale do Elba, em Dresden, ou com a cidade inglesa de Liverpool, em virtude de construções que afetaram a integridade desses conjuntos.

9 Disponível em: https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/55747_DEC_021-2014_PT_Patrimonio%20Cultural%20MCS.pdf.

bens culturais, quer pela criação da chamada “Lista do Patrimônio Cultural do Mercosul (LPCM)”¹⁰.

Em termos operacionais, o processo de patrimonialização, no plano regional, também segue etapas semelhantes às previstas pela Convenção de 1972: a apresentação das candidaturas é reservada a pelo menos um dos Estados partes do bloco (facultando-se-lhe atuar em conjunto com Estados associados, mediante acordo específico); as diretrizes para a gestão do bem cultural são expostas como parte integrante do Dossiê de Candidatura, devendo o país proponente garantir a sua preservação e/ou salvaguarda; a candidatura é avaliada pela Comissão de Patrimônio Cultural do Mercosul (CPC) e, em caso positivo, a chancela é homologada pela Reunião de Ministros da Cultura (RMC). Em caso de descumprimento ao compromisso de preservação e/ou salvaguarda do bem cultural, após a tomada e prestação de esclarecimentos, pode-se deliberar por sua exclusão, retirando-o da lista.

No que tange ao presente ensaio, convém destacar o artigo terceiro do Regulamento, ao delimitar os critérios de reconhecimento do patrimônio comum, quando o bem cultural: a) “manifeste valores associados a processos históricos vinculados aos movimentos de autodeterminação ou expressão comum da região perante o mundo”; b) “expresse os esforços de união entre os países da região”; c) “esteja diretamente relacionado a referências culturais compartilhadas por mais de um país da região”; e/ou d) “constitua fator de promoção da integração dos países, com vistas a um destino comum”.

Percebe-se, a olhos vistos, que as hipóteses regulamentares orbitam entre as noções de união, promoção, comunidade e compartilhamento, no espaço regional. É dizer, a Lista do Patrimônio Comum, assim constituída, pretende espelhar elementos que evoquem a integração no âmbito do Mercosul, silenciando sobre os episódios marcados por conflitos regionais.

É sugestivo que o primeiro bem reconhecido como Patrimônio Cultural do Mercosul represente, inclusive do ponto de vista físico, esse ideal de integração entre os povos da região: cuida-se da Ponte Internacional Barão de Mauá, que

10 Há, no entanto, algumas diferenças relevantes entre ambas, sobretudo diante da influência da Convenção da Unesco de 2003, que trata sobre a salvaguarda do patrimônio imaterial. Assim, o Regulamento regional, por exemplo, menciona a necessidade de oitiva das comunidades relacionadas ao bem, incorporando uma perspectiva de proteção aos seus direitos culturais que não resta explícita no modelo da Convenção de 1972.

liga as cidades de Jaguarão, no Rio Grande do Sul, e Rio Branco, no Uruguai. Na sequência, foram inscritos o Edifício do Mercosul, em Montevideu (já reconhecido como Monumento Histórico Nacional daquele país), além de expressões culturais como a *payada* (ou pajada), o chamamé e a erva mate.

Entretanto, o direito à memória não abrange apenas o reconhecimento de bens que evocam modelos positivos para a sociedade, mas igualmente daqueles que “representam experiências que não devem ser repetidas”, ou seja, fatos essencialmente negativos, “a fim de que se possa compreendê-los, questioná-los, evitá-los no futuro e, se necessário, sanar as suas consequências” (DANTAS, 2010, p. 23).

É verdade que pelo menos dois itens da Lista do Patrimônio Comum do Mercosul trazem em si a memória de conflitos (o itinerário cultural das Missões Jesuíticas Guaranis, Moxos e Chiquitos e a Serra da Barriga, localizada na Zona da Mata do Estado de Alagoas), mas o seu processo de patrimonialização não enfatizou essa dimensão negativa.

O itinerário cultural foi inscrito pelas peculiaridades do espaço missioneiro, enfatizando “as heranças e características culturais comuns” (LOYOLA, ago./dez. 2014, p. 104-113), sem o registro do genocídio sofrido pelas comunidades locais, sobretudo no período colonial.

O projeto “*Cumbes, Quilombos e Palenques*”, ao seu turno, no qual se insere a candidatura da Serra da Barriga, partiu da delegação da Venezuela, com a finalidade de “dar visibilidade à presença e à contribuição dos afrodescendentes da região”, evocando-se espaços de vida e de luta dos povos africanos trazidos para América do Sul (RIBEIRO, mai./ago. 2018). Embora o projeto registre a luta quilombola, seu foco atua precipuamente na conservação das práticas culturais preservadas pelos afrodescendentes.

Resta, portanto, ao Mercosul, a tarefa de se debruçar de modo mais explícito sobre o patrimônio comum “difícil” ou “sombrio”, ou seja, aquele que registra sentimentos negativos e memórias dolorosas¹¹.

Como lembra Cristina Meneguello, sob o manto da Convenção de 1972,

11 Pondere-se que não se trata de uma categoria dicotômica pura, vez que a percepção é contingenciada pelas experiências prévias de cada pessoa. Vários museus regionais brasileiros foram instalados em imóveis de elevado padrão estético, construídos na época da colônia ou do império, que exaltam o fausto do período. A leitura realizada pelos grupos afetados pela escravidão, porém, certamente não será a mesma daquela dos descendentes das casas grandes.

[a] Unesco listou como patrimônio mundial, em 1978 a ilha de Gorée (Senegal), o maior centro de tráfico de escravos nas costas africanas; os campos de concentração de Auschwitz-Birkenau (Polônia), em 1979; o Memorial da Paz de Hiroshima (Japão), em 1996; e, em 1999, a Robben Island (África do Sul), onde Nelson Mandela ficou aprisionado – apenas para mencionar alguns (MENEGUELLO, 2020, p. 245).

No âmbito interno do Estado brasileiro, várias sedes do extinto Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), impregnadas pela prática de torturas durante a ditadura, foram patrimonializadas e se prestam como importante registro dessa fase histórica, como a sede do Memorial da Resistência em São Paulo (NEVES, 2020, p. 155).

No âmbito do próprio Mercosul foi editada a carta de “Princípios fundamentais para as políticas públicas sobre sítios de memória”, elaborada pelo Instituto de Política Pública em Direitos Humanos (IPPDH), após a sua submissão à Cúpula de Chefes de Estado do Mercosul e Estados Associados em 2012. Esta carta tem como foco principal a preservação da “memória vinculada a um passado caracterizado pela violência estatal, a repressão e o avassalamento sistemático da dignidade humana”¹², apresentando diretrizes para os projetos de memória e patrimônio no plano interno dos Estados. Essas diretrizes, porém, podem ser estendidas para o plano regional, aplicando-se à inscrição de bens na sua Lista do Patrimônio Comum.

Como denominador comum dessas iniciativas, não se trata de neutralizar a carga negativa associada a esses lugares de memória, apagando-a ou a transformando – mesmo que pela redefinição do seu uso – em um dado artificialmente positivo. Cuida-se de proporcionar a perene reflexão sobre os fatos negativos e dolorosos associados ao bem no seu processo histórico.

12 Disponível em: https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2014/11/Sitios_de_memoria_FINAL_PR_INTERACTIVO.pdf.

3. O CASO DO CANHÃO *EL CRISTIANO*

Chega-se, enfim, à história do canhão *El Cristiano*, ligada à “Guerra do Paraguai”¹³, conflito que, nos idos de 1864 a 1870, envolveu de um lado aquele país e, de outro, o Uruguai, a Argentina e o Brasil (a “Tríplice Aliança”), produzindo significativas mudanças na ordem social de toda a região.

Cuida-se de uma peça de artilharia com cerca de doze toneladas, produzida em 1867 a partir do bronze de sinos recolhidos nas igrejas do Paraguai. Daí as inscrições “*El Cristiano*” e “*para el Estado de la Religión*”¹⁴, apostas em seu corpo, evocando a origem do material utilizado na fundição (CASTRO, 2014).

Juntamente com outras peças de grande porte, também dignas de receberem um nome de batismo, como *El Criollo* e *El Acá Verá*, o canhão *El Cristiano* guarnecia a Fortaleza de Humaitá, responsável por obstar o acesso a Assunção pelo rio Paraguai. Participou, assim, de momentos célebres do conflito, como a derrota da Tríplice Aliança na Batalha de Curupaiti, em setembro de 1866, e a derrocada dessa Fortaleza de Humaitá, dois anos depois.

Sobretudo após o término do conflito, foram recolhidos pelos Estados vitoriosos diversos espólios de guerra, inclusive “troféus”, como armas, bandeiras e outras peças de memorabilia¹⁴, seguindo-se uma “tradição” que remonta à Antiguidade Clássica, de se exaltarem vitórias militares a partir da exibição pública de objetos simbólicos advindos dos territórios derrotados.

No caso da Guerra do Paraguai e da Tríplice Aliança, parte desses objetos foi gradativamente devolvida ao país de origem, como resumem Jaqueline Hoiça e Sandra Guedes:

O Uruguai, por exemplo, ainda no século XIX, por meio de uma lei especial do congresso nacional, devolveu ao Paraguai, considerada nação-irmã, todos os troféus que haviam sido tomados quando da guerra. No caso da Argentina, duas

13 Utiliza-se a expressão “Guerra do Paraguai”, entre aspas, pois, embora de uso corrente na historiografia nacional, não se trata de terminologia consensual. Nas próximas passagens, prefere-se a expressão Guerra do Paraguai e da Tríplice Aliança.

14 As forças paraguaias, ao seu turno, também recolheram troféus ao longo de suas vitórias, encontrando-se ainda hoje objetos advindos do Brasil no acervo de seus museus.

devoluções ganharam repercussão. A primeira delas foi realizada por Juan Domingo Perón, em 1954, no dia da posse de Alfredo Stroessner como novo presidente do Paraguai, quando ambas as nações buscavam reconstruir a confraternidade argentino-paraguaia. Em um segundo momento, durante o governo de Cristina Kirchner, em 2014, foi devolvido ao Paraguai um conjunto de móveis (encomendado por Solano López) que havia sido capturado como troféu no porto de Buenos Aires.

No caso do Brasil, as primeiras devoluções datam da década de 1970 e ocorreram em meio às negociações da construção da Usina Hidrelétrica de Itaipu, na fronteira entre Brasil e Paraguai. Entre 1975 e 1980, diferentes troféus que compunham o acervo do Museu Histórico Nacional (MHN), no Rio de Janeiro, foram devolvidos ao Paraguai. Entre os objetos mais significativos cita-se o chamado Álbum de Ouro, livro que pertenceu a Solano López e que contém assinaturas de mulheres paraguaias que contribuíram com doações para os esforços de guerra, além da espada do Marechal. No período, também foi devolvido ao Paraguai um lote de trezentos documentos que se encontravam na Biblioteca Nacional (HOIÇA, 2021, s.p.).

Nesse contexto, como “troféu” de guerra, o canhão *El Cristiano* foi trazido ao Brasil e se encontra atualmente em exibição no Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro, em um pátio guarnecido por diversas outras peças de artilharia, de diferentes origens. Por integrar o acervo dessa instituição, incide sobre o canhão o tombamento aprovado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) em 1998 (RODRIGUES, 2012, p. 260).

Nas datas ligadas ao conflito, é comum que as autoridades paraguaias suscitem o tema, reclamando a repatriação desse bem, ao argumento de sua relevância para a história nacional¹⁵. São gestos de cunho simbólico e político, vez que a apropriação se deu em momento anterior à assinatura das convenções internacionais que atualmente disciplinam a devolução de bens espoliados, como a Convenção de Haia

15 Não obstante o canhão *El Criollo*, devolvido pela Argentina na época do Governo Perón, encontre-se em precário estado de conservação, em uma praça situada no entorno do Congresso Nacional paraguaio (cf. HOIÇA; GUEDES, *Op. cit.*, s.p).

de 1954, a Convenção da Unesco de 1970 e a Convenção do Unidroit de 1995, cuja retroatividade não raramente encontra resistência na doutrina¹⁶.

Mais recentemente, foi aprovada pelo Parlamento do Mercosul, à unanimidade, a criação da “Comissão da Verdade e da Justiça sobre a Guerra da Tríplice Aliança”¹⁷, onde se pretendem discutir possíveis reparações ao Estado paraguaio, como proposta de recomendação ao Conselho do Mercado Comum (CMC). No âmbito dessa iniciativa, além do debate sobre eventual indenização financeira, há uma lista de objetos reclamados pelo Paraguai, entre os quais, obviamente, o canhão *El Cristiano*.

4. À GUIA DE CONCLUSÃO: O CANHÃO *EL CRISTIANO* COMO PATRIMÔNIO COMUM “DIFÍCIL” DO MERCOSUL

Em resumo, o processo de patrimonialização de bens culturais não se propõe a atender apenas ao sentimento nacional, mas também opera tanto na preservação da diversidade cultural interna, dos vários grupos distribuídos pelo território do Estado, quanto na criação de um espaço simbólico mais abrangente, regional ou mesmo global. No caso brasileiro, inclusive, essa abertura conceitual e funcional deriva diretamente do texto constitucional e se mostra compatível com o respeito à soberania do país.

Ainda que determinado bem cultural seja protegido, no âmbito interno, por medidas legais de preservação ou salvaguarda (como, por exemplo, o tombamento regulado pelo Decreto-Lei n. 25/37), esse fato não impede o reconhecimento de seu valor por outros atores institucionais, sobretudo mediante a provocação do próprio Estado. Essa coordenação de esforços se verifica, no plano interno, quando mais de um ente federativo (União, Estados, Municípios) procede à instituição de regimes protetivos e, no plano internacional, por exemplo, pela inscrição de vários bens situados no Brasil na Lista do Patrimônio da Humanidade (em sua maioria, conjuntos urbanos tombados no plano interno, como as cidades históricas de Ouro Preto/MG e Olinda/PE).

No processo de escolha do Patrimônio Comum, entretanto, não há de se exaltar apenas o estado de união entre os povos da região, que não corresponde à verdade

16 RODRIGUES, *Op. cit.*, p. 264.

17 Declaração Mercosul/PM/SO n. 01, de 4 de abril de 2022. Disponível em: https://sapl.parlamentomercosur.org/media/sapl/public/normajuridica/2022/466/decl_01_2022.pdf.

histórica, marcada pela existência de reiterados conflitos, sendo a Guerra do Paraguai e da Tríplice Aliança, talvez, o mais significativo deles.

O canhão *El Cristiano* é testemunha dessa história. No momento atual, sua força narrativa foi diluída pela própria disposição do pátio de exposições, pois a comparação com os demais objetos expostos no local tende a valorizar os aspectos estéticos, funcionais, ou mesmo exóticos, de cada peça. O próprio museu não deve ser “pensado como templo” e sim como “espaço de representação das diferenças e conflitos entre os vários segmentos sociais e suas respectivas culturas” (GONÇALVES, 1995, p. 64).

Mediante iniciativa conjunta dos Estados interessados, o canhão *El Cristiano* poderia vir a funcionar como um lugar de memórias da Guerra do Paraguai e da Tríplice Aliança, onde a sua posição geográfica fosse menos relevante que a sua dimensão simbólica¹⁸, devidamente ressignificada, de panegírico militar para uma perene reflexão sobre a guerra e suas consequências.

Trata-se de um patrimônio regional “difícil” ou “sombrio”, mas necessário. Afinal, “o significado dos objetos históricos consiste basicamente nisto, em testemunhar”; “e é sempre o presente, determinado presente, que reconhece este testemunho, reconhecendo com ele o passado, determinado passado” (SALDANHA, 2002, p. 101).

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Cultura: da construção da nação ao mundo globalizado. In: _____. **A cultura no mundo líquido moderno**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2013. p. 34-50.

BO, João Batista Lanari. **Proteção do patrimônio na Unesco: ações e significados**. Brasília: Unesco, 2003.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. **Palanque e patíbulo: o patrimônio cultural na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)**. São Paulo: Annablume, 2018.

CASTRO, Adler Homero Fonseca de. **La última trinchera de la guerra en el Paraguay**. 2014, p. 1-9. Disponível em: <https://www.academia.edu/39759727/>

¹⁸ Registre-se, inclusive, que o tombamento não impede a saída do país, mas apenas a condiciona ao aval dos órgãos competentes.

La_%C3%BAltima_trinchera_de_la_guerra_en_el_Paraguay. Acesso em: 31 out. 2022.

CHOAY, Françoise. **A alegoria do patrimônio**. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: UNESP, 2001.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo**: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 3ra edição. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2009.

GONÇALVES, José Reginaldo Santos. O templo e o fórum. *In*: CHUVA, Márcia (org.). **A invenção do patrimônio**: continuidade e ruptura na constituição de uma política oficial de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: IPHAN, 1995. p. 55-66.

HOIÇA, Jaqueline de Jesus; GUEDES, Sandra Paschoal Leite de Camargo. As imaterialidades do material: a repatriação do canhão El Cristiano ao Paraguai. **Estudos de Cultura Material, Anais do Museu Paulista**, v. 29, out. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-02672021v29e47>. Acesso em: 31 out. 2022.

LOYOLA, Érico Teixeira de. As missões jesuítico-guaranis: territorialidades, identidades e patrimônio histórico-cultural. **Para Onde!? Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 104-113, ago./dez. 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/paraonde/article/view/61583>. Acesso em: 31 out. 2022.

MENEGUELLO, Cristina. Patrimônios difíceis (sombrios). *In*: CARVALHO, Aline; MENEGUELLO, Cristina (org.). **Dicionário temático de patrimônio**: debates contemporâneos. Campinas: Unicamp, 2020. p. 245-248.

NEVES, Deborah Regina Leal. Patrimônio da ditadura. *In*: CARVALHO, Aline; MENEGUELLO, Cristina (org.). **Dicionário temático de patrimônio**: debates contemporâneos. Campinas: Unicamp, 2020. p. 155-158.

NORA, Pierre. Entre Memória e História: a problemática dos lugares. Tradução de Yara Aun Khoury. **Projeto História: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História e do Departamento de História – PUC/SP**, São Paulo, v. 10, p. 7-28, jul./dez. 1993. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/revph/article/view/12101>. Acesso em: 31 out. 2022.

RIBEIRO, Maria de Fátima Bento; MELO, Alan Dutra de. Patrimônio Cultural e Memória do MERCOSUL: Serra da Barriga/Alagoas – Brasil. **ELACult – Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**, v. 4, n. 2, p. 1-11, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/e4f9/c177b61698771de51ebe3ca3ef1774707c0b.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. O caso do canhão “El Cristiano”. *In: _____*; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Estudos de direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 257-268.

SALDANHA, Nelson. Tema das ruínas. *In: _____*. **Filosofia, povos, ruínas: páginas para uma filosofia da história**. Rio de Janeiro: Calibán, 2002. p. 96-102.

SILVA, Fernando Fernandes da. **As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da Humanidade**. 2da edição. São Paulo: Ed. USP, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

VILANOVA, Lourival. Notas para um ensaio sobre a cultura. *In: _____*. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi, IBET, 2003, v. 2. p. 277-323.

URTIZBEREA, Iñaki Arrieta. Patrimonios semilíquidos. *In: _____* (org.). **El patrimonio cultural en las sociedades líquidas**. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2018. p. 11-20.

**O CASO PINHEIRO: EXEMPLO DE USO ADEQUADO
DE MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM
MACROLITÍGIOS**

***THE PINHEIRO CASE: EXAMPLE OF ALTERNATIVE CONFLICT
RESOLUTION METHODS IN COLLECTIVE LITIGATION***

Frederico Wildson da Silva Dantas

Doutor em Direito pela UFPE (2010).

Mestre em Direito pela UFPE (2003)

Especialista em Direito Constitucional pela UFAL (2000)

Prof. Adjunto da Universidade Federal de Alagoas onde atua,
desde 2008, na área de Direito Processual Civil e Constitucional

em nível de graduação e pós-graduação (curso de mestrado)

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

RESUMO: O artigo utiliza a metodologia de estudo de caso para examinar o Caso Pinheiro, macro litígio provocado pela subsidência do solo ocorrida na cidade de Maceió, Alagoas, causada pela atividade mineradora da empresa Braskem S. A., na exploração de sal-gema. A pesquisa descreve o evento geológico que levou à decretação de estado de emergência pela Defesa Civil e examina as principais ações civis públicas que tramitaram na Justiça Federal, culminando na realização de acordos bilionários para desocupar as áreas, ressarcir as vítimas, mitigar e compensar o dano ambiental e moral coletivo. A conclusão geral é de que os acordos tornaram o Caso Pinheiro um modelo exemplar do uso adequado de métodos de resolução de conflitos em um macrolitígio.

Palavras-chave: Direitos coletivos. Direito ambiental. Processo coletivo. Acesso à justiça. Métodos adequados de resolução de conflitos.

ABSTRACT: *The case study approach was adopted in this paper to analyse the Pinheiro Case, involving a set of collective damage claims over the subsidence*

caused by the salt extraction activities of the company Braskem S. A. in the city of Maceió, Alagoas. The research describes the geological event that led the Civil Defense to declare a state of emergency and examines the two major public-interest civil actions brought to federal courts, resulting in billionaire agreements to grant support for relocation and financial compensation to the victims, and socio-environmental remediation. The general conclusion points that the agreements turned the Pinheiro Case into an exemplary case in the use of alternative conflict resolution methods in collective litigation.

Keywords: *Collective rights. Environmental Law. Collective actions. Access to Justice. Alternative conflict resolution methods.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo utiliza a metodologia de estudo de caso para examinar o Caso Pinheiro, conflito coletivo provocado pela subsidência do solo ocorrida na cidade de Maceió, Alagoas, causada pela atividade mineradora da empresa Braskem S. A., na exploração de sal-gema. O foco do estudo é a análise das principais ações civis públicas que tramitaram perante a Justiça Federal e seus desdobramentos, culminando na celebração de acordos coletivos, perquirindo se o caso pode servir de modelo para o uso adequado de métodos de resolução de conflitos em macrolitígios.

O Caso Pinheiro tem sua origem em evento geológico ocorrido em 3 de março de 2018, que levou à decretação de estado de emergência pela Defesa Civil em vários bairros residenciais de Maceió, Capital do Estado de Alagoas. Nos meses subsequentes, as autoridades passaram a investigar as causas do afundamento do solo, concluindo, ao final, que estavam associadas à atividade de mineração de sal-gema desenvolvida pela empresa Braskem S. A.

Esses eventos deram lugar a conflito coletivo de interesses, originando um complexo de demandas judiciais, sobretudo duas ações coletivas. A primeira ação civil pública foi proposta perante a Justiça Estadual, mas teve sua competência deslocada pela Justiça Federal, a partir de decisão que reconheceu o interesse federal envolvido nas demandas relacionadas ao exercício da atividade mineradora. A segunda ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público Federal visando à reparação dos danos socioambientais.

A despeito da complexidade das causas, o macrolitígio foi resolvido de maneira não contenciosa, com a homologação de acordos coletivos, nos quais a empresa Braskem S. A. se obrigou a custear a desocupação das áreas de risco e compensar os danos materiais e morais das vítimas, bem como a adotar medidas de estabilização e monitoramento da subsidência, de compensação dos impactos ambientais e dos danos morais coletivos.

O caso e suas circunstâncias suscitam questionamentos importantes sobre o papel do Judiciário na resolução de macrolitígios. A resolução do macrolitígio em acordos coletivos trouxe ganhos para a eficiência da prestação jurisdicional e viabilizou a desocupação das áreas de risco em caráter de urgência. No entanto, é necessário refletir sobre as repercussões dessas decisões sobre a população atingida, sobretudo à luz do princípio do acesso à justiça, entendido como o direito à ordem jurídica justa e efetiva, tempestiva e adequada.

1. SUBSIDÊNCIA EM BAIROS DE MACEIÓ

1.1. O sismo de 3 de março de 2018

No sábado, dia 3 de março de 2018, por volta das 14h30m, os moradores da cidade de Maceió, Capital do Estado de Alagoas, foram surpreendidos por um tremor de terra, ocorrido após fortes chuvas no período da manhã. O abalo foi sentido em diversos bairros da cidade: Serraria, Farol, Bebedouro, Mutange, Jatiúca e Cruz das Almas, mas sobretudo no bairro do Pinheiro, onde o asfalto cedeu e rachaduras apareceram nas paredes dos imóveis, levando pessoas a esvaziarem prédios e casas (CÓLEN, 2018 e TREMOR, 2018).

O Laboratório Sismológico da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (LabSis/UFRN), responsável por operar as estações da Rede Sismográfica Brasileira mais próximas, registrou que o sismo teve magnitude estimada em 2,5 pontos na escala Richter, considerada pequena, tratando-se de um tremor leve. De fato, a despeito do susto, não houve registro de vítimas, apenas interdição de moradias pela Defesa Civil (MENEZES; MELO; FERREIRA, 2018).

O sismo de 3 de março de 2018 assustou a população e levou a Defesa Civil Municipal a acionar o Governo Federal, por meio do Centro Nacional de

Gerenciamento de Riscos e Desastres (Cenad) e do Serviço Geológico do Brasil (SGB-CPRM), que passou a investigar a instabilidade geológica no bairro do Pinheiro, consistente na abertura de crateras, fissuras e trincas em imóveis e vias públicas, bem como apurar as causas da instabilidade do solo no bairro e adjacências.

Esse não tinha sido o primeiro registro de afundamentos no Pinheiro. Pouco antes do abalo, em 15 de fevereiro de 2018, após intensas chuvas, registrara-se o aparecimento de uma fissura com aproximadamente 280 metros, além de outras rachaduras em vias e imóveis da região. Aliás, segundo constatou o Ministério Público Federal, em inquérito civil público, a situação de instabilidade do terreno no bairro remontava há décadas, com relatos de rachaduras e afundamentos em moradias e vias públicas, sempre atribuídos à acomodação do solo.

O sismo de 3 de março de 2018 ficou marcado como estopim do “Caso Pinheiro”, porque a partir dele teve início a investigação do fenômeno da subsidência em bairros de Maceió, caracterizado pelo abaixamento do terreno, que pode levar a afundamentos do solo e colapso de estruturas.¹

Nos meses de junho e julho de 2018, o SGB-CPRM realizou vistorias nas residências e vias públicas, produzindo um mapa com o levantamento das denominadas “feições de instabilidade” do terreno do bairro do Pinheiro. O “Mapa de Feições” descreveu as deformações encontradas no solo, classificando-as em três níveis, de acordo com o grau de intensidade e persistência das rachaduras e fissuras mapeadas: área vermelha, laranja e amarela. Em setembro, novo levantamento de campo levou à atualização do mapa, registrando a ampliação da área afetada pela subsidência, bem assim de sua intensidade.²

O agravamento da subsidência do solo, entre os meses de junho e setembro, levou a Prefeitura de Maceió a publicar, em 5 de dezembro de 2018, o Decreto n. 8.658/2018, que declarou situação de emergência no bairro do Pinheiro, em Maceió/AL, das áreas afetadas por subsidência e colapsos. Pouco depois, em 28 de dezembro de 2018, o Governo Federal, por meio do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR), também reconheceu a situação de emergência em Maceió, através da Portaria n. 372, do Secretário Nacional de Proteção e Defesa Civil.

1 Um relato detalhado da sucessão dos eventos pode ser encontrado no sítio da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2020).

2 O mapa de feições de instabilidade do terreno está disponível no sítio do SGB-CPRM. ESTUDOS, 2019.

1.2. A culpa é da Braskem?

Em 21 de março de 2019, durante audiência pública no Senado, o SGB-CPRM divulgou imagens de levantamento de interferometria, obtidas a partir de satélite da empresa italiana Telespazio, tecnologia que permite medir alterações de elevação na superfície do terreno a indicar movimentação vertical e horizontal, apontando que o fenômeno da subsidência tinha dimensão maior do que se supunha até então.

Na ocasião, esclareceu-se que o bairro do Pinheiro, inicialmente mapeado como principal região de risco, estava situado entre duas áreas: a primeira delas, nos bairros do Mutange e Bebedouro, que apresentava subsidência acelerada, e a segunda, considerada estável, nos bairros no sentido da Avenida Fernandes Lima. O Pinheiro apresentava fissuras e rachaduras por se encontrar na zona de transição entre essas duas áreas.³

Além disso, o estudo indicava que a maior movimentação do solo coincidia com a área de exploração de sal-gema pela empresa Braskem S. A., dando ensejo a questionamentos sobre a existência de nexos causalidade entre a atividade mineradora e a subsidência do solo.

A questão foi abordada pelo SGB-CPRM pouco tempo depois, em 29 de abril de 2019, quando da publicação do “Relatório Síntese” dos resultados dos estudos sobre a instabilidade do terreno nos bairros Pinheiro, Mutange e Bebedouro. Segundo o documento, a hipótese mais provável para explicar a subsidência de bairros em Maceió era a que associava o fenômeno à mineração de sal-gema pela Braskem.⁴ Ainda que a deficiência nos serviços de drenagem pluvial e de saneamento básico contribuísse para acelerar o processo, a origem predominante do fenômeno era a deformação nas cavernas da mineração, ou seja, segundo o SGP-CPRM, a atividade

3 A partir dos resultados do levantamento interferométrico, indicando a maior amplitude da área de instabilidade, em 26 de março de 2019, o Município de Maceió publicou o Decreto n. 8.699/2019, declarando estado de calamidade pública nos bairros do Pinheiro, Mutange e Bebedouro. A calamidade pública foi reconhecida pelo Governo Federal, mediante Portaria n. 1.311, de 28 de maio de 2019.

4 Eis as conclusões do Relatório Síntese: “Está ocorrendo desestabilização das cavidades provenientes da extração de sal-gema, provocando halocinese (movimentação do sal) e criando uma situação dinâmica com reativação de estruturas geológicas preexistentes, subsidência e deformações rúpteis em superfície em parte dos bairros Pinheiro, Mutange e Bebedouro, Maceió-AL.” O documento está disponível no sítio do SGB-CPRM. ESTUDOS, 2019.

de mineração foi a principal responsável pelos danos causados no bairro do Pinheiro e demais áreas afetadas.⁵

2. COMO A CAUSA FOI PARAR NA JUSTIÇA FEDERAL

2.1. Caso Pinheiro: A macrolide e seus desdobramentos

A subsidiência trouxe graves prejuízos para as vidas dos moradores e empresários das áreas atingidas, bem assim a bens de natureza coletiva, como o meio ambiente urbano e o patrimônio histórico-cultural da cidade de Maceió. A situação atingia não somente direitos dos indivíduos afetados, como também direitos da comunidade como um todo, envolvendo a um só tempo direitos acidentalmente coletivos e essencialmente coletivos,⁶ razão pela qual o Caso Pinheiro se amolda ao conceito de macrolide, ou macrolitígio.

Segundo lição clássica de Carnelutti, a lide é um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. A noção de “macrolide” está ligada ao desenvolvimento do processo coletivo como técnica para resolução de conflitos coletivos em sentido amplo. Enquanto o processo civil clássico leva à fragmentação dos conflitos e seu tratamento atomizado, o processo coletivo propõe um tratamento molecular das demandas múltiplas atomizadas, visando à efetividade do processo (WATANABE, 1992, pp. 60-71). Assim, a macrolide ou macrolitígio caracteriza-se como um conflito coletivo de interesses, como no Caso Pinheiro, cuja complexidade se verifica tanto na dimensão subjetiva, dado que o fenômeno atinge milhares de pessoas e a própria comunidade como um todo, quanto na objetiva, pois envolve

5 Após a divulgação do Relatório Síntese, a Braskem firmou Termo de Cooperação com a Prefeitura de Maceió e paralisou sua atividade de extração de sal-gema em Maceió. Todavia, nesse momento, a empresa não aceitou as conclusões do SGB-CPRM, afirmando que os estudos realizados até então eram inconclusivos e que seria necessária a realização de outras análises para esclarecer os fatos.

6 José Carlos Barbosa Moreira explica que os direitos individuais homogêneos distinguem-se dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, pois, enquanto estes possuem objeto indivisível, apresentando uma dimensão coletiva incidível (direitos essencialmente coletivos), aqueles admitem solução não uniforme, no mesmo processo ou em processos distintos, sem que se produza contradição de ordem prática, ainda que isso possa ocorrer do ponto de vista lógico (direitos acidentalmente coletivos) (MOREIRA, 1984). A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos justifica-se pela similitude das situações e pela dimensão coletiva que assumem, em face do número de pessoas envolvidas e da repercussão social da lide, evidenciando o interesse público e social na causa (LEITE, 2007, pp. 189-209).

direitos difusos e, ademais, repercute em múltiplas relações de natureza civil, trabalhista, administrativa e ambiental.⁷

As conclusões do SGB-CPRM quanto à existência de nexo de causalidade entre a atividade mineradora de sal-gema da empresa Braskem e o fenômeno da subsidência do solo em bairros de Maceió foi o ponto de partida de inúmeras ações judiciais, tanto individuais quanto coletivas. Associações de bairro e escritórios de advocacia se articularam para estimular os moradores a buscarem a reparação dos danos materiais e morais em ações individuais, gerando milhares de processos na Justiça Estadual de Alagoas e na Justiça Federal, cuja tramitação veio a ser suspensa ante a superveniência de ação coletiva com o mesmo objeto; ao mesmo tempo foram ajuizadas diversas ações coletivas de iniciativa do Ministério Público e da Defensoria Pública, na defesa das vítimas e da coletividade.

Embora sem a pretensão de inventariar todas as iniciativas, podem-se mencionar os casos mais notórios. A primeira ação coletiva proposta em face da Braskem foi ajuizada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública do Estado de Alagoas, em 1º de abril de 2019, visando obter a condenação da empresa a reparar os danos causados aos moradores afetados pela subsidência. A demanda fora dirigida à Justiça Estadual de Alagoas e distribuída ao Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Capital, mas depois passou a tramitar na Justiça Federal. O pedido inicial visava à condenação da empresa ao pagamento de indenização de danos morais e materiais na ordem de R\$ 6,7 bilhões, sendo R\$ 29 milhões para arcar com aluguel social para desocupação das áreas, R\$ 3,7 bilhões a título de danos materiais e R\$ 3 bilhões referente a danos morais.⁸

Em 13 de maio de 2019, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou a ação civil pública contra a Braskem, a Agência Nacional de Mineração (ANM) e o Instituto do Meio Ambiente de Alagoas (IMA/AL) visando à paralisação responsável da empresa na região, com a realização de estudos de sonar, a fim de diagnosticar a situação

7 A expressão “macrolide” foi utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial repetitivo que tratava da determinação de suspensão de processos individuais, enquanto pendente o julgamento de ação coletiva, embora assegurado o direito ao ajuizamento individual (REsp n. 1.110.549/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

8 A ação foi distribuída na Justiça Estadual de Alagoas sob o n. 0800285-62.2019.8.02-0001, mas, quando o processo foi remetido para a Justiça Federal, passou a tramitar na 3ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas sob o n. 0803836-61.2019.4.05.8000. A causa foi resolvida por meio de acordo, cujo cumprimento foi autuado em separado e seu acompanhamento é feito nos autos de n. 0804765-60.2020.4.05.8000.

do subsolo e buscar soluções. O pedido foi acolhido em parte, sendo a empresa condenada a realizar estudos de sonar em todas as minas, bem como a elaborar e executar os respectivos planos de fechamento de cada um dos poços.⁹ Pouco depois, em 16 de agosto de 2019, o MPF ajuizou ação civil pública contra as empresas Braskem, Odebrecht e Petrobrás, em litisconsórcio com a ANM, IMA/AL, União, Estado de Alagoas e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), pedindo a condenação dos réus a ressarcirem danos socioambientais da ordem de R\$ 20,5 bilhões, além da adoção de medidas de compensação, em quantia não inferior a R\$ 3,075 bilhões.¹⁰ Por sua vez, o Ministério Público do Trabalho (MPT) aforou ação contra a Braskem, em 19 de julho de 2019, para exigir medidas socioeconômicas voltadas a trabalhadores da empresa e dos bairros do Pinheiro, Mutange e Bebedouro, em Maceió, afetados por rachaduras decorrentes da extração de sal-gema.¹¹

A Defensoria Pública da União (DPU) também propôs várias ações coletivas em defesa das vítimas. Foram ajuizadas ações para compelir a Caixa Econômica Federal (CEF) a autorizar saques nas contas vinculadas ao FGTS, em favor dos trabalhadores residentes na área de risco dos bairros do Pinheiro, Mutange, Bebedouro e Bom Parto; para postular a cobertura securitária do Fundo Garantidor Habitacional (FGHAB) em favor de mutuários da CEF, que financiaram imóveis no bairro do Pinheiro; e para combater, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), a prática de companhias seguradoras de fixarem margem de segurança de um quilômetro, além

9 O processo foi autuado sob o n. 0803662-52.2019.4.05.8000 e distribuído para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas, sendo julgado em 23/8/2019. Em 11/11/2019, o MPF, a Braskem S. A. e o IMA-AL firmaram termo de acordo, homologado judicialmente, e na sequência os recorrentes desistiram dos recursos, sendo certificado nos autos o trânsito em julgado.

10 A ação ambiental foi distribuída sob o n. 0806577-74.2019.4.05.8000 e resolvida em acordo firmado com a empresa Braskem S. A., homologado pelo juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas. A atuação extrajudicial e judicial do MPF no Caso Pinheiro/Braskem é descrita em detalhes no sítio da instituição (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2022).

11 A Ação Civil Pública n. 0000648-42.2019.5.19.0007 foi resolvida por meio de acordo homologado em 3/3/2020, destinando a quantia de R\$ 40 milhões à implementação do Programa de Recuperação de Negócios e Promoção Adequada das Atividades Educacionais nos bairros do Pinheiro, Mutange, Bebedouro e Bom Parto, conforme notícia divulgada pela Justiça do Trabalho (JUSTIÇA DO TRABALHO, 2020).

dos limites da área de risco definida pela Defesa Civil, na concessão de cobertura securitária.¹²

Em suma, o Caso Pinheiro é um macrolitígio de alta complexidade, que se desdobrou em uma miríade de ações individuais e coletivas, razão pela qual toda referência inespecífica ao caso na realidade abrange grande variedade de demandas, tanto aquelas já mencionadas quanto outras que possam surgir por conta da subsidiência do solo em bairros de Maceió/AL.

2.2. O interesse jurídico federal na causa

As duas principais ações coletivas do Caso Pinheiro tramitam na 3ª Vara da Justiça Federal em Alagoas, designadamente a ação ajuizada para obter a reparação dos danos materiais e morais sofridos pelas vítimas e a ação civil pública ambiental. A relevância dessas demandas justifica-se tanto pela sua repercussão social, ao contemplarem toda a população afetada diretamente pelo fenômeno, quanto pela expressão econômica, pois alcançam cifras bilionárias, além disso, essas ações versam sobre a questão central do litígio, atinente à responsabilidade civil pelos prejuízos decorrentes da subsidiência, ao passo que as demais cuidam de temas periféricos, ainda que importantes.

A ação coletiva postulando indenização aos moradores foi aforada pelo Ministério Público e Defensoria Pública do Estado de Alagoas em face da Braskem e tramitava na Justiça Estadual, na 2ª Vara Cível da Capital, que concedeu em parte medida cautelar de caráter antecedente, deferindo o bloqueio da quantia de R\$ 100 milhões. Inconformada, a Braskem recorreu da decisão¹³ suscitando, dentre as matérias de

12 As ações n. 0801772-78.2019.4.05.8000, 0804374-42.2019.4.05.8000 e 0800502-82.2020.4.05.8000, relativas ao FGTS, tramitaram na 3ª Vara Federal de Alagoas; as sentenças acolhendo os pedidos para determinar à CEF que autorizasse o levantamento dos valores transitaram em julgado, sem interposição de recurso da ré. Ambas as ações tramitam na 1ª Vara Federal de Alagoas, a que versa sobre o FGHAB sob o n. 0804745-06.2019.4.05.8000 e a ação contra a CEF e as seguradoras sob o n. 0815244-78.2021.4.05.8000.

13 O TJ/AL rejeitou o pleito recursal da Braskem, mas acolheu o dos autores, formulado no Agravo de Instrumento n. 0802005-67.2019.8.02.0000, para suspender a assembleia que deliberaria a respeito da divisão do lucro líquido da empresa e determinar a constrição do valor aproximado de R\$ 2,67 bilhões. Essa decisão teve sua eficácia suspensa pela presidência do STJ, em 12 de junho de 2019, no pedido de suspensão de liminar n. 2.529-AL, formulado pela Braskem. O requerimento foi deferido considerando haver grave lesão à economia pública, dado o expressivo papel socioeconômico da empresa na geração de rendas e empregos, além de prejuízos à municipalidade; a sustação da liminar foi condicionada ao oferecimento de seguro garantia em valor equivalente aos dividendos a serem distribuídos.

defesa, a competência da Justiça Federal, por existir interesse da União, do MPF, da ANM e do SGB-CPRM na causa. A União e outros entes federais nomeados pela empresa foram intimados a se manifestarem, mas escusaram-se de intervir no feito, à exceção do MPF, para quem as repercussões ambientais, decorrentes da atividade minerária, definiriam o interesse federal. Diante disso, as instituições estaduais, responsáveis pela ação, promoveram aditamento à petição inicial, esclarecendo que o pedido principal não teria repercussão de natureza ambiental, limitando-se ao pagamento da quantia de R\$ 6,7 bilhões a título de danos morais e materiais aos moradores afetados¹⁴; em seguida, o processo foi remetido para a Justiça Federal, sendo distribuído ao juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas.¹⁵

Na Justiça Federal, o MPF e a DPU fizeram pronunciamento conjunto, explicando que o interesse federal no litígio estava ligado ao aspecto ambiental da causa, porém, uma vez delimitado o pedido aos direitos individuais homogêneos dos moradores, o processo deveria ser devolvido à vara de origem na Justiça Estadual. Inconformada, a Braskem peticionou nos autos divergindo dessa posição e alegando que a manutenção da competência da Justiça Federal independeria dos pedidos formulados, pois o interesse federal residiria na causa de pedir da ação.

De início, não se reconheceu a competência da Justiça Federal. Nenhum dos entes provocados ingressou no processo, fosse na condição de parte ou, ainda, como terceiro juridicamente interessado; o próprio MPF havia se retratado de sua manifestação anterior e requerido a devolução dos autos à Justiça Estadual. À míngua de intervenção espontânea da União, autarquia ou empresa pública federal, permaneceram no polo ativo da ação o Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado de Alagoas e, no polo passivo, a empresa Braskem, os quais não são detentores de foro especial na Justiça Federal. A decisão do juízo de primeiro grau afirmou que a regra constitucional prevista Art. 109, I, da Constituição de 1988, adota o critério normativo da qualidade das partes, sendo irrelevante para fins de determinar a competência da Justiça Federal perquirir qual a matéria discutida no feito e que, de todo modo, não seria possível forçar o MPF, ou quaisquer outros

14 O aditamento da petição inicial e formulação do pedido principal observou a regra procedimental do Art. 308 do CPC, pois a tutela cautelar fora requerida em caráter antecedente.

15 O procedimento adotado pela Justiça Estadual obedeceu ao entendimento consolidado no verbete sumular n. 150 do STJ, segundo o qual cabe à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

sujeitos a intervirem na demanda, eis que em processo civil não se admite a figura do litisconsórcio ativo necessário.¹⁶

No entanto, essa decisão foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região no julgamento de recurso interposto pela empresa. A Corte considerou caber à Justiça Federal o julgamento de demandas relacionadas ao exercício da atividade mineradora, por serem os recursos explorados bens da União, de acordo com os Artigos 20, inciso IX, e 176 da Constituição Federal, bem assim pela conexão entre a demanda e a ação civil pública ambiental ajuizada pelo MPF, considerando também a relação de prejudicialidade entre ambas, dada a discussão sobre as causas e a extensão do dano ambiental, se decorrente da atividade minerária.¹⁷

Isso gerou uma situação inusitada. A decisão que fixou a competência em razão da matéria não excluiu o Ministério Público e da Defensoria Pública do Estado de Alagoas da lide e, dessa forma, ambos permaneceram no polo ativo da demanda, que tramitava na Justiça Federal, sem a presença da União ou de outro ente federal. A situação somente veio a ser regularizada depois, quando o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União reputaram necessário seu ingresso no feito, ante a afirmação judicial da existência de interesse federal na causa. Dessa maneira, os ramos estadual e federal do Ministério Público passaram a figurar como litisconsortes ativos, com fundamento na regra do Art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/1985, que também foi aplicada por analogia às Defensorias Públicas do Estado e da União.

A fixação da competência para processar a ação civil pública ambiental, por sua vez, não suscitou dúvidas. Essa demanda foi ajuizada pelo Ministério Público Federal, órgão da União, e dentre os réus figuravam a própria União, além da Agência Nacional de Mineração e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), respectivamente, autarquia e empresa pública federal. A conexão determinou sua distribuição por dependência, nos termos do Art. 55 e do Art. 286,

16 Depois de publicada a decisão e antes da remessa dos autos para a Justiça Estadual, no pedido de providências n. 00800137-14.2019.8.02.9002, a presidência do TJ/AL deferiu medida cautelar bloqueando R\$ 3,68 bilhões em ativos financeiros da empresa. A eficácia dessa decisão foi suspensa pela presidência do STJ, em 8 de agosto de 2019, em aditamento ao pedido de suspensão de liminar n. 2.529-AL, com o oferecimento de novo seguro garantia, em caráter complementar ao anterior.

17 O acórdão está disponível no sítio do TRF da 5ª Região (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2019).

inciso I, do CPC.¹⁸ Assim, as duas principais ações coletivas do Caso Pinheiro passaram a tramitar na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas.

3. ACORDOS JUDICIAIS EM BUSCA DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

A despeito da complexidade da causa, o Caso Pinheiro foi resolvido em prazo relativamente curto, mediante a celebração de acordos nas duas principais ações coletivas em tramitação na Justiça Federal.¹⁹ Em 30 de dezembro de 2019, menos de um ano desde o ajuizamento da primeira demanda, após intensas negociações, o Ministério Público Federal e Estadual, a Defensoria Pública Estadual e da União firmaram acordo com a Braskem, em que a empresa se obrigou a viabilizar a desocupação de parte das áreas de risco e compensar a população atingida pelos danos materiais e morais sofridos. No ano seguinte, a empresa firmou acordo na ação civil pública ambiental, comprometendo-se a adotar medidas de estabilização e monitoramento do fenômeno da subsidência, além de medidas de reparação, mitigação ou compensação dos impactos ambientais, de reparação urbanística e preservação do patrimônio histórico e cultural, ações de mobilidade urbana, compensação social e indenização para danos coletivos.²⁰

A celebração dos acordos foi algo surpreendente. Embora viesse cooperando com o Poder Público em medidas voltadas para a gestão dos problemas causados pela instabilidade no solo, até então, as manifestações da Braskem tinham sido críticas às conclusões do SGB-CPRM. A empresa não assumia publicamente a responsabilidade pelo fenômeno da subsidência e insistia, sempre, que novos estudos eram necessários, para melhor esclarecer os fatos. Nos autos dos processos, requereu reiteradamente a realização de prova pericial multidisciplinar, apontando

18 A regra geral da competência cível da Justiça Federal é estatuída no Art. 109, I, pela CF/88, segundo o qual compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

19 A primeira ação coletiva, buscando indenização dos moradores (ACP n. 0803836-61.2019.4.05.8000), foi ajuizada em abril de 2019. A resolução parcial da causa deu-se em acordo homologado em janeiro de 2020. Sucederam-se dois termos aditivos, que contemplaram todos os moradores da área de risco, o que resultou na resolução integral do mérito em dezembro de 2020. A segunda ação, visando à reparação de danos socioambientais (ACP n. 0806577-74.2019.4.05.8000), foi ajuizada em agosto de 2019 e extinta com a homologação do acordo, em janeiro de 2021.

20 Os termos de acordo do Caso Pinheiro podem ser obtidos no sítio do MPF (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020).

inconsistências nas conclusões do Relatório Síntese do SGB-CPRM, citando relatório do Serviço Geológico Francês – BRGM, relatório da ACCMS, empresa de consultoria integrada por professores da Universidade de São Paulo (USP) e relatório da Universidade de Houston.

Não está claro o que levou a Braskem a assumir o ônus financeiro de desocupar as áreas, indenizar moradores, investir em medidas ambientais e de reparação urbanística e, até mesmo, indenizar danos coletivos. É tentador buscar uma explicação retrospectiva, mas iniciativas dessa natureza são sempre imperfeitas, pois, na tentativa de descrever de forma objetiva as conexões causais de determinado acontecimento, por vezes omitem-se fatos relevantes, que poderiam levar a outro resultado. A dificuldade em apreender e interpretar os fatos torna difícil explicar o desenrolar de casos simples e quase impossível explicar os porquês em casos complexos. Nada obstante, parece útil relacionar fatos que podem ter contribuído para a resolução consensual do Caso Pinheiro, sem aspiração de apontar as causas determinantes desse desfecho.

Um primeiro aspecto a ser considerado é de ordem econômica, pois a pendência de ações de indenização contra a empresa trazia alto risco de litígio. A Braskem é uma empresa de capital aberto. A divulgação do Relatório Síntese do SGB-CPRM e subsequente ajuizamento de ações coletivas influenciaram negativamente a avaliação de risco dos investidores, sobretudo porque houve pronunciamentos judiciais desfavoráveis à empresa, dentre as quais se destaca a decisão do Tribunal de Justiça de Alagoas que, em 15 de abril de 2019, ordenou o bloqueio de ativos na cifra de R\$ 2,67 bilhões, bem como a suspensão da assembleia geral ordinária e extraordinária para distribuição de dividendos entre os acionistas.²¹ Embora os efeitos dessa decisão tenham sido suspensos pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante apresentação de apólice de seguro, a pendência dos litígios e a incerteza sobre seu resultado atrapalharam as negociações que a empreiteira Odebrecht S. A., controladora da empresa, vinha mantendo desde junho de 2018 com o grupo holandês LyondellBasell, para venda de sua participação na Braskem. Segundo noticiou a imprensa, o risco de litígio e a situação financeira da Odebrecht levaram ao insucesso das tratativas, encerradas em junho de 2019, provocando queda de 19%

21 Pouco depois, em 25 de junho de 2019, o TJ/AL proferiu nova ordem de bloqueio, no montante de R\$ 3,68 bilhões, acompanhada da determinação de indisponibilidade das ações de propriedade da empresa negociadas na Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (BOVESPA) e do Rio de Janeiro (BVRJ). Essa decisão também foi suspensa pelo Superior Tribunal de Justiça.

na cotação das ações da Braskem na Bolsa de São Paulo (BOVESPA) (O GLOBO, 2019).

Em segundo lugar, há que se registrar a atuação das instituições que integram o sistema de justiça brasileiro na busca de soluções para o Caso Pinheiro. O risco de afundamento do solo, que poderia levar ao colapso das construções, colocando em risco a vida dos moradores, levou a Defesa Civil Municipal a recomendar, em caráter emergencial, a desocupação de extensa e populosa área da Capital alagoana.²² Ante a urgência da situação, desde o início o caso foi tratado como prioritário pelos órgãos estaduais e federais do Ministério Público e da Defensoria Pública. A causa também recebeu atenção especial do Judiciário, sendo acompanhado pelo Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, desde maio de 2019,²³ com destacada atuação da Conselheira Maria Tereza Uille Gomes, do Conselho Nacional de Justiça, que coordenou a ação dos órgãos públicos envolvidos. Ao que tudo indica, a supervisão do caso pela alta cúpula do Judiciário foi determinante na obtenção de uma solução consensual, ao facilitar as tratativas entre o Ministério Público – Estadual e Federal – e a Defensoria Pública – Estadual e da União, que resultaram no acordo firmado com a empresa Braskem (MONTENEGRO, 2021).

Por último, a realização do acordo também pode ser explicada pelo fato de que a Braskem reconheceu, ao menos em parte, sua responsabilidade pelo afundamento do solo em bairros de Maceió. A Braskem contratou várias instituições para investigar as causas da subsidência, dentre as quais o Instituto de Geomecânica de Leipzig

22 O Mapa de Setorização e Danos e Linhas de Ações Prioritárias elaborado pela Defesa Civil em conjunto com o SGB-CPRM delimita as áreas em que é necessária a realocação dos moradores. Sua versão mais recente pode ser acessada no sítio da PREFEITURA DE MACEIÓ, 2020.

23 O Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão foi criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Portaria Conjunta n. 1, de 31 de janeiro de 2019. O Observatório tem caráter nacional e permanente, com atribuição de promover integração institucional, elaborar estudos e propor medidas concretas de aperfeiçoamento do sistema nacional de Justiça, nas vias extrajudicial e judicial, para enfrentar situações concretas de alta complexidade, grande impacto e elevada repercussão social, econômica e ambiental. O ato consta no sítio do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019. A ata da deliberação consta do Relatório de Atividades do Observatório Nacional do segundo trimestre de 2019 (maio a julho) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

(IGL), Alemanha, referência internacional em extração de sal.²⁴ Em 12 de novembro de 2019, após analisar os resultados de sonares das cavidades de sal das minas exploradas pela Braskem, o instituto concluiu que várias cavernas tinham perdido o teto de sal, condição necessária para a formação de vazios de superfície (*sinkhole*), e recomendou a desocupação da área na superfície sobre as minas, cuja integridade fora comprometida, denominada de área de resguardo. Pouco depois, a empresa firmou o termo de acordo para desocupação e compensação de áreas afetadas pela subsidência e, conquanto o acordo alcançasse área de perímetro bem mais amplo, a empresa somente reconheceu sua responsabilidade de forma expressa quanto à área de resguardo recomendada pelo IGL, objeto de um termo de acordo específico.

Embora não seja possível afirmar com convicção quais as causas determinantes dos acordos no Caso Pinheiro, é provável que os acontecimentos mencionados tenham concorrido para esse desfecho. Em todo caso, ao obter a rápida solução de um macrolitígio altamente complexo e de intensa repercussão social, o sistema de justiça brasileiro obteve importante conquista, pois os acordos judiciais firmados construíram um caminho na busca da pacificação social do conflito coletivo.

4. MÉTODOS ADEQUADOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apesar de garantir os direitos dos moradores e da coletividade, os acordos do Caso Pinheiro têm sido alvo de críticas. Dentre outras acusações, diz-se que seriam ilegítimos, porque a sociedade não teria sido consultada, que os moradores estão sendo obrigados a aceitar as condições impostas pela empresa e a desocupar os imóveis sem receber a indenização devida, que os valores oferecidos são incompatíveis com o prejuízo causado e que a demora nos pagamentos seria causa de rematada injustiça.

Necessário ter em conta a conjuntura dos fatos. A Defesa Civil advertia para a necessidade de desocupação emergencial de áreas em bairros densamente povoados de Maceió, onde viviam milhares de famílias, sob risco de afundamento do solo e colapso das construções. Não há que se cogitar que o problema seria solucionado mediante a judicialização fragmentada de milhares de ações individuais, pois a experiência já demonstrou que isso levaria à sobrecarga e paralisia do sistema judicial, incapaz de oferecer resposta ágil para atender à multidão de casos similares.

24 O Instituto de Geomecânica de Leipzig (IGL) é uma companhia que atua internacionalmente em serviços de consultoria na área de geomecânica para mineração em subsolo, em especial na mineração de sal, conforme informações divulgadas no sítio do INSTITUT FÜR GEBIRGSMECHANIK GMBH (IFG GMBH), 2022.

É indiscutível que o processo coletivo, instrumento concebido para viabilizar a solução de macrolitígios, era o meio processual apropriado para lidar com a situação.

A complexidade da demanda prenunciava o prolongamento do embate judicial, situação incompatível com a urgência do caso, que exigia medidas imediatas.²⁵ As ordens de bloqueio de quantias vultosas da empresa tinham sido suspensas pelo STJ, sendo substituídas por seguros garantia, inservíveis para viabilizar os custos de desocupação em caráter de urgência das áreas de risco. Ademais, quando os acordos foram firmados, o resultado do litígio estava indefinido. Depois de resolvida a causa, é natural supor que o julgamento levaria à responsabilização da empresa, mas é equivocado analisar os acontecimentos a partir de um viés retrospectivo. Na época, não era possível prever a solução judicial da controvérsia, que somente viria ao final do processo, assegurado à empresa o devido processo legal, nos termos do Art. 5º, LIV e LV, da Constituição de 1988. Esses aspectos devem ser sopesados quando se pretende avaliar os méritos dos acordos que viabilizaram a desocupação das áreas de risco, bem como a compensação dos moradores pelos danos materiais e morais sofridos; não se pode olvidar que a alternativa seria a continuidade do processo, cuja duração e desfecho eram incertos.

Os acordos puseram fim ao litígio, abreviando controvérsia judicial que poderia se arrastar por anos, em instâncias recursais, até a resolução definitiva do mérito da causa. De um lado, permitiram a desocupação emergencial da área de risco, contribuindo para evitar uma possível tragédia e, de outro, asseguraram a compensação das vítimas pelos danos sofridos, contemplando todas as famílias que possuíam imóveis na área definida pela Defesa Civil. Segundo seus termos, os valores das indenizações são negociados individualmente e definidos pelas vítimas em mútuo acordo com a empresa, ou mediante procedimento individual de liquidação e cumprimento de sentença, na via judicial, descabendo falar em qualquer espécie de imposição. A narrativa de que os acordos teriam beneficiado a empresa em detrimento dos moradores não procede, sendo fruto da desinformação e por vezes até mesmo de má-fé, como se constatou nas ações coletivas, quando escritórios de advocacia pretenderam impedir milhares de seus clientes de usufruírem do acordo por receio

25 O tempo médio de tramitação de um processo no Brasil é de 3 anos e 2 meses no primeiro grau e de 9 meses no segundo grau, conforme estatísticas divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça, cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 205.

de que a solução amigável da causa repercutisse negativamente no cumprimento dos contratos de prestação de serviço de advocacia.²⁶

Ressalte-se que o Ministério Público e a Defensoria Pública são legitimados a atuarem em juízo na defesa de direitos coletivos e também para firmar acordos, quando a negociação visa a efetivar esses direitos.²⁷ Ainda assim, é importante assinalar que, no Caso Pinheiro, os termos de acordo não importaram qualquer renúncia a direitos, tão-somente estipularam a melhor forma de efetivá-los. O estabelecimento de um cronograma para desocupação emergencial da área de risco atendeu a uma recomendação da Defesa Civil, o acordo somente proveu os meios para fazê-lo, garantindo a posterior compensação financeira das vítimas, em programa que deve ser concluído no ano de 2023. Esse prazo se explica pelas dificuldades operacionais envolvidas na desocupação dos milhares de imóveis afetados, como também em avaliar e negociar as indenizações, o que seria impraticável em período mais exíguo de tempo.

CONCLUSÃO: ACESSO À JUSTIÇA EM UM MACROLITÍGIO

A análise do Caso Pinheiro suscita reflexão acerca do papel da justiça brasileira na resolução de macrolitígios. Na divisão das funções estatais, coube ao Judiciário o papel de atuar, quando provocado, garantindo o direito de acesso à justiça, expresso no princípio da inafastabilidade da jurisdição, Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988.²⁸ Tradicionalmente, o acesso à justiça identifica-se com o direito de ação processual, definido por Calmon de Passos como o direito público subjetivo que se

26 As intervenções dos escritórios suscitando incidentes manifestamente infundados nas ações coletivas foram sancionadas pela litigância de má-fé, sujeitando-se os advogados à responsabilidade processual, mediante imposição de multa, com fundamento no Art. 81, § 2º, do CPC.

27 A conciliação no processo coletivo pode ser judicial ou extrajudicial, mediante compromisso de ajustamento de conduta, previsto no Art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), sendo admitida mesmo nas ações de improbidade, desde a revogação do § 1º do Art. 17 da Lei n. 8.429/1992, pela Lei n. 14.230/2021. Debate-se se seriam possíveis concessões envolvendo direitos indisponíveis, porque a lei brasileira somente admite a transação quanto a direitos patrimoniais de caráter privado, conforme Art. 841 do Código Civil, mas tal possibilidade tem sido aceita pela doutrina. Vejam-se a respeito DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010, pp. 313 ss. e DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2009, pp. 312 ss.

28 O dispositivo estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Essa redação mereceu a crítica de Francisco Wildo, para quem a norma não expressa de maneira clara a “garantia constitucional conferida a todos de ser ouvido por um tribunal independente e num prazo razoável.” (DANTAS, 2007, pp. 266-267, pp. 290 e s).

confere a qualquer cidadão de buscar a tutela jurisdicional do Estado, seguido pela entrega da prestação jurisdicional reclamada, isto é, a aplicação autoritativa do direito que na espécie incidiu, mediante um processo (PASSOS, 2001, pp. 1-2). Sucede que o modelo tradicional de resolução dos litígios nem sempre é adequado a propiciar a realização da justiça, pois a obtenção de uma resposta adequada e tempestiva do Judiciário por vezes enfrenta obstáculos, como a dificuldade de ingressar em juízo, custo do processo, demora na resolução da causa, dentre outros.²⁹

No Brasil, o problema do acesso à justiça tem sido objeto de debate há décadas; o foco da discussão é como concretizar o direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Sabe-se que o Judiciário brasileiro lida com um volume imenso de demandas e que a morosidade na solução dos litígios constitui uma das principais queixas da população. Para constatá-lo, basta lembrar que uma das principais mudanças implementadas pela Reforma do Judiciário, pela EC n. 45/2004, consistiu na instituição do direito à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, inseridos no Art. 5º, LXXVIII, da Constituição de 1988. É nesse contexto que o CNJ tem implementado política judiciária voltada para métodos alternativos de resolução de conflitos, visando desafogar o Judiciário de processos, em busca da realização da justiça de forma célere.³⁰ Essa política inspira-se na ideia de que a superação das deficiências sistêmicas da justiça brasileira passa por uma mudança cultural da sociedade e sobretudo da comunidade jurídica, no sentido de compreender que o acesso à justiça não se limita ao acesso ao Judiciário, abrangendo também outras vias para solução de conflitos (LUZ; SAPIO, 2017, pp. 9-22).

O acesso à justiça como direito de acesso à ordem jurídica justa e efetiva, tempestiva e adequada não se concretiza com a obtenção de uma sentença, mas com a solução da controvérsia e se “a via judicial deve estar sempre aberta, isso não significa que ela precise ser a primeira ou única solução” (PINHO, 2019, p. 250). Por isso, o processo civil brasileiro adotou o sistema multiportas na busca da pacificação

29 Em sua obra seminal sobre o tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth discorrem sobre as três ondas que levariam a transpor esses obstáculos, a primeira ligada à assistência judiciária gratuita para aqueles que não possuem meios de custear o processo, a segunda associada à representatividade dos interesses difusos, e a terceira visando a um novo enfoque de acesso à justiça, a propiciar a resolução dos conflitos através de métodos alternativos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

30 Esse o propósito da Resolução CNJ n. 125/2010, que aperfeiçoa os mecanismos de incentivo à solução consensual de litígios, denominados Métodos Alternativos de Conflitos; a expressão deriva do inglês *Alternative Dispute Resolution* (ADR), movimento que surgiu na década de 1960 nos Estados Unidos da América, visando facilitar o acesso à justiça e propiciar maior efetividade à solução dos conflitos.

de conflitos, estatuidando ser dever de todos os atores do processo – juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público – buscar os meios adequados para solucionar cada litígio, estimulando a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, conforme regra do Art. 3º, § 3º, do CPC.

Afinal, o direito de acesso à justiça não se resume à garantia de acesso à via judicial, nem o papel do Judiciário se reduz ao exercício típico da jurisdição. A função do juiz é solucionar os conflitos, seja por meio de uma sentença que aplica o direito de forma autoritativa, seja orientando e mostrando às partes o mecanismo mais adequado para tratar de um litígio em particular. Nesse sentido, o Caso Pinheiro é um exemplo do modelo da utilização de métodos adequados à resolução de conflitos em um macrolitígio. Dele podem-se extrair importantes lições. Primeira, a importância da intervenção do Judiciário para prevenir a ocorrência de danos, sobretudo quando em causa direitos fundamentais, como o direito à vida e integridade física. Segunda, a adequação do processo coletivo como instrumento hábil à resolução efetiva de macrolitígios. E terceira, a necessidade da atuação coordenada das instituições que compõem o sistema de justiça, valendo-se de métodos adequados à resolução de conflitos, para garantir o direito de acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.

CÓLEN, Roberta. **Tremor de terra é registrado em vários bairros de Maceió**. G1 AL, Maceió, 3 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/tremor-de-terra-e-registrado-em-varios-bairros-de-maceio.ghtml>. Acesso em: 16 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021** (Ano base 2020). Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria conjunta n. 1**, de 31 de janeiro de 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/portaria_conjunta/portaria_conjunta_1_31012019_04022019135304.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Atividades do Observatório Nacional do segundo trimestre de 2019**. 2020. Disponível em:

<https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/wp-content/uploads/2020/11/2RelatorioObservatorioNacionalDiagramado.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo: Jurisdição, Ação (Defesa), Processo**. 2da edição. São Paulo: Método, 2007.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Conflito de extrema complexidade entre população de Maceió e mina de sal-gema da Braskem envolve danos irreparáveis**. 2020. Disponível em: <http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/conflito-de-extrema-complexidade-entre-populacao-de-maceio-e-mina-de-sal-gema-da-braskem-envolve-danos-irreparaveis/>. Acesso em: 16 fev. 2022.

O GLOBO. Grupo holandês desiste de comprar fatia da Odebrecht na Braskem; ações da petroquímica tombam 19%. Rio de Janeiro, 4 jun. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/grupo-holandes-desiste-de-comprar-fatia-da-odebrecht-na-braskem-aco-es-da-petroquimica-tombam-19-23715867>. Acesso em: 16 fev. 2022.

INSTITUT FÜR GEBIRGSMECHANIK GMBH. **IfG GmbH**. Disponível em: <http://www.ifg-leipzig.com/en/home/>. Acesso em: 16 fev. 2022.

JUSTIÇA DO TRABALHO. **7ª VT da Capital homologa acordo que repara prejuízos socioeconômicos gerados pela Braskem**. TRT da 19ª Região (AL). Maceió, 3 mar. 2020. Disponível em: <https://site.trt19.jus.br/taxonomy/term/541>. Acesso em: 16 fev. 2022.

LEITE, Marcelo Daltro. Interesses e direitos essencialmente e acidentalmente coletivos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, p. 189-209, 2007. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista38/Revista38_189.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

LUZ, Eduardo Silva; SAPIO, Gabriele. Métodos alternativos de resolução de conflitos e a problemática do acesso à justiça em face da cultura do litígio. *Revista Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 6, n. 1, p. 9-22, out. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Interf-Dir_v.06_n.1.02.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

MENEZES, Eduardo; MELO, Guilherme; FERREIRA, Joaquim. Tremor de terra em Maceió. *LabSis/UFRN*, 3 mar. 2018. Disponível em: <http://www.labsis.ufrn.br/noticias/25459675/tremor-em-maceio-al-03-03-2018>. Acesso em: 16 fev. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Pinheiro**. 2022. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-pinheiro>. Acesso em: 16 fev. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Termos de acordos**. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-pinhoiro/termo-de-acordo>. Acesso em: 16 fev. 2022.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Caso Pinheiro: a maior tragédia que o Brasil já evitou**. Agência de Notícias do CNJ. Brasília, DF: CNJ, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/caso-pinhoiro-a-maior-tragedia-que-o-brasil-ja-evitou/>. Acesso em: 16 fev. 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1984.

PASSOS, Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. v. 3, Arts. 270 a 331. 8va edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PREFEITURA DE MACEIÓ. **Mapa de Setorização é atualizado e amplia área de realocação na região do Pinheiro**. 2020. Disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/mapa-de-setorizacao-e-atualizado-e-amplia-area-de-realocacao-na-regiao-do-pinhoiro/>. Acesso em: 16 fev. 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Contemporaneidade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set./dez. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DE GEOCIÊNCIAS. **Estudos sobre a instabilidade do terreno nos bairros Pinheiro, Mutante e Bebedouro, Maceió (AL): Relatório Síntese dos Resultados n. 1**. Brasília, DF: SGB-CPRM, 2019. v. 1. Disponível em: <https://rigeo.cprm.gov.br/jspui/handle/doc/21133>. Acesso em: 16 fev. 2022.

Tremor de terra é registrado e assusta moradores de Maceió. **Revista Veja**, São Paulo, 4 mar. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/tremor-de-terra-e-registrado-e-assusta-moradores-de-maceio/>. Acesso em: 16 fev. 2022.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 2, p. 60-71, 1992.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª Região. **AGTR n. 08075134320194050000**. Relator Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Primeira Turma. Julgado em 12 dez. 2019.

**A TUTELA DOS DIREITOS INDÍGENAS PERANTE O
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE:
DIÁLOGOS COM O PENSAMENTO DE ERICK NAKAMURA**

***THE PROTECTION OF INDIGENOUS RIGHTS IN THE FACE OF THE
CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: DIALOGUES
WITH ERICK NAKAMURA***

Gabriela Silva Ferreira

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da UFPE
Estagiária na Defensoria Pública do Estado de Pernambuco

Tháís Fernanda Nascimento Pimentel

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da UFPE
Estagiária no Ministério Público de Pernambuco

Pedro de Oliveira Alves

Doutor e Mestre em Direito pela UFPE
Professor Substituto de Direito Constitucional na
Faculdade de Direito do Recife (UFPE)
Professor de Teoria do Direito na Uninassau entre 2020 e 2023
Advogado, bacharel em Direito pela UFRN (Natal)

RESUMO: Este trabalho propõe uma discussão da tutela jurídica dos direitos indígenas constitucionalmente assegurados, visando analisar potenciais problemas na jurisdição constitucional. Pretende-se discutir, à luz do julgamento da ADPF nº 709, conexões efetivas entre a hodierna Constituição brasileira e a proteção aos direitos dos povos nativos. Para a realização de tal pesquisa, são tomados por base os trabalhos de Erick Kiyoshi Nakamura (2022) e outros, envolvendo questões relevantes acerca do progresso ou atraso na garantia desses direitos preconizados

constitucionalmente desde 1988. A metodologia utilizada consiste na análise bibliográfica e comparada com o intuito de alcançar um melhor entendimento a respeito da problemática da efetividade constitucional dos direitos indígenas na jurisdição constitucional brasileira.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Direitos Indígenas. Controle de constitucionalidade.

***ABSTRACT:** This work is a discussion of the legal protection of constitutional indigenous rights, in order to analyze potential problems in the constitutional jurisdiction. It is intended to contest, in the light of the judgment of the case ADPF n° 709, effectively connecting the current Brazilian Constitution and the protection of the rights of native peoples. For questions about carrying out such research, the works of Erick Kiyoshi Nakamura (2022) and others were taken as a basis, involving relevant questions about the progress or delay in guaranteeing these constitutionally advocated rights since 1988. The methodology consists of the improved analysis and the original criteria with the purpose of an understanding of the best conception of the constitutional protection of the indigenous rights in the Brazilian constitutional jurisdiction.*

***Keywords:** Constitutional jurisdiction. Indigenous rights. Judicial review.*

INTRODUÇÃO

Em 2022, o pesquisador Erick Nakamura publicou relevante análise a respeito da efetivação dos direitos indígenas no Brasil, apontando para uma tensão entre constituinte e poderes constituídos em matéria indígena. Tal debate, porém, precisa continuar sendo discutido pelos juristas brasileiros, especialmente diante de casos recentes de desproteção de indígenas como a desnutrição dos Yanomami de Roraima (2023). É preciso examinar a questão da prestação jurisdicional sobre a tutela constitucional dos direitos indígenas, especialmente a partir do contexto da pandemia do COVID-19.

Questiona-se, porém, como a jurisdição constitucional pode enfrentar melhor os desafios relacionados às violações de direitos dos povos indígenas a partir do aparato normativo existente.

A partir deste problema de pesquisa, objetiva-se identificar i) os principais parâmetros normativos para a proteção indígena; ii) as principais dificuldades reais enfrentadas para a efetivação desses direitos; iii) potenciais caminhos na jurisdição constitucional.

Para melhor compreender a relevância desta temática, é necessário observar o contexto desses direitos a partir da perspectiva constitucional, estudando as lutas vivenciadas pela comunidade indígena brasileira anterior e posteriormente à promulgação da Carta Magna de 1988, a responsável pela positivação de inúmeros e inéditos direitos dessa minoria social.

Objetiva-se, em primeiro ponto, localizar quais os principais textos normativos nos planos constitucional e internacional para a proteção dos direitos indígenas e verificar sua concretização material. Ao examinar o julgamento da ADPF nº 709 e a atuação do judiciário frente à tutela desses direitos, o artigo oferece uma análise crítica de caso concreto – com potencial de contribuir para novos olhares sobre a questão da tutela jurisdicional dos povos tradicionais. Assim, resta examinar se o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal tem logrado êxito, especialmente considerando a postura do judiciário em relação à pandemia, na tutela dos direitos indígenas. Para discutir o cerne da questão, serão utilizadas pesquisas descritivas e primordialmente bibliográficas, buscando fundamentar teoricamente as possíveis conclusões a partir, principalmente, da análise feita por Erick Kiyoshi Nakamura, sendo este o estudo mais recente a partir do qual se pode inferir tais questionamentos.

Partindo de tais premissas, será trazido ao estudo o entendimento de o Direito Constitucional dos Povos Indígenas surge como um possível campo de estudos que pode favorecer novos debates em torno da concretização de direitos. Sob tal perspectiva, os primeiros tópicos guiarão o estudo dentro da jurisdição constitucional, especialmente no que tange ao controle de constitucionalidade realizado pelo STF, perpassando por questionamentos importantes abordados por Erick Nakamura, com importantes reflexões em torno da discussão dos direitos indígenas como bem jurídico primordial a ser tutelado.

Na sequência, os tópicos retratarão sobre as competências constitucionalmente estabelecidas do Supremo, a fim de esclarecer a tutela dos direitos da população nativa como ponto imutável a ser resguardado, bem como buscando compreender

quais as falhas do direito brasileiro em assegurar tais direitos, em se tratando de matéria constitucional. Por fim, os últimos tópicos irão discutir o avanço da CR/88 em relação à Teoria Integracionista fortemente presente em momentos anteriores à sua promulgação, considerando, contudo, se tais avanços podem ser constatados hodierna e cotidianamente.

O contexto geral nos levará ao principal objetivo da pesquisa, isto é, analisar se os direitos indígenas, por eles conquistados e positivados na CR/88, estão sendo respeitados concretamente, principalmente considerando a atuação do Supremo Tribunal Federal, tomando como exemplo o controle concentrado de constitucionalidade na ADPF nº 709.

1. A FORMAÇÃO DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL INDÍGENA E SUA POTENCIALIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL BRASILEIRA

1.1. Identificação dos programas normativos do direito constitucional indígena

Nos últimos anos, diferentes povos têm discutido estratégias para a proteção jurídica de grupos nativos tradicionais em cada sistema jurídico. Na Colômbia, por exemplo, pesquisadores como Jorge Benavides Ascuntar (2012, p. 97-99) apontam para um “constitucionalismo transformador” mediado pela compreensão de princípios e valores dos sistemas normativos indígenas, com proteção da diversidade cultural, da natureza e dos povos indígenas.

No Brasil, a discussão sobre uma especialização do direito constitucional para a proteção dos povos indígenas ainda se encontra em fase embrionária – o que já reforça a importância da presente discussão. No entanto, apesar da pouca frequência dos estudos sobre a matéria, o direito brasileiro já apresenta uma série de dispositivos normativos que permitem a reflexão dogmática sobre problemas específicos para a proteção sistemática dos direitos indígenas.

O primeiro ponto que merece ser destacado é a existência da “cláusula de abertura” dos direitos fundamentais, expressa na literalidade do art. 5º, § 2º da Constituição Federal brasileira: “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”. Uma das relevâncias práticas do dispositivo normativo é a consideração de que o rol de direitos fundamentais previsto naquele Título II é apenas exemplificativo – devendo ser considerada a principiologia constitucional em sua globalidade; além disso, o dispositivo favorece o desenvolvimento de técnicas hermenêuticas e de fundamentação jurídica para o estabelecimento de diálogos com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (MELO; BONATO, 2017, p. 276-278; 302).

Ainda sobre a relevância do art. 5º, §2º, Ingo Sarlet (2011, p. 80) reflete que a dogmática jurídica constitucional pode trabalhar para além de uma concepção formal de direitos fundamentais (como direitos previstos na literalidade do texto constitucional). Desse modo, também é possível discutir a construção hermenêutica de direitos fundamentais em sentido material que consideram o conteúdo e a substância de direitos que não constam expressamente no catálogo do texto constitucional, mas que merecem igual nível de proteção.

Tal argumentação, na temática dos interesses indígenas, proporciona uma melhor estrutura dogmática protetiva, na medida em que amplia as possibilidades de diálogo com a proteção ao nível internacional e sua conexão com outros valores protegidos pela Constituição Federal (dignidade da pessoa humana, proteção do meio ambiente, patrimônio cultural, dentre outros).

Em sua tese de doutorado pela USP, Ana Paula Joaquim enfatiza que o Estado brasileiro é signatário de tratados internacionais que tutelam direitos dos povos indígenas (2013, p. 62-63). Há, no entanto, que ser registrada a significativa dificuldade de elaboração e ratificação de documento internacional normativo amplo, vinculante e detalhado em matéria indígena. Principalmente para o estabelecimento de deveres específicos e de mecanismos para sua real efetivação. Apesar dessa dificuldade, é possível notar a referência a documentos normativos gerais como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; a Convenção para Eliminação da Discriminação Racial; a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Mais recentemente, o “esverdeamento do Direito Internacional” também pode ser notado em documentos como a Convenção da Diversidade Biológica.

Embora possa ser considerado um documento “*Soft Law*” (ou seja, instrumento sem vinculação de medidas sancionatórias, mas que permite o direcionamento de diretrizes para efetivação dos direitos), a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas foi adotada pela ONU (2007) e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016).

Todos esses documentos, uma vez que sejam ratificados pelo Estado brasileiro ou implementado normativamente pelos organismos internacionais com participação do Brasil, devem ser interpretados em conjunto com as normas constitucionais. Desse modo, não há que se falar em colisão hierárquica, pois ambas as normas protetivas serão consideradas como definidoras de direitos fundamentais. Assim, em caso de aparente antinomia, a solução deve ser a busca pela norma mais protetiva ao ser humano (*in dubio pro homine*) em conjunto com o dever de buscar a máxima efetividade dos direitos humanos (RAMOS, 2020, p. 113-123).

No entanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos não pode ser reduzido apenas aos textos normativos. É preciso também considerar, inclusive no caso brasileiro, a força das decisões dos Tribunais Internacionais com jurisdição no Brasil. É o caso, por exemplo, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Embora não tenha função jurisdicional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos também emite recomendações que devem servir como diretriz para a busca por práticas garantidoras de direitos.

Dentre os principais julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria indígena, costumam ser lembrados casos como da Proteção da Propriedade comunal indígena (2001), os direitos políticos dos povos Yatama vs. Nicaragua (2005), o dever de consulta no caso Povo Saramaka vs. Suriname (2007) e o recente julgamento envolvendo o Estado brasileiro no caso do Povo Xukuru (2018) sobre regularização da propriedade coletiva.

Além da existência de dispositivos normativos e princípios específicos de Direito Internacional dos Povos Indígenas, também é possível identificar regras especiais previstas na literalidade da Constituição Federal brasileira sobre a proteção indígena.

No Brasil, o texto constitucional federal reserva as questões relativas às populações indígenas como competência privativa da União (art. 22, XIV). Seguindo a mesma lógica, apenas o Congresso Nacional poderá autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em

terras indígenas (art. 49, XVI em conjunto com o art. 176, §1º). No plano do Poder Judiciário, a competência para lidar com disputas sobre direitos indígenas está reservada à Justiça Federal (art. 109, XI). Por fim, ainda sobre a organização de poderes, é expressa a atribuição do Ministério Público para defender judicialmente direitos e interesses indígenas (art. 129, V). Tal atribuição, porém, não exclui a possibilidade da Defensoria atuar para a promoção de direitos humanos indígenas (art. 134).

Em matéria de direitos e organização da vida social, a Constituição Federal brasileira também garante que as comunidades indígenas terão o direito de utilizar suas respectivas línguas tradicionais e seus próprios meios de aprendizagem no ensino fundamental regular (art. 210). Também serão protegidas as manifestações culturais indígenas (art. 215, §1º).

Por fim, deve ser ressaltada a inovação em atribuir uma seção específica aos povos indígenas (art. 231 e art. 232) para reconhecer seus costumes, idiomas, crenças, tradições, formas de organização social e os direitos originários sobre as terras tradicionais. Além disso, também é garantido o amplo acesso à justiça aos índios e às respectivas organizações e comunidades indígenas.

Em face de todas essas questões, a metodologia jurídica para enfrentar os desafios do Direito Constitucional Indígena necessita ser conduzido a partir do que Andreas Krell e Pedro Alves (2018, p. 686) chamam de “responsabilidade democrática como pressuposto de uma teoria da interpretação”, no sentido de que a inserção dos dissensos e das diferentes opiniões e perspectivas devem ser consideradas a princípio com ampla abertura cognitiva. E devidamente enfrentadas, assegurando a legitimidade necessária aos sistemas jurídicos democráticos.

Desse modo, tanto a proteção jurídica da pluralidade cultural como o dever de respeito aos povos tradicionais têm sido amplamente reforçados nos últimos anos em termos de estrutura normativa. O desafio, porém, é principalmente sua efetivação concreta.

Compreendidos esses pressupostos para uma dogmática do Direito Constitucional Indígena no Brasil, resta examinar as questões mais específicas da Jurisdição Constitucional e as principais dificuldades a partir do exame de um caso concreto, o julgamento da ADPF 709.

1.2. Atuação da jurisdição constitucional para a tutela dos direitos indígenas

Conforme analisado no tópico anterior, a Constituição de 1988 traz importantes previsões para a garantia dos direitos indígenas, inclusive com sua abertura às cláusulas de proteção internacional. Até então, o objetivo da Carta Magna era integrar os povos indígenas à população brasileira de forma geral, sem pormenorizar de que forma essa integração seria realizada, menos ainda sem sequer trazer previsões a respeito de como seus direitos seriam protegidos e perpetuados.

Esse aparente retrocesso foi rompido pela última constituinte, que começou a demarcar as terras indígenas, zelar por sua cultura, incentivar a continuidade destas, entre outras medidas, conforme destaca o pesquisador Gustavo Proença (2017), ao dizer que tais mudanças são “a espinha dorsal de toda a luta ancestral da população indígena no Brasil”. De toda sorte, é preciso considerar o longo processo histórico enfrentado pelas comunidades indígenas, vez que esses direitos não surgiram repentinamente, sendo que a conquista desses é meritória às lutas indígenas em grande parte. Dessa maneira, destaca-se que a radicalização referida por Erick Nakamura (2022, p. 2) – “Constituição Radical” – não foi um processo abiogênico.

Esta referência supracitada é importante porque, embora assim seja retratado, o desenrolar do “descobrimento” do Brasil não foi nada pacífico. Pelo contrário, a população indígena foi verdadeiramente dizimada e, mesmo para o que lhe restou de mais importante – asua cultura e vivência – foi preciso o enfrentamento de muitas batalhas que não estavam previstas dentro do plano civilizatório europeu, a fim de preservá-la no pouco que lhe restou. É o reflexo desse passado mal resolvido e a constante negação em enxergá-lo e entendê-lo que impede sua reversão através de lutas contumazes, motivo pelo qual o resultado não poderia ser outro a não ser encarar a dura realidade vivida pelos povos indígenas no território brasileiro. Nesse sentido, Manuela Carneiro da Cunha (2018) reforça que a história dos indígenas brasileiros é uma história de opressão.

Segundo Erick Nakamura, o objeto do nosso estudo, as disparidades entre o texto constitucional e os direitos materialmente tutelados – ou que deveriam ser tutelados – ficaram escancarados no enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Nessa conjectura, é possível analisar os aspectos da ADPF nº 709 em matéria de controle de constitucionalidade exercida sobre ela. Após fazer boas considerações a respeito das diferentes visões de controle de constitucionalidade, o autor destaca uma

que merece atenção. Miguel Godoy e Vera Chueiri (2017, p. 134-137) apontam a falsidade da pré-concepção de que o controle abstrato ou concentrado contido na ADPF, e cumprido exclusivamente pelo STF, prospera ao (tentar) garantir os direitos fundamentais dos cidadãos – de forma geral – e, no caso em tela, dos indígenas.

Como bem se conhece, o controle de constitucionalidade é peça importante no exercício da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo. Diferentemente da jurisdição habitual, a jurisdição exercida constitucionalmente é um instrumento que se pretende eficaz na defesa daquilo que é estabelecido pela Norma Suprema brasileira e, em tese, trabalha no sentido de melhor resguardar esses ‘comandos constitucionais’.

No entanto, não é isso que acontece quando comparadas a realidade legislativa com os direitos fundamentais materialmente assistidos e, conforme citado *supra*, isso foi escancarado pela pandemia e pela condução da ADPF nº 709 por parte do STF, como será exposto mais adiante. Não à toa destacam-se as evidentes disparidades entre o que a Constituição que promete *versus* aquilo que é efetivamente cumprido. Será que, de fato, a jurisdição constitucional tem sido eficaz na garantia desses direitos?

Nesse ínterim, quando Erick Nakamura cita “a destruição da promessa constituinte” torna-se claro que a jurisdição constitucional pode ser falha em seus objetivos assecuratórios desses direitos. Trazendo dados concretos de como os direitos prometidos foram duramente usurpados, a realidade demonstrada é de tanto retrocesso quanto outrora havia, antes da promulgação da CR/88; não apenas isso, mas essas desigualdades tornaram-se extremamente claras em razão do contexto recente da pandemia de Covid-19 (NAKAMURA, 2022, p. 11). Entre os dados mais concretos, é possível observar que:

Neste período pós-redemocratização, vê-se que, mesmo que existentes, em alguma medida, ações para o cumprimento das ordens constitucionais, suas exiguidades estiveram presentes em governos federais de diferentes matizes ideológicos. A média anual de homologações de terras indígenas por gestão presidencial, por exemplo, demonstra que essas vinham ocorrendo segundo os trâmites administrativos, mas de forma

aquém ao prazo estabelecido (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI), 2018, p. 39).

Pois bem, a começar pelo prazo para a demarcação das terras indígenas, que foi estipulado para os cinco anos seguintes à promulgação da Constituição, os direitos reservados a essas comunidades nativas vêm sendo metódica e escrupulosamente violados. Neste ponto, é possível discordar do autor quando diz que as políticas públicas são insuficientes: ora, não é que sejam suficientes; o que ocorre, na verdade, é uma inexistência geral de esforços que possam suprir essas lacunas satisfatoriamente. Porém, em termos de eficácia dessas políticas públicas – ou melhor, ineficácia, a mesma conclusão do autor pode ser aqui compartilhada.

Tão grave é a situação, que em certos casos a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi interventora no pleito do Povo Indígena Xukuru, por exemplo, cujo processo iniciado em 1989 foi concluído apenas em 2007 – total subversão do prazo de “5 anos, no máximo”.

A insuficiência de políticas públicas para a titulação e para a proteção dos indígenas e de suas terras levou por muitas vezes ao acionamento do sistema protetivo de direitos fundamentais e humanos, em âmbito nacional, por viado Poder Judiciário, e, em âmbito internacional, por via dos Tribunais Internacionais. A demora no processo de regularização das terras relativas ao Povo Indígena Xucuru, iniciado em 1989 e concluído apenas em 2007, foi considerada excessiva pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em violação ao direito à garantia judicial de prazo razoável (art. 8.1, CADH). Ainda, foi considerada injustificável a persistência, em 2018, de invasores do território, em descumprimento estatal ao direito à proteção judicial e ao direito à propriedade coletiva (artigos 25 e 21, CADH). (NAKAMURA, 2022, p. 10 e 11).

Para além do descumprimento dessas previsões constitucionais, há que se falar ainda das pressões sociais em voga. Grileiros, grandes fazendeiros e latifundiários, invasores, missionários entre tantos outros ilegais ocupantes e “transeuntes” impróprios dessas terras.

Assim sendo, resta claro que há longo caminho a ser percorrido para que a jurisdição constitucional do Supremo seja efetivamente eficaz na materialização desses direitos previstos em lei.

2. ANÁLISE DA ADPF Nº 709 E NOVAS REFLEXÕES SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INDÍGENA

2.1. O controle concentrado de constitucionalidade exercido na ADPF Nº 709

O ponto-chave do artigo é a discussão da ADPF nº 709, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na qual se pleiteia que o STF determinasse à União a pronta iniciativa de medidas para sanar as catastróficas circunstâncias das terras indígenas diante da pandemia da Covid-19. Isso porque, pensando lógica e racionalmente, por estarem mais isoladas das aglomerações urbanas, as comunidades indígenas não teriam tantos problemas de contágio *a priori*.

O que acontece, no entanto, é que os invasores não seguiram essa mesma lógica. Por isso a intervenção far-se-ia de extrema necessidade, visto que a imprescindibilidade da proteção ao direito à vida estava sendo ameaçada por uma doença que outrora não lhes tinha ocorrido – bem semelhante ao processo de colonização, uma revivência desse cenário caótico que tanto massacrou e dizimou populações nativas.

O ente que fortemente atuou frente às injustiças foi o Ministério Público Federal, que sugeriu que a retirada dos invasores fosse feita de maneira urgente, forçosamente e fazendo uso das forças armadas se necessário. Os pedidos liminares foram concedidos parcialmente pelo ministro relator em 07/2021. O ministro também determinou a criação de uma Sala de Situação para dirimir os conflitos existentes e para a tomada de medidas que impedissem a proliferação da doença por responsabilidade dos intrusos.

Neste ponto, o acionamento da jurisdição constitucional foi de grande importância para a determinação de medidas que objetivavam a tutela dos direitos indígenas, o que impediria também o passivismo judicial ante as circunstâncias. No entanto, a atuação no âmbito jurisdicional é apenas uma adequação ao pleito, o que

na realidade não significa efetividade, de fato e de direito, na realização das decisões da Sala de Situação ou qualquer outro interessado na resolução do conflito.

Afinal, até que ponto o devido processo legal pode retardar a celeridade processual tendo em óbice o estrito cumprimento das formalidades? Isso porque as medidas foram concedidas em caráter liminar e o plano de contenção dos danos foi reformulado; em seguida, deu-se vistas e não houve cumprimento das cautelares. Dentre tantas medidas que poderiam ter avançado, o cenário apresenta-se como negligência – por falta de qualquer outro termo que defina realmente as razões para tamanha protelação – os planos foram sendo feitos e reformulados, porém, nunca postos em prática.

É neste momento que nos ocorre a reflexão de que não há controle concentrado efetivo desses direitos por parte do STF, aquele que lhe poderia realizar. Estava posto, bem ali, que o STF deveria agir em favor da comunidade indígena. O MP pediu por isso, não só na qualidade de *custus legis*, mas também por ter como uma de suas atribuições (art.129, incisos. III e V, CF). Verifica-se que há uma tentativa de cuidar desses direitos sem alcançar, no entanto, um completo avanço.

Muito embora todas essas intempéries, um ponto de extrema importância trazido à discussão é a admissão da APIB como legitimada ativa para propor ações de controle concentrado no processo de democratização da jurisdição constitucional, uma vez que esse poder cabia apenas ao Supremo, mas que, na prática, foi de grande relevância que essaformatação pudesse tomar forma e fosse exequível. Ainda assim, de nada adianta a possibilidade sem qualquer perspectiva de concretude desse controle concentrado sobre a tutela dos direitos indígenas.

2.2. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?

Conforme já mencionado, ao relembrar a referência trazida por Miguel Godoy e Vera Chueiri, isto é, a pesquisa “A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?” de Juliano Benvindo e A. A. Costa (2020), percebe-se o quanto a emblemática pergunta ainda paira sobre as cabeças dos constitucionalistas por ter resultado inconclusivo.

Na pesquisa citada *supra*, há uma crítica ao fato de que esses interesses fundamentais que deveriam ser tutelados mediante o controle concentrado de constitucionalidade – como éo caso do pleito da ADPF –, na verdade, tais direitos

deveriam ser objeto de preocupação comum a todos os poderes, instituições e mesmo entre o povo.

Quando esse controle fica concentrado em apenas um dos poderes, o que acontece é um verdadeiro congestionamento de obrigações dadas a um só ente, no caso, ao STF – a mais significativa crítica de Erick Nakamura ao controle concentrado na ADPF 709, uma vez que acaba impermeabilizando o compartilhamento das funções devidas a todos os poderes; os direitos indígenas, por exemplo, não configuram uma competência detida exclusivamente pelo STF, portanto, não deveria ser objeto de discussão apenas do órgão.

O que se identifica é grande perturbação capaz de mobilizar o STF para que um direito fundamental possa ser materializado e protegido de fato, quando na verdade, desde sempre deveria ser cumprido, tutelado, observado; esse direito não deveria ser discutido em juízo, pois sua violação já deveria constituir grave afronta aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Outro ponto importante trazido pela pesquisa mencionada *supra*, também considerando a legitimidade para propor a ação, é que grande parte das arguições de descumprimento de preceito fundamental propostas eram de cunho político. É justamente por isso que se pergunta a quem interessa que essa ação seja apresentada, visto que o direito material dos indígenas, por exemplo, segue sendo violado sem ter que o defenda, enquanto as arguições que reclamam disputas políticas seguem em curso celeremente.

2.3. Competências do Supremo Tribunal Federal e novas reflexões

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, é composto por onze ministros nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Os requisitos constitucionalmente exigidos são, além da nacionalidade brasileira originária, notável saber jurídico, reputação íntegra e idade entre trinta e cinco (mínima) e setenta anos (máxima), conforme dispõe o artigo 101 da Constituição Federal de 1988.

A competência do STF é definida pelo artigo 102 da Constituição Federal, o qual não vigora em sua redação original devido às modificações instituídas pelas Emendas Constitucionais 03/1993, 22/1999, 23/1999 e 45/2004. O *caput* do mencionado artigo prevê que compete ao órgão a função precípua, isto é substancial, de guarda da Carta

Magna. Ficando, dessa maneira, notório o papel do STF na organização institucional do Estadobrasileiro, “encontrando legitimidade no modelo político-jurídico vigente no que concerne a prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de interpretação das normas constitucionais” (GONÇALVES, 2017). Além disso, essa é ainda dividida em originária, a qual estabelece ser o STF competente para processar e julgar originariamente matérias prevista no inciso I do artigo 102, e recursal, atribuindo ao órgão a aptidão para analisar as questões dispostas nos incisos II e III do mesmo artigo em última instância.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guardada Constituição, cabendo-lhe:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Em virtude dessa discussão, há semelhanças entre o Supremo Tribunal Federal e um modelo de justiça constitucional europeu, alicerçado na ideia de um Tribunal Constitucional com competência específica para apreciar litígios constitucionais, concernente apenas ao STF o exercício do controle concentrado de constitucionalidade – processando e julgando as ações diretas de constitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por omissão, as ações declaratórias de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tal competência é a

que interessa neste artigo, tal como discutido por Nakamura, a fim de garantir a prevalência das normas constitucionais.

Na literatura jurídica brasileira, é comum a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal possuiria uma natureza híbrida. Afinal, a Corte “titulariza competências recursais” – tal como no sistema norte-americano, “ao mesmo tempo em que exerce o controle concentrado de constitucionalidade, nos moldes dos tribunais constitucionais europeus” (NOVELINO, 2016, p. 689).

Entretanto,

Para José Afonso da Silva, a competência para tratar de matérias constitucionais não é suficiente para converter o Supremo em autêntica corte constitucional, seja por não exercer a jurisdição constitucional com exclusividade, seja pela forma de recrutamento de seus membros, a sinalizar para decisões pautadas por critérios técnico-jurídicos (NOVELINO, 2016, p. 689).

Comentando sobre esses aspectos, Erick Nakamura reflete sobre as características da experiência brasileira de jurisdição constitucional do seguinte modo:

A Constituição de 1988 não adotou o modelo de Tribunal Constitucional pensado por Kelsen ao Supremo Tribunal Federal, mas conferiu a este um leque diverso de competências, dentre as quais se encontra a realização do controle concentrado de constitucionalidade. Esta modalidade não é a única modalidade de controle judicial de constitucionalidade existente na ordem jurídica brasileira. Tampouco a única forma de controle, que se desenha em diferentes formas, agentes e momentos, mas uma delas. (NAKAMURA, 2022, p. 04 e 05).

Além de guardar o texto constitucional, é designada ao Supremo Tribunal Federal a interpretação deste. A técnica nasce a partir da hermenêutica geral, mas dela se desprende para dar vez às aplicações concretas. Isso é imprescindível, pois, a realidade do mundo jurídico só é plena quando a norma e a conduta possam coincidir de forma mais harmoniosa possível. Sendo, portanto, necessário que a própria

Constituição preveja técnicas de sua defesa e proteção, ao suprimir possíveis normas incompatíveis com o seu espírito, letra ou sentido. Dito isso, a ideia da Constituição como norma suprema e fundamental assegura a possibilidade de um controle judicial de constitucionalidade de leis e demais atos, conferido aos juízes e certos órgãos – como o STF-, que ousem atentar contra seus significados.

Nela, concentra-se num órgão a possibilidade de expurgar normas e atos omissivos e comissivos do ordenamento que se reputeem inconstitucionais, seja por vícios quanto à forma, seja por vícios quanto à matéria. [...]

[...] O Poder Judiciário e, em especial, a jurisdição constitucional passaram a ter maior relevância na arena institucional, calcados na necessidade de se dar concretude às disposições constitucionais, notadamente quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais. (NAKAMURA, 2022, p. 05).

Ao lado dessa função precípua e das competências originária e recursal, o texto constitucional e as normas infraconstitucionais conferem ao Supremo o exercício de um variado e extenso rol de atribuições, as quais, embora sustentem a sua importância no cenário institucional e político na atualidade, resultam por sobre-carregá-lo, comprometendo o bom desempenho deste no que diz respeito à guarda da Constituição.

Dito isso, Nakamura não nega o poder, a importância do exercício da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo através do Controle concentrado de Constitucionalidade e da interpretação, apenas põe em perspectiva que seria interessante, em virtude do acúmulo de papéis deste, a dissolução e o compartilhamento dessas atribuições com outros órgãos. Não concordando, portanto, que o STF tenha a última e definitiva palavra acerca do que a Constituição transmite e pretende transmitir.

A função de guardar a Constituição, atribuída ao Supremo, encontra seu alicerce na discussão teórica sobre a supremacia do texto constitucional. Uma vez que estruturam o Estado e a organização dos poderes, além de consagrar os direitos e os deveres fundamentais, pode-se afirmar que as constituições possuem uma supremacia de conteúdo em relação às leis. De maneira que essas normas infraconstitucionais estão baseadas e orientadas por um parâmetro constitucionalmente estabelecido. Afinal,

Os Estados Democráticos de Direito contemporâneos exigem respeito à supremacia da Constituição. Exigem, vale dizer, obediência a um conjunto de normas que distribuam o poder a diferentes órgãos estatais e que garantam direitos fundamentais. (NAKAMURA, 2022, p. 03)

Não sendo possível, então, ignorar que as regras e os princípios constitucionais condicionam a aplicação de todo o ordenamento jurídico, determinando os sentidos possíveis com base na sua interpretação. As Constituições com seus valores e significados assinalam deveres, consagram direitos e garantias, fixam competências, limitam poderes e regulam o que entendem ser necessário para a sociedade por ela regulada. Posto isso, estas são retratos dos contextos históricos das sociedades que regulam.

Em virtude disso, as discussões e teorias acerca de quem seria o notável guardião da constituição permearam as discussões teóricas do século XIX e do início do século XX. Para Carl Schmitt, o guardião da constituição seria o chefe do poder executivo – Presidente do Reich, no caso da Alemanha – atuando como defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão (FERREIRA, 2019, p.71). Já Hans Kelsen, opondo-se ao teórico, apresentou um modelo de Tribunal Constitucional, inaugurado com a Constituição austríaca de 1920.

No entanto, do ponto de vista do autor do artigo, a Constituição brasileira de 1988 não adotou o modelo de tribunal constitucional pensado por Kelsen ao STF. Ao invés disso, conferiu à corte brasileira uma série diversa de atribuições e competências, dentre as quais se encontra a realização do Controle Concentrado de Constitucionalidade, visando assegurar a integridade do texto constitucional ao afastar os atos normativos que agridem o que é transmitido por ele.

Além disso, a crítica de Nakamura se aprofunda à medida que questiona ainda que o STF é apenas um dos atores na árdua tarefa de definição dos sentidos da constituição – interpretação da constituição. Não sendo, ou não devendo ser, o único guardião da constituição, mas um deles, atuando em prol da supremacia da carta e da garantia dos direitos fundamentais previstos, mas dentro da sua esfera de atuação.

Fato é que há de se ter, conforme discorrido, uma visão menos idealista e ingênua do Supremo como o principal, ou mesmo o

único, meio de resguardo à Constituição. Primeiro, porque em nada ajuda a visão do Tribunal como o guardião e o detentor da última palavra sobre os sentidos constitucionais. Segundo, porque igualmente prejudica vê-lo como o foro mais seguro para o combate às violações de direitos fundamentais e humanos, a despeito dos mecanismos processuais e materiais a seu dispor, dos limites dispostos à volatilidade de entendimentos frente à alteração de sua composição e do contexto político no qual esse se insere. (NAKAMURA, 2022, p. 07).

Entretanto, apesar da crítica a respeito das demasiadas funções atribuídas à Corte Brasileira, Nakamura não desistiu desta sua importância, isto é, o autor não retira nem nega a imprescindibilidade de tal instituição democrática e trabalho exercido por esta. Mas pontua a importância de se estabelecer um limite acerca da atuação e competência do Supremo. Principalmente no que concerne a interpretação e defesa da Lei Fundamental.

3. A TEORIA INTEGRACIONISTA COMO ALICERCE DO DIREITO CONSTITUCIONAL INDÍGENA

A afirmação da superioridade da Constituição, como norma sublime e fonte das demais normas, só faz sentido, se direcionada a garantir a maior proteção possível de iguais direitos fundamentais a todos os integrantes de uma certa sociedade. No caso brasileiro, assim sendo, a preocupação do constituinte em tal tutela se dá a partir do Preâmbulo do texto constitucional, quando afirma “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”.

O termo “direitos fundamentais”, por sua vez, surgiu na França durante o século XVIII, de forma inerente ao discurso do movimento político-cultural que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. E no curso do século XIX, dissipou-se pelo pensamento jurídico alemão, o qual forjou a expressão *Grundrechte*, tida como um sistema de relações jurídicas básicas. Bernardo Gonçalves (2017) adota, para fins didáticos, o posicionamento de que há três vias de direitos: os “direitos do homem”, no sentido de direitos naturais, não positivados ou ainda não positivados, os “direitos humanos”, reconhecidos e positivados na esfera do direito internacional, e os “direitos fundamentais”, sendo estes os direitos positivados

e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. Diante disso, o professor Marcelo Galuppo afirma que os direitos fundamentais são frutos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, enquanto estes últimos são entendidos como elementos de discursos morais justificados no correr da História. Assim, “falar em direitos fundamentais é falar em condições para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no Ordenamento Jurídico (interno), e não apenas em uma leitura reducionista, como direitos oponíveis contra o Estado”. Garantindo, portanto, a inclusão de todos os povos e pessoas no direito de uma nação.

É evidente que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira Carta Constitucional brasileira a tratar dos direitos indígenas, separando capítulo próprio para que, em seus artigos 231 e 232 fossem reconhecidos e assegurados aos indígenas sua organização social, costumes, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas. (BRASIL, 1988).

Entretanto, há tempos no Brasil é difundida a tendência popular de refutar tradições indígenas imprescindíveis para manutenção daquela cultura. A Constituição Federal de 1988 garante os direitos indígenas, como princípio fundamental, em relação à manutenção de sua cultura, tradições, costumes, propriedades e afins.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988)

Frente a isso, Souza e Barbosa (2014) apontam que: “o que se institucionalizou foi uma política de integração dos considerados como silvícolas (aquele que vive na selva, estranho à civilização, à comunhão nacional)”, de modo que as formas de organização e os costumes das populações tradicionais não eram reconhecidos como parte da identidade nacional do país, como se houvesse uma obrigação de se encaixar no modelo tradicional majoritário, renegando suas identidades em nome de sua inserção à nação brasileira.

Antes da Constituição de 1988, portanto, os objetivos eram a destribalização e deculturação dos povos indígenas, uma vez que sua forma cultural sempre foi compreendida como um estágio, isto é, um momento passageiro prévio à integração

deles na civilização. Sendo, portanto, salutar afirmar que até 1988 o pensamento adotado quando se tratava de assuntos concernentes aos indígenas, era a *Teoria Integracionista*, inclusive no próprio Estatuto do Índio de 1973 – que convergia com o Código Civil Brasileiro de 1916, considerando os povos indígenas como “relativamente incapazes”. Assim, os povos indígenas eram tutelados pela Fundação Nacional do Índio/FUNAI até sua esperada integração na sociedade nacional.

Ocorre, no entanto, que tal perspectiva já não consegue ser adequada, em uma perspectiva pluralista, uma vez que se trata de um profundo desrespeito e exclusão desses povos frente ao direito brasileiro.

Ora, a intenção do legislador brasileiro na época da edição do referido estatuto foi, de forma desrespeitosa e preconceituosa, conceber a condição de indígena como algo passageiro e transitório, uma vez que, com o passar do tempo, todos os indígenas deveriam se integrar à sociedade majoritária, caracterizando o que a doutrina especializada denomina de paradigma integracionista.

Assim, os membros das comunidades indígenas passavam por um processo de assimilação cultural, na medida em que eram classificados inicialmente como índios não integrados e, ao longo desse referido processo, passavam a ser denominados como índios em vias de integração e, por fim, índios integrados. Ocorre que tal situação refletia um viés colonizador por parte da sociedade majoritária, o que não pode mais ser admitido nos dias atuais; afinal, vigora no mundo globalizado a chamada teoria da relatividade cultural, que preconiza a inexistência de hierarquia entre as culturas e a impossibilidade de sobreposição de uma cultura a outra.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988 bem como com a ratificação da Convenção 169 da OIT, o Brasil passou a adotar um modelo de Estado Pluriétnico. É nessa perspectiva, à luz da Constituição Federal de 1988 e da Convenção 169 da OIT, que o Direito dos Povos Indígenas tornou obsoleto o paradigma do integracionismo e passou a ser regido pelo paradigma do interculturalismo (HEEMANN, 2018, s.p.).

Posto isso, a Constituição de 1988 afasta a Teoria Integracionista e o pensamento assimilacionista, inaugurando uma concepção fundamentada no paradigma do interculturalismo, através do respeito e inclusão dos povos indígenas, garantindo e buscando assegurar, no texto constitucional, a manutenção de sua cultura, tradições, costumes e propriedades. Entretanto, esse ideário vem cada vez mais perdendo sua eficácia e efetivação nas relações concretas, e os direitos dos povos indígenas vêm sendo usurpados.

A ADPF 709 advém de uma série de transgressões e agressões a esses povos, havendo o que Nakamura chama de “destruição da promessa constituinte”. Resultante da insistente “insuficiência de políticas públicas para a titulação e para a proteção dos indígenas de suas terras” (NAKAMURA, 2022, p.10), da histórica demora no processo de regularização das terras relativas ao Povo Indígena Xukuru, julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, além do fato de que a demarcação de terras não só não é feita desde 2019, como tem a FUNAI sido “paulatinamente sendo fragilizada, seja na diminuição dos seus recursos orçamentários, seja no desmantelamento de sua estrutura fundiária, responsável pelos procedimentos demarcatórios” (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2020, p. 51-52; NAKAMURA, 2022, p.12). E tal situação piorou consideravelmente com o advento da Pandemia da COVID-19 no Brasil de 2020, devastando essas comunidades, uma vez que “a violência às comunidades as invasões aos territórios por garimpeiros ilegais e por missionários, as queimadas e o desmatamento ilegal cresceram exponencialmente” (NAKAMURA, 2022, p. 12) antes e, especialmente, durante esse período.

Portanto, apesar de haver a previsão dos direitos dessas comunidades na Carta Constitucional, percebe-se que esses não veem sido respeitados e nem assegurados, constando, assim, um vazio em relação aos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo no que diz respeito à luta dos povos indígenas pelos seus direitos, já positivados, mas constantemente transgredidos e usurpados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, resta clara a tentativa da jurisdição constitucional, mediante as formas de controle de constitucionalidade exercidas pelo STF, em corrigir – frustrada e infrutiferamente – as múltiplas violações aos direitos fundamentais

cabíveis aos Povos Indígenas. Embora estes já sejam assegurados pela Constituição, como discutido no decorrer da presente pesquisa, de forma específica – conforme disposto no artigo: Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988). –, verifica-se uma grande dificuldade em efetivá-los.

Em convergência ao defendido pelo autor, é perceptível que o ataque às autoridades indigenistas, a conivência dos órgãos do Poder Público, além da morosidade das decisões judiciárias e dos incontáveis levantes contra os direitos indígenas, são tendências políticas que afrontam a Constituição Federal e se apresentam como um dos cenários mais desafiadores da constituição hodiernamente. Além disso, essa real preocupação com a tutela das comunidades indígenas apresenta-se ainda muito distante de uma prioridade da Administração Pública brasileira, embora a constituinte de 1987-1988 assim tenha definido.

Por fim, apesar das inúmeras intempéries experienciadas, o estudo nos proporcionou enxergar que ainda existem meios de driblar tais mecanismos dificultadores, a exemplo da legitimidade conferida à APIB enquanto órgão articulado em nome dos pleitos indígenas e de atuação importante ao trazer expressiva representatividade na luta pela defesa desses direitos, que garantem a manutenção da cultura, costumes, terras e estruturação social do povo nativo.

REFERÊNCIAS

ASCUNTAR, Jorge Enrique Benavides. Principios y valores del Derecho indígena Constitucional colombiano. **Criterio Libre Jurídico**, v. 9, n. 2, p. 95-129, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: DEL NERO, Patrícia Aurélia; GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da. (Org.). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2014. p. 1-27.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF**. Requerentes: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e PSB, PSOL, PCdoB, REDE, PT, PDT. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, julgado em: 05 ago. 2020, DJe: 07 out. 2020.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?** O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Relatório de Pesquisa financiado pelo CNPq (2011-2013). 1 abr. 2014.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios na Constituição**. Novos estudos CEBRAP, v. 37, n. 3, p. 429-443, sep./dez. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9na Edição. Salvador: JusPodivm, 2017.

HEEMANN, T. A. Por uma releitura do direito dos povos indígenas: do integracionismo ao interculturalismo. **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, DF, v. 109, n. 1, p. 5-18, 2018. doi: 10.22477/rdj.v109i1.164. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/164>. Acesso em: 26 out. 2022.

JESUS, Arthur Pereira de. Os problemas da política integracionista do Estatuto do Índio no reconhecimento dos direitos indígenas. **Caderno Virtual**. 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/6201>. Acesso em: 22 out. 2022.

JOAQUIM, Ana Paula. **Direito Constitucional Indígena: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013.

KRELL, Andreas Joachim; ALVES, Pedro de Oliveira. Responsabilidade democrática como pressuposto de uma teoria da interpretação: discussão em torno da ADI 4983/CE. **REI – Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, p. 672-699, 2018.

NAKAMURA, Erick K. Os Direitos Indígenas em disputa na ADPF 709: há caminhos possíveis na jurisdição constitucional?. **IDP Law Review**, v. 1, n. 2, p. 95-114, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5867>. Acesso em: 24 out. 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ma Edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

PROENÇA, Gustavo. **Povos Indígenas: conheça os direitos previstos na Constituição**. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 19 de abril de 2017. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/povos-indigenas-conheca-os-direitos-previstos-na-constituicao> >. Acesso em: 06 de março de 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7ma edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ma edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

O SISTEMA PRECEDENTAL E O DÉFICIT CONVENCIONAL BRASILEIRO

THE PRECEDENTAL SYSTEM AND THE BRAZILIAN CONVENTIONAL DEFICIT

Geraldo Furtado de Araújo Neto

Juiz do Trabalho Substituto no TRT da 24ª Região

Mestre em Direitos Humanos - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade

Social – Universidade de São Paulo

RESUMO: O CPC/15 inaugurou um novo sistema de precedente vinculantes no país. De outro lado, sabe-se que o país subutiliza o controle de convencionalidade, instrumento apto a aferir a compatibilidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos com a legislação doméstica. O presente artigo tem como objetivo geral estudar o relacionamento do controle de convencionalidade com o sistema de precedentes brasileiro, mais especificamente quanto à decisão no RE 466.343/SP e formação e vinculação para os fins do art. 926 e 927 do CPC/15. Tem-se como problema da pesquisa se a omissão quanto ao controle de convencionalidade pelas Cortes brasileiras pode trazer problemas no âmbito interno, não só quanto ao dever de observância da decisão do RE 466.343/SP, mas também à formação e vinculação do precedente no futuro.

Palavras-chave: Precedentes. Controle de convencionalidade. Decisão *per incuriam*.

ABSTRACT: *The CPC/15 opened a new precedental system in Brazil. On the other hand, Brazil underuse the control of conventionality, instrument used to check the compatibility between the treats of Human Rights e the national legislation. This article has the goal to study the relationship of control of conventionality and the brazilian precedental system, specially the STF decision in RE 466.343/SP and for-*

mation and binding for the purposes of the articles 926 and 927 of CPC/15. The problem of the research is if the omission regarding the control of conventionality in the Brazilian Courts could bring internal problems, not only regarding the duty of respect for the decision in RE 466.343/SP, but also the formation and binding of precedent in the future.

Keywords: *Precedents. Control of conventionality. Decision per incuriam.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O precedente é um velho conhecido do mundo anglo-saxão, no qual estão fincadas as raízes da *common law*. Por outro lado, é sabido que o Brasil adota uma tradição distinta. Na família *civil law* reza o primado da lei, cabendo ao magistrado apenas revelar o sentido da norma, sendo proibida a criação do Direito, em virtude da estrita separação de poderes.

Todavia, se em um primeiro momento foram criados no país mecanismos de uniformização da jurisprudência a fim de solucionar a questão do congestionamento do Judiciário, é inegável como o Brasil avançou para um sistema de precedentes vinculantes com o novo CPC/15.

De outro lado, é sabido como o controle de convencionalidade no país é esquecido ou ignorado, de modo que diversas situações que poderiam ser resolvidas à luz de um determinado tratado internacional de Direitos Humanos são solucionadas, apenas, com base na legislação nacional. Logo, pode-se falar em déficit convencional na jurisdição brasileira.

Nesse particular, é conhecida a decisão do STF no RE 466.343-SP, em que restou confirmado o *status* supralegal dos tratados internacionais em Direitos Humanos. Tal decisão tem caráter vinculante, conforme novo sistema precedental brasileiro.

O objetivo geral deste trabalho é estudar o relacionamento do controle de convencionalidade com o sistema de precedentes brasileiro, mais especificamente quanto à decisão no RE 466.343-SP e formação e vinculação para os fins do art. 926 e 927 do CPC/15.

Tem-se como problema da pesquisa, portanto: a omissão quanto ao controle de convencionalidade pelas Cortes brasileiras, além da possibilidade de responsabilização internacional, pode trazer problemas no âmbito interno, não só

quanto ao dever de observância da decisão do RE 466.343, mas também à formação e vinculação do precedente?

Para isso, far-se-á análise do atual CPC que, aparentemente, rompeu epistemologicamente com o antigo regime jurídico, tendo introduzido no país um sistema de precedentes inédito, em que se valoriza a fundamentação desenvolvida no julgado como vinculante.

Depois, será estudado o controle de convencionalidade, seus intentos, seu *status* de supralegalidade e maneira de aplicação segundo o princípio *pro homine*.

Por fim, será analisado o déficit convencional em face do sistema de precedente brasileiro, abordando não só o julgado no RE 466.343-SP, mas também como a omissão do controle de convencionalidade pode produzir desvinculação por se tratar de suposto erro *per incuriam*.

1. O LUGAR DO PRECEDENTE NO CPC/15

O artigo 476 do CPC/73 dispunha sobre a uniformização da jurisprudência, na ocasião de divergência entre os diversos órgãos do Tribunal. Em caso de julgamento pela maioria absoluta, frisava o artigo 479 que o julgamento seria objeto de súmula e constituiria “precedente na uniformização da jurisprudência” (BRASIL, 1973).

Contudo, a doutrina rechaçava qualquer vinculação dos juízes inferiores. Sobre o famigerado artigo 479 do CPC/73, mesmo que ocorresse formulação de súmula, a tese consagrada não vinculava, porquanto haveria possibilidade de sua revisão (MACHADO, 2014, p. 535). No mesmo sentido está Lopes Filho (2020, p. 143), para quem o CPC/73 se utilizava desse enunciado em sentido amplo, de simples padrão de consideração em julgamento futuro, sem maior detalhamento.

Na verdade, aquém de uma cultura precedental vinculante, a preocupação do legislador brasileiro, até então, estava mais atrelada à uniformização da jurisprudência e o julgamento de casos em massa, o que resultaria em um menor congestionamento do Judiciário.

Contudo, o atual CPC foi engendrado não só na expectativa de uniformizar a jurisprudência, mas também a fim de garantir a segurança jurídica. A exposição de motivos do Digesto já dizia:

Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.” (BRASIL, 2010)

Espera-se dos juízes como solucionadores imparciais das disputas entre cidadãos e entre estes e o Poder Público. Logra-se com esse sistema de precedentes que o Estado resolva os problemas jurídicos de acordo com o Direito e igualmente a todos, diluindo ou minimizando convicções pessoais de juízes, sejam de ordem moral, religiosa, política ou social (ARENHART; PEREIRA, p. 169)

O artigo 926 do atual CPC¹ inovou ao dispor que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (BRASIL, 2015). Didier Júnior (2018, p. 90) explica que o dever de uniformizar pressupõe que o Tribunal não pode ser omissivo diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre mesma questão de direito.

Ainda, a jurisprudência deve ser estável, porquanto qualquer mudança de entendimento deve ser justificada de modo amplo, sendo sugerida eventual modulação dos efeitos a fim de resguardar a segurança jurídica, conforme dicção do §4º do artigo 927 do CPC/15² (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 91).

Isso não quer dizer que se cria uma vedação completa para a modificação do entendimento consolidado, sob pena de indevido engessamento do Direito. Estável é a jurisprudência que não se muda frequentemente e, caso modificada, deve ser acompanhada de fundamentação específica e adequada (NEVES, 2022, p. 1.617)

1 Nesses termos: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

2 Nesses termos: “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (BRASIL, 2015).

Já a coerência se liga ao aspecto da consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Isto é, para casos idênticos, a solução deve ser a mesma (STRECK, 2021).

Este termo vai ao encontro do tratamento isonômico que deve ser dado às partes. Uma jurisprudência coerente impede que os sujeitos envolvidos em situações parecidas sejam tratados do modo diferente, evitando decisões solipsistas do juiz, formadas a partir de entendimentos pessoais, postura conhecida como voluntarismo judicial (NEVES, 2022, p. 1.618)

Quanto à integridade, diz respeito à unidade do direito, de modo que o juiz deve julgar conforme a lógica jurídica, a fim de evitar arbitrariedade no que toca à interpretação (STRECK, 2021). Portanto, uma decisão pode ser coerente, mas não íntegra e vice-versa.

Pode-se falar que a integridade se relaciona com a prudência no momento da interpretação, na medida em que exige dos Tribunais que o modo de se interpretar determinada norma ou fato não pode ser distinto daquele relacionado a outras questões de direito ou circunstâncias, salvo razão especial que justifique.

De todo modo, pode-se dizer que “a ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade” (STRECK, 2021), razão pela qual os dois elementos, ainda que não sejam iguais, se comunicam em certa medida.

Com a nova proposta da legislação processual, passa-se a impor obrigatoriedade de algumas espécies de decisões no artigo 927 do CPC.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

Houve, assim, a tentativa de densificação da segurança jurídica por meio da imposição do *stare decisis*, pelo qual os juízes inferiores têm de seguir precedentes superiores (PEIXOTO, 2018, p. 120), desde que se verifique se a decisão emanada da Corte encontra espeque no art. 927 do CPC/15 e se a *ratio decidendi* do caso precedente é compatível com o atual.

A vinculação oriunda do termo “observarão” não tem conotação de mero dever de levar em consideração. Não há qualquer necessidade de outros comandos normativos para que os casos do artigo 927 sejam tidos como vinculantes. Em um sistema que fortalece a jurisprudência (como faz transparecer o espírito do CPC, alinhado à Exposição de Motivos acima), não faz sentido interpretação restritiva do artigo mencionado. O próprio STF já considerava os precedentes originados de recurso extraordinário com repercussão geral vinculantes, ainda na vigência do CPC/73, como se vê na Reclamação 10.793 (Rel. min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011), motivo pelo qual improcede qualquer regressão nesse momento (PEIXOTO, 2018, p. 122).

Didier Júnior (2018, p. 89) entende que o novo Código deu nova estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. No mesmo sentido está Zaneti Júnior (2018, 106), para quem o tema foi uma das maiores novidades do CPC/2015, revelando mudança geral no ordenamento jurídico pátrio, citando como núcleo os artigos 926, 927 e 489, §1º, V e VI.

O artigo 926, §2º do CPC/15³ consagra o respeito à *ratio decidendi* na edição de súmulas, razão pela qual o tribunal deverá considerar os fundamentos principais dos precedentes aplicáveis aos fatos considerados (NEVES, 2022, p. 1.615).

Tucci (2021, p. 115) entende que o conceito de *ratio*, no qual se ampara a *doctrine of binding precedent*, é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto, e não a parte dispositiva da decisão, a qual produzirá eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial posterior.

Na família *common law*, o conceito de *ratio decidendi* sempre foi discutido, não havendo, até os dias de hoje, consenso sobre uma técnica exata para a extração dela.

3 Nesses termos: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015).

De todo modo, parece estar certo Macêdo (2017, p. 242) quando diz que a procura incessante por um método de extração da *ratio decidendi* precisa ser relativizada, a partir do reconhecimento de sua dimensão argumentativa, “sujeita às questões de princípio e às circunstâncias que alicerçam as razões do precedente”. Para ele “extrair a norma de um precedente judicial dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso”. Assim, definir a *ratio* se dá e se controla por meio da fundamentação.

Tudo que não for *ratio decidendi*, será tido como *obiter dictum*, isto é, fundamentos, hipóteses ou quaisquer elucubrações de forma escrita ou oralizada no julgamento, mas que são desimportantes para o deslinde do caso ou, ainda, não se transformaram em consenso por parte do Tribunal.

Como marca dessa “inovação legislativa” com o novo digesto, vale registrar que a menção a “precedente”, embora já houvesse no artigo 479 do CPC/73 (que, como visto, sua vinculação não era levada a sério), tornou-se comum somente com o atual código (LOPES FILHO, 2020, p. 143). Cite-se o disposto no artigo 489, §1º, V e VI, que explicita a fundamentação inadequada com o precedente, quando se faz referência a ele, mas sem perquirir sobre as razões de aproximação dos casos. Ainda, o disposto no artigo 926, §2º, que deixa certa a criação de súmulas, desde que relativas às circunstâncias fáticas e jurídicas dos precedentes que motivaram sua criação. Por fim, o artigo 927, §5º, que determina que os tribunais deverão dar publicidade aos precedentes, inclusive pela rede mundial de computadores (BRASIL, 2015).

Isto é, como marca desse apego ao precedente, vê-se que o CPC/15 dá não só prestígio à decisão em si, mas a seus fundamentos, lembrando ao intérprete que, mais do que olhar o resultado do julgamento, deve ser dada atenção à razão de decidir, que é o espírito do *stare decisis* anglo-saxão.

Em que pese toda essa mudança paradigmática, destaca-se que isso não leva o país à *common law*, pois o sistema de precedentes nossos é distinto, avalizado pela legislação, a qual escolheu somente alguns julgados como vinculantes. Porém, ainda que não seja uma aderência à *common law* (o que, de fato, soaria exagerado e descabido), um novo patamar foi alçado pelo CPC/15 na processualística brasileira, sendo razoável dizer em aproximação dos sistemas.

Logo, o CPC/2015 rompeu com o padrão epistemológico do antigo regime, criando um sistema que prestigia os padrões decisórios anteriores, não havendo falar apenas em precedente persuasivo, mas vinculante.

Muito além de uma cultura de uniformização da jurisprudência (o que já existia mesmo no CPC/73), o CPC/15 inaugurou uma cultura de precedentes sem igual, na medida em que exige que o juiz que se entenda vinculado a determinado precedente não se fixe em “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente”, mas procure os reais “fundamentos determinantes”.

Vale destacar que os julgados relativos ao artigo 927 do CPC/15 vem sendo chamados de obrigatórios ou vinculantes pela doutrina. De todo modo, parece que o citado artigo deve ser analisado em conjunto com o 988 do CPC/15⁴, razão pela qual poder-se-ia falar em outros julgados de observância obrigatória.

Pritsch (2018, p. 82) prefere o uso do termo “vinculantes em sentido estrito” para aqueles que o artigo 988 do CPC atribuiu-lhes maior força cogente, sendo seu desrespeito reprimido pela corte prolatora via reclamação, como é o caso das súmulas vinculantes do STF e acórdãos do controle concentrado de constitucionalidade (art. 988, III, do CPC); os acórdãos em incidente de assunção de competência e

4 Nesses termos: “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.”

resolução de demandas repetitivas (art. 988, IV, do CPC) e os acórdãos em recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 988, §5º, II, do CPC)⁵.

Ressalte-se também que, com a Lei 13.256/2016, a qual modificou o disposto no §5º do artigo 988, passou-se a admitir reclamação para os recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, e não só para os repetitivos, ainda que só após esgotadas as instâncias ordinárias (BRASIL, 2016)⁶⁷. Logo, pode-se dizer também de mais um caso de precedente “vinculante em sentido estrito”.

Por outro lado, “precedentes obrigatórios” seriam aqueles dos incisos IV e V do artigo 927 e que não desafiam reclamação, quais sejam, as súmulas de STF (em matéria constitucional) e STJ (em matéria infraconstitucional), bem como decisões do plenário ou órgão especial das cortes vinculantes hierarquicamente (PRITSCH, 2018, p. 84).

Neves tem entendimento um pouco distinto, fazendo a classificação dos precedentes conforme o grau de vinculação: grande, médio e pequeno.

Para ele, o julgamento em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, o IRDR e o incidente de assunção de competência têm eficácia vinculante grande, porque o desrespeito, independentemente do grau de jurisdição, é impugnável por reclamação (NEVES, 2022, p. 1.626).

Já o precedente em julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos e no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral tem eficácia média, uma vez que a reclamação exige exaurimento das instâncias ordinárias (NEVES, 2022, p. 1.626).

E os demais, como enunciados das súmulas dos Tribunais Superiores e a orientação do plenário ou órgão especial aos quais os juízes estão vinculados, tem

5 Nesse caso, há necessidade de se esgotar as instâncias ordinárias.

6 Neves (2022, p. 1.626) é crítico dessa postura do CPC, uma vez que essa possibilidade de reclamação em caso de decisão que desrespeite recursos especial ou extraordinário repetitivos apenas após esgotadas as instâncias ordinárias geraria uma incoerência com o disposto no artigo 928 do CPC/15, porquanto criaria diferença entre os diversos casos repetitivos, na medida em que sobre o julgado que desrespeita o IRDR já é possível a propositura de reclamação, sem necessidade de esgotar vias ordinárias.

7 A Lei 13.256/2016 retificou o disposto na antiga redação do artigo 988, III, além de ter inserido o inciso IV, e inciso II no §5º do mesmo artigo. Em resumo, retirou-se a possibilidade de reclamação sem esgotamento das vias ordinárias dos casos repetitivos, mas garantiu o instituto nos mesmos moldes para qualquer decisão que contrarie recurso extraordinário com recuperação geral reconhecida (BRASIL, 2016).

vinculação pequena, tendo em vista que descabe reclamação em qualquer caso (NEVES, 2022, p. 1.627).

Por fim, precedentes persuasivos seriam todos os julgados não elencados nos artigos 927 e 988 do CPC, principalmente os acórdãos de órgãos fracionários da Corte a qual o Juiz está subordinado, mas também acórdãos de outros Tribunais. Pritsch (2018, p. 85) também lembra que votos divergentes, vencidos, ou trechos não essenciais para a decisão que não integram os fundamentos determinantes e que constituem *obiter dictum*, também entram nessa seara.

De outro giro, Puoli (2016, p. 504) discorda da doutrina que afirma existirem diferentes níveis da vinculação (como forte, média e fraca), pois o uso do mesmo termo para ilustrar situações diversas pode dificultar o entendimento e boa compreensão do instituto. Assim, o traço distintivo para verificar se e quando uma decisão judicial é realmente vinculante é a possibilidade de uso da reclamação.

Para ele, há superioridade da Reclamação em relação ao recurso como meio de fomento do instituto, porque constrange o magistrado a seguir o precedente, resultando em novo trabalho a esse que vê uma decisão sua sendo cassada, o que difere da mera reforma por meio de recurso (PUOLI, 2016, p. 506).

Conclui, portanto:

Feitas tais considerações, tem-se, agora, condições de responder a questão proposto no título deste breve artigo, afirmando-se que, sendo certas as premissas acima adotadas, **apenas ter-se-á precedente vinculante, no sistema jurídico-processual brasileiro, nos casos em que houver autorização, constitucional e/ou legal, para pronta reação do interessado que, por intermédio do uso da reclamação (grifou-se), possa desde logo solicitar a cassação da decisão judicial que tiver negado aplicação, ou tiver procedido com a indevida aplicação do ‘comando’ contido no precedente”** (PUOLI, 2016, p. 507)

Independentemente da classificação a ser acolhida, uma coisa deve ser dita: o CPC/15 inovou com um sistema precedental nunca visto, em que há decisões classificadas no art. 927 que demandam uma observância necessária pelo Juiz ou Tribunal vinculado, que tem a missão de dialogar com seus fundamentos na resolução

do caso concreto, ainda que seja para dizer que embora seu caso seja parecido, com ele não se identifica por inteiro, por se tratar de uma distinção, ou quando identificar superação de entendimento.

2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, O JULGAMENTO DO RE 466.343/SP E O DÉFICIT CONVENCIONAL BRASILEIRO

É notório o cenário mundial cada vez mais complexo, em que a globalização e a facilidade de locomoção de pessoas e mercadorias fazem com que os países se unam em prol do progresso. Dessa relação multilateral surgem diversos tratados internacionais, com o fito de buscarem a solução de problemas que são comuns a todos. Essas soluções são consubstanciadas em acordos, convenções ou tratados. Mais especificamente na seara dos Direitos Humanos, surgem os diversos tratados internacionais que aludem o artigo 5º, §§ 2º e 3º da CRFB/88⁸.

Assim como existe uma técnica em que se faz o cotejo entre a legislação ordinária e as normas constitucionais, a fim de realizar a adequação daquela com essas últimas, também existe uma técnica capaz de aferir a compatibilização das normas nacionais com os tratados internacionais de Direitos Humanos.

Enquanto no controle de constitucionalidade o paradigma de controle é a hierarquia, no qual a Constituição se encontra no topo e a legislação infraconstitucional deve obediência a seus termos, sob pena de invalidade, o controle de convencionalidade se dá com base em critério material.

O que difere o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade é exatamente o paradigma de controle. Se a partir da Constituição ou de outra norma nacional, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos em sede nacional, não se está a falar em controle de convencionalidade, visto que se parte do critério hierárquico, baseado no pressuposto de supra ou infra ordenação do ordenamento jurídico nacional (CONCI, 2013, p. 17).

8 Nesses termos: “§ 2º 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.

§ 3º 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” (BRASIL, 1988).

Verificada a divergência entre o tratado internacional de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico local, passa-se para um segundo estágio, qual seja, saber quais instrumentos, nacional ou internacional, é mais protetivo aos direitos humanos envolvidos. Os critérios do controle de convencionalidade, assim, são de ordem material, não formal (CONCI, 2013, p. 17), com base no princípio *pro homine*.

Logo, sempre que uma lei interna for compatível com a Constituição, mas violar tratados internacionais de Direitos Humanos por ser menos benéfica que este, deve o julgador exercer o diálogo das fontes e aplicar o princípio *pro homine*. Isso fará que com as leis internas menos benéficas (que são ainda vigentes) permaneçam perambulando nos compêndios legislativos (MAZZUOLI, 2022, p. 165), mesmo que não aplicáveis por serem inválidas.

Assim como acontece com outras searas do Direito (no âmbito do Direito do trabalho existe o princípio *pro operario*), a regra da norma mais favorável à efetiva proteção dos direitos humanos é medida que se impõe no caso de conflitos entre direitos desta espécie (HENDERSON, 2004, p. 93).

A tradicional hierarquia das normas cede espaço a uma estrutura mais flexível, onde a rigidez e formalismo do Direito perdem importância em relação à norma mais protetiva.

Ademais, com base no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, promulgada no Brasil por meio do decreto 7.030/2009, uma parte signatária não pode invocar as disposições de seu direito interno com a finalidade de justificar o inadimplemento de um tratado internacional (BRASIL, 2009).

Henderson (2004, p. 88) informa outras normas de Direito Internacional que possibilitam a aplicação do princípio. É o caso do artigo 31 da Convenção de Viena, segundo o qual um Tratado deve ser interpretado de boa-fé e conforme o objetivo e finalidade da norma. Segundo o professor, os Tratados sobre Direitos Humanos têm como objetivo e fim conferir direitos aos indivíduos frente ao Estado e não regular as relações entre os Estados, como acontece nos “direitos das gentes”, motivo pelo qual é imperativa a aplicação do princípio *pro homine* em casos envolvendo Direitos Humanos.

O autor ainda cita, como fonte de onde se extrai o princípio, o artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, o artigo 41 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças e artigo 1.2 da

Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis (HENDERSON, 2004, p. 90).

Portanto, o controle de convencionalidade é essencial para evitar responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de tratados (MAZZUOLI, 2022, p. 185), motivo pelo qual a aplicação do instrumento garante não só a integridade do Direito, mas também a reputação brasileira no exterior.

No tocante ao Judiciário, Mazzuoli (2022, p. 37) deixa claro que esse Poder não pode deixar de aplicar um tratado a pretexto de não o conhecer ou não ter familiaridade com seus mandamentos, porquanto tanto a pesquisa das normas quanto da jurisprudência das Cortes Internacionais (intérpretes autênticas) são atividades de responsabilidade do juiz.

De outro lado, não se nega a existência do precedente do RE 466.343 do STF, em que a Corte entendeu pelo caráter supralegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos, caso não votados como se emenda constitucionais fossem, nos termos do art. 5º, §3º, da CRFB/88.

A questão envolvida consistia na verificação da legalidade da prisão civil do depositário infiel, uma vez que enquanto o artigo 5º, inciso LXII, da CRFB/88º, possibilita a prisão civil no caso de depositário infiel, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 7º, item 7¹⁰, apenas admite a prisão civil em caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

A referida norma internacional enquadrava-se na ótica do artigo 5º, §2º, da CRFB/88, pois assegurava um conjunto de direitos humanos além do previsto internamente. No entanto, a Convenção Americana não foi aprovada nos termos do artigo 5º, §3º, da CRFB/88, isto é, como se Emenda Constitucional fosse.

Ao final, duas teses se formaram na Suprema Corte. A primeira, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, concedendo aos tratados e às convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil tenha aderido *status* supralegal, mas admitindo a hipótese de nível constitucional quando ratificadas pelo Congresso nos termos do

9 Nesses termos: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988).

10 Nesses termos: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

parágrafo 3º, do artigo 5º, da CRFB/88. Com ele, votaram os ministros Menezes Direito, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Carmén Lúcia, sendo a tese vencedora. Por fim, defendendo o *status* constitucional desses tratados, ficaram vencidos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

Assim, ao fim do julgamento do RE 466.343/SP, os tratados não ratificados como emendas constitucionais se incorporam ao ordenamento jurídico pátrio acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição, razão pela qual a mera denúncia por meio de decreto presidencial é insuficiente para retirá-la do mundo jurídico.

Nesse sentido é o voto do Min. Joaquim Barbosa relativo à ADI 1625 (até o momento oito ministros votaram e, após pedido de vistas do Min. Gilmar Mendes, o julgamento encontra-se suspenso) que trata da suposta inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96 do Presidente Fernando Henrique Cardoso que “denunciou” a Convenção 158 da OIT:

Se se atribui o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e se se reconhece à Convenção 158 da OIT o status de tratado de direitos humanos, chega-se facilmente à conclusão de que o Poder Executivo não podia, sem a intervenção do Congresso, denunciar o referido tratado. Isso porque, estar-se-ia permitindo que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo. Mais que isso, estar-se-ia permitindo que o Poder Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional. Se já é inviável pensar que seja possível a revogação de um ato com força de lei por ação apenas do Executivo, o fato de estar-se diante de um ato com força supralegal agrava ainda mais a situação.

Por outro lado, não dá para confundir a integração das normas oriundas de tratados internacionais com o modo de aplicação, em caso de antinomias, quando o assunto é Direitos Humanos.

Vale destacar que não há qualquer incompatibilidade em dizer que os tratados internacionais de Direitos Humanos têm caráter supralegal, mas a aplicação segue a regra do princípio *pro homine*. Isso acontece porque se o tratado internacional

de Direitos Humanos for mais benéfico (como costuma acontecer) ele deverá ser aplicado. Caso contrário (o que seria raro), aplicar a norma nacional mais benéfica seria, no fim das contas, alcançar o intento do próprio tratado internacional de Direitos Humanos, o qual constitui patamar mínimo de proteção naquela matéria que trata.

Nesse sentido é Azevedo Neto (2021, p. 67) para quem as convenções e demais tratados aplicáveis ostentam natureza supralegal, conforme já decidido pelo STF. Contudo, esse critério é insuficiente para todos os casos, uma vez que uma norma interna pode ser mais benéfica, mesmo que isso seja mais difícil de acontecer. Considerando o princípio *pro homine*, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana.

Além disso, caso esse mesmo julgamento do STF sobre a prisão do depositário fiel fosse levado a ferro e fogo no que tange à hierarquia das normas, há a hipótese “quase cerebrina” de que fosse aprovado por emenda constitucional o conteúdo das normas que tratam o instituto da prisão civil do depositário infiel. Nesse caso, prevaleceria a norma constitucional em detrimento de norma de tratado mais benéfico aos direitos humanos (MAUÉS, 2013, p. 219)? Enfim, não faria sentido em vista da finalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos¹¹.

Assim, no cotejo entre normas nacionais e internacionais em Direitos Humanos não há falar em hierarquia. Nesse diálogo de fontes, não prevalece uma submissão do ordenamento jurídico pátrio em relação ao internacional e vice-versa. O que importa é estabelecer a norma mais protetiva para a vítima ou vulnerável.

Entretanto, vale ressaltar que ainda se tem uma visão “soberanista”¹² entranhada no Direito brasileiro, razão pela qual o Brasil já descumpriu reiterados tratados de

11 Não custa lembrar que o controle de convencionalidade pode ser feito, inclusive, em relação ao próprio texto constitucional, a fim de compatibilizá-lo com os instrumentos internacionais de Direitos Humanos, como decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “A Última Tentação de Cristo vs. Chile”, em que restou certo que a responsabilidade internacional de um Estado pode decorrer de atos ou omissões de um dos seus poderes ou órgãos, independentemente da hierarquia, mesmo em se tratando de uma norma constitucional.

12 Expressão cunhada pela subprocuradora-geral da República Anamara Osório, em palestra proferida no curso de Cooperação Internacional em Matéria Cibernética (ESMPU, dezembro de 2020),

Direitos Humanos e, por tal motivo, foi condenado em 12 oportunidades¹³ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Paes faz dura crítica nesse sentido:

Observa-se que, no Brasil, há uma resistência de parte da jurisdição em exercer o controle de convencionalidade, mormente quando os exames de convencionalidade e de constitucionalidade apontam em direções opostas com relação à validade da norma em questão. Diante de um conflito aparente nesse nível, a jurisprudência dos tribunais superiores ainda prefere guardar o resultado constitucional, relegando o controle de convencionalidade a segundo plano. No entanto, trata-se de controles distintos em sua natureza e não hierarquizados, e devem ambos ser realizados para que se conclua pela validade de uma norma legislativa interna.

(...)

Além disso, no Brasil observa-se ainda pouca interlocução e engajamento institucional por parte de autoridades como as pertencentes ao Executivo e autoridades administrativas ou congressistas, todas responsáveis (e assim devem ser reconhecidas) pela promoção da convencionalidade e respeito à jurisprudência interamericana, em seus respectivos âmbitos de atribuição (PAES, 2021, p. 35).

Ademais, aponta para a acepção que a jurisdição e os tribunais superiores brasileiros fazem do controle de convencionalidade, sub-hierarquizando essa técnica em relação ao controle de constitucionalidade, de modo a preservar este último, quando na verdade são procedimentos de funcionalidade paralela (PAES, 2021, p. 20).

13 1. Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 de julho de 2006; 2. Nogueira de Carvalho e outros vs. Brasil, 28 de novembro de 2006; 3. Escher e outros vs. Brasil, 6 de julho de 2009; 4. Garibaldi vs. Brasil, 23 de setembro de 2009; 5. Gomes Lund e outros vs. Brasil, 24 nov. 2010; 6. Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, 20 de outubro de 2016; 7. Favela Nova Brasília vs. Brasil, 16 de fevereiro de 2017; 8. Povo Indígena Xucuru e seus membros vs Brasil, 5 de fev. de 2018; 9. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil, 15 de março de 2018; 10. Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus vs Brasil, 15 de julho de 2020; 11. Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil, 07 de setembro de 2021; 12. Caso Sales Pimenta vs Brasil, 30 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm>. Acesso em: 01 mar. 2023.

Assim, não é difícil concluir que há no país uma falta de cultura em Direitos Humanos, que não afeta só o Judiciário, mas todos os Poderes da República. Paes (2021, p. 20) denuncia essa falta de engajamento e compromisso internacional das autoridades da República no Brasil, também no Executivo e Legislativo.

Não à toa, o CNJ editou a Recomendação 123 no início do ano de 2022, a qual exorta os magistrados de todo o Brasil à obediência aos tratados e convenções em Direitos Humanos, com o consequente controle de convencionalidade, bem como às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022).

Nos “Considerandos” da Recomendação, há clara menção à necessidade de juízes e juízas em “aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos” e também de que a Corte IDH já chamou a atenção sobre o dever dos países, inclusive nos casos em que o Estado Brasileiro foi condenado diretamente, “de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022), o que apenas evidencia que o próprio CNJ admite a insuficiente utilização do instituto no país, uma vez que não editaria norma desse naipe se o controle de convencionalidade estivesse sendo feito adequadamente no Brasil.

Por isso, é inegável que o controle de convencionalidade é subutilizado no país pelos tribunais e juízes, o que afeta, obviamente, a busca do devido processo legal na formação do precedente, uma vez que tratados internacionais de Direitos Humanos podem ser ignorados em casos em que sua aplicação geraria mudança da conclusão tomada pela Corte. Em vista dessa subutilização e falta de cultura em Direitos Humanos é que se autoriza falar em “déficit convencional brasileiro”.

3. O DÉFICIT CONVENCIONAL BRASILEIRO COMO PROBLEMA PARA A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE

Preocupação pertinente diz respeito à qualidade da *ratio decidendi* no que toca ao cumprimento do controle de convencionalidade. Isso porque essas razões de decidir influenciarão os próximos julgados com efeito vinculante, motivo pelo qual é preciso analisar como se deu o desenvolvimento e debate para a formação da *ratio*.

Uma coisa é uma decisão proferida em determinado processo, envolvendo determinados litigantes, os quais terão participação na lide e serão chamados a

argumentar e provar, sofrendo a autoridade da coisa julgada, como alude a atual redação do art. 502 do CPC/15¹⁴, no caso concreto.

Outra coisa é o sistema do *stare decisis*, em que é reconhecida eficácia anexa que a torna fonte do direito, gerando norma jurídica aplicável aos demais jurisdicionados, desde que se enquadre nos critérios para produzir eficácia obrigatória (MACÊDO, 2022, p. 228).

Vale dizer, em um país onde o controle de convencionalidade é raro, preocupa a formação do precedente, na medida em que a decisão vincula, embora ignorando existência de tratado internacional de Direitos Humanos.

É como se a falha jurisdicional brasileira ou déficit convencional que se está a falar neste trabalho se perpetuasse, uma vez que determinada Corte nacional teria cristalizado um julgamento sem análise do tratado internacional de Direitos Humanos.

Ainda que o juiz ou tribunal inferior possa levantar em teoria a questão de distinção, ou superação do entendimento (como autoriza o artigo 489, §1º, inciso VI, do CPC/15¹⁵), haveria dificuldade argumentativa nesse sentido quando se falasse em desvinculação de uma decisão que ignorou tratado internacional de Direitos Humanos.

Duxbury (2008, p. 113) aduz que “distinguir” é o que fazem os juízes quando há distinção de fatos entre o precedente e o caso em julgamento. Para isso, a primeira coisa que deve ser feita é a separação da *ratio decidendi* do *obiter dictum*, separando os fatos relevantes dos irrelevantes para a decisão. Assim, deve ser demonstrado que a *ratio* do precedente não satisfaz para o caso em análise.

Se a analogia constitui método de aplicação do precedente, concluindo-se pela existência de pontos de aproximação entre o caso passado e caso presente, na distinção há uma contra-analogia, na qual se identificam padrões de distanciamento entre as situações (VIANA; NUNES, 2018, p. 383)

14 Nesses termos: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015)

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

(...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BRASIL, 2015)

Por outro lado, o CPC atual não chegou a enunciar critérios dos quais dependeria a superação de uma tese, embora Pritsch (2018, p. 117) argumente, com base em aplicação analógica da Lei 13.015/2014 (modificando o disposto no §17º do artigo 896-C da CLT) que autorizou a revisão de tese firmada em julgamento de recursos repetitivos no processo do trabalho, que se aplique a dicção do legislador, isto é, pode ser considerada justificada a superação quando houver alteração da “situação econômica, social ou jurídica” (BRASIL, 2014).

Assim, um precedente que ignora norma não poderia, em tese, sofrer *distinguishing*, pois a situação fática é a mesma, nem mesmo ser superado, por não haver modificação da situação jurídica (levando em conta que o tratado internacional de Direitos Humanos já existia à época da geração do precedente).

Contudo, deve-se pensar em uma saída jurídica para não vinculação dos juízes e Tribunais inferiores em caso de omissão dos Tribunais na análise do controle de convencionalidade que, reitera-se, é de utilização obrigatória pelos juízes.

Cabe ressaltar que na literatura anglo-saxã o tema é trabalhado na perspectiva do chamado erro *per incuriam* ou *per ignorantia legis*.

Naqueles países, há doutrina antiga sobre a possibilidade de desvinculação do magistrado posterior em casos de erro de julgamento.

Uma decisão não faz autoridade em relação a quaisquer questões de direito que não tenham sido suscitadas ou apresentadas perante a Corte e que não tenham sido levadas em consideração e decididas por ela (grifou-se), ainda que estivessem logicamente presentes no caso e possam ter sido abordadas, ainda mais quando tais questões conduzissem a uma decisão diversa da que foi proferida, se houvessem sido apreciadas pela Corte (BLACK, 1912, p. 37, *apud* RE, 1994).

Uma decisão formal a respeito de uma questão de direito suscitada em qualquer processo torna-se paradigma para caso semelhante porque constitui-se na maior evidência que podemos ter do direito aplicável à hipótese e os juízes devem acompanhar tal decisão enquanto ela não for superada, **a menos que possa ser demonstrado que a lei foi mal compreendida ou mal**

aplicada naquele caso específico (grifou-se) (KENT, 1896, p. 475 *apud* RE, 1994).

Mais recentemente, o erro *per incuriam* é retratado por Cross e Harris (1991, p. 148-149) que o identificam quando uma decisão ignora precedente relevante ou determinada legislação (como no caso de um tratado internacional de Direitos Humanos), os quais se tivessem sido examinados, teriam mudado o rumo da decisão.

O julgamento *per incuriam* nada tem a ver com a não concordância das razões expostas no precedente, de maneira que o erro deve ser evidente, manifesto e facilmente perceptível (CROSS; HARRIS, 1991, p. 149).

No Reino Unido, Bankowski, MacCormick e Marshall (1997, p. 328) afirmam que entre os fatores determinantes de força normativa do precedente estão a escala hierárquica da Corte, a idade do precedente, bem como se esse precedente foi formado *per incuriam*, por descuido no trato da questão de fato ou apreciação do Direito.

Por isso, afirmam

Isso ilustra a grande importância nesses sistemas do dever do advogado garantir que um tribunal que decida uma questão de direito esteja totalmente ciente de toda a lei relevante, mesmo precedentes (e assim por diante) inúteis para o próprio caso do advogado¹⁶ (BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHALL, 1997, p. 170).

Mesmo no Brasil, há doutrina que admite o reconhecimento de não-vinculação, quando há ignorância da norma. Com esse entendimento, Streck, Raatz e Morbach (2019, p. 332) também afirmam que os Tribunais subsequentes (e por consequência óbvia, o próprio Tribunal emissor da decisão) não estão vinculados, desde que atendido o devido ônus argumentativo, a decisões proferidas que contradigam a legislação, isto é, *per incuriam*.

Vê-se, assim, que uma decisão errada deve ser muito menos tolerada na doutrina do *stare decisis* do que no âmbito das ações individuais. Um precedente vinculante

¹⁶ No original: “This illustrates the very great importance attached in these systems to the duty of a lawyer to ensure that a court deciding a question of law is made fully aware of all the relevant law, even precedents (and so on) ostensibly unhelpful to the lawyer’s own case”.

errado tem efeitos nefastos na vida de incontáveis pessoas e consequências político-jurídicas graves.

Como dizem Mello e Baqueiro:

É importante, contudo, desmistificar algumas preocupações. Como os casos examinados demonstram, precedentes vinculantes não se impõem, apenas, pela autoridade. Não calam as instâncias inferiores. Precisam convencer pelo argumento. Se o argumento é insuficiente, se os órgãos vinculados o percebem como errado, injusto, absurdo, há meios de buscar a redução da sua *ratio decidendi* e a ampliação das hipóteses de distinção, e as cortes vinculadas o farão. A aplicação do precedente não é automática. (...)

No entanto, como fica claro pelos casos examinados, o direito será o produto de uma contínua interação entre os tribunais. Os precedentes vinculantes não esvaziam as cortes vinculadas de poder. Ao contrário, em pelo menos dois dos três casos antes estudados, ao final, prevaleceu o entendimento das cortes vinculadas. No último, a conclusão do STF provavelmente será objeto de novos esclarecimentos. **Os precedentes vinculantes, portanto, não necessariamente encerram o debate entre as instâncias judiciais. O que fazem é alterar a forma como tal debate se dá e organizá-la, com base em ferramentas como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, associação e distinção entre casos, que favorecem a argumentação e a compreensão dos pontos de divergência (grifou-se).**

Os precedentes vinculantes tampouco cristalizam o direito ou comprometem seu desenvolvimento judicial. Em todos os casos examinados acima, o entendimento original do Supremo foi alterado em resposta à provocação das cortes vinculadas e dos jurisdicionados, em um padrão muito evidente, que indica que distinções inconsistentes e fuga em massa à aplicação dos precedentes vinculantes geralmente conduzem à sua revisão ou à superação (MELLO e BAQUEIRO, 2017, p. 686).

É bem verdade que o artigo 926 do CPC/15 deixa claro que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Isto é, os Tribunais devem se esforçar a fim de dirimir eventual cisão interna entre Turmas ou Câmaras a respeito de determinada matéria.

Contudo, mesmo que ela deva ser estável, ou seja, perdurar no tempo o máximo possível a fim de garantir segurança jurídica nas relações e negócios entre as pessoas, também deve ser íntegra e coerente.

Registre-se que o mandamento do art. 926 do CPC, nos aspectos da coerência e integridade, induz a pensar que as decisões do Judiciário brasileiro devem se formar como uma rede que conecta todas as Cortes. Logo, uma decisão de um Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal deve manter respeito não só às suas próprias decisões, mas também àquelas oriundas dos Tribunais Superiores, como o STJ e o STF, sob pena de rompimento dessa trama.

Ou ainda, pode-se pensar que a construção jurisprudencial forma uma cadeia discursiva, o que remete à famosa ideia de Dworkin, o qual é o protagonista teórico da convergência entre passado e presente reunida na famosa metáfora do romance em cadeia. Segundo sua célebre ideia, a história do Direito pode ser comparada a um romance redigido de modo coeso em que cada romancista posterior é desprovido de total liberdade criativa, uma vez que escreve sua obra em continuação aos outros autores que vieram antes dele (PRITSCH; JUNQUEIRA; MARANHÃO, 2020, p. 55). Logo, o novo autor fica preso ao passado, devendo levar em consideração toda uma história já narrada, de modo que ainda que seu caso conte nuances distintas e evoluções sociais e econômicas, a história que ele continuará contando mantém coerência com aquilo já foi dito (ou, no caso, julgado).

Ora, uma decisão que ignora um tratado internacional de Direitos Humanos se omite em relação a uma norma do próprio ordenamento jurídico pátrio, pois incorporada com *status* supralegal, como decidido pelo STF quando do julgamento do RE 466.343/SP, ou até mesmo constitucional, caso incorporada nos termos do art. 5º, §3º, da CRFB/88.

Nesse diapasão, essa mesma decisão com potencial de vinculação para tribunais e juízes inferiores estará desrespeitando uma decisão do STF (RE 466.343/SP) de observância obrigatória, uma vez que o Recurso Extraordinário está estampado no art. 927, inciso V, do CPC/15. Ainda, vale dizer que contradizer um precedente

desse naipe poderá gerar Reclamação para garantir observância de acórdão do RE 466.343/SP, conforme art. 988, §5º, II, do CPC/15.

O desrespeito à decisão exarada no RE 466.343-SP quebra a cadeia discursiva do romance aventado por Dworkin, ferindo a integridade e coerência tão almejadas pelo art. 926 do CPC/15.

Assim, as Cortes que tratam de questões envolvendo Direitos Humanos devem se atentar para a existência de eventual tratado internacional na área, a fim de evitar decisão conflitante com o próprio entendimento do STF. Caso se omitem no controle de convencionalidade, a formação do precedente será falha.

Por tudo isso, entende-se que o déficit convencional brasileiro produz problemas para além do risco de responsabilidade internacional pela inaplicabilidade de tratados internacionais de Direitos Humanos assumidos.

Isso porque a omissão no controle de convencionalidade também trará consequências no plano jurídico interno, que se relacionam com o sistema de precedentes brasileiro inaugurado com o CPC/15. Essa inação, portanto, gerará dois problemas: 1) formação falha de um precedente que deixou de analisar norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, o que poderia levantar a questão do erro *per incuriam* e desvinculação dos demais Tribunais e juízes; e 2) desrespeito à decisão emanada pelo STF quando do julgamento do RE 466.343-SP, uma vez que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem *status* supralegal, quando não tem *status* constitucional, o que poderá redundar em Reclamação ao STF.

A partir desse momento, a confusão estará instalada, porquanto o juiz inferior vinculado não saberá, quando do enfrentamento de um caso concreto que possibilita a aplicação de um tratado internacional de Direitos Humanos, se deve obediência à decisão do STF no RE 466.343-SP ou se segue a decisão da Corte local à qual se encontra vinculado, mas que ignorou norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico pátrio.

Isso trará mais insegurança e cisão dentro do Judiciário brasileiro, motivo pelo qual a preocupação pelo uso efetivo do controle de convencionalidade no Brasil é muito pertinente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, viu-se que o CPC/15 inaugurou um sistema de precedentes sem igual na história brasileira, em que se exige a observância de determinadas decisões elencadas no art. 927 do CPC/15 pelo juiz ou tribunal vinculado.

Analisou-se que o sistema brasileiro atual, diferentemente do passado, prestigia a *ratio decidendi*, em vez do mero resultado do julgamento, o que evidencia a necessidade do operador do Direito em dialogar com a fundamentação da decisão. É a ela que ele estará vinculado, necessariamente.

De outro giro, o controle de convencionalidade se consubstancia na técnica que afere a compatibilidade das normas nacionais com aquelas oriundas dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Em vista do caráter “soberanista” do Direito brasileiro, o controle de convencionalidade no Brasil é subutilizado, o que traz problemas não só no campo da responsabilidade internacional, mas também no plano do sistema de precedentes.

Foi estudado o chamado erro *per incuriam*, que se dá quando há um precedente que ignorou a aplicação de uma determinada norma, o que, segundo a doutrina apresentada, autorizaria a desvinculação do tribunal ou juiz inferior.

Viu-se que, pelo RE 466.343/SP, o STF declarou que os tratados internacionais de Direitos Humanos têm *status* supralegal, isto é, abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias, quando não tem *status* constitucional, se incorporadas nos termos do art. 5º, §3º, da CRFB/88.

Por tudo isso, conclui-se que o déficit convencional brasileiro produz dois problemas jurídicos internos: 1) formação falha de um precedente que deixou de analisar norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, o que poderia levantar a questão do erro *per incuriam* e desvinculação dos tribunais e juízes inferiores; e 2) desrespeito à decisão emanada pelo STF quando do julgamento do RE 466.343-SP, uma vez que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem *status* supralegal, quando não tem *status* constitucional, o que poderá redundar em Reclamação perante o STF.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e Casos Repetitivos. Por que Não se Pode Confundir Precedentes com as Técnicas do CPC para Solução da Litigância de Massa. *In*: SARLET, Ingo; JOBIM, Marco (org). **Precedentes Judiciais: Diálogo Transnacionais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Editora Venturoli, 2021.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). **Interpreting Precedents: A comparative study**. Vermont: Ashgate Publishing Company, 1997.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 27 fev. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381.

BRASIL. **Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113015.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 27 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016.** Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13256&ano=2016&ato=9b1MzZq50dZpWT0be>. Acesso em: 09 de jun. 2022.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o Diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes? Por uma abertura crítica do Direito brasileiro ao Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos. *In*: COELHO, Marcus Vinicius Furtado. (Org.). **Reflexões sobre a Constituição: Uma homenagem da advocacia brasileira.** Brasília: Leya, 2013. v. 1. p. 200-230.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 123, de 7 de janeiro do 2022.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em: 02 mar. 2023.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law.** 4ta edição. New York: Oxford University Press, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. *In*: SARLET, Ingo; JOBIM, Marco (org). **Precedentes Judiciais: Diálogo Transnacionais.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno; la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, n. 39., 2004.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo.** 3ra edição. Salvador: JusPodivm, 2020.

MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes Judiciais e o Direitos Processual Civil.** São Paulo: JusPodivm, 2022.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado.** 13ra edição. Barueri: Manole, 2014.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional,** Curitiba, v. 13, n. 52, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional de convencionalidade das leis.** 5ta edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MELO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paulo de Andrade. Distinção Inconsistente e Superação de Precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**. 7ma edição. São Paulo: JusPodvum, 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Costa Rica, São José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 06 mar. 2023.

PAES, Alan Salvador. Controle de convencionalidade e o papel das autoridades nacionais: estudo comparativo entre Brasil e França. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 20, n. 57, jul./dez. 2021.

PEIXOTO, Ravi. A Reclamação como Remédio Jurídico Processual para a Superação de Precedentes. *In*: SARLET, Ingo; JOBIM, Marco (org). **Precedentes Judiciais: Diálogo Transnacionais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

PRITSCH, César Zucatti. **Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

PRITSCH Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. O Sistema de Precedentes no Código de Processo Civil de 2015: A Superação do Positivismo para a Garantia de Estabilidade e Isonomia nas Decisões Judiciais. *In*: PRITSCH, César; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; HIGA, Flávio da Costa; MARANHÃO, Ney (org.). **Precedentes no Processo do Trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PUOLI, José Carlos Baptista. O CPC depois da Lei 13.246/2016. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Processo em Jornadas**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução: Ellen Gracie Nonhfleet. **Revista de Processo**, n. 73, jan./mar. 1994.

STRECK, Lenio. Por que juízes e advogados relutam em aplicar o artigo 926 do CPC? **Revista Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/senso-incomum-juizes-advogados-relutam-aplicar-artigo-926-cpc>. Acesso em: 02 mai 2022.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no brasil? **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 54, p. 317-341, 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. 2da edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Modelo dos Precedentes no Código de Processo Civil Brasileiro. *In*: SARLET, Ingo; JOBIM, Marco (org). **Precedentes Judiciais: Diálogo Transnacionais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

**HUMANIZAÇÃO COMO PILAR DA INOVAÇÃO PARA
GERAÇÃO DE VALOR PÚBLICO NO PODER JUDICIÁRIO:
O COMPROMISSO ÉTICO DO JUIZ COM O SER**

***HUMANIZATION AS A PILLAR OF INNOVATION TO GENERATE
PUBLIC VALUE
IN THE JUDICIARY: THE JUDGE'S ETHICAL COMMITMENT TO
BEING***

Luciane Amaral Corrêa Münch

Desembargadora Federal do TRF da 4ª Região

Professora da Escola Nacional de Formação e

Aperfeiçoamento de Magistrados

Doutora em Direito pela Universidade de Genebra, LL.M.

Banking and Finance, LSE

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Especialista em Direito Internacional

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS)

Jaqueline Reis Caracas

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Mestranda pela Escola Nacional de Formação e

Aperfeiçoamento de Magistrados

Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Estácio de Sá

Especialista em Direito Constitucional pela UNDB

MBA em Gestão em Poder Judiciário pela FGV

RESUMO: Este artigo examina a relação entre a confiança da sociedade no Poder Judiciário e sua potencialidade como legitimador da inovação no setor público, à luz do conceito de inovação como geração de valor público. Partindo de

pesquisas que apontam o descrédito da sociedade brasileira no Poder Judiciário, e demonstram que aquela percebe a confiança como um valor superior à celeridade e à eficiência, o artigo identifica os valores éticos que os Princípios de Bangalore e o Código de Ética da Magistratura Nacional impõem ao magistrado, concluindo pelo papel fundamental deste agente na construção da confiança capaz de impulsionar os processos de inovação. Ao final, propõe que a humanização, enquanto compromisso ético do juiz, deve estar no centro do discurso sobre inovação no Poder Judiciário.

Palavras-chave: Inovação. Valor Público. Ética. Poder Judiciário.

***ABSTRACT:** This article examines the relationship between society's trust in the Judiciary and its potentiality to legitimate innovation in the public sector, in light of the concept of innovation as public value generation. Setting from research data pointing out to the Brazilian society's discredit in the Judiciary, and demonstrating that it values trust more than celerity or efficiency, the article identifies the ethical values that the Bangalore Principles and the Brazilian Ethical Code of Judicial Conduct impose on the judge, concluding that they play a fundamental role in the construction of trust necessary to boost innovation processes. In conclusion, it proposes that humanisation, as a judge's ethical commitment, must be at the centre of the innovation discourse in the Judiciary Power.*

Keywords: Innovation. Public Value. Ethic. Judiciary Power.

INTRODUÇÃO

O tema da inovação é recorrente no Poder Judiciário brasileiro, à semelhança do que ocorre em outras esferas do poder público e da sociedade. Prepondera, no entanto, entre atividades gerenciais e acadêmicas, um olhar voltado à implementação ou ao desenvolvimento de novas tecnologias, com menor atenção às transformações que a inovação, na era do conhecimento, exige do ser humano.

Nas instituições públicas, como o Poder Judiciário, toda inovação deve gerar valor público, e para tanto deve ter legitimidade e suporte público (MOORE (2021, p. 1-2). Para que isso ocorra, confiança é um elemento crucial, que se exige não apenas quanto ao valor público (à *inovação*) a ser gerado, como também quanto à instituição que busca gerar valor público (*innovar*). Entretanto, pesquisas recentes quanto à percepção da sociedade sobre o Poder Judiciário colocam em xeque a imagem pública das instituições judiciais (RAMOS; *et. al.*, 2021). De acordo com elas, o

Poder Judiciário passa por uma crise de credibilidade, pois é visto pela sociedade com desconfiança. Inspira sentimentos negativos de tristeza, indignação, vergonha e medo. A despeito dos crescentes investimentos em tecnologia e eficiência, verifica-se que o maior atributo que as pessoas esperam da Justiça ideal é a confiança, e não a celeridade.

Partindo dos dados levantados (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL, 2019), este artigo examina como a ética judicial está imbricada com o processo de inovação, na medida em que desperta no juiz um compromisso virtuoso que vai muito além do cumprimento de deveres, sob uma perspectiva humanizada de atuação, sem que isso configure ruptura da imparcialidade. É a partir da centralidade do ser humano que o Poder Judiciário pode efetivamente inovar de forma a produzir valor público, percebido como tal pela sociedade que, pela confiança na instituição, o legitima e lhe dá suporte.

O juiz, como representante dessa instituição, que para uns envaidece e para outros intimida. Precisa, portanto, balizar sua atuação não só na ética deontológica, mas buscar no exercício virtuoso diário o fundamento para decidir e para despertar no jurisdicionado a confiança em uma Justiça mais justa.

A partir dos postulados trazidos pelos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial e do Código de Ética da Magistratura Nacional, analisa-se como o comportamento público e privado e os padrões éticos do julgador se correlacionam com a função de julgar, para colocar o ser humano em perspectiva. O artigo está estruturado em quatro seções, além das considerações finais.

A seção 1 analisa os dados da pesquisa “O Estudo da Imagem do Poder Judiciário”, feita em 2019 pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), a pedido da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), acerca da percepção da sociedade sobre o Poder Judiciário, correlacionando-os com a pesquisa, também feita pela FGV, em 2021, para aferição do que intitula Índice de Confiança na Justiça no Brasil (ICJBrasil). Esse conjunto de dados é cotejado com o “triângulo estratégico” proposto por Mark Moore para a geração de valor público (MOORE, 2021, p. 1-2). Na seção 2, apresentam-se três teorias da ética judicial e qual a importância desse estudo para a construção do perfil de magistrado que a sociedade espera. Na seção 3, analisam-se os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial e, na sequência, a seção

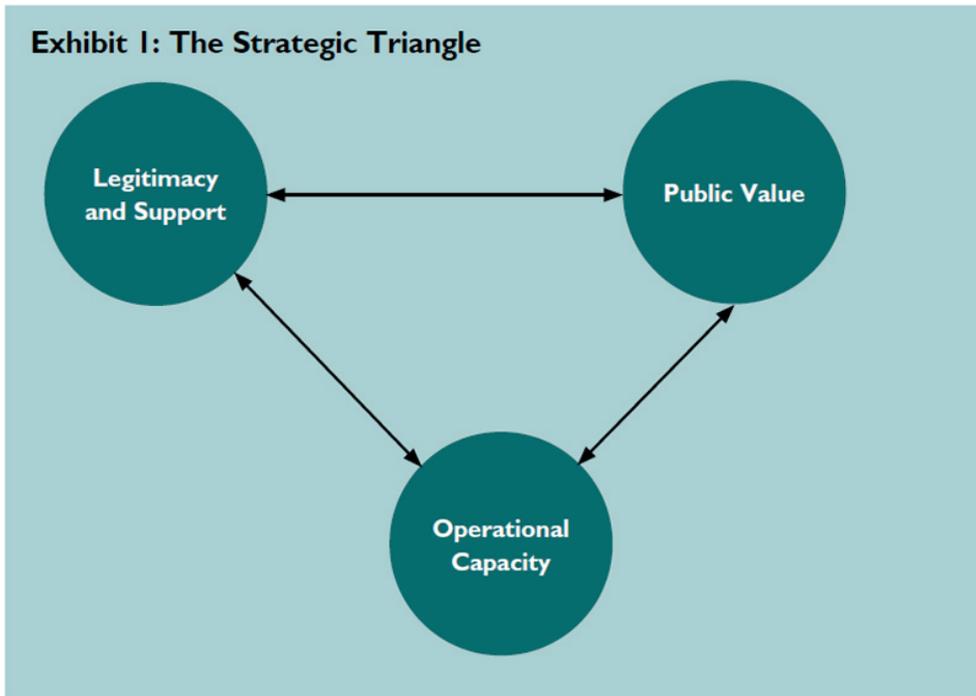
4 correlaciona estes princípios com o Código de Ética da Magistratura Nacional, editado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Ao final, à luz das teorias da ética judicial e dos preceitos existentes, são feitas considerações acerca dos atributos que formam um juiz virtuoso, sugerindo que a temática da humanização integre todas as atividades voltadas à inovação no Poder Judiciário. Desta forma, a temática merece integrar todas as atividades voltadas à inovação no Poder Judiciário, tendo vista seu papel fundamental na criação da confiança, legitimidade e do suporte público essenciais à geração de valor público.

1. A PERCEPÇÃO DA SOCIEDADE SOBRE O JUDICIÁRIO

O vínculo de confiança no Poder Judiciário é fundamental para a geração de valor público e, conseqüentemente, para a inovação. A teoria do valor público em governos se origina no trabalho seminal de Mark H. Moore (1995), e diz respeito à contribuição, ao valor que determinada atividade governamental cria para a sociedade. À semelhança da criação de novos produtos e serviços na iniciativa privada, com geração de dividendos aos investidores, inovar no setor público corresponde à geração de valor público. Assim, a confiança se faz necessária tanto para legitimar a inovação – o “valor público” – que se quer gerar, como para permitir o processo de inovação em si, uma vez que a legitimidade da instituição pública é fundamental para que possa gerar valor público. Para demonstrar o processo, Moore lançou mão da figura do “triângulo estratégico”, abaixo:

Figura 1 – Triângulo Estratégico.



Fonte: Mark H. Moore (2013)

Para gerar valor público no setor público – portanto, para *innovar* -, Moore propõe a combinação dos valores que fazem parte do que chama de “triângulo estratégico”: a definição de uma estratégia ou ação; legitimidade e suporte público; capacidade de implementação. Conforme mostra a figura, o triângulo estratégico também funciona como um sistema, contemplando um mecanismo de feedback, na medida em que a criação de valor público gera maior legitimidade e suporte público, facilitando a obtenção de recursos para manutenção do valor gerado ou geração de outros valores públicos – ou seja, impulsionando o processo de inovação. Da mesma forma, os Princípios de Bangalore, expostos na seção 3, fazem referência não só à conduta ética dos magistrados em si, mas também à percepção da sociedade quanto ao cumprimento desses deveres tão importantes, como elemento de criação do vínculo de confiança no Poder Judiciário.

Ciente da importância da geração de confiança para a legitimidade da instituição, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) encomendou pesquisa intitulada “O

Estudo da Imagem do Poder Judiciário”. A investigação teve por finalidade aferir a percepção da sociedade a respeito desse Poder, e também apurar quais valores são percebidos como mais relevantes a serem observados pelo juiz.

A pesquisa, com aspectos quantitativos e qualitativos, foi realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) em parceria com o Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (IPESPE), com coleta de dados entre agosto 2018 e dezembro de 2019, direcionada a quatro segmentos: sociedade, advogados, defensores públicos e formadores de opinião. Para os fins do presente artigo, analisam-se os dados relativos apenas aos aspectos que envolvem a percepção dos grupos pesquisados quanto aos valores éticos que entendem ser necessários para que o Judiciário brasileiro inspire confiança e cumpra sua missão constitucional.

No segmento sociedade, entrevistou-se 2.000 pessoas, entre usuários e não usuários da Justiça, em todas as regiões do país. Foram entrevistados, ainda, 400 advogados, e 100 defensores públicos. De outro lado, investigou-se a imagem do Judiciário nas redes sociais e na mídia, por meio das manifestações nas plataformas Twitter e Facebook, no período de 01 a 31 de agosto de 2019.

Uma das perguntas da pesquisa tratava do nível de confiança nos três Poderes da República. O resultado mostrou que 52% dos entrevistados confiam no Judiciário, contra 44% que não confiam. Esse índice supera o da Presidência da República (34% confiam) e Congresso Nacional (19% confiam).

Gráfico 1 – Confiança nas Instituições.



Muito embora o Judiciário tenha apresentado um índice de confiança, por parte da sociedade, superior ao dos demais poderes, verifica-se que pouco mais da metade da população contemplada pela pesquisa apresentava confiança na instituição. O dado demonstra a fragilidade da confiança na instituição, o que repercute negativamente na sua legitimidade e, conseqüentemente, nos processos de inovação. Cotejados com os dados relativos aos demais poderes, revestem-se, ademais, de extrema gravidade, pois revelam a desconfiança generalizada da sociedade não só no Judiciário, mas em todos os Poderes que são a pedra fundamental da democracia.

Outra pesquisa que se correlaciona com aquela feita pela AMB, também conduzida pela FGV, mede o Índice de Confiança na Justiça do Brasil (ICJBrasil). Trata-se de pesquisa que foi realizada pela primeira vez em 2017 e repetida em 2021. A coleta de dados ocorreu entre novembro de 2020 e janeiro de 2021, com amostra de 1.650 entrevistados no Distrito Federal e mais sete estados brasileiros (RAMOS; *et. al.*, 2021, p. 6).

O ICJBrasil é composto por dois subíndices: um de percepção, que afere a opinião pública da população e a forma como a Justiça presta o serviço; outro, de comportamento, que identifica se a população procura o Judiciário para resolver seus conflitos.¹ O ICJBrasil para 2021 foi de 4,5 pontos, em uma escala de 1 a 10, enquanto o subíndice percepção foi de 3,1 pontos. Conclui a pesquisa que esses indicadores mostram que a opinião das pessoas melhorou em relação ao Judiciário em relação ao indicador anterior, mas elas estão menos dispostas a ingressar na Justiça para solucionar seus conflitos.²

Quando se coteja estes resultados com a mesma pesquisa feita em 2017 (RAMOS; *et. al.*, p. 7), constata-se que o ICJBrasil se manteve estável em 4,5 pontos em ambas. Já o subíndice de percepção subiu de 2,8 pontos em 2017 para 3,1 pontos em 2021, evidenciando um cenário de discreto aumento da confiança no Judiciário.

A pesquisa também mediu a confiança dos entrevistados em instituições tradicionais no país, listadas em ordem crescente de percentual: partidos políticos (6%), Congresso Nacional (12%), redes sociais (19%), Presidência da República (29%), sindicatos (32%), emissoras de TV (34%), igrejas evangélicas (38%), Poder Judiciário (40%), polícia (44%), Ministério Público (45%), imprensa escrita (47%),

1 *Ibidem.* p. 4.

2 *ibidem.* p. 6.

grandes empresas (49%), igreja católica (53%) e Forças Armadas (63%).³ Em 2017, o resultado da confiança no Poder Judiciário era de 24%; logo, nesse intervalo de tempo houve um incremento da credibilidade na Justiça como instituição capaz de resolver os conflitos.⁴

Voltando à pesquisa feita pela AMB sobre a imagem do Poder Judiciário, os entrevistados foram indagados sobre como avaliavam a atuação do Judiciário⁵. Do total de respostas, 21% disseram ser ótima, 41% boa ou regular e 35% ruim ou péssima, sendo que 3% não responderam. A soma dos percentuais ótimo e bom/regular resulta em 62% ao todo, vale dizer, a maior parcela da sociedade avalia de forma positiva a atuação Justiça, quando faz uso de seus serviços. (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL, 2019).

Na sequência, a pesquisa perguntou a opinião sobre o funcionamento do Judiciário⁶, sendo que 37% responderam que muito bem ou bem, 54% mal ou muito mal e 9% não responderam. Tais respostas, embora possam parecer contraditórias, podem trazer inferência de que, mais uma vez, a percepção da sociedade entende que a atuação do Judiciário pode ser até de regular a ótima (62%), mas que funciona mal (54%); logo, não atende às expectativas esperadas e não entrega um serviço com qualidade aprovada.

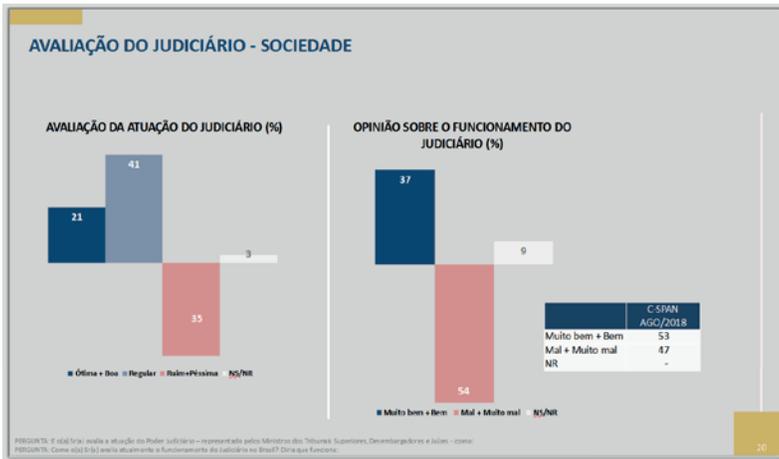
3 *Idem*, 2021. p. 12.

4 *Idem*, 2017. p. 14.

5 Pergunta: E o(a) Sr(a) avalia a atuação do Poder Judiciário – representado pelos Ministros dos Tribunais Superiores, Desembargadores e Juizes como: ótima + boa; regular; ruim+péssima; não sabe/não respondeu.

6 Pergunta: Como o(a) Sr(a) avalia atualmente o funcionamento do Judiciário no Brasil? Diria que funciona: muito bem; bem; mal; muito mal; não sabe/não respondeu.

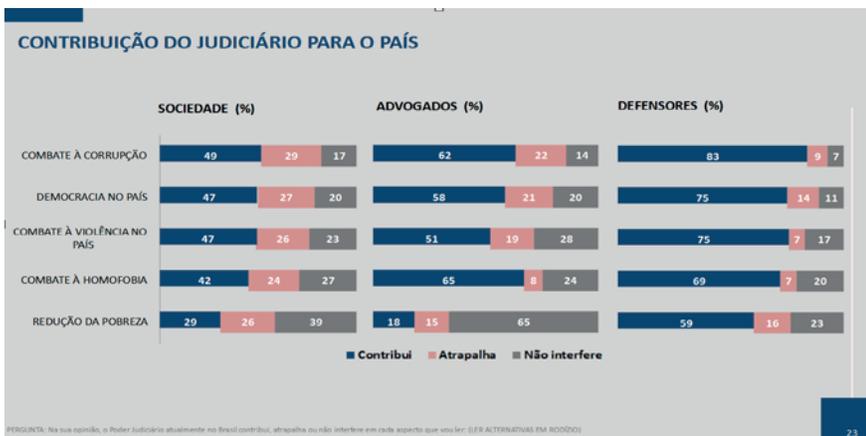
Gráfico 2 – Avaliação do Judiciário



Fonte: FGV, 2019

No que diz respeito à contribuição dessa instituição para o país, tendo como foco a avaliação apenas da sociedade, o resultado revela que a maior expectativa é de que o Judiciário contribua para combater a corrupção (49%); defender a democracia (47%); combater a violência (47%), combater a homofobia (42%) e reduzir a pobreza (20%). Em contrapartida, houve uma parcela dos entrevistados - entre 26% a 29% - que entendeu que o Judiciário atrapalha tais pautas.

Gráfico 3 – Contribuições do Judiciário para o país



Fonte: FGV, 2019

Assim, de acordo com a pesquisa da AMB, a despeito da desconfiança majoritária da população no Judiciário, há clara compreensão de que este poder tem relevante contribuição a dar em temas importantes, como a democracia, o combate à corrupção, à violência e à homofobia, bem como a redução da pobreza.

Interessante notar a diferença de percepção entre a sociedade, a classe de advogados e os defensores, já que os dois últimos integram o sistema de justiça. O combate à corrupção, para a advocacia, figurou em 62% das respostas, enquanto para os defensores esse percentual subiu para 83%. A democracia segue sendo a segunda mais votada, com 58% para os advogados e 75% para os defensores. No que diz respeito ao combate à violência, 75% dos defensores também acreditam que é relevante a contribuição do Judiciário, mas já para os advogados esse índice cai para 51%. Em relação ao combate à homofobia, as respostas estão em patamar semelhante, sendo 65% para a advocacia e 69% para a defensoria. Um desvio maior se verifica quanto à redução da pobreza, pois a percepção de 59% dos defensores é de que há contribuição e apenas 18% dos advogados votou nesta opção de forma positiva, ao passo que 65% dessa última classe acredita que o Judiciário não interfere. Essa disparidade de percepções pode ter relação com a maior proximidade e experiência direta dos defensores e advogados com a máquina judicial.

Outro ponto pesquisado pela AMB foi acerca dos sentimentos da sociedade em relação ao Judiciário e à Justiça, verificando-se que predominam os sentimentos negativos, como preocupação (45%), tristeza (20%), indignação (24%), vergonha (25%) e medo (18%). Quanto aos sentimentos positivos, os mais mencionados foram: esperançoso (25%), confiante (14%), entusiasmado (9%), alegre (4%) e orgulhoso (3%). Este resultado confirma a percepção desfavorável que a sociedade tem em relação ao Poder Judiciário, pois os sentimentos negativos tiveram percentuais bem mais expressivos que os positivos.

Gráfico 4 – Sentimentos em relação ao Judiciário



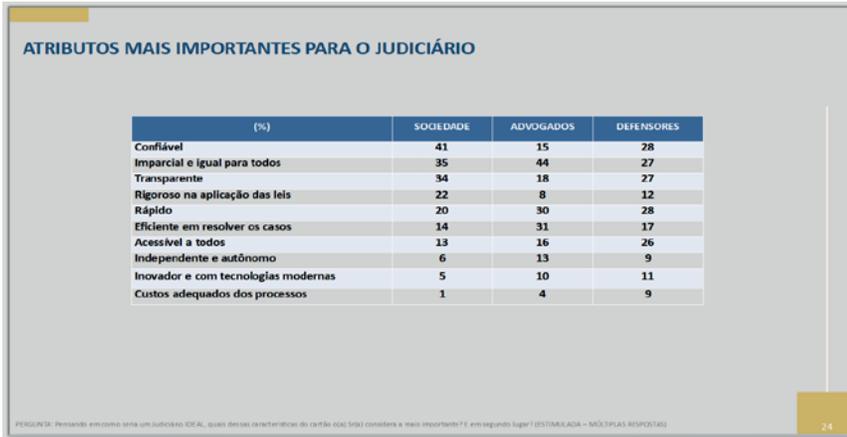
Fonte: FGV, 2019

A pesquisa revela, ainda, quais são os atributos que a sociedade considera mais importantes, pensando em um Judiciário ideal, obtendo-se como respostas os que são esperados dos juízes: confiança (41%); imparcialidade e igualdade (35%); transparência (34%). A independência aparece como um dos menos mencionados (6%).

Interessante notar que a celeridade (20%) e eficiência (14%), frequentemente mencionados como graves problemas da Justiça, comumente valores centrais nas políticas judiciárias de inovação, obtiveram manifestações menos expressivas. Essa constatação traz uma reflexão interessante de que, se por um lado é elevado o nível de descrédito da sociedade para com o Judiciário, o valor que considera mais importante é exatamente a confiança. É ela que legitima sua atuação, conjugada com os outros substratos éticos tão importantes para a garantia de uma atuação justa, como a imparcialidade e a igualdade.

Essa constatação traz uma reflexão interessante de que, se por um lado é elevado o nível de descrédito da sociedade para com o Judiciário, o valor que considera mais importante é exatamente a confiança. Esta é que legitima sua atuação, conjugada com os outros substratos éticos tão importantes para a garantia de uma atuação justa, como a imparcialidade e a igualdade.

Gráfico 5 – Atributos mais importantes para o Judiciário



Fonte: FGV, 2019

Então, pergunta-se: a partir do estudo da imagem do Judiciário, é possível identificar o que a sociedade dele espera? A análise integrativa de todos esses aspectos permite fazer diversas inferências. Apesar de o Poder Judiciário ser, dentre as três instituições, a que goza de maior credibilidade, há um sentimento intenso de descrédito e de desconfiança da sociedade em relação a ele. Há uma compreensão de que Judiciário tem importante papel dentro da democracia, bem como que é fundamental para o amadurecimento de outras temáticas tão relevantes dentro do contexto social. Porém, e esta é a conclusão que mais impacta, o Judiciário que a sociedade espera ainda não condiz com a percepção de seu retrato atual.

As pesquisas analisadas apontam que a confiança vem em primeiro lugar nos anseios da sociedade por um Judiciário ideal, em consonância com o proposto na teoria do valor público, que a define como elemento fundamental para que as instituições tenham legitimidade para inovar. A humanização é elemento crucial para a geração de confiança e legitimidade das instituições públicas. Contudo, para além da gestão humanizada (CORTEZ; ZERBINI; VEIGA, 2019), faz-se necessário investir no desenvolvimento ético de cada juiz, trazendo o compromisso com o ser para o centro do discurso sobre inovação.

2. ÉTICA JUDICIAL

Partindo da etimologia da palavra ética, que vem do grego “ethos”, esta significa modo de ser.⁷ Empregada em vários sentidos, ética é por vezes identificada como sinônimo de “moral” ou “costume”, por influência dos romanos (*mos*). Sendo os costumes variáveis ao longo do tempo e ajustáveis a cada povo, tornam-se imperativas teorias que confirmam um caráter de universalidade ao seu núcleo, dentre as quais se destacam as dos pensadores Sócrates e Kant (VALLS, 1994).

Para Sócrates, conhecido como o fundador da moral, a ética não é composta apenas pelos costumes de um povo, mas há um componente de convicção pessoal que a integra. Kant aprofunda a linha de subjetividade, sob a lógica de que a validade universal estaria na igualdade fundamental entre os homens. O imperativo categórico de Kant incute na ética o dever como condicionante do comportamento, ou seja, um elemento interno que repercute no externo.⁸ A ética deontológica kantiana relaciona então o padrão ético ao cumprimento dos deveres explícitos em leis e códigos, de modo que, cumprindo os preceitos normativos, o juiz estaria também mantendo conduta ética.

Já Aristóteles, no entanto, traz a concepção de ética das virtudes, ou a ética de primeira pessoa, centrada no ser, que se materializa no viver, no sentir e na razão. A razão é temperada pela vida virtuosa, por meio da qual o homem chega à felicidade, que reflete a busca de algo, que ele chama de “bem” (FERNANDES, 2020). Para Fernandes, a ética das virtudes aponta no sentido de que o homem virtuoso é aquele em que o que parece bom é verdadeiramente bom. “A motivação da ação humana é justamente a procura de um bem. Dito de outro modo, a ação humana livre tende a algo bom ao agir.”⁹

O questionamento que se segue, então, é: o padrão ético que se espera do magistrado é que apenas cumpra os deveres que lhe são impostos pela norma? Ou a ética judicial envolve questões mais profundas, que estão mais relacionadas ao ser do que ao dever?

7 ÉTICA. Dicionário Etimológico. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/etica/>. Acesso em: 7 jul. 2022.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

Ao juiz é concedida uma parcela do poder estatal, de tamanha importância, que é representante de um dos Poderes que funda a base democrática de uma Nação. A despeito de sua natureza humana, falível e imperfeita, cabe ao magistrado empregar sua razão para a consecução do que a sociedade considera como o “bem”. Não se trata, portanto, do exercício da ética virtuosa individual, mas da aceção mais ampla de um caminho ético que leve o julgador a agir o mais próximo possível da perfeição, ciente de que seus desvios trarão consequências prejudiciais aos destinatários de sua ação.

Conforme Fernandes, a ética judicial é justificada pela crise de legitimidade que o Judiciário enfrenta; pelos bens práticos que resultam dessa atividade; por estar incorporada à agenda judicial; pela modulação do positivismo por uma relativa discricionariedade do juiz; porque a atividade judicial é inexoravelmente ética (FERNANDES, 2020). No exercício da atividade judicante, o juiz é cotidianamente chamado a fazer uso das teorias da argumentação e da fundamentação adequada para aplicar conceitos abertos e direitos fundamentais ou posicionar os limites das liberdades públicas e individuais aos casos concretos que lhes são confiados. E frequentemente é possível encontrar um espectro de interpretações possíveis, que levam a decisões consideradas justas ou não. Dentro desse espaço de “discricionariedade” vinculada à norma jurídica, o julgador se vê impelido a buscar fundamento na ética judicial, para explicar à sociedade sua escolha interpretativa, sob pena de incorrer no arbítrio.

Azevedo discorre, a partir do pensamento de Pierre Bourdier, sobre o campo judicial como um espaço de poder delegado ao juiz para dar conformidade a conflitos individuais dentro do sistema jurídico. Sustenta que as partes se submetem a um procedimento, que deve obedecer aos precedentes e chegar a uma decisão mais clara possível, que juridicamente se justifique racionalmente. É o campo de conexão entre razão e ética que deve formar um bom juiz: um juiz cujo olhar esteja voltado ao destinatário de suas decisões, o ser humano por detrás dos processos (AZEVEDO, 2011, p. 27-41).

O mundo atual - conectado, globalizado, virtualizado e sem fronteiras – não é mais compatível com o perfil do julgador equidistante, que se posiciona à parte ou acima da sociedade em que está inserido. Se por um lado há de se enxergar o juiz enquanto pessoa, que em nada se diferencia dos semelhantes que ele julga, não há de

se descurar que o compromisso ético deve permear todas as suas decisões, bem como nortear sua conduta na vida pública e privada (CARVALHO, 2022, p. 203/2011).

O estudo da ética aplicada ao Judiciário é tema de normativos internacionais e nacionais que auxiliam na definição de quais princípios e valores devem nortear a conduta do julgador. Em âmbito internacional, os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, congregam os valores da independência, imparcialidade, integridade, decoro, igualdade, competência e diligência. No Brasil, as balizas normativas vêm do Código de Ética da Magistratura Nacional, materializada pela Resolução n.º 60/2008 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁰. Tais instrumentos são analisados a seguir.

3. PRINCÍPIOS DE BANGALORE DE CONDUTA JUDICIAL

A partir da compreensão do Poder Judiciário como o último bastião de regimes democráticos e de sua conformidade com o ordenamento jurídico, o Grupo Judicial para fortalecimento de Integridade Judicial (*The Judicial Integrity Group*) tomou a iniciativa, no ano 2000, de elaborar uma proposta de código judicial de âmbito global, conhecido como Princípios de Bangalore de Conduta Judicial. Tais princípios foram redigidos em abril de 2001, na Índia, e oficialmente aprovados em 2002, na cidade de Haia (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008).

É a confiança no Poder Judiciário que garante sua independência e é a integridade do juiz que propicia um julgamento justo, independente e imparcial.¹¹ Fundados nas premissas dos direitos humanos e fundamentais, com inspiração na Declaração de Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU), bem como em normativos de diversos países, os Princípios de Bangalore trazem valores éticos para orientar a atuação dos juízes.

O primeiro valor elencado nos Princípios de Bangalore é o da **independência**¹², por ser pressuposto para o Estado de Direito e garantia de julgamento justo. Trata-se de uma perspectiva de independência individual – do juiz dentro da instituição – e

10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 60, de 18 de setembro de 2008. Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional. Diário Oficial, 30 set. 2008. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/127>. Acesso em: 10 jul. 2022.

11 *Ibidem*.

12 “A independência judicial é um pré-requisito do estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, conseqüentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional”.

institucional – relação do Poder Judiciário com os demais Poderes e órgãos externos. É um valor relacionado a um aspecto externo, e não interno, da atuação judicial, sobretudo para despertar na percepção do público a confiança de que o juiz não sofre de influências externas, não se abala com o clamor público da repercussão de suas decisões.

O segundo valor é a **imparcialidade**¹³, da qual a independência é seu pressuposto. É o elemento interno, volitivo do juiz, de julgar sem favorecimento, sem abuso de autoridade, sem preconceito, sem influência de suas convicções e opiniões pessoais. Incumbe-lhe atuar com equilíbrio, desvinculado de atividades político-partidárias e evitar exposição midiática que configure autopromoção ou violação da obrigação de não se manifestar sobre processos que lhe estejam afetos.

Em terceiro, vem a **integridade**¹⁴, que é o valor ético autêntico, posto que relacionado à correção e à virtude do magistrado, especialmente no que se refere à honestidade e moralidade. Desse princípio, decorre a orientação de que o juiz deve manter conduta ilibada tanto no campo profissional, quanto no âmbito de sua vida privada. Aqui resta implícito que a conduta pessoal do juiz pode afetar a imagem da instituição que representa. Diz mais, que a “justiça não deve meramente ser feita, mas deve ser vista como tendo sido feita” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008).

A **idoneidade**¹⁵ é o quarto valor. Ela se refere à conduta do juiz e à percepção desse valor pela sociedade. Exige correção nas atitudes profissionais e pessoais, impondo restrições às suas liberdades individuais, se forem aptas a interferir na função judicial. Ademais, o juiz não pode se prevalecer do cargo para auferir vantagem para si ou terceiro.

Como quinto valor, vem a **igualdade**¹⁶, que diz respeito ao tratamento igualitário às partes e à diversidade, de modo a não estereotipar, não discriminar e ser receptivo à pluralidade social e cultural. Deve o juiz cuidar de sua atuação e daquela dos seus servidores, tratando todos os destinatários com dignidade.

13 “A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão”.

14 “A integridade é essencial para a apropriada desincumbência dos deveres do ofício judicial”.

15 “A idoneidade e a aparência de idoneidade são essenciais ao desempenho de todas as atividades do juiz”.

16 “Assegurar a igualdade de tratamento de todos perante as cortes é essencial para a devida execução do ofício judicial”.

O sexto valor congrega duas qualidades: **competência e diligência**¹⁷. Aqui estão representados o conhecimento e preparo técnico do juiz, bem como a utilização desses atributos na realização de suas tarefas, demonstrando seu zelo e preocupação com seu dever, que precisa ser posto em prioridade diante de qualquer outra atividade. Os juízes devem passar por uma permanente capacitação de suas habilidades judiciais e de gestão, ainda com enfoque no trato com os usuários do serviço.

Por certo, é preciso entender tais valores com a devida e necessária compreensão de que cada Nação tem seus costumes e tradições, que devem ser respeitados. Mas fundamental é a compreensão de que a atuação do juiz não é um ato isolado, é uma parcela de poder da instituição que representa. Toda conduta do magistrado, dentro e fora de seu ambiente profissional, pode influenciar quanto à percepção externa e confiança da sociedade.

4. CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL

Fundado nos Princípios de Bangalore e na importância de implementar um compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça, o CNJ editou a Resolução n.º 60, de 19/09/2008, que institui o Código de Ética da Magistratura Nacional.¹⁸ Nele estão expressos os valores já explicitados por Bangalore, como a independência, imparcialidade, integridade e diligência. O Código de Ética inova, ainda, em alguns tópicos que, em alguma medida, são transversais aos preceitos internacionais ou neles estão implícitos.

Por exemplo, o Código de Ética acrescenta a transparência, no sentido de que deve o magistrado ter o cuidado de manter os interessados informados dos atos que pratica, de forma útil, clara e compreensível. Agregadas a este valor estão a importância de o juiz se comunicar em linguagem menos rebuscada e suas relações com os meios de comunicação. Em tempos de uso massivo de redes sociais e de rápida disseminação comunicativa, é imperioso que os juízes saibam também fazer uso devido desses meios, expressando-se com cautela e parcimônia. Neste particular,

17 “Competência e diligência são pré-requisitos da devida execução do ofício judicante”.

18 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 60, de 18 de setembro de 2008**. Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional. Diário Oficial: Brasília, 30 set. 2008. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/127>. Acesso em: 10 jul. 2022.

vale lembrar que o CNJ editou a Resolução n.º 305, de 17/12/2019, que regulamenta o uso de redes sociais pelos magistrados.¹⁹

Outro valor importante destacado no Código de Ética é a dedicação, que se relaciona com alguns dos valores da instituição – eficiência e celeridade, mediante a prática de atos em prazo razoável. Tem-se também o dever de cortesia, com tratamento adequado e igualitário para com os colegas, membros de outras instituições, partes, testemunhas e todos os destinatários do serviço.

Resta explícita, ainda, a prudência, com a adoção, pelo juiz, de comportamentos e decisões que sejam justificáveis racionalmente, à luz das normas aplicáveis, mantendo-se aberto às críticas e argumentos feitos de forma respeitosa. Destaca-se, por fim, o dever de sigilo profissional, que veda ao magistrado revelar, em sua vida pública e privada, dados ou fatos de que tenha conhecido por meio da profissão, o que inclui não antecipar julgamentos.

Como se vê, o Código de Ética está bastante relacionado aos princípios internacionais, com algumas poucas derivações, de modo que o magistrado está sujeito a penas disciplinares no caso de descumprimento de tais preceitos. Se por um lado a forma de seleção promovida por concursos públicos não é capaz de fazer um filtro dos candidatos em relação à conduta ética, por outro lado, é dever do Poder Judiciário, por meio do CNJ e órgãos correccionais, zelar pela observância dos valores éticos, pois estes são fundamentais para a entrega de um julgamento justo, independente e imparcial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Transpondo a percepção da sociedade da instituição para o juiz, o que então esta espera do juiz? Quais os atributos éticos, sob a ótica do cidadão, são necessários? Se o Poder Judiciário sofre de uma crise de credibilidade e, portanto, de legitimidade, o magistrado, como seu representante, tem relevante papel na construção de uma Justiça mais confiável e próxima do seu destinatário.

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 305, de 17 de dezembro de 2019. Estabelece os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário. Diário Oficial: Brasília, 18 dez. 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3124>. Acesso em: 10 jul. 2022.

Os Princípios de Bangalore e o Código de Ética da Magistratura são importantes instrumentos para balizar, sob a perspectiva da teoria deontológica, o padrão de comportamento que o juiz tem o dever de observar. Mas a ética kantiana é insuficiente para compreender a complexidade de qualidades que o magistrado precisa agregar no exercício virtuoso de sua missão (FERNANDES, 2020). Regras de conduta e deveres são fundamentais. Conhecimento técnico é requisito inarredável. A construção do raciocínio lógico é instrumento eficaz. A capacidade de gestão passou a ser demandada diariamente. A capacitação constante deve fazer parte da rotina do magistrado. Todos esses atributos são condições para o exercício da magistratura. Mas o compromisso ético do juiz - para além do elemento intrínseco de seu caráter que se revela em suas condutas - é olhar para o ser humano que ele está a julgar, não apenas para os fatos.

No exercício da função jurisdicional, são muitos os momentos em que é esperado do juiz um exercício de argumentação e subsunção entre norma e fato, uma discricionariedade na escolha dos princípios e liberdades fundamentais tão preciosas no Estado Constitucional de Direito (FERNANDES, 2020). E é justamente nesse exercício discricionário de interpretação que haverá espaço para aplicar as virtudes judiciais, que tornem diferenciado o ato de julgar. Não raras vezes os atos normativos são insuficientes para propiciar a melhor solução. Cabe então pôr em prática o olhar humanizado do julgador para, sem se desviar da legalidade, encontrar a resposta mais justa, mais digna, mais virtuosa.

Ver para além da impessoalidade do processo não significa romper a barreira da imparcialidade, porque esta impede que o juiz aja de forma desigual com as partes, que privilegie uma em detrimento do outro ou de todos. O olhar humanizado não quer se contrapor à razão imparcial, que adota um raciocínio universal e objetivo. Esse ideal de imparcialidade, ensina Young, é utópico, posto que não é próprio do ser humano ter um ponto de vista completamente desprovido de paixão, universal e com visão externa (YOUNG, 2012, p. 169-204). Segundo ela, “uma noção particularista da imparcialidade pressupõe que, da minha perspectiva particular, com a minha história e experiências particulares, eu possa, mesmo assim, ter empatia com os sentimentos e perspectivas dos outros”.²⁰ Assim, ver o processo sob a perspectiva da heterogeneidade do público permite ao magistrado encontrar um caminho mais

20 *Ibidem.*

fértil e mais particularizado para cada conflito, sem arredar do compromisso ético de imparcialidade.

O olhar humanizado pressupõe que o juiz possa dar um tratamento mais adequado e mais consentâneo com aquele sobre quem decide. Pessoas em situação de vulnerabilidade, legal ou real, são claras hipóteses da importância dessa visão diferenciada. Porque em muitas situações é exatamente o “ser vulnerável” que necessita de uma forma de entregar a prestação jurisdicional que lhe seja apropriada, tanto temporalmente, quanto no modo de decidir. Humanizar o julgamento não é de nenhuma forma se aproximar de um dos lados, com quebra de isonomia. É entregar uma decisão justa, apesar das particularidades, na diferença, na vulnerabilidade e na invisibilidade.

O juiz virtuoso é aquele que coloca o ser humano no começo, no centro e no fim de tudo (CARVALHO, 2022, p. 203/2011). Cada vez mais se vê o juiz despir-se da imponência da toga para ir até o jurisdicionado, sair dos espaços fechados da Justiça para estar no meio social.

O juiz é chamado cada vez mais a exercer papéis múltiplos na magistratura. Há muito deixou de ser apenas o prolator de decisões, o condutor de audiências e de sessões do Tribunal do Júri. Hoje é o juiz das metas, dos precedentes, da Agenda 2030; o gestor de pessoas, de processos e de unidades. É o juiz que desenvolve projetos, que sai do Fórum e vai à rua. É agente criativo, que não se limita à aplicação da lei ao fato, que não é só deontológico. É o juiz das virtudes: independência, imparcialidade, igualdade, integridade; idoneidade; competência. É aquele que se devota à árdua e gloriosa missão de ser justo, na medida e no tempo certos. É aquele que, sem se desprender de suas próprias convicções, é capaz de compreender a posição dos litigantes e contemplá-los como pessoas que são.

É no desempenho de todos esses papéis que surgem as oportunidades de inovar, de gerar valor público. Porém, o discurso da inovação, e os esforços para inovar no Poder Judiciário têm se concentrado no desenvolvimento de novas tecnologias e de ferramentas informatizadas. Embora sejam desenvolvimentos altamente positivos para a instituição, especialmente quando criados por meio de processos de *design thinking*, na grande maioria das vezes priorizam apenas a geração de valores públicos relacionados a maior produtividade e eficiência e não com foco no usuário, o destinatário final da prestação jurisdicional.

A sociedade brasileira, como se observou dos dados trazidos pelas pesquisas analisadas, anseia sobretudo por confiança, valor que estima além da celeridade e da eficiência. Para que essa confiança seja conquistada, e com ela uma maior legitimidade da instituição que permita o impulsionamento dos processos de inovação, faz-se necessário que a humanização ética dos juízes passe a fazer parte do discurso da inovação. Além dos investimentos em tecnologia, deve-se abrir espaço para construir as condições para o desenvolvimento dos juízes enquanto seres humanos – um compromisso ético profundo com o ser.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB). Fundação Getúlio Vargas; Instituto de Pesquisa. **Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2019-Estudo-da-Imagem-do-Judiciario-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022. p. 20.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A Força do Direito e a Violência das Formas Jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 27-41, out. 2011.

CARVALHO, Liliana Patrícia Amaral de; MORAIS, João Paulo. **Um olhar sobre o papel do juiz na missão de julgar**. TRF 6: Idias para um Novo Tribunal. Belo Horizonte, p. 203/2011, 2022. E-book.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 60, de 18 de setembro de 2008**. Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional. Diário Oficial, 30 set. 2008. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/127>. Acesso em: 10 jul. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019**. Estabelece os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário. Diário Oficial: Brasília, 18 dez. 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3124>. Acesso em: 10 jul. 2022.

CORTEZ, Pedro Afonso; ZERBINI, Thais; VEIGA, Heila Magali da Silva. Práticas humanizadas de gestão de pessoas e organização do trabalho: para além do positivismo e do dataísmo. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 17, 2019. doi: 10.1590/1981-7746-sol00215.

ÉTICA. Dicionário Etimológico. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/etica/>. Acesso em: 7 jul. 2022.

FERNANDES, André Gonçalves. **O Bom Juiz: Teoria da Ética Judicial das Virtudes.** Dialética, 2020. 369 p. E-book.

MOORE, Mark H. Creating public value: the core idea of strategic management in government. **Journal of Profess. Business Review**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 1-2, jan./dec. 2021.

_____. **Creating Public Value: Strategic Management in Government.** Cambridge: Harvard University Press, 1995.

MOORE'S Strategic Triangle. **Atlas of Public Management.** Toronto. Disponível em: <http://www.atlas101.ca/pm/concepts/moores-strategic-triangle/>. Acesso em: 6 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. 179 p.

RAMOS; *et. al.* Relatório ICJBrasil. **FGV Direito SP**, São Paulo, 2017.

RAMOS; *et. al.* Relatório ICJBrasil. **FGV Direito SP**, São Paulo, 2021.

VALLS, Álvaro L. M. **O que é Ética?**. Brasília: Brasiliense, 1994. v. 177.

YOUNG, Iris Marion. O ideal da imparcialidade e o público cívico. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 9, p. 169-204, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/2015>. Acesso em: 16 jul. 2022.

**AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO JUDICIÁRIO:
SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO EM TEMPOS DA
PANDEMIA DE COVID-19**

***EVALUATING PUBLIC POLICIES OF THE JUDICIARY POWER:
THE BRAZILIAN SOCIO-EDUCATIONAL SYSTEM IN THE COVID-19
PANDEMIC***

Marcus Vinícius Pereira Júnior

Docente do Mestrado Profissional em Direito do PPGPD/
ENFAM, Escola da Magistratura do Rio Grande do
Norte (ESMARN), Escola Judicial Eleitoral (TRE-RN) e
Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Doutor em Ciências Sociais pela UFRN

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN

Especialista em Infância e Juventude pela UFRN

Especialista em Ministério Público e Cidadania pela UnP

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ

Licenciado em Filosofia pela UFRN

Juiz de Direito no TJRN

RESUMO: O texto analisa a política pública do judiciário no sistema socioeducativo em tempos da pandemia de Covid-19, com o estudo acerca da Recomendação nº 62/2020, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, e de conceitos básicos atinentes ao tema. Após a apresentação da pesquisa empírica, com dados relativos às medidas de internação decretadas entre março e novembro de 2019 e 2020, baseados em informações do Conselho Nacional de Justiça, chega-se à conclusão de que a recomendação editada pelo Conselho Nacional de Justiça não surtiu o efeito planejado, na medida em que a quantidade de internações decretadas em 2020 foi maior que em 2019, ressaltando que a atuação do Conselho Nacional

de Justiça poderá ser potencializada, mediante um diálogo mais amplo com outros atores do sistema de garantias dos direitos infantojuvenis.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Judiciário. Adolescentes Internados. Covid-19.

***ABSTRACT:** The text analyzes the public policy of the judiciary in the socio-educational system in the moment of the Covid-19 pandemic, with the study regarding Recommendation n° 62/2020, edited by the National Council of Justice, and basic concepts related to the theme. After the presentation of the empirical research, with data related to the measures of detention conducted between March and November 2019 and 2020, it is concluded that the recommendation issued by the National Council of Justice did not have the planned effect, as the number of detentions performed in 2020 was greater than in 2019, emphasizing that the action taken by the National Council of Justice ought to be enhanced through a broader dialogue with other parts of the system for guaranteeing rights of children and adolescents.*

Keywords: Public Policies. Judiciary. Detained Adolescents. Covid-19.

INTRODUÇÃO

As vidas das crianças e adolescentes¹ no Brasil podem ser vistas das mais variadas formas, considerando que estão espalhados pelas ruas, escolas, praças, fazendas, parques, campos de futebol, zona urbana ou rural, ressaltando que em 2018 mais de 22.000 (vinte e dois mil) adolescentes estavam internados, sendo 841 (oitocentos e quarenta e uma) meninas e 21.362 (vinte e um mil trezentos e sessenta e dois) meninos, segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça².

Contudo, após a identificação da COVID-19, doença infecciosa causada pelo novo coronavírus, em dezembro de 2019, em Wuhan, na China e, no início de 2020, no Brasil e em todo mundo, surgiu a necessidade do estabelecimento de políticas públicas de prevenção à disseminação da COVID-19, especialmente nos casos de constatação em estabelecimentos onde adolescentes cumprem medidas

1 Nos termos do art. 2º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente), considera-se criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade incompletos.

2 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ha-mais-de-22-mil-menores-infratores-internados-no-brasil/>. Acesso em: 14 dez. 2020.

socioeducativas de internação em razão das práticas de atos infracionais, partindo do pressuposto de que nos termos do art. 227 da Carta da República os direitos das crianças, adolescentes e jovens devem ser materializados com prioridade absoluta.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020³, sugerindo aos Tribunais e Magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, partindo da ideia de que compete ao referido Conselho a fiscalização e a normatização do Poder Judiciário e dos atos praticados por seus órgãos, conforme estabelecido no artigo 103-B, § 4º, incisos I, II e III, da CF.

E, após a referida publicação, bem como com a constatação do aumento da transmissão do COVID-19, que em 25 de maio de 2020 já havia contaminado pelo menos 44 (quarenta e quatro) internos e 263 (duzentos e sessenta e três) servidores no sistema socioeducativo, com 8 (oito) mortes de servidores, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça⁴, surge a necessidade de se analisar o disposto na Constituição da República, no que se refere aos direitos fundamentais dos jovens atualmente privados de liberdade em razão da prática de atos infracionais, bem como o que estabelece a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020 e, finalmente, se a referida recomendação garantiu, de fato, a materialização dos direitos dos adolescentes custodiados no sistema de privação de liberdade durante a pandemia da COVID-19.

Para cumprir com os objetivos do presente artigo, será inicialmente desenvolvido um capítulo tratando da Constituição da República e Direitos Fundamentais, onde serão estabelecidos os principais conceitos acerca do tema, partindo em seguida para o estudo mais detalhado sobre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça e a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.

Ao final serão analisados os dados empíricos disponíveis acerca do tema, com a apresentação das conclusões relativas à eficácia da política pública do Judiciário

3 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado064638202008045f29044e6d4a8.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2020.

4 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-acompanha-acoes-contra-covid-19-no-sistema-socioeducativo/>. Acesso em: 15 dez. 2020.

no sistema socioeducativo no que se refere ao enfrentamento da pandemia do de COVID-19, demonstrando em que medida os números, obtidos através dos sistemas criados na era tecnológica, podem ser úteis nas tomadas de decisões por parte dos gestores do Judiciário, destacando que o presente trabalho parte da hipótese que a resolução do Conselho Nacional de Justiça reduziu o número de adolescentes internados, isso como forma de conter o avanço da COVID19.

1. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, o estudo acerca dos direitos fundamentais ganhou mais espaço nas discussões doutrinárias e acadêmicas, o que tem levado à aproximação, mesmo que ainda incipiente, de tais direitos à vida da sociedade em geral. Assim, importa ressaltar que a separação do estudo dos direitos em comuns e fundamentais, por exemplo, visa identificar, dentro de determinado ordenamento jurídico, qual a prioridade de materialização desses direitos, diante da impossibilidade de efetivação simultânea de todos em razão da escassez de recursos, destacando que os direitos fundamentais, de acordo com J. J. Gomes Canotilho (2000, p. 402), cumprem a função de defesa ou liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação.

Contudo, dificuldades surgem quando se busca diferenciar os chamados direitos comuns dos fundamentais, sendo certo que a distinção é necessária, pois uma sociedade jamais irá priorizar o direito ao Ensino Superior, por exemplo, quando existem milhares de famílias que sequer têm acesso ao “mínimo existencial”, como educação básica, moradia e alimentação. É necessário, pois, que seja estabelecida dentre os direitos uma escala de prioridades de materialização, com o objetivo de efetivar conquistas e evitar o retrocesso na garantia dos direitos, como nos casos de direitos de crianças, adolescentes e jovens, que devem ser efetivados com prioridade absoluta, como regra presente no art. 227 da Carta Cidadã.

Nessa perspectiva, o grande desafio do estudioso do direito, de uma maneira ampla, não é simplesmente extrair do texto legal a aplicação necessária para resolução do caso concreto, mas buscar na rua, junto ao povo, a norma, isso como forma de tratar todos em termos iguais, fazendo com que o ato legislativo esteja em consonância com a vontade efetiva do povo, pois, segundo Rousseau, citado por Friedrich Müller (2007 p. 182), “a igualdade deve ser exigida ou produzida”, ou

seja, não é concebida “como artigo engomado da constituição, mas como resultado prático no quadro de um conjunto de condições necessárias”.

Traçada a noção geral acerca dos direitos fundamentais, impõe-se ressaltar que estes devem ser concretizados de acordo com a prioridade absoluta estabelecida no art. 227 da Constituição da República, como já dito, destacando-se, dessa forma, a necessidade de tratar dos direitos infantojuvenis de maneira diferenciada, diante da prioridade absoluta estabelecida na norma base do ordenamento jurídico brasileiro.

Com a inauguração da garantia da prioridade absoluta, pela Constituição da República, ocorre o rompimento de um paradigma com a garantia de direitos fundamentais às crianças e adolescentes e divisão de responsabilidades entre a família, a sociedade e o Estado, nos termos do art. 227, da Carta da República, sendo importante destacar, ainda, que o referido dispositivo constitucional enfatizou a fundamentalidade dos direitos infantojuvenis, cabendo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, a incumbência de sistematizar a doutrina da proteção integral (art. 1º, ECA).

Dessa forma, fica claro que a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro extinguiu a figura do Juiz de Menores, centralizador no que se refere à postura de proteção e garantia dos direitos infantojuvenis, nascendo, assim, o Sistema de Garantia de Direitos, cuja denominação partiu de uma inferência, de acordo com Wanderlino Nogueira Neto (2004, p. 40), especialmente a partir dos artigos 86 a 90 do Estatuto e de uma transposição dos modelos, internacional e regional (interamericano), com destaque para o fato do nascimento do sistema ser muito mais do espírito da Convenção de Direitos da Criança do que propriamente do texto do Estatuto.

Assim, com o fim de identificar a política pública do Judiciário no sistema socioeducativo brasileiro em tempos da pandemia de COVID-19, necessária é a análise das definições das funções típicas e a fixação de um plano de atuação prática para a concretização de políticas públicas relativas aos direitos infantojuvenis por parte da União, Estados, Distrito Federal, municípios, sociedade civil, conselhos tutelares, conselhos de direitos, defensorias públicas e ministérios públicos, visando a concretização dos direitos dos adolescentes privados de liberdade, ressaltando, também, que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente” (art. 70, ECA).

2. DESCENTRALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS INFANTOJUVENIS E MATERIALIZAÇÃO DE DIREITOS

Na nova era constitucional pós-positivista, cresce para o povo brasileiro a esperança em mudanças significativas no modo de concretizar os direitos fundamentais garantidos na Constituição da República, pois, de acordo com Bonavides (2010, p. 53-54), “o Estado constitucional da Democracia participativa é Estado onde se busca levar a cabo, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/Nação, concretamente dimensionadas, os direitos da justiça”, sendo essa tarefa possível apenas com o cumprimento por parte dos entes federados dos deveres esculpido na Carta Magna e conquistados formalmente com muita luta no período que antecedeu a Assembleia Nacional Constituinte – 1987/1988.

O atendimento das políticas públicas infantojuvenis, anteriormente à Constituição de 1988, era praticamente todo planejado na esfera federal, ou seja, as políticas públicas eram formuladas sem levar em consideração as peculiaridades de cada município, o que inviabilizava a resolução de problemas específicos de determinadas comunidades. A verticalização adotada pelos órgãos do governo federal impossibilitava o conhecimento e resolução dos problemas que surgiam cotidianamente, em cada município, ficando evidenciada a necessidade da municipalização do atendimento infantojuvenil.

Atualmente, todas as decisões relativas às políticas públicas infantojuvenis devem ter ampla participação social, considerando que as respostas e soluções para os problemas existentes em uma comunidade somente serão alcançadas com a participação de pessoas que vivenciam a realidade diariamente, isso em razão da municipalização das políticas públicas infantojuvenis (art. 88, I, ECA).

Dessa forma, partindo da descentralização político-administrativa dada aos municípios pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que as decisões políticas relativas às ações garantidoras dos direitos das crianças e adolescentes são tomadas dentro do próprio município e, também, executadas. Fica clara, assim, a função típica dos municípios em selecionar, de acordo com as deliberações dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, as políticas públicas concretizadoras dos direitos infantojuvenis.

Assim, a existência dos Conselhos de Direitos da Criança e Adolescente garante a redução de arbítrio e desvios, na medida em que o órgão integrante do Sistema de

Garantia de Direitos da Criança e Adolescente é formado com participação igualitária entre a sociedade civil organizada, através de organizações representativas, e o Poder Público, o que possibilita a efetividade da democracia e consagra o princípio constitucional da participação.

Destaque-se que os referidos órgãos – Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente – têm como principal incumbência institucional a deliberação e controle de todas as ações relativas à concretização dos direitos das crianças e adolescentes, especialmente no que se refere às políticas públicas, ressaltando que suas decisões têm caráter vinculativo, criando um novo limite à discricionariedade administrativa, conforme se percebe com análise das lições de Públio Caio Bessa Cyrino e Wilson Donizeti Liberati:

Na medida em que a Constituição exigiu a estruturação de órgãos descentralizados, com participação popular, para a formulação e controle de políticas públicas, uma vez criados por lei esses órgãos, suas decisões serão verdadeiras manifestações estatais “de mérito”, “opções políticas criativas” adotadas por um órgão público, visando interesse público (CYRINO e LIBERATI, 2010, p. 88).

Dessa forma, ocorre uma transferência do local onde se dará a escolha ou opção política – a discricionariedade administrativa – que deixa de ser atividade exclusiva do Chefe do Executivo, passando para uma instância colegiada, fazendo com que o ato administrativo se torne um ato complexo, sujeito a múltiplas vontades, as quais serão, depois, sintetizadas em um único ato (resolução) exteriorizado como vontade da Administração ou vontade estatal.

Nesse contexto, destaque-se que o principal avanço da escolha das políticas públicas garantidoras dos direitos das crianças e adolescentes foi a obrigatoriedade de deliberação pelo Conselho de Direitos das Crianças e Adolescentes, o que possibilita uma participação social mais efetiva nesse processo de escolha, na medida em que a deliberação das políticas públicas de um modo geral é feita através de representantes mais distantes dos problemas sociais (Poder Executivo e Legislativo).

Portanto, se o povo, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, outorgou o poder de deliberar acerca das políticas públicas que melhor atendam aos direitos

infantojuvenis aos Conselhos de Direitos, estes devem buscar os meios necessários para o efetivo exercício da missão legal. Caso esse poder não seja exercido de forma firme e efetiva, certamente serão legitimadas as ilegalidades cometidas pelos gestores públicos, como atualmente ocorrem em muitos municípios, o que representa uma afronta às garantias constitucionais existentes e alerta para que os responsáveis pelas omissões modifiquem o mais rápido possível os seus modos de atuação.

Aos demais atores do Sistema de Proteção dos Direitos da Criança e Adolescente – Ministério Público, Defensoria Pública e Conselho Tutelar – impõe-se o dever constitucional de realizar os procedimentos legais com o objetivo de obrigar ao Município e aos Conselhos de Direitos a discutir, juntamente com a população, deliberar e concretizar as políticas públicas materializadoras dos direitos infantojuvenis, inclusive com o ajuizamento de ações judiciais com o fim de compelir os referidos atores ao cumprimento de suas obrigações legais, ressaltando, porém, que nos termos do artigo 103-B, § 4º, incisos I, II e III, da CF, compete ao Conselho Nacional de Justiça a fiscalização e a normatização do Poder Judiciário e dos atos praticados por seus órgãos, o que demanda a necessidade de diálogo permanente com todos os atores do Sistema de Garantia de Direitos e o direcionamento de uma ação eficiente e eficaz em todas as regiões do Brasil.

3. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A RECOMENDAÇÃO Nº 062/2020

3.1. Conselho Nacional de Justiça

Considerando a necessidade de compreender o papel do Conselho Nacional de Justiça ao publicar a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, importa destacar que o referido órgão foi criado a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, materializando o que se denominou reforma do Judiciário. Nesse sentido, o CNJ é a representação da existência de um mecanismo de controle sobre a atuação institucional do Poder Judiciário, levando em consideração que o referido poder atingiu um inédito protagonismo na resolução de questões importantíssimas para a vida dos cidadãos brasileiros.

Destaque-se que o CNJ, nos termos do §4º do art. 103-B, da Constituição da República, detém atribuições de controle da atuação administrativa e financeira do

Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Além disso, também possui outras atribuições que lhe forem conferidas pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, bem como as previstas nos incisos I ao VII do mesmo §4º do art. 103-B, da Constituição da República. Portanto, compete ao Conselho Nacional de Justiça zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências, o que foi o caso da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.

Também estão entre os objetivos do CNJ zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituir os mesmos, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União, dentre outras funções como a disciplinar, que não tem ligação direta com o presente estudo.

3.2. Recomendação N° 062/2020

Inicialmente, importa destacar que o ato nº 62, de 17 de março de 2020, editado por parte do Conselho Nacional de Justiça, durante a presidência do Ministro Dias Toffoli, recomendou aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, ressaltando que chama a atenção, desde o primeiro momento, o fato de o Conselho Nacional de Justiça não diferenciar os presos em geral, ou seja, as pessoas com mais de 18 anos privadas de liberdade, dos adolescentes custodiados em unidades de internação provisórias ou para o cumprimento de medidas de internações definitivas.

Acerca desse tratamento não diferenciado entre adolescentes internados e presos em geral, importa destacar que o mesmo é resultado da existência de um Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF para acompanhar e propor ações relacionadas aos sistemas prisional e socioeducativo. Em um mesmo departamento, dentro do CNJ, são acompanhadas e propostas as ações relacionadas aos sistemas já referidos.

Nesse sentido, especificamente com o objetivo de estabelecer procedimentos e regras para fins de prevenção à infecção e à propagação do novo coronavírus particularmente em espaços de confinamento, de modo a reduzir os riscos epidemiológicos de transmissão do vírus e preservar a saúde de agentes públicos, pessoas privadas de liberdade e visitantes, evitando-se contaminações de grande escala que possam sobrecarregar o sistema público de saúde, o CNJ recomendou, no art. 2º do ato objeto de análise, a revisão das decisões que determinaram a internação provisória, notadamente em relação à adolescentes integrantes do grupo de risco, como, por exemplo, gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até doze anos de idade, ou por pessoa com deficiência, assim como indígenas, adolescentes com deficiência e demais adolescentes que se enquadrem em grupos de risco.

No art. 3º, foi recomendado aos magistrados com competência para a execução de medidas socioeducativas, ou seja, relativos a adolescentes já com sentença condenatória ao cumprimento de medida de internação, a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão, especialmente com relação aos integrantes do grupo de risco.

E, com base do §2º do art. 7º, o CNJ recomendou às Varas da Infância e Juventude a priorização de redesignação de audiências em processos em que o adolescente esteja solto e a sua realização por videoconferência nas hipóteses em que a pessoa esteja privada de liberdade, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, devendo levar em consideração, também, as medidas sanitárias gerais para os casos de manutenção das audiências.

Quanto às atribuições de fiscalização dos estabelecimentos que abrigam adolescentes privados de liberdade, o Conselho Nacional de Justiça recomendou a elaboração e implementação de um plano de contingências pelo Poder Executivo que preveja, minimamente, a realização de campanhas informativas acerca da Covid-19, ações de educação em saúde e medidas de prevenção e tratamento para agentes públicos, pessoas privadas de liberdade, visitantes e todos os que necessitam adentrar nos estabelecimentos; procedimento de triagem pelas equipes de saúde nas entradas de unidades socioeducativas, com vistas à identificação prévia de pessoas suspeitas de diagnóstico de Covid-19 e prevenção do contato com a população presa

ou internada; adoção de medidas preventivas de higiene, tais como aumento da frequência de limpeza de todos os espaços de circulação e permanência das pessoas custodiadas e privadas de liberdade, com atenção especial para higienização de estruturas metálicas e algemas, instalação de dispensadores de álcool gel nas áreas de circulação, dentre outras medidas (art. 9º).

Ao final, foram recomendados procedimentos a serem adotados para os casos suspeitos ou confirmados de Covid-19, no âmbito dos sistemas prisional e socioeducativo, bem como para que os magistrados zelem pela elaboração de plano de contingência pelos gestores competentes, o qual deverá observar, por exemplo, comunicação prévia ao juízo competente acerca de qualquer alteração no regime de visitas e entrega de itens às pessoas privadas de liberdade, particularizando as razões que fundamentaram a decisão, o caráter provisório da medida e o prazo estimado para sua duração ou reavaliação, dentre outras medidas.

Destaque-se, por oportuno, que conforme noticiado em seu site⁵, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) prorrogou por 180 dias, a partir de 15 de setembro de 2020, a Recomendação nº 62/2020, ou seja, já sob a presidência do Ministro Luiz Fux, o referido órgão prorrogou os efeitos da referida recomendação até o dia 12 de março de 2021, podendo ser o referido prazo prorrogado ou mesmo antecipado, a depender do avanço do coronavírus em terras brasileiras ou mesmo a vacinação da população.

4. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO APLICADAS EM 2019 E 2020

Com o objetivo de analisar a efetividade da política do Judiciário no sistema socioeducativo brasileiro em tempos da pandemia da Covid-19, serão analisados dados empíricos com o fim de favorecer a compreensão acerca da referida política, ressaltando que para tanto será feita análise quantitativa do número de adolescentes que tiveram decretadas medidas de internação entre os meses de março a novembro dos anos de 2019 e 2020, isso levando em consideração que a entrada em vigor da Recomendação nº 62/2020 ocorreu em março de 2020, bem como que o último dado de pesquisa antes da conclusão do presente artigo foi o mês de novembro de

5 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-prorroga-recomendacao-para-conter-covid-19-entre-presos/#:~:text=O%20Conselho%20Nacional%20de%20Justi%C3%A7a,no%20sistema%20prisional%20e%20socioeducativo>. Acesso em: 16 dez. 2020.

2020. Os meses de março a novembro de 2019 serão considerados como parâmetro, tendo em vista que inexistia o problema da pandemia no ano de 2019 e, com base no mesmo, será possível fazer uma análise comparativa, possibilitando ao Judiciário, na era da Justiça 4.0, analisar os dados e direcionar suas ações de modo a potencializar os resultados almejados.

Nessa perspectiva, para compreender os referidos dados, serão utilizados os procedimentos metodológicos da pesquisa quantitativa, ressaltando que, em relação ao método quantitativo:

Se caracteriza por utilizar a quantificação nos processos de coleta e tratamento das informações, intencionando a precisão dos resultados e evitando distorções de análise e interpretação. Assim, esse método se caracteriza pelo emprego da quantificação tanto nas modalidades de coleta de informações, quanto no tratamento delas por meio de técnicas estatísticas, desde as mais simples como percentual, média, desvio-padrão, às mais complexas, como coeficiente de correlação, análise de regressão, etc. (RICHARDSON, 1999, p. 70).

O referido método é utilizado, assim, quando existe a necessidade de quantificar as respostas no processo de análise de um determinado problema, o que é o caso, em que serão analisadas as aplicações de medidas socioeducativas de internação em período anterior e posterior à necessidade de aplicação de medidas de prevenção à Covid-19 em todo o Brasil, especialmente no sistema socioeducativo no qual é observada a restrição da liberdade de adolescentes em razão das práticas de atos infracionais.

Os dados a seguir apresentados foram extraídos diretamente pelo autor do presente artigo do Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNAEL)⁶, que é um sistema desenvolvido para permitir o acompanhamento e gestão de uma política nacional para a Justiça Infantojuvenil relacionada ao sistema socioeducativo, ressaltando que os dados apresentados são referentes às guias de internação de adolescentes preenchidas no período referido e identificadas nas tabelas, ou seja, os dados foram extraídos a partir do preenchimento do

6 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-adolescentes-em-conflito-com-a-lei-cnael/>. Acesso em: 16 dez. 2020.

documento necessário para a formalização de início de cumprimento de internação de adolescentes no Brasil.

A tabela abaixo mostrada, referente ao número de medidas de internação aplicadas aos adolescentes autores de atos infracionais no período de março a novembro de 2019, são apresentadas com o fim de estabelecer um parâmetro em comparação ao mesmo período de 2020, partindo do pressuposto de que entre março e novembro de 2019 a pandemia da Covid-19 não estava presente no mundo e, conseqüentemente, no Brasil. Segue a tabela com os dados para fins de comparação.

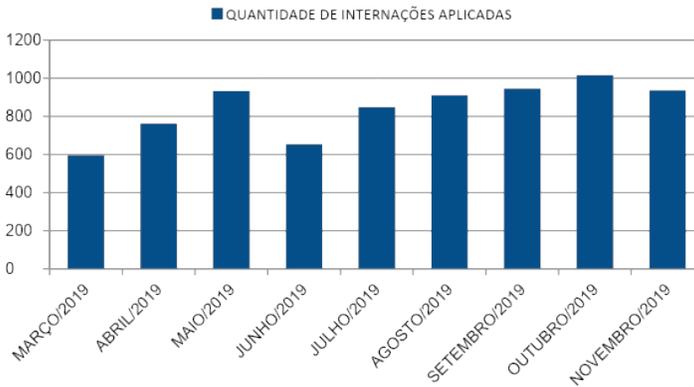
Tabela 1 - Internações de março a novembro/2019.

MÊS REFERÊNCIA	QUANTIDADE DE INTERNAÇÕES APLICADAS
MARÇO/2019	595
ABRIL/2019	760
MAIO/2019	933
JUNHO/2019	652
JULHO/2019	848
AGOSTO/2019	908
SETEMBRO/2019	944
OUTUBRO/2019	1.015
NOVEMBRO/2019	934
TOTAL	7.589

Fonte: elaborada pelo autor.

Conforme pode ser observado na tabela acima referida, o número de medidas de internação aplicadas, entre março a novembro de 2019, foi aos poucos aumentando ao longo dos meses, chegando a um crescimento de 420 internações quando é observada a comparação entre os meses de março e outubro de 2019, respectivamente com 595 e 1.015 internações, o que representa um crescimento aproximado de 70% de número de adolescentes internados, ressaltando que as variações podem ser melhores observadas no gráfico abaixo apresentado.

Gráfico 1 - Internações de março a novembro de 2019.



Fonte: Elaborado pelo autor.

Em análise gráfica, observa-se uma oscilação variada entre os meses, com os aumentos das internações nos meses de abril e maio de 2019, comparados ao mês de março, primeiro da referência, ressaltando que, no mês de junho de 2019, ocorreu uma diminuição de 281 internações, em comparação com o mês imediatamente anterior. Já nos meses de julho, agosto, setembro e outubro, observa-se o crescimento no número de internações, com uma pequena queda no mês de novembro de 2019.

Seguindo a mesma trilha, para estabelecer um parâmetro entre as internações aplicadas entre os anos de 2019 e 2020, levando em consideração a edição da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, que sugeriu aos Tribunais e Magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, são apresentados os dados com os números de internações dos mesmos meses apresentados no ano-base 2019, isso em relação ao ano de 2020.

Assim, com a análise dos números apresentados na tabela abaixo, observou-se, pelo menos em uma análise quantitativa, que a Recomendação nº 62/2020 não surgiu o efeito desejado, diante do aumento das internações aplicadas no ano de 2020, com exceção do mês de abril de 2020, o primeiro imediatamente posterior ao alastramento da pandemia do COVID-19 no Brasil. Segue a tabela relativa ao ano de 2020.

Tabela 2 – Internações de março a novembro de 2020.

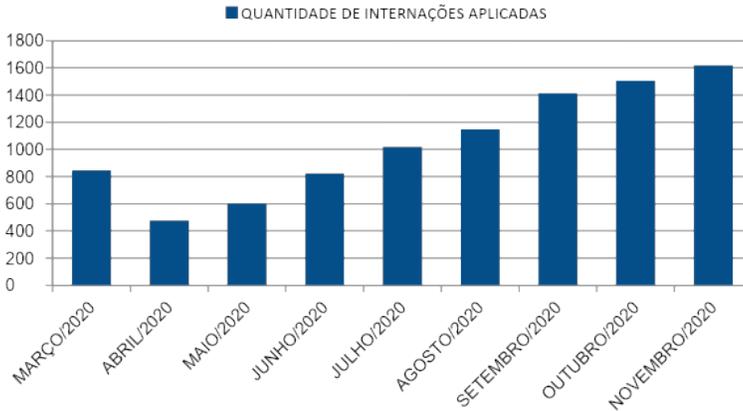
MÊS REFERÊNCIA	QUANTIDADE DE INTERNAÇÕES APLICADAS
MARÇO/2020	846
ABRIL/2020	475
MAIO/2020	601
JUNHO/2020	821
JULHO/2020	1.018
AGOSTO/2020	1.148
SETEMBRO/2020	1.411
OUTUBRO/2020	1.507
NOVEMBRO/2020	1.618
TOTAL	9.445

Fonte: Elaborada pelo autor.

Examinando a tabela acima, pontualmente no mês de abril de 2020, em comparação com o mês de março do mesmo ano, o observado foi uma redução de 371 internações, o que equivale a uma redução aproximada de 56%, sendo tal redução possivelmente explicada pela impossibilidade momentânea, por parte do Poder Judiciário, de realização de atos remotos, isso diante da suspensão do expediente presencial com o escopo de conter o avanço da pandemia da Covid-19.

Contudo, o gráfico a seguir apresentado mostrará que, possivelmente, a partir do momento em que o Judiciário iniciou a realização dos atos de maneira não presencial, utilizando os meios tecnológicos disponíveis, ocorreu um aumento considerável entre as decretações de medidas socioeducativas de internação, possivelmente em razão do não atendimento por parte dos Juízos da Infância e Juventude do recomendado pelo CNJ, com destaque, porém, que apenas com uma pesquisa qualitativa seria possível ter um grau maior de certeza quanto à afirmação, o que não é possível no presente artigo, diante do grau de profundidade que seria exigido na pesquisa e o tempo necessário para a conclusão da mesma. Segue gráfico no qual fica mais fácil a compreensão entre os períodos objetos de comparação.

Gráfico 2 - Internações - março a novembro de 2020.



Fonte: Elaborado pelo autor.

Pelo gráfico acima mostrado, fica claro que a comparação entre o primeiro mês de análise, março de 2020, e o último, novembro do mesmo ano, ocorreu um grande aumento no número de adolescentes condenados ao cumprimento da medida socioeducativa de internação, chegando o aumento entre o primeiro e último mês objeto da comparação ao patamar aproximado de 91%, o que representa quase o dobro de medidas de internação aplicadas.

E, comparando-se os números absolutos de internações aplicadas entre março e novembro, dos anos de 2019 e 2020, respectivamente, 7.589 e 9.445, fica claro que entre um ano e outro ocorreu um aumento de 1.856 internações, o que equivale a um aumento de aproximadamente 25% de internações.

O art. 2º da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, estabeleceu que os magistrados competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude, ou seja, aqueles que analisam as provas e determinam qual medida socioeducativa deve ser cumprida, com o objetivo de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, deveriam aplicar preferencialmente medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões que determinaram a internação provisória.

Contudo, pelos números apresentados, em análise quantitativa, forçoso é concluir que as Varas da Infância e Juventude competentes para apuração de atos infracionais, em vez de priorizar a aplicação de medidas socioeducativas em meio

aberto e revisar as decisões que determinaram a internação provisória, terminaram por aplicar medidas socioeducativas de internações definitivas, ressaltando, porém, que essa conclusão é apenas uma hipótese, que poderá ser posteriormente confirmada, ou não, com o aprofundamento da pesquisa através de um estudo qualitativo em relação aos julgamentos ocorridos no período objeto de estudo em 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em atenção ao que foi estudado no presente artigo, em sede de conclusões, importa destacar que a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e Adolescente revolucionaram os direitos infantojuvenis, considerados como fundamentais, adotando os princípios da prioridade absoluta e doutrina da proteção integral, ressaltando, porém, que o problema da não concretização dos referidos direitos é mais jurídico e político que filosófico, isso considerando que no Brasil, apesar de a legislação ser avançada, os atores do Sistema de Garantia, em regra, não cumprem com suas obrigações legais.

Assim, para que a sociedade evolua efetivamente de maneira sólida, com a materialização dos direitos estabelecidos em lei, necessário se faz que ocorra uma mudança de postura partindo da própria sociedade e, principalmente, dos atores do Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e Adolescente, no sentido de possibilitar a participação dos referidos atores em todas as políticas públicas que envolvam direitos de crianças e adolescentes, especialmente nos casos de estabelecimento de políticas a serem executadas em todo o Brasil, como ocorreu com a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.

Nesse sentido, importa destacar que deve o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente participar ativamente das ações do Conselho Nacional de Justiça no que se refere ao estabelecimento de políticas públicas que envolvam direitos infantojuvenis, tudo com o objetivo de concretizar a promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, ressaltando que a obediência às diretrizes dos Conselhos de Direitos, que visam estabelecer as políticas públicas concretizadoras dos direitos das crianças e adolescentes, não é ato discricionário da Administração Pública, mas sim obrigação legal, de acordo com os princípios da participação e exigibilidade.

Pelo estudo, ficou claro que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, com o objetivo de proporcionar a prevenção à propagação da infecção pelo novo coronavírus Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, partindo do pressuposto de que compete ao referido Conselho a fiscalização e a normatização do Poder Judiciário e dos atos praticados por seus órgãos, conforme estabelecido no artigo 103-B, § 4º, incisos I, II e III, da CF.

Contudo, a recomendação foi elaborada e discutida entre os Conselheiros do CNJ com base nos dados apresentados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF para acompanhar e propor ações relacionadas aos sistemas prisional e socioeducativo, sem a participação dos outros atores do Sistema de Garantias de Direitos das Crianças e Adolescentes, como Conselho de Direito, Conselhos Tutelares, Ministério Público, União, Estados e municípios, em desarmonia com o estabelecido especialmente nos incisos I, II e III da Lei nº 8.069/1990.

E, com base nos dados empíricos, através de pesquisa quantitativa, ou seja, após analisar os dados constantes no Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNAACL), especialmente em relação ao número de internações nos mesmos períodos de 2019 e 2020, sendo o primeiro sem a pandemia da Covid-19 e, o segundo, respectivamente, com a pandemia, observou-se que a hipótese inicialmente prevista não foi confirmada, eis que a Recomendação nº 62/2020 não surtiu o efeito desejado, diante do aumento das internações aplicadas no ano de 2020, isso considerando que se esperava uma diminuição de internações para se evitar a propagação da Covid-19 no sistema socioeducativo.

Comparando-se os números absolutos de internações aplicadas entre março e novembro, dos anos de 2019 e 2020, respectivamente, 7.589 e 9.445, fica claro que entre um ano e outro ocorreu um aumento de 1.856 internações, o que equivale a um aumento de aproximadamente 25% de internações, o que demonstra, pelo menos em uma análise quantitativa, que a recomendação do CNJ não surtiu o efeito desejado.

E, partindo-se do pressuposto acima estabelecido, com base no observado na pesquisa, a título de sugestão, recomenda-se ao Conselho Nacional de Justiça o desmembramento do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF em dois

departamentos, sendo um exclusivamente dedicado ao Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, em razão das peculiaridades dos direitos dos adolescentes privados de liberdade, o que merece uma atenção especial. O outro deve cuidar exclusivamente dos presos custodiados no Sistema Prisional.

E, por fim, importa destacar que certamente a atuação do Conselho Nacional de Justiça será potencializada a partir do momento em que o referido órgão passar a direcionar suas ações de forma conjunta com os demais atores do Sistema de Garantias de Direitos, podendo estabelecer diretrizes de âmbito nacional e deixar, que os Estados e municípios, diante das peculiaridades de cada um, tomam as medidas adequadas às realidades tão distintas em todo o Brasil, o que certamente possibilitará o cumprimento das metas estabelecidas pelo órgão criado para representar a existência de um mecanismo de controle sobre a atuação institucional do Judiciário, levando em consideração que o referido poder atingiu um inédito protagonismo na resolução de questões importantíssimas para a vida dos cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ma edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 19 dez. 2020.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ta edição. Coimbra: Almidina, 2000.

CYRINO, Públio Caio Bessa; LIBERATI, Wilson Donizete. **Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. São Paulo: RT, 2007.

NOGUEIRA NETO, Wanderlilno. **Direitos humanos da infância e adolescência no SIPIA**. Fortaleza: CEDAC, 2004.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

SÊDA, Edson. **A proteção integral: um relato sobre o cumprimento do novo direito da criança e do adolescente**. Campinas/SP: Ed. Âdes, 2010.

TAVARES, Patrícia Silveira. A Política de Atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ta edição. Rio de Janeiro: Lumens Iuris, 2010.

**PARA ALÉM DE UM CONSENTIMENTO NAIFE
UMA PERSPECTIVA ANALÍTICA CRÍTICA DO
“CONSENTIMENTO” ESTAMPADO NA LGPD BRASILEIRA**

***BEYOND TO A ‘NAIFE’ CONSENT
A CRITICAL ANALYSIS PERSPECTIVE OF THE “CONSENT”
PRESENT IN THE BRAZILIAN GDPL***

Mario Filipe Cavalcanti de Souza Santos
Mestrando em Ciências da Comunicação pela
Universidade de São Paulo (USP) Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE)
Pesquisador Membro do Grupo de Estudos Semióticos
em Comunicação, Cultura e Consumo da Universidade
de São Paulo
Advogado especializado em Propriedade Intelectual,
Direito Digital, Privacidade e Proteção de Dados
Membro Efetivo das Comissões de Proteção de Dados e
Direitos do Consumidor da OAB São Paulo

RESUMO: O presente artigo busca desvelar por meio da análise crítica do discurso e do tripé texto/práticas discursivas/práticas sociais proposto por Norman Fairclough, a arquitetura do que a LGPD estabelece como ‘consentimento’, expondo alguns de seus gargalos a partir das dinâmicas interacionais e das relações de poder e de abuso de poder comunicacional que subjazem a teia social, mais especificamente, quanto à atuação algorítmica nas plataformas digitais e a ausência de informação e conhecimento a esse respeito pelos cidadãos.

Palavras-chave: Consentimento. LGPD. Análise crítica do discurso. Proteção de dados.

ABSTRACT: *This article seeks to unveil, through critical discourse analysis and the tripod text/discursive practices/social practices proposed by Norman Fairclough, the architecture of what the LGPD establishes as ‘consent’, exposing some of its bottlenecks from the interactional dynamics and of power relations and abuse of communicational power that underlie the social web, more specifically, regarding the algorithmic performance on digital platforms and the lack of information and knowledge about this by citizens.*

Keywords: *Consent. GDPL. Critical discourse analysis. Data protection.*

INTRODUÇÃO: O DIREITO, OS TEXTOS E A CONSTRUÇÃO DE SENTIDO

Como fenômeno social constituído a partir do monopólio do poder político pelo Estado, o Direito se volta à construção da aceitabilidade e da reprochabilidade comportamental no âmbito da sociedade, assim como, no dizer de Derrida (DERRIDA, 2010, p. 7), à construção e justificação do próprio poder. Estando ligado ao social, como exposto por Ulpiano em sua máxima “*Ubi homo ibi societas, ubi societas, ibi jus*”¹, o Direito se preocupa com o estabelecimento da imperatividade de suas normas, portanto, com a efetividade de seu caráter dogmático (VIEHWEG, 1969), e, assim, com a construção da ideia de um dever ser objetivo (FERRAZ JR, 1994, p. 41).

E é como fenômeno social voltado à ordenação da conduta humana e ao estudo de seus efeitos (KELSEN, 2000, p. 05), portanto, ao regramento, mas também ao comportamento, que o Direito, através da pluralidade de suas fontes, atua no estabelecimento e na construção de sentidos, já que é caro à sua lógica a análise das condutas em conformidade e/ou desconformidade com os *standards*, ou padrões normativos socialmente construídos, possibilitando, assim, o estudo das intencionalidades dos atores sociais (a ex. da boa-fé no campo civil e da culpabilidade no penal). Registre-se que tal construção de sentido, por vezes, se dá por intermédio do uso das palavras, dos textos, como asseverou Ferraz Jr.², e, portanto, do discurso e dos atos de fala.

1 SCHIAVONE, Aldo. **Ius**: l’invenzione del diritto in occidente. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005. Em tradução livre: “onde está o homem está a sociedade e onde está a sociedade, está o Direito”.

2 *Idem, Ibidem*, p. 255.

De outro lado, há que se demarcar que essa construção do sentido a partir das palavras se estabelece não de maneira estática ou automática, mas negociada e, muitas vezes, conflituosa, como denunciou von Jhering (JHERING, 2006).

Tais aspectos dinâmicos da natureza jurídica demonstram a relevância da análise de suas textualidades discursivas a partir de uma abordagem analítica crítica do discurso, tendo em vista, de um lado, a importância do entendimento dos sentidos advindos das normas jurídicas, mas, de outro a relevância dos contextos sociais delas constituintes.

Sobre a análise crítica do discurso (ACD) – que é ao mesmo tempo teoria e método, assim pontuou Teun A. Van Dijk, um dos mais reconhecidos analistas críticos do discurso da contemporaneidade:

A ACD é um tipo de investigação analítica discursiva que estuda principalmente o modo como o abuso do poder, a dominação e a desigualdade são representados, reproduzidos e combatidos por textos orais e escritos no contexto social e político (VAN DIJK, 2020, p. 113).

A ACD, portanto, possui objetivo nítido de desvelar as dinâmicas manipulatórias do poder, através da análise expansiva dos textos sociais. De modo que, a análise de qualquer texto – inclusive do texto legal – visa observar as intencionalidades discursivas (o sentido), mas também as dinâmicas de contexto adjacentes, como os intentos de exercício de poder e controle, assim como as práticas de abuso de poder – que são aquelas que contrariam as dinâmicas do uso legítimo do poder dentro do contexto democrático.

Norman Fairclough (FAIRCLOUGH, 2016, pp. 111, 121), também aclamado analistas do discurso da contemporaneidade, estabeleceu três pilares para o entendimento dos sentidos discursivos, a saber, (I) o texto, portanto a concretude da expressão do discurso, (II) as práticas discursivas, composta pelas interações entre os sujeitos produtor e receptor idealizado, pela construção do *ethos* do produtor – isto é, da imagem que este constrói de si através de seu discurso, mesmo que deslocada de sua imagem real, como lecionado por Charaudeau e Maingueneau (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2018, p. 220), pela distribuição e circulação do discurso e pelos seus contextos e (III) as práticas sociais, com suas várias

orientações como econômicas, políticas, culturais, que, convergindo no processo da textualidade, contribuem à construção dos sentidos.

Tal abordagem crítica do discurso legal se justifica, inclusive, a partir da dinâmica natural da dogmática jurídica, que acompanha o caminhar da sociedade através da transmutação de sentidos e de entendimentos, com o passar do tempo.

Nesse contexto, a Lei Federal nº. 13.709/2018 (Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), que baliza entendimentos expressos no ordenamento jurídico brasileiro muito antes de sua própria vigência (CAVALCANTI, 2021), erigiu uma série de institutos e princípios jurídicos cujos sentidos precisam ser detidamente analisados, tendo em vista a relevância de tais normativos para as interações sociais em meio à era de um capitalismo plataformizado e de economia digital (SRNICEK, 2017, p. 04), que se espraia na vigilância e no controle comportamental sobre consumidores e cidadãos (ZUBOFF, 2021, p. 18).

Um desses institutos jurídicos balizados pela LGPD é o do consentimento, definido no art. 5º, inciso XII como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

Tal conceituação, embora indique o objetivo máximo da proteção à privacidade e ao tratamento de dados, dando ao seu titular o poder de autodeterminar sua vontade, traz problemas que são típicos à interatividade factual, portanto, à compreensão de fenômenos sociais que transcendem a mera arquitetura textual (*strictu sensu*) da lei, em outras palavras, problemas advindos dos contextos.

Um desses problemas parece ser a omissão acerca do convívio com atores não humanos na rede interacional. Segundo o magistério de Bruno Latour (2012), os algoritmos e outras ferramentas inteligentes previamente programáveis, não são objetos, mas sujeitos criados, atuantes e actantes na teia complexa interacional atualmente existente.

E, como se sabe, essa atuação programada possui nítido intento manipulatório sobre o comportamento dos usuários das redes digitais no intento de criação e recriação de arquétipos de consumo³, ou seja, de avatares personificados de cada indivíduo, que oportunizem no ser biológico o desejo de compra e de consumo, seja de bens e serviços, seja das próprias redes digitais, manipulação esta oportunizada

3 CAVALCANTI, *Ibidem*.

por meio dos processos de *big data*, isto é, pelas trocas constantes de dados pessoais por acesso a conteúdo *online*, o que chamamos escambo digital (CAVALCANTI, 2021, p. 96-115).

Em outras palavras, se tudo o que podemos ver sobre o mundo vem se resumindo ao mostrado nas telas de celulares e computadores e, de outro lado, se essas telas são controladas por algoritmos que nos mostram o que as empresas deles programadoras querem que vejamos – sobre a temática, relevante o estudo de Eli Pariser (2012) sobre as bolhas de filtro da internet –, então a própria compreensão do mundo passa a ser enviesada graças a essa mediação algorítmica fortemente manipulatória. Onde, então, fica o consentimento? Isto é, até que ponto a promessa da LGPD é factível e até que ponto ficcional?

O presente artigo busca, portanto, desvelar por meio da análise crítica do discurso e do tripé texto/práticas discursivas/práticas sociais, a arquitetura do que a LGPD estabelece como ‘consentimento’, expondo alguns de seus gargalos a partir das dinâmicas interacionais e das relações de poder e de abuso de poder comunicacional que subjazem a teia social.

1. ANALISANDO O TEXTO: O CONSENTIMENTO NO ART. 5º, XII DA LGPD

O objeto de nosso estudo é o inciso XII do art. 5º da LGPD, que determina:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

Para vias da análise textual, dividiremos o texto acima nos trechos analíticos A-B-C-D, quais sejam:

[A] manifestação livre,

[B] informada e inequívoca

[C] pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais

[D] para uma finalidade determinada

O texto legal estabelece, inicialmente, que por ‘consentimento’ se deva entender a manifestação-livre, portanto, em oposição à impossibilidade de manifestação ou mesmo à manifestação sob cabresto, típicas de regimes ditatoriais. Portanto, ao demarcar que, por consentimento, deva-se entender aquele advindo de manifestação-livre, o próprio texto legal impõe valoração típica dos regimes democráticos, demarcando o sentido político do texto e, portanto, induzindo o sentido *erga omnes*, isto é, integral e plural do vetor normativo.

Por ‘informada e inequívoca’ vê-se uma clara função predicativa sobre a célula anterior, de modo que B é complemento de A, na dinâmica da textualidade normativa observada, no sentido de que, não basta que a manifestação seja livre e, portanto, desembaraçada de entraves politicamente existentes, é mister que ela seja, também, informada e inequívoca, isto é, que a manifestação livre não se dê por meio de desinformação e, portanto, do engodo da razão e, de outro lado, que essa manifestação seja certa, sem dúvidas, inequívoca.

Ao item C de nossa análise, vemos surgir o sujeito de direitos, isto é, o titular dos dados pessoais a quem é destinado o normativo legal. Aqui a relevância é dada ao verbo ‘concordar’, tendo em vista que a manifestação livre é do titular, o titular precisa estar informado para manifestar sua concordância, e essa manifestação precisa ser inequívoca. Significando ‘concordar’, dar permissão a, acordar com, temos aqui o espírito da ideia de consentimento: o estabelecimento do controle dos dados para o titular dos dados.

Por fim, o item D dá conta do destino da utilização dos dados pessoais, em *link* direto com a própria disposição legal da LGPD, que estabelece a finalidade como um dos princípios do tratamento de dados pessoais, vide dicção do art. 6º, I:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem

possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades

Se de um lado vê-se aqui a limitação da destinação do permissivo, da concordância, portanto, da manifestação-livre, no sentido de que a manifestação-livre não é dada para o infinito ou como um ‘cheque em branco’, de outro lado, o próprio texto legal do art. 6º, I, ao instituir a finalidade como princípio, relembra a necessidade de que o propósito da finalidade do uso dos dados seja legítimo / específico / explícito / informado.

A análise textual do inciso XII do art. 5º da LGPD dá conta, portanto, de identificar no consentimento um poder de controle e de autodeterminação cujo exercício é dado a todo e qualquer cidadão, e instrui que esse poder é direcionado à determinação do uso de dados pessoais, sabendo-se a destinação, as finalidades e os limites impostos ao tratamento. Trata-se, portanto, de norma das mais democráticas contidas no texto da Lei de dados.

Continuando a análise textual do consentimento, e a partir dos resultados analíticos encontrados, passa-se à observação da construção histórica de sentido do próprio verbete.

1.1. As origens etimológico-filosóficas do consentimento

Ao traduzir o verbete ‘consentimento’ como o “ato ou efeito de consentir”, dar permissão / licença e concordar, os dicionários da língua⁴ acabam por, optando por uma significação prática e de fácil assimilação, reduzir a complexidade de uma significação mais intrínseca e oriunda da etimologia da expressão.

É que consentimento e assentimento são sinônimos nascidos da tradição filosófica do estoicismo. Trata-se de palavras traduzidas do grego *Synkatathestai* ou *Synkatathesis* que, segundo a Enciclopédia Britânica, se trataria da justaposição dos termos *syn* (‘junto’) e *katathesis* (‘depositar’) e, para além da fenomenologia da formação da palavra, seu significado semântico desvelaria uma origem aprofundada:

4 a ex. de MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consentimento/>; e AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, p. 196.

In the passive voice the verb means, to assent to, to agree with. Used by the Stoics in the sense of agreement, or conviction. In general it signifies, the acknowledgment of the truth of a proposition, or consent given to it with someone (ENCYCLO, 2021).

Como se pode ver, além das ideias de ‘assentir a’ e de ‘concordar com’, o verbete visa significar o reconhecimento da verdade de uma afirmação/proposição, ligando-se o significado da própria palavra a critérios éticos que o próprio Epíteto, um dos estoicos mais conhecidos, bem descreveu:

Qual é a razão de se dar assentimento a algo? Parecer que é. Com efeito, não é possível dar assentimento ao que parece que não é o caso. Porque esta é a própria natureza do pensamento: inclinar-se para as coisas verdadeiras, estar descontente com as coisas falsas, suspender o juízo em relação às coisas incertas. Quando, portanto, alguém dá assentimento ao que é falso, sabe tu que ele não desejou assentir (EPÍTETO *In*: DINUCCI, 2017, p. 352).

Portanto, o próprio sentido de ‘consentir’ viria de um sentimento da verdade ou, em outras palavras, de um assentimento diante de uma preposição qualquer que se entenda verdadeira. Segundo essa teoria filosófica, um erro de escolha voluntário seria tão impossível quanto desejar-se o próprio mal de maneira conscientemente dirigida a essa finalidade. O erro, aqui, é não voluntário, mas gestado a partir de um engodo, uma vez que, segundo Epíteto:

Para todos os homens há um único princípio, de acordo com [o] qual assentir é sentir que é o caso, negar é sentir que não é o caso e suspender o juízo é sentir que é não-evidente (EPÍTETO *In*: DINUCCI, 2017, p. 357).

Consentir, então, figuraria como um poder do ser humano, referenciado pelo filósofo grego como o poder da escolha, que seria o único aspecto *inerente ao* indivíduo que nenhum tirano lhe poderia tirar, e tal poder se exerceria, segundo a lição do professor Aldo Dinucci a partir de três operações básicas:

O ato de conceder o assentimento (que se faz diante de algo que parece ser o caso), o ato de negar o assentimento (que se faz diante de algo [que] não parece ser o caso) e o ato de suspender o assentimento (que se faz diante [de] algo que não se sabe se é ou não o caso), estendendo isso ao que parece vantajoso ou não (DINUCCI, 2017, p. 354).

Vê-se, portanto, que no âmago da tradição filosófica, assim como em suas raízes etimológicas, consentimento estaria ligado a um poder do indivíduo escolher conforme a sua vontade, baseado em informações verdadeiras e suficientes que detenha e do crivo de que aquela escolha seria livre, desimpedida e baseada num raciocínio verdadeiro, isto é, sem uma condução fraudulenta que possa turbar a assertividade da escolha.

Observando o quanto disposto no texto legal, assim como a concepção etimológico-filosófica do termo ‘consentimento’, temos a seguinte fórmula de sentido:

A (B) + C (D) / V

Onde:

[A] manifestação livre,

[B] informada e inequívoca

[C] pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais

[D] para uma finalidade determinada

[V] verdade – informação

O critério da verdade, ou da informação verdadeira, portanto, passa a ser definidor do sentido daquilo que é consentido. Isto é, que não se pode consentir por algo que não seja verdadeiro, ou, em outras palavras, sobre algo do qual não se saiba, não se conheça, não se controle.

2. ANALISANDO AS PRÁTICAS DISCURSIVAS

2.1. A construção textual-legal e a acepção etimológico-filosófica como *standards* do uso escorreito do poder no que se refere ao consentimento.

A concepção etimológico-filosófica acima desvelada é cara à teoria jurídica da proteção de dados pessoais, justamente pelo fato de que constitui uma equação inarredável, que podemos demonstrar no esquema abaixo:

$$\text{Informação (Verdade) + Decisão = Consentimento}$$

Da redação textual do art. 5º, XII da LGPD, pode-se compreender inicialmente a constituição de um sentido de validade estritamente condicionado, segundo o qual a concordância do titular dos dados com o seu tratamento por terceiros somente seria válida⁵ quando “livre, informada e inequívoca”, e para uma “finalidade determinada”.

Vê-se, portanto, que a espinha dorsal do dispositivo legal se encontra em um binômio que erige condições de validade:



Na ambiência jurídica da validade poderíamos entender, portanto, os critérios filosófico-condicionantes de verdade, tal como estipulados há séculos por Epíteto.

Isso porque, se de um lado a decisão que o titular dos dados, portanto, o cidadão/consumidor, tomará precisa ser clara e consciente, sendo rejeitada qualquer tipo de argumentação de consentimento ficto ou implícito – como aliás, já lecionado por Tepedino e Teffé (TEPEDINO; TEFFÉ *In*: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020, p. 285 e 300), de outro, resta delimitada a plenitude do tratamento a uma finalidade ajustada e determinada e, portanto, específica, que pode ser, por exemplo, o tratamento de dados para a persecução de crédito – nos casos de solicitação pelo consumidor –, ou do tratamento de dados apenas para permitir a compra de um

5 Há que se relembrar que o consentimento é uma das bases legais de tratamento de dados, havendo, conforme o caso, excepcionalidade à necessidade de consentir, nos moldes da lei.

imóvel – nos casos de início de tratativas para a promessa de compra e venda de imóvel pelo consumidor –, ou para a administração de registros escolares – nos casos de ingresso de cidadão em alguma unidade escolar pública ou privada; não podendo o agente de tratamento de dados, portanto, ultrapassar os limites desse assentimento.

Tal binômio (compreensão / finalidade) resulta, segundo Danilo Doneda (2006, p. 377), diretamente de um dos fundamentos normativos da própria proteção de dados, a saber, a autodeterminação informativa do indivíduo, que é princípio de matriz alemã, incorporada por nossa legislação nos moldes como dispostos no art. 2º, II da LGPD.

Segundo o magistério de Matos e Ruzyk (MATOS; RUZYK *In*: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020, p. 199), a autodeterminação informativa seria, justamente, o “espaço de liberdade no qual a escolha do indivíduo sobre a publicização de seus dados pessoais deve prevalecer, como integrante do desenvolvimento de sua personalidade”.

Na mesma esteira há quem entenda que essa mesma liberdade se constitui em um poder de controle do titular de dados sobre os usos, finalidades e transmissibilidade desses dados, sendo esse o magistério de Tepedino e Teffé⁶, e esse controle direcionado não aos agentes de tratamento (empresas/governos) mas ao cidadão deles titular, tem o objetivo de evitar o uso indiscriminado e discriminante dessas informações, ao mesmo tempo que se espria como matriz democrática das lógicas de tratamento de dados pessoais, evitando-se o escambo digital baseado unicamente no engodo (CAVALCANTI, 2021, p. 96-115).

Veja-se que o redirecionamento do controle sobre o uso dos dados à pessoa de seu titular, se dá tendo em vista a clara assimetria informacional existente nas relações marcadas pelo fluxo de dados, tendo em vista de um lado há clara profusão de recursos dos grandes conglomerados econômicos e governos na manutenção e desenvolvimento das máquinas de captar dados observáveis no mundo digital e físico, de outro, há nítida hipossuficiência e escassez (até mesmo de informação) do titular de dados. Nesse sentido, útil a lição de Bruno Bioni, que alega que:

o objetivo final [da própria LGPD] é a redução da assimetria de informação e técnica que circunda todo o fluxo informacional. Visa-se estabelecer uma relação mais sincera e menos danosa,

6 TEPEDINO; TEFFÉ, *Ibidem*, p. 285

eliminando-se qualquer tipo de opacidade e obscuridade com relação ao trânsito dos dados pessoais (BIONI, 2021, p. 184).

E, nesse mesmo desiderato, já afirmou Eduardo Tomasevicius Filho (2007, p. 308), ser reconhecido pela doutrina que “uma das condições para que surja o dever de informar é a existência de informação assimétrica”. Aqui já vislumbramos algo das práticas sociais, tendo em vista que, inexistindo informações tão claras, e, mais, existindo práticas manipulatórias ante a opinião dos cidadãos, prossegue imperando a assimetria informacional e prossegue o ideal do consumidor autodeterminado sendo um *ethos*, isto é, uma imagem construída, sem haver, necessariamente, qualquer *link* com o real.

Diante do até aqui analisado, se temos a definição legal do que é cogente, aceitável e imperativo no nosso ordenamento jurídico, quanto ao sentido, expressividade e abrangência do consentimento, tem-se que o inverso disso, isto é, a manipulação do cidadão/consumidor para a geração de manifestações não necessariamente livres ou livres em parte, desinformadas, equivocadas e sem compreensão de finalidades ou efetiva concordância, é, nada mais e menos que o abuso do poder.

Para Van Dijk:

O abuso de poder significa a violação de normas e valores fundamentais no interesse daqueles que têm o poder e contra os interesses dos outros. Os abusos de poder significam a violação dos direitos sociais e civis das pessoas. Na área do discurso e da comunicação, isso pode significar o direito de ser bem ensinado e educado, de ser bem-informado, etc.

Se quisermos analisar e criticar a dominação e se a dominação é definida como ilegítima, precisamos ser muito explícitos sobre as normas, os critérios ou os padrões de legitimidade (VAN DIJK, 2020, p. 29).

Portanto, resta evidenciado que o texto legal do art. 5º, XII da LGPD assegura (ou idealiza) um cidadão autodeterminado, que possui controle sobre seus dados, sobre seu discernimento e sobre a manifestação da sua vontade, sendo não somente capaz, como também capaz de entender e decidir. Esse é o padrão de legitimidade que devemos ter no horizonte. E esse *ethos* do destinatário é o espírito da norma.

Ao expressar que a manifestação de vontade do titular de dados tem de ser informada e inequívoca, a lei reconhece na informação plena, livre, consciente e sem máculas ou ambiguidades – ou seja, na simetria informacional –, um dos fundamentos da proteção de dados, não se podendo falar em tratamento válido quando as suas finalidades imediatas e mediatas restam obscuras ao cidadão. Sobre o assunto, assim lecionam Gustavo Tepedino e Chiara de Teffé:

Para diminuir a assimetria técnica e informacional existente entre as partes, exige a lei que ao cidadão sejam fornecidas informações transparentes, adequadas, claras e em quantidade satisfatória acerca dos riscos e implicações do tratamento de seus dados. (...) Na hipótese em que o consentimento é requerido, ele será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência e de forma clara e inequívoca (TEPEDINO; TEFFÉ *In*: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020, p. 295-296).

Portanto, pode-se inferir que a redação legal se estabelece com o objetivo de erigir um consentimento expresso, claro, evidente e direcionado a uma finalidade específica, realizado mediante uma manifestação não ambígua e plenamente consciente por parte do titular de dados, tem-se aqui o estabelecimento de um cidadão autodeterminado informacionalmente.

3. ANALISANDO AS PRÁTICAS SOCIAIS

Para além da textualidade da lei e das práticas discursivas presentes no comando analisado, as práticas sociais denotam desafios para a efetividade do texto legal e, portanto, para o alcance de um cidadão pleno, dono de um consentimento livre, informado, inequívoco, que controla e, portanto, exerce poder sobre o uso de seus dados, como parece ser o sentido buscado pelo texto legal.

Isso porque, se de um lado vivenciamos a era de um capitalismo dadocêntrico (MOROZOV, 2018), onde a incessante busca pela captação e mineração de dados pessoais é imperativa para o desenvolvimento de grandes conglomerados empresariais sediados não somente no Vale do Silício, mas agora ao redor de todo

o mundo, de outro lado, o cenário desvela consumidores e cidadãos, também ao redor de todo o mundo, submetidos a essas lógicas de predação, tendo como único pagamento o entretenimento fácil observável nas plataformas digitais.

Como já afirmamos:

Como na imagem de um funil, o *big data* ocupa a parte superior da alegoria, com uma larga boca que nunca se sacia, nela acumulam-se dados os mais variados, captados em texto, imagem e som que, de tão extensos em quantidade, se assemelhariam a uma fotografia do céu tirada pelo Hubble, ou seja, a uma acentuada redução de complexidade. Nesse sentido, a apropriação da conceituação de *big data* pelo capitalismo é sintomática, haja vista que tal expressão surge pela primeira vez em 1997, da constatação de astrônomos da NASA da problemática do tratamento de quantidades massivas de dados astronômicos, diante da limitação dos recursos disponíveis.

O *big data*, no entanto, é uma necessidade do capitalismo, não a sua finalidade. O objetivo gira em torno da captação, tratamento, e utilização dos pequenos dados (*small data*), uma vez que é através deles, isto é, da ponta menor, da base do funil, que se pode chegar a informações e conhecimento aplicáveis nas lógicas de engajamento (CAVALCANTI, 2021, p. 02).

Portanto, as lógicas de *big data* são vetores de informação que cidadãos ao redor do mundo ignoram por ausência de uma literacia voltada ao seu empoderamento, que lhes garanta um efetivo convencimento e que lhes oportunize prolar verdadeiro consentimento diante de situações envolvendo tecnologias digitais.

No dizer de Morozov, exemplificando as relações de captação de dados consumidores-Google:

Na verdade, estamos sendo duplamente ludibriados: quando entregamos os nossos dados – que acabam no balanço dos ativos do Google – em troca de serviços relativamente triviais, e quando esses mesmos dados são utilizados para customizar e estruturar o nosso mundo de maneira pouco transparente e pouco desejável. Essa segunda característica dos dados como unidade

de troca ainda não é bem compreendida. Todavia, é justamente essa capacidade de moldar o futuro, mesmo depois de termos abdicado dele, que transforma os dados em instrumentos de dominação.

De certo modo, os pobres são os verdadeiros ‘assistentes virtuais’ do Google, ao contribuir para a acumulação de dados que mais tarde serão monetizados pela empresa (MOROZOV, 2018, p. 53-54).

Na mesma toada, prossigue o pesquisador agora sobre a relação consumidores-Facebook (atualmente ‘Meta’):

O Facebook está interessado em ‘inclusão digital’ do mesmo modo que os agiotas se interessam pela ‘inclusão financeira’ – ou seja, em função do dinheiro.

O acesso gratuito à internet que o Facebook oferece aos países em desenvolvimento é, em essência, um derivativo financeiro gigantesco que paga a implantação da sua infraestrutura: o Facebook assegura a conectividade a esses países em troca do direito de monetizar a vida dos seus cidadãos assim que estes passarem a contar com recursos suficientes (MOROZOV, 2018, p. 55-56).

Ou seja, no que convencionamos em Direito chamar ‘mundo dos fatos’, vê-se um contínuo cabo de guerra obnubilado por ‘dancinhas do Tik Tok’ e por ‘Reels do Instagram’, enquanto o objetivo imediato das *big techs* prossigue o mesmo: captação, mineração e predação da maior quantidade de dados possíveis – lógica de *big data* – para conversão no que o mercado chama de ‘*leads*’, isto é, para consumos.

A neblina a que são relegados os cidadãos ao redor do mundo, quanto à complexidade e aos riscos dessas ferramentas digitais, denota, nitidamente a ausência de chances mínimas por um consentimento efetivo e eficaz, justamente por faltar o vetor ‘verdade-informação’. E veja-se que essa ‘cortina de fumaça’ ou essa ‘neblina’, não é gerada por grandes eventos, mas por coisas realmente banais, como as ‘dancinhas do Tik Tok’ ou o uso de terminologias afáveis para máquinas de predação de dados, como no caso dos *cookies*, como já denunciemos:

Por mais que a função desempenhada pelos *cookies* seja também de perfilização, não podemos deixar de pensar que a denominação, por si mesma, é construída para a realização de um efeito psicológico sobre nós. A ideia é fazer entender que se trata de coisa pequena, irrelevante, de “biscoitos”, como aqueles que se dá com naturalidade a um pequeno cão que se sai bem em uma tarefa.

Percebe-se, portanto, que o efeito significativo desse tipo de linguagem sobre o usuário das plataformas digitais é preocupante, tendo em vista que este é levado a pensar que se trata de algo irrelevante, de “biscoitos” dados aos provedores e desenvolvedores de plataformas, *sites* e *Apps* pra facilitar o acesso aos conteúdos e maximizar a experiência *on-line*.

Esse raciocínio favorece um novo tipo de troca, de dados por acesso a conteúdo *on-line*, a que chamamos escambo digital.

Para os atores econômicos trata-se, de fato, de uma simples troca de mercadorias, sendo proveitosa para eles a divulgação dos dados como “o novo petróleo” ou as “novas commodities”. Emprega-se, assim, por meio da linguagem economicista uma redução de complexidade que nos leva a pensar que nessa troca de dados por navegação, os primeiros custam pouco. Mas o que, exatamente, custa tão pouco? (CAVALCANTI, 2021, p. 96-115).

O cenário pode piorar e, de fato, piora: como denunciado por David Sumpter (2019), os próprios governos já se utilizam da infraestrutura de dados gestada pelo *big data* para exercer controle quase despótico sobre seus cidadãos, o que acontece tanto nos atos discriminatórios contra a progressão de regime de presos negros nos EUA – supostamente ‘guardião da democracia’ –, quanto nos atos discriminatórios contra muçulmanos na China ou mesmo na utilização não autorizada do reconhecimento facial no metrô de São Paulo e na tentativa do governo brasileiro sob Bolsonaro de captar dados de clientes de empresas de telecomunicações, sob o argumento genérico de combate à pandemia de Covid-19, sem especificar as finalidades do tratamento de tais dados, que resultou nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 no STF.

Em estudos que temos empreendido junto à Universidade de São Paulo⁷, nos quais analisamos criticamente os discursos publicitários sobre tecnologias digitais, no afã de observar tanto o tipo de *ethos* criado pelos produtores dessas mensagens sobre si, quanto aqueles por eles emprestado aos consumidores receptores e, nesse desiderato, o nível de literacia empreendido quanto às tecnologias digitais, temos observado que as mensagens imprimem às audiências a ideia de necessidade / utilidade / desenvolvimento / praticidade / imperatividade das tecnologias digitais, relegando ao ostracismo temas que envolvam os riscos à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Aqui, portanto, há o abuso do poder comunicacional, além do poder técnico e econômico sobre os cidadãos-consumidores que são relegados, quase compelidos, enquanto usuários das plataformas digitais, a fornecer dados que alavancam as engrenagens do capital, sem receber por isso. De outro lado, são muitas vezes usados como cobaias ou como fonte de aprendizado das máquinas, como ocorre com a versão gratuita do ChatGPT da OpenAI, onde as pessoas são compelidas a interagir com a inteligência artificial para, em última análise dar-lhe repertório de fala.

A análise crítica aqui realizada, portanto, demonstra que o discurso acerca do consentimento, assim como a Janus, possui dupla face: uma atrelada à textualidade e às discursividades advindas do direito estampado no art. 5º, XII da LGPD e outra atrelada às práticas sociais que demonstram um gargalo enorme entre a impositividade da lei e a sua efetividade.

CONCLUSÃO

A conclusão a que chegamos, nesse primeiro momento, é que o consentimento – como manifestação livre, informada, inequívoca, por meio da qual o cidadão-titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada

7 Exemplos de estudos por nós já apresentados no Brasil (congresso INTERCOM 2021 e 2022), em Luxemburgo (IFIP SUMMER SCHOOL 2021) e na Argentina (congresso ALAIC 2022) são: CAVALCANTI, Mario Filipe. O algoritmo numa densa neblina: como a publicidade de dois bancos brasileiros tenta modelar os imaginários das audiências sobre algoritmos. **INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares em Comunicação**. 44º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Out, 2021. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/nacional2021/resumos/dt2-pp/mario-filipe-cavalcanti.pdf>, e CAVALCANTI, Mario Filipe; TRINDADE, Eneus. Algorithms and data protection in Brazilian television advertising. **IFIP Summer School 2021**. Privacy and Identity Management. Université du Luxembourg. <https://ifip-summerschool2021.uni.lu/programme/>

–, é naife. Isso porque, mesmo o tratamento de dados gestado a partir da base legal do consentimento, tem sofrido os entraves da completa ausência de conhecimento por parte dos cidadãos, acerca das complexidades e entraves advindos da digitalização, que possam oportunizar efetividade a esse consentir.

O cabo de guerra que observamos entre cidadãos e empresas é meramente formal, haja vista que consumidores e cidadãos ao redor do mundo são carentes de qualquer chance frente aos grandes conglomerados de tecnologia que furtam dados como modelo principal de negócio e entregam entretenimento fácil e viciante nas interfaces das telas escuras de celulares. Sem conhecimento dessa teia complexa não há como haver informação verdadeira e compreensão aprofundada das situações atreladas ao tema, para oportunizar decisões acertadas ou mesmo justificadas.

O abuso de poder, seja ele comunicacional, seja ele econômico ou mesmo político, está evidenciado nas relações entre consumidores e agentes econômicos ou governos, no que tange ao tratamento de dados e à privacidade, no contexto do consentimento. Justamente porque a assimetria informacional existente entre aqueles detentores do poder econômico e aqueles desprovidos de qualquer poder é exagerada.

Basicamente, ao concordar com a utilização de *cookies* em uma navegação *online* ou ao ceder dados específicos de identificação como a impressão digital para se entrar numa academia de ginástica, o reconhecimento facial para liberar uma compra em aplicativo de banco ou o seu CPF para realizar uma simples compra de farmácia, o consumidor não está, de fato, consentindo, porque a ele não é dado o poder de entender todos os fatores de risco envolvidos nessas ‘facilidades’, para que opte por arriscar em prol disso ou garantir a sua privacidade.

Em outras palavras, não possuindo os cidadãos/consumidores informações de qualidade acerca dos riscos envolvidos nas navegações *online* e nos assentimentos dados a sites, empresas e governos quanto à captação desenfreada de dados, não podem sequer questionar tais condutas ou mesmo saber por onde fazê-lo, como fazê-lo e por que fazê-lo. Assimétrica a informação, naife o consentimento.

Uma forma de solução da questão observada é o investimento em políticas públicas que garantam uma estratégia comunicacional voltada à literacia dos cidadãos quanto a tecnologias digitais. Em suma, que se ensinem nas escolas a complexidade imanente a algoritmos, inteligência artificial, aprendizado de máquinas, que

se lecione sobre os riscos de um futuro completamente mediado por algoritmos, que se veiculem campanhas publicitárias em TV aberta, rádio e *podcasts* sobre a necessidade de preservação da privacidade, de redução de exposição *online*, etc. Com tamanho esforço educativo advinda de uma política pública de Estado e não de governo, talvez tenhamos num futuro relativamente próximo, chances de efetivar o empoderamento dos cidadãos acerca desses aparatos tecnológicos digitais.

REFERÊNCIAS

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**. A função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CAVALCANTI, Mario Filipe. Porque não há mais escapatória. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, v. 1, n. 13, 2021. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/231/214>.

CAVALCANTI, Mario Filipe. Cookies para quem? Entre o escambo digital e os direitos à privacidade e proteção de dados. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 93, n. 2, p. 96-115, out. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/249887/39607>.

CAVALCANTI, Mario Filipe. O algoritmo numa densa neblina: como a publicidade de dois bancos brasileiros tenta modelar os imaginários das audiências sobre algoritmos. **INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares em Comunicação**. 44º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Out, 2021, p. 02. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/nacional2021/resumos/dt2-pp/mario-filipe-cavalcanti.pdf>.

CAVALCANTI, Mario Filipe; TRINDADE, Eneus. Algorithms and data protection in Brazilian television advertising. **IFIP Summer School 2021**. Privacy and Identity Management. Université du Luxembourg. Disponível em: <https://ifip-summer-school2021.uni.lu/programme/>.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de Análise do Discurso**. São Paulo: Editora Contexto, 2018.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. O fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DINUCCI, Aldo. Assentimento e liberdade – Apresentação e tradução das Diatribes de Epicteto 1.18 e 1.19. **Pensando – Revista de Filosofia**, v. 8, n. 15, 2017.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ENCYCLO. English Encyclopedia. **Synkatathesis definition**. 2021. Disponível em: <http://www.encyclo.co.uk/meaning-of-Synkatathesis>.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. 2da edição. Brasília: UNB, 2016.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 2da edição. São Paulo: Atlas, 1994.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Trad: João Vasconcelos. São Paulo: Forense, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LATOURET, Bruno. **Reagregando o social: uma introdução à Teoria do Ator-Rede**. Salvador: EDUFBA, 2012.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Diálogos entre a Lei geral de proteção de dados e a Lei de acesso à informação. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - e suas repercussões no direito brasileiro**. 2da edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consentimento/>.

MOROZOV, Evgeny. **Big tech**. A ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu, 2018.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**. O que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SCHIAVONE, Aldo. **Ius: l'invenzione del diritto in occidente**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005.

SRNICEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

SUMPTER, David. **Dominados pelos números**. Do Facebook e Google às fake News. Os algoritmos que controlam nossa vida. Rio da Janeiro: Betrand Brasil, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena

Donato. (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. E suas repercussões no direito brasileiro. 2da edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo. 2007.

VAN DIJK, Teun A. **Discurso e poder**. São Paulo: Contexto, 2020.

VIEHWEG, Theodor. **Ideologie und Rechtsgematik**. Ideologie und Recht. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

OS CONTORNOS DELINEADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À REGRA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

THE OUTLINES DRAWN BY THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE TO THE RULE OF UNSEIZABILITY OF THE HOMESTEAD PROPERTY

Paola Borges Simas Silva

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

RESUMO: O presente artigo dedica-se a examinar criticamente o tratamento conferido pelo STJ à norma contida no art. 1º da Lei nº 8.009/90. Para tanto, apresenta algumas considerações iniciais sobre os limites da tutela executiva. Ato contínuo, aborda o conceito de preclusão, expondo sua incompatibilidade com as normas que veiculam princípios de ordem pública. Em seguida, analisa os argumentos utilizados pela Corte da Cidadania para restringir temporalmente, através da preclusão, a possibilidade de arguição da impenhorabilidade do bem de família, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade. Por fim, busca equilibrar os interesses em questão, quais sejam, a proteção ao terceiro arrematante de boa-fé e o direito à moradia do executado, de modo a prevalecer a solução que melhor se coaduna com a Constituição.

ABSTRACT: *This article is dedicated to critically examining the treatment given by the Brazilian Superior Court of Justice to the norm contained in art. 1 of Law No. 8.009/90. To do so, it presents some initial considerations about the limits of the judicial execution. Continuously, it addresses the concept of estoppel, exposing its incompatibility with the norms that convey principles of public order. Then, it analyzes the arguments used by the Brazilian Superior Court of Justice to temporarily limit, through estoppel, the possibility of arguing the unseizability of the homestead property, from the perspective of the principle of proportionality.*

Finally, it seeks to find a balance between the interests in question, namely, third party protection and the right to housing of the debtor, so that the solution that best matches the Constitution prevails.

INTRODUÇÃO

A regra geral de responsabilidade patrimonial prevista no art. 789 do CPC, que sujeita todo o patrimônio do devedor à satisfação de suas obrigações, encontra, no mesmo dispositivo, em sua parte final, limitações nas quais os bens ficam resguardados da execução forçada. Uma das principais ressalvas legais ao exercício da pretensão executória, como se sabe, é a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio da entidade familiar, que está disciplinada no ordenamento jurídico sob duas espécies: o bem de família legal ou obrigatório, instituído pela Lei nº 8.009/90, em seu artigo 1º, que prescinde de qualquer manifestação dos interessados; e o bem de família convencional ou voluntário, que, regulamentado pelos artigos 1711 a 1722 do Código Civil, requer instituição pelos cônjuges, entidade familiar ou terceiros (ABELHA, 2019, p. 146).

Não se trata, todavia, de mera restrição ao direito de crédito (FARIA *In*: ALVIM et. al., 2021, p. 383-410), porquanto constitui um dos instrumentos de proteção à moradia, direito fundamental indissociável do princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição. Assim, ao impedir que o imóvel utilizado para fins residenciais seja alcançado pela pretensão executória, a impenhorabilidade do bem de família garante uma subsistência digna ao executado, salvaguardando o patrimônio indispensável à composição de um mínimo existencial.

É importante destacar que a Lei nº 8.009/90 resultou da conversão da Medida Provisória nº 143/1990, cuja edição teve a relevância fundamentada na necessidade de ampliação à proteção do bem de família por força de reserva legal, tendo em vista a dificuldade de adesão da população ao bem de família convencional, que somente se efetiva mediante ato cartorial voluntário, em razão da desinformação e das exigências burocráticas dos registros imobiliários¹.

Da análise da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 143/1990, depreende-se, ainda, que, em virtude de sua importância, a impenhorabilidade

1 STF. Plenário, RE 1.307.334/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 10/03/2022, DJe 25/05/2022.

do bem de família *ex lege* foi definida como matéria de ordem pública, o que é corroborado, até os dias de hoje, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que se mostra estável no sentido de que o benefício conferido pela Lei nº 8.009/90 é norma cogente, razão pela qual é suscetível de análise a qualquer tempo e grau de jurisdição, até mesmo de ofício ou por meio de simples petição nos autos da execução².

Entretanto, a estabilidade de tal posicionamento não se reproduz quando a controvérsia submetida à apreciação se refere ao cabimento da alegação da impenhorabilidade do bem de família após concretizada a arrematação, entendendo o STJ que, nesse caso, esta se submete aos efeitos da preclusão temporal, não podendo mais ser suscitada após a alienação judicial do imóvel³, o que parece ir de encontro à sua qualificação como norma de ordem pública reconhecida pelo próprio Tribunal⁴.

A partir de tais ponderações introdutórias, o presente artigo tem como objetivo analisar criticamente a adoção de entendimentos aparentemente discordantes entre si no estabelecimento de parâmetros pelo STJ para a incidência da regra legal da

2 STJ. 4T., AgInt no REsp 1789505/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 28/09/2021, DJe 01/10/2021; STJ, 2T., REsp 1059805 / RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 26/08/2008, DJe 02/10/2008; STJ, 3T., AgRg nos EDcl no REsp 1463694/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06/08/2015; DJe 13/08/2015; STJ, 4T., AgRg no AREsp 537034/MS, Rel. Min. Raul Araújo, j. 26/08/2014, DJe 01/10/2014; STJ, 4T., REsp 1365418/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 04/04/2013, DJe 16/04/2013; STJ, 4T., AgRg no AREsp 264431/SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; j. 05/03/2013, DJe 11/03/2013; STJ, 2T., REsp 1200112/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 07/08/2012, DJe 21/08/2012; STJ, 3T., REsp 1115265/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012; STJ, 4T., AgRg no REsp 1187442/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 03/02/2011, DJe 17/02/2011.

3 STJ. 4T., REsp 1536888 / GO, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 26/04/2022; DJe 24/05/2022; STJ, 3T., AgRg no AREsp 595374/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25/08/2015, DJe 01/09/2015; STJ, 4T., AgRg no AREsp 276014/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 16/12/2014, DJe 19/12/2014; STJ, 4T., REsp 1313053/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/12/2012, DJe 15/03/2013; STJ, 3T., REsp 1345483/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09/10/2012, DJe 16/10/2012; STJ, 4T., AgRg no REsp 1076317/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 05/04/2011, DJe 11/04/2011; STJ, 3T., AgRg no Ag 697227/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 18/09/2008, DJe 08/10/2008; STJ, 3T., AgRg no REsp 853296/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14/11/2007, DJe 28/11/2007; STJ, 4T., RMS 11874/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 17/10/2006, DJe 13/11/2006; STJ, 1T., REsp 640703/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15/09/2005, DJe 26/09/2005.

4 STJ. 4T., AgInt no AREsp 1859753/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 14/02/2022, DJe 21/02/2022; STJ, 4T., AgInt no AREsp 773.213/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 08/02/2021, DJe 18/05/2021; STJ, 4T., AgInt no AREsp 1.687.899/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 24/08/2020, DJe de 31/08/2020; STJ, 4T., AgInt nos EDcl no AREsp 1646506/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 23/11/2020, DJe 17/12/2020; STJ, 4T., AgInt nos EDcl no AREsp 1064314/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14/08/2018, DJe 28/08/2018; STJ, 4T., AgRg no AREsp 630.587/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 28/6/2016, DJe 1/7/2016; STJ, 3T., AgRg no AREsp 70180/RS, DJe 01/08/2013; STJ, 3T., AgInt no AREsp 1064475/PI, Rel. Min. Nancy Andrihghi, j. 22/08/2017, DJe 04/09/2017.

impenhorabilidade do bem de família, haja vista a exigência, constante do *caput* do art. 926 do CPC, de que a jurisprudência dos tribunais seja íntegra, estável e coerente, um dos pilares do processo civil brasileiro (DIDIER JUNIOR, 2022, p. 87) e verdadeiro corolário dos princípios da segurança jurídica e da isonomia, consagrados pelo artigo 5º, *caput*, e inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Para realizar o que se propõe, o estudo em questão abordará, primeiramente, os limites do processo de execução em prol da satisfação do interesse do credor. Em seguida, será examinada a relação do instituto da preclusão com o sistema de nulidades e, posteriormente, aprofundar-se-á na análise da aplicabilidade da preclusão temporal à arguição da impenhorabilidade do bem de família, à luz da jurisprudência do STJ, apurando os argumentos utilizados pela Corte para sujeitar uma norma de ordem pública à incidência da preclusão, apresentando, ainda, a solução que se mostra mais adequada para os impasses encontrados. Por fim, é apresentada a conclusão, momento em que se pretendeu sintetizar os principais pontos desenvolvidos neste trabalho.

Em relação ao aspecto metodológico, o estudo empreendido foi realizado através de pesquisas bibliográficas - que abarcaram o estudo de manuais tradicionais e de artigos científicos - e de investigação jurisprudencial - principalmente de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça.

1. A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE A INCIDÊNCIA DA PRECLUSÃO TEMPORAL SOBRE A ALEGAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E A SUA NATUREZA DE ORDEM PÚBLICA

1.1. Os fins não justificam os meios⁵

A nota característica da tutela executiva é a sua capacidade de promover uma transformação da realidade prática, fazendo com que aquilo que deve ser, seja⁶, já que, quando não há a satisfação voluntária e tempestiva do direito do exequente por parte do devedor, nasce para aquele a prerrogativa de postular sua execução forçada por intermédio do Poder Judiciário.

5 ABELHA, Op. cit, p. 02.

6 CÂMARA, Op. cit, p. 330.

Vale dizer, de nada adiantaria a declaração de direitos controvertidos em um processo de conhecimento se não houvesse um meio de efetivá-los concretamente, caso o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional não o fizesse espontaneamente. Logo, o destaque conferido pelo CPC à atividade satisfativa se dá em prol da preservação da legitimidade do próprio Estado-juiz, visando a cumprir a expectativa do jurisdicionado de ter seus direitos efetivados⁷.

Nesse contexto, considerando a previsão do art. 797 do CPC, que determina que a tutela executiva seja realizada no interesse do exequente, parte da doutrina (ABELHA, 2016, p. 70; BUENO, 2020, p. 599; NEVES, 2022, p. 976) defende a existência do chamado princípio do desfecho único, o qual preconiza que a extinção normal do processo de execução é aquela favorável ao exequente.

Enquanto o processo de conhecimento tem como encerramento regular a resolução de mérito, que pode ser favorável, no todo ou em parte, ao autor ou ao réu, a execução se desenvolve como um procedimento voltado à concretização de um resultado favorável a uma das partes. Assim, caso a execução seja extinta sem a satisfação do direito do credor, trata-se de uma situação anômala⁸.

Isso porque, na execução, via de regra, não mais se questiona sobre a apuração do direito aplicável à controvérsia das partes, de modo que a atuação jurisdicional é exercida preponderantemente em prol do atendimento de um direito já reconhecido anteriormente ao credor no título executivo. Tanto é assim que não há, na tutela executiva, a simetria existente no processo de conhecimento em relação, por exemplo, à possibilidade de desistência do feito, cuja homologação prescinde do consentimento do réu caso já oferecida a contestação, nos termos do art. 485, § 4º, do CPC, à medida que, sendo seu desfecho natural a resolução de mérito, a tutela cognitiva se desenvolve no interesse de ambas as partes. Isto é, diante da incerteza caracterizadora da lide, o direito à definição jurisdicional do conflito é concorrente, pertencendo tanto ao autor como ao réu (THEODORO JÚNIOR, 2022, p. 360).

De outro turno, considerando que o resultado típico da execução é aquele favorável ao exequente, a homologação da sua desistência, total ou parcialmente, depende apenas da vontade do credor, sendo necessária a anuência do executado

7 BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Op. cit.

8 CÂMARA, Op. cit, p. 331

somente nos casos em que opostos embargos cuja matéria não se limite às questões processuais, conforme preceitua o art. 775, II, do CPC.

Trata-se do princípio da disponibilidade da execução, com fundamento no qual o STJ já se manifestou, inclusive, pela possibilidade de repositura da fase executiva nos casos de desistência motivada pela ausência de bens penhoráveis do devedor, situação em que a desistência se opera exclusivamente no plano processual, eis que a pretensão executória foi frustrada por causa superveniente não imputável ao exequente, e que levou à inutilidade do processo⁹.

Contudo, apesar de o exequente deter a disponibilidade da execução, ante a existência da atividade satisfativa em seu proveito, o artigo 805 do CPC impõe que ela se desenvolva pelo modo menos gravoso ao devedor. Nesse sentido, principalmente em razão da existência de um desfecho único, com atos concatenados para este fim, há limites para a tutela do interesse do credor, já que, sendo uma atividade eminentemente jurisdicional, a execução também é regida pelos princípios que compõem o chamado modelo constitucional de processo civil (CÂMARA, 2021, p. 19).

Assim, deve-se equacionar a necessidade de realização do crédito exequendo com o menor sacrifício possível do executado, que não pode ser privado das condições mínimas de sobrevivência em função da dívida contraída, o que é reforçado pelo disposto no artigo 1º do CPC, ao estabelecer que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado segundo os valores e normas fundamentais previstos na Constituição.

1.2. Algumas considerações sobre o instituto da preclusão

O princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, não se limita à garantia do acesso à justiça, compreendendo, igualmente, a duração razoável do processo para a satisfação da pretensão resistida. Nesse contexto, a preclusão constitui importante instrumento voltado à desejada entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil, pois assegura certeza e estabilidade à movimentação processual, impedindo contramarchas desnecessárias e onerosas ao desfecho das pretensões formuladas em juízo¹⁰.

9 STJ. 4T., REsp 1.675.741/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/06/2019, DJe 11/06/2019.

10 STJ. 2T., EDcl no REsp 1467926/PR, Rel. Min. Humberto Martins, j. 03/11/2015, DJe 16/11/2015.

Em razão da diferença entre as posições jurídicas que o juiz e as partes assumem no processo, é possível distinguir a preclusão sob duas facetas (SICA, 2008, p. 95). Para o juiz, ela consiste no impedimento de rever questões já decididas no decorrer do processo, contra as quais não foi interposto o competente recurso, quando não configurar hipótese legal de retratação¹¹. Nessa perspectiva, a preclusão se apresenta como um fenômeno decorrente do princípio do impulso oficial, previsto no art. 2º do CPC, segundo o qual incumbe ao magistrado, uma vez instaurada a relação processual, conduzir o desenvolvimento ordenado dos atos processuais até o exaurimento da função jurisdicional (ALVIM, 2018, p. 243).

Já em relação às partes, trata-se da perda da faculdade de prática de um ato processual, quer pelo decurso do prazo legal (temporal), quer pela incompatibilidade entre um ato já praticado e outro que se deseje realizar (lógica), ou em razão de já ter sido utilizada a faculdade processual, com ou sem proveito para a parte (consumativa) (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 720). Nesse ponto, cumpre destacar que não serão objeto de análise, neste estudo, a preclusão consumativa e a lógica, tampouco a preclusão dirigida à atividade do juiz, por não guardarem correlação com o tema central deste estudo¹².

Consagrada no artigo 223 do CPC, a preclusão temporal equipara a prática do ato processual pretendido a destempo à sua completa omissão¹³, de forma a evitar ou, pelo menos, minimizar a eternização do processo, em observância aos princípios da celeridade processual e da segurança jurídica. Porém, considerando que tais valores não são absolutos, a situação jurídica que decorre da incidência da preclusão temporal pode se apresentar em desacordo com princípios igualmente importantes e carecedores de tutela no ordenamento jurídico. Destarte, são dignas de nota as questões que, em razão de sua natureza, impõem o sacrifício da irreversibilidade tendencial dos atos do processo (CABRAL, 2013, p. 131-ss) em prol da salvaguarda de outros interesses.

11 NEVES, Op. cit, p. 666.

12 Sobre as demais acepções de preclusão, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 121-123; DIDIER JUNIOR, Op cit., p. 498-500, 505.

13 SICA, Op. cit, p. 128.

1.3. Matérias que não estão sujeitas à preclusão temporal

De acordo com a doutrina tradicional, pode-se classificar as nulidades processuais em relativas ou absolutas. As nulidades relativas ocorrem quando determinado ato processual desrespeita a forma prescrita em norma que atende apenas a interesses privados dos litigantes, e que, por isso, podem dela dispor a seu alvedrio, conforme autoriza o art. 190 do CPC.

Por outro lado, as nulidades absolutas decorrem da inobservância de normas cogentes, comumente entendidas, em razão de sua relevância, como sendo de ordem pública, à medida que dizem respeito à regularidade do modo pelo qual se presta a tutela jurisdicional. É o caso, por exemplo, do art. 178, II, do CPC, que exige a intervenção do Ministério Público nas demandas que envolvam interesse de incapaz, cuja omissão gera vício insanável, nos termos do art. 279 do CPC.

Para a maioria da doutrina (BUENO, 2022, p. 328; THEODORO JÚNIOR, 2022, p. 152; CÂMARA, 2021, p. 522; ABELHA, 2016, p. 370), o âmbito de aplicação da preclusão temporal estaria limitado às alegações concernentes às nulidades relativas, já que nestas residiria a disponibilidade das partes sobre a formalidade do ato processual, de maneira que o silêncio da parte prejudicada é suficiente para convalidá-lo, nos termos do art. 278, *caput*, do CPC.

Desse modo, a natureza da norma violada pela nulidade absoluta impõe que seja desconsiderada a iniciativa da parte para alegá-la, devendo o juiz apreciá-la a qualquer tempo e até mesmo de ofício, a despeito da omissão do interessado em invocá-la, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 278 do CPC. Essa é a lição de autores como Marcelo Abelha que, ao definir o que vem a ser uma matéria de ordem pública, optou por realçar sua não suscetibilidade à preclusão temporal¹⁴.

Contudo, para Fredie Didier Jr., a abrangência do instituto da preclusão deve ser verificada caso a caso, não sendo razoável que se estabeleça, *a priori*, que em qualquer conflito envolvendo o interesse público e o interesse particular deva aquele prevalecer sobre esse¹⁵. Tal pensamento representa a consagração de uma tendência contemporânea, seguida por Antonio do Passo Cabral, que entende que a preclusão temporal deve incidir, também, sobre as nulidades absolutas, considerando-se que

14 ABELHA, Op. cit, p. 199.

15 DIDIER JÚNIOR, Op. cit, p. 489.

a flexibilização formal é a pedra de toque do Código de Processo Civil de 2015 (CABRAL, 2016, p. 117-140).

Na jurisprudência do STJ, o debate, a princípio, mostra-se pacífico no sentido de que as matérias de ordem pública não estão sujeitas à preclusão temporal¹⁶. Todavia, especificamente em relação à impenhorabilidade do bem de família, em que pese se tratar de norma cogente, resta consolidado o entendimento de que o regime da preclusão temporal persiste de forma atenuada, eis que a regra prevista no artigo 1º da Lei nº 8.009/90 somente poderia ser oposta pelo devedor até a arrematação do imóvel¹⁷, como se verá adiante.

2. BREVE SÍNTESE DAS MAIS RELEVANTES DECISÕES DO STJ ACERCA DA EXISTÊNCIA (OU NÃO) DA PRECLUSÃO TEMPORAL PARA A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça divergia acerca da possibilidade de alegação da impenhorabilidade do bem de família após sua arrematação¹⁸, havendo tanto julgados que entendiam se tratar de matéria de ordem pública não sujeita à preclusão temporal¹⁹, como acórdãos que interpretavam ser inadmissível sua arguição após arrematado o bem penhorado²⁰.

Nesse sentido, confira-se, por exemplo, o acórdão de lavra da Segunda Turma, proferido nos autos do REsp nº 470.893/RS, em 1º de junho de 2006, sob relatoria

16 STJ, 3T., AgInt no AREsp 2033332/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/10/2022, DJe 13/10/2022; STJ, 4T., AgInt no REsp 1993419/AC, Rel. Min. Raul Araújo, j. 10/10/2022, DJe 21/10/2022; STJ, 3T., REsp 1989439/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/10/2022, DJe 06/10/2022; STJ, 4T., AgInt no AREsp 1763555/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 20/09/2022, DJe 04/10/2022.

17 STJ, 3T., AgInt no AREsp 1987120/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09/11/2022, DJe 16/11/2022; STJ, 4T., AgInt no AREsp 1227203/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 13/12/2018, DJe 19/12/2018; STJ, 4T., REsp 981.532/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/08/2012, DJe 29/08/2012; STJ, 4T., AgInt no AREsp 377850/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 30/08/2018, DJe 05/09/2018; STJ, 4T., AgInt no AREsp 196236 / SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j.03/04/2018, DJe 16/04/2018.

18 STJ, 2T., REsp 497739/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 19/08/2003, DJe 28/10/2003.

19 STJ, 4T., REsp 327593/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 05/10/19/12/2002, DJ 24/02/2003; STJ, 1T., REsp 640703/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15/09/2005, DJ 26/09/2005.

20 STJ, 4T., REsp 468176/PB, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 20/06/2006, DJe 14/08/2006; STJ, 3T., AgRg no REsp 292907/RS, Rel. Min Humberto Gomes de Barros, j. 18/08/2005, DJ 12/09/2005.

do Ministro João Otávio de Noronha, que expressamente reconheceu a possibilidade de reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família após a arrematação²¹.

De semelhante teor, há o acórdão relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, nos autos do REsp nº 262.654/RS, cujo julgamento se deu em 5 de outubro de 2000, no qual a Quarta Turma entendeu ser devido o triunfo do interesse de ordem pública, podendo ser a impenhorabilidade do bem de família arguida em qualquer fase ou momento, inclusive depois de concluída a arrematação, mesmo que não tenha o interessado suscitado o tema em outra oportunidade²².

Além de ratificar o entendimento citado anteriormente, a Quarta Turma do STJ, no REsp nº 467.246/RS, cujo julgamento se deu em 8 de abril de 2003, sob relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, decidiu que, embora a impenhorabilidade do bem de família possa ser suscitada em momento posterior à arrematação, o devedor deve responder por todas as despesas e custas, editais e comissão do leiloeiro, por ter permitido que atos processuais se desencadeassem desnecessariamente²³.

Por outro lado, em 13 de setembro de 2009, a Terceira Turma do STJ, ao enfrentar a possibilidade de se declarar a impossibilidade de constrição judicial do imóvel residencial do devedor a qualquer tempo, estabeleceu, sob relatoria do Ministro Paulo Furtado, que, arrematado o bem penhorado, torna-se precluso o direito de invocação do benefício contido na Lei nº 8.009/1990²⁴.

Da mesma forma, a Quarta Turma, em acórdão relatado pelo Ministro Barros Monteiro, nos autos do AgRg no Ag 204.855/DF, em julgamento realizado em 25 de maio de 2000, definiu que o pedido de impenhorabilidade do imóvel residencial familiar não se mostra admissível se exaurida a execução, com a assinatura do auto de arrematação²⁵.

21 STJ. 2T., REsp 470893/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01/06/2006, DJ 02/08/2006.

22 STJ. 4T., REsp 262654/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 05/10/2000, DJ 20/11/2000.

23 STJ. 4T., REsp 467246/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 08/04/2003, DJ 12/08/2003.

24 STJ. 3T., AgRg no Ag 458869 / RJ, Rel. Min. Paulo Furtado, j. 13/10/2009, DJe 29/10/2009.

25 STJ. 4T., AgRg no Ag 204855/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 24/05/2000, DJ 21/08/2000.

No atual regime, prevaleceu, na jurisprudência do STJ, a interpretação de que a alienação judicial do bem de família constitui óbice temporal para a análise de sua impenhorabilidade²⁶.

Recentemente, em 26 de abril de 2022, a Quarta Turma do STJ revisitou a questão, no julgamento do REsp nº 1.536.888/GO, sendo que, originariamente, referido recurso especial teve seu seguimento negado, sob relatoria da Ministra Maria Isabel Galotti, justamente em razão de o acórdão recorrido se encontrar em consonância com a orientação consolidada do STJ no sentido de que, após concretizada a arrematação, mediante a lavratura e assinatura do respectivo auto, não se admite a alegação da impenhorabilidade do bem de família²⁷.

Todavia, posteriormente, houve a interposição de embargos de divergência (EREsp nº 1.536.888), que foram providos, sob relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, ao fundamento de que a orientação jurisprudencial dominante do STJ acolhe a possibilidade de alegação da impenhorabilidade do bem de família a qualquer momento²⁸.

Mesmo assim, por unanimidade, foi negado provimento ao REsp nº 1.536.888/GO, com base, em suma, (i) na impossibilidade de a alegação de impenhorabilidade do bem de família ser deduzida depois de concretizada a arrematação, eis que, de acordo com antiga e consolidada jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ, na generalidade dos casos de alienação judicial de bens, lavrado e assinado o auto, a arrematação é considerada perfeita, acabada e irretroatável, materializando causa jurídica apta à transferência de propriedade do bem; (ii) e na decisão proferida no EAREsp 223.196/RS, que, em que pese versar sobre a irresignação contra constrição judicial de numerário depositado em conta poupança, foi tida como regra geral a ser seguida²⁹.

De se ressaltar que, no julgamento do EAREsp 223.196/RS, ao apreciar situação fática na qual, em execução fiscal, foram penhorados valores depositados em caderneta de poupança do devedor, a Corte Especial do STJ se deparou com a

26 STJ. 4T., AgInt no AREsp 1227203/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 13/12/2018, DJe 19/12/2018; STJ, 47., AR 4.525/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13/12/2017, DJe 18/12/2017.

27 STJ. decisão monocrática, REsp 1536888, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29/03/2016, DJe 05/04/2016.

28 STJ. decisão monocrática, EREsp 1536888, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14/09/2020, DJe 16/09/2020.

29 STJ. 4T., REsp 1.536.888/GO, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 26/04/2022, DJe 24/05/2022.

ausência de uniformidade nos precedentes de suas Turmas de Direito Privado, e se propôs a definir se o regime de impenhorabilidades se submete aos efeitos da preclusão ou se, ao contrário, pode ser arguido a qualquer tempo, importando na nulidade da constrição decretada³⁰.

Por maioria, a partir do voto da Ministra Nancy Andrichi, firmou-se o entendimento de que as impenhorabilidades arroladas no CPC, com exceção feita ao bem de família, previsto em lei especial (Lei nº 8.009/90), devem ser arguidas pelo executado no primeiro momento em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão temporal.

Destarte, percebe-se que o precedente fixado pela Corte Especial, no julgamento do EAREsp 223.196/RS, e citado pela Ministra Maria Isabel Gallotti nos autos do REsp nº 1.536.888/GO, como fundamento para negar-lhe provimento, expressamente excepcionou a impenhorabilidade do bem de família do âmbito de incidência da preclusão temporal, de modo que não poderia ter sido por ela utilizado como precedente para afastar a norma protetiva contida no art. 1º da Lei nº 8.009/90.

Na verdade, é interessante notar que, em outro acórdão, do qual foi relatora, nos autos dos EDcl no AgInt no AREsp nº 1.159.127/ PR, cujo julgamento se deu no dia 18 de setembro de 2018, a Ministra Isabel Gallotti, também mencionando o acórdão proferido no EAREsp 223.196/RS em seu voto, entendeu que não haveria exaurimento de defesa do executado após o trânsito em julgado dos embargos à execução. Nesse sentido, restou decidido que o devedor poderia suscitar a impenhorabilidade do bem de família posteriormente, por meio de exceção de pré-executividade, eis que a impossibilidade de constrição judicial do imóvel residencial do devedor pode ser deduzida a qualquer tempo, não sofrendo os efeitos da preclusão por não ter sido invocada nos embargos do devedor³¹.

Veja-se que tal entendimento é, supostamente, divergente do adotado pela Quarta Turma nos autos do REsp nº 1.536.888/GO. Entretanto, a arrematação é o elemento que distingue este julgamento daquele. Bem pensadas as coisas, fica claro que o STJ visa salvaguardar os interesses do arrematante, terceiro de boa-fé, ao limitar temporalmente, pela preclusão, a possibilidade de o executado arguir a impenhorabilidade do bem de família à arrematação, visto que, em todos os outros

30 STJ. CE, EAREsp 223196/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 20/11/2013, DJe 18/02/2014.

31 STJ. 4T., EDcl no AgInt no AREsp 1159127/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 18/09/2018, DJe 24/09/2018.

casos, a jurisprudência não impõe restrições de cunho preclusivo ao direito do devedor de se irrisignar contra a constrição de seu imóvel residencial.

Todavia, enquanto reduz os riscos do negócio jurídico e favorece o oferecimento de melhores propostas aos bens levados à hasta pública³², o Tribunal sacrifica o interesse público que inspirou a criação da regra prevista no art. 1º da Lei nº 8.009/90. Assim, apesar de aparentemente pacificada, a controvérsia merece um novo olhar pelo Tribunal da Cidadania.

3. A (IM)POSSIBILIDADE DE A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA SER DEDUZIDA DEPOIS DE CONCRETIZADA A ARREMA- TAÇÃO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como sabido, a despeito da autonomia científica do Direito Processual, a técnica processual não pode ser vista como um fim em si ou um valor em si mesma³³, de modo que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade (OLIVEIRA, 2003, p. 261). Por conseguinte, cabe ao intérprete e aplicador do Direito comprometer a observância do procedimento com os grandes valores que à ordem jurídica compete preservar e realizar, com vistas a ponderar se, acima da aplicação das regras processuais que lhe parecem imperativas, não se sobrepõe outro interesse público mais alto do que o puramente formal (LACERDA, 1983, p. 16).

Isto posto, ante o conflito latente entre a proteção legal conferida ao bem de família, fundada no direito constitucional à moradia enquanto desdobramento da dignidade da pessoa humana, e o direito à tutela executiva do credor, com a máxima efetividade da execução, aliada à segurança jurídica, mostra-se necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade. Neste cenário, embora a proteção à legítima expectativa criada no exequente no que se refere à marcha processual também seja de interesse público, não se pode dizer que o credor seria surpreendido com a não invocação da impenhorabilidade do bem de família no momento adequado, pois, quando oferece o crédito, já sabe o que o garantirá, estando o imóvel residencial do devedor excluído por expressa disposição legal.

32 STJ. 4T., REsp 1313053/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/12/2012, DJe 15/03/2013.

33 THEODORO JÚNIOR, Op. cit, p. 18.

Logo, considerando que o reconhecimento da impossibilidade de constrição judicial do bem de família do executado, ainda que não requerido na primeira oportunidade de sua manifestação nos autos, decorre de aplicação da norma prevista no art. 1º da Lei nº 8.009/90, por meio da qual o credor, desde a celebração do negócio jurídico, tem ciência do rol de bens que não podem responder pela dívida contraída, não há que se falar em ameaça à previsibilidade do “iter” procedimental.

Por conseguinte, resta afastada eventual violação da confiança depositada pelo exequente na irretratabilidade dos atos processuais, fundamento habitualmente utilizado para justificar a admissibilidade da incidência da preclusão temporal sobre a arguição da impenhorabilidade do bem de família³⁴.

Não se desconhece que ampliar a restrição à penhora certamente contribui para o desestímulo à arrematação judicial de bens³⁵. Porém, trata-se de uma possibilidade conferida pelo próprio CPC, que em seu artigo 903, § 1º dispõe que a arrematação poderá ser invalidada quando realizada por preço vil ou com outro vício, e autoriza, inclusive, que o interessado exerça seu inconformismo nos próprios autos da execução, em até dez dias do aperfeiçoamento da arrematação, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo.

Após este prazo, e com a expedição da respectiva carta, ou, conforme o caso, a ordem de entrega ou mandado de imissão na posse, ainda assim, a invalidação da arrematação poderá ser pleiteada, conforme faculta o § 4º do art. 903 do CPC, mediante o ajuizamento de uma nova ação autônoma com essa finalidade, a qual o legislador optou por não fixar um prazo para propositura.

Importante acentuar que o art. 903, § 5º, III, do CPC, permite ao arrematante desistir da arrematação caso citado para responder à demanda de que trata o § 4º deste artigo, na qual figura como litisconsorte necessário³⁶, desde que apresente a desistência no prazo de que dispõe para responder a essa ação, hipótese em que o depósito lhe será imediatamente devolvido, afastando qualquer possibilidade de prejuízo.

34 CABRAL, Op. cit, p. 377; DIDIER JÚNIOR, Op. cit, p. 496.

35 FARIA, Op. cit, p. 407.

36 O artigo 903, §4º, do CPC estabelece que “§ 4º Após a expedição da carta de arrematação ou da ordem de entrega, a invalidação da arrematação poderá ser pleiteada por ação autônoma, em cujo processo o arrematante figurará como litisconsorte necessário.”.

Nesse sentido, embora as expectativas do terceiro arrematante possam ser frustradas, pela não consolidação do negócio jurídico inicialmente concebido, a possibilidade de a arrematação ser invalidada se situa no âmbito do risco próprio da participação em alienação judicial de bens, e, também por isso, em regra, os bens são leiloados em hasta pública por valor significativamente inferior ao de mercado.

Assim, tendo em vista que a redação do art. 903, § 1º, I, do CPC é ampla o suficiente para permitir o desfazimento da arrematação em decorrência do descumprimento de qualquer norma cogente³⁷, a expressão “ou com outro vício” deve ser interpretada de modo a contemplar a alegação da impenhorabilidade do bem de família. Isso porque, além de a norma prevista no art. 1º da Lei nº 8.009/90 ser cogente, a solução que novamente se apresenta é o emprego da técnica da ponderação, de modo que, a partir de um juízo de sopesamento entre a dignidade da pessoa humana e a proteção da confiança do arrematante, prevalece a primeira, tendo em vista a ausência de prejuízos para o terceiro que adquire bem em alienação judicial, conforme já exposto.

Vale dizer: a restrição do direito à moradia não pode se justificar pelo sucesso do processo, eis que, sendo esse mero instrumento do direito material, não deve contrariar nem superar seus desígnios (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 47-48), sob pena de subverter-se o meio em fim³⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho, realizou-se um estudo jurisprudencial acerca da aplicação do benefício da impenhorabilidade do bem de família no âmbito do STJ, com vistas a apurar a observância aos deveres de estabilidade, integridade e coerência impostos pelo artigo 926 do CPC à jurisprudência dos Tribunais.

Como visto, mediante a análise dos argumentos utilizados nos acórdãos selecionados a respeito da temática em exame, foi constatada a ocorrência de verdadeira incongruência quanto ao reconhecimento, pelo Tribunal da Cidadania, de que a norma contida no art. 1º da Lei nº 8.009/90 é matéria de ordem pública, suscetível a qualquer tempo e grau de jurisdição, e o estabelecimento de um limite temporal para sua arguição - a arrematação -, com base na necessidade de tutela da

37 BUENO, Op. cit, p. 432

38 LACERDA, Op. cit, p. 14.

confiança legítima do terceiro arrematante, em detrimento do direito do executado à moradia.

Assim, em um momento em que até mesmo o Código de Processo Civil enaltece a relevância da jurisprudência no ordenamento processual³⁹, pode-se concluir que cabe ao Tribunal da Cidadania dispensar um novo olhar a essas questões que, a despeito de aparentemente pacificadas, não estão sendo solucionadas de modo a prevalecer a mesma razão de decidir onde há a mesma razão de ser (*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*), regra de hermenêutica jurídica que sintetiza a importância da visualização da ordem jurídica amplamente considerada.

Propõe-se, ante o exposto, uma reflexão acerca da incompatibilidade entre a natureza de norma cogente da impenhorabilidade do bem de família, constantemente reafirmada pelo STJ, e a possibilidade de incidência da preclusão temporal sobre o referido benefício legal. Nesses termos, não é razoável a utilização do fenômeno preclusivo para impedir a possibilidade de o executado se insurgir contra a penhora de seu bem de família após a arrematação, eis que sua posterior invalidação está dentro do risco natural assumido pelo arrematante ao adquirir um bem em hasta pública, não podendo sua boa-fé ser fundamento suficiente para se conferir interpretação restritiva ao art. 903, § 1º, I, do CPC, em prejuízo do direito à moradia.

Não se desconhece, todavia, que o posicionamento defendido não é dominante, mas parece ser o que mais se harmoniza com a definição jurídica da impenhorabilidade do bem de família como norma cogente, e com a busca por uma prestação jurisdicional cada vez mais justa.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ta edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Manual de Execução Civil**. 7ma edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

39 O artigo 489, §1º, VI, do CPC estabelece que “§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI- deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”. Da mesma forma, o artigo 521, IV, do CPC dispõe que: “Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: IV- a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.”

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 21ra edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARRUDA, Thomas Ubirajara Caldas de. **A impenhorabilidade do bem de família sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.oabmt.org.br/artigo/482/a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-sob-a-otica-do-superior-tribunal-de-justica>. Acesso em: 10 de dez. de 2022.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 dez. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol. 1 :Teoria Geral do Direito Processual Civil: Parte Geral do Código de Processo Civil**. 12ma edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, v. 3: Tutela Jurisdicional Executiva**. 9na edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 933, p. 131-ss, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das Nulidades Processuais no Direito Contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 255, p. 117-140, 2016.

_____. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2da edição. Salvador: Juspodivm, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 7ma edição. São Paulo: Atlas, 2021.

CINTRA, Antonio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. **Teoria geral do processo**. 22da edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 24ta edição. Salvador: Juspodivm, 2022.

DIDIER JR; *et. al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 12da edição. Salvador: Juspodivm, 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ta edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIA, Márcio Carvalho. A impenhorabilidade da caderneta de poupança na visão do Superior Tribunal de Justiça. *In*: ALVIM, Teresa Arruda *et al* (coord). **O CPC de 2015 visto pelo STJ**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 383-408.

LACERDA, Galeno. O Código e o Formalismo Processual. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, p. 13-20, dez. 1983.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. 14ta edição. Salvador: Juspodivm, 2022.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In*: _____. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 260-274.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, volume 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento comum**. 63ra edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____. **Curso de Direito Processual Civil, volume 2: Procedimentos Especiais**. 56ta edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 31ra edição. São Paulo: Editora Forense, 2021.

**ACCESS TO EDUCATION AS ONE OF THE MANIFESTATIONS
OF ACCESS TO JUSTICE IN ITS DIMENSION OF SOCIAL
INCLUSION**

***ACESSO À EDUCAÇÃO COMO UMA DAS MANIFESTAÇÕES
DO ACESSO À JUSTIÇA EM SUA DIMENSÃO DE INCLUSÃO SOCIAL***

Sergio Torres Teixeira

Professor of Law at the Catholic University of
Pernambuco
and the Federal University of Pernambuco
Justice in the 6th Regional Labor Court
PhD in Law

Renata Esteves Seabra e Silva

Student at the MSc. Program at
the Catholic University of Pernambuco
Attorney at Law

ABSTRACT: *Fundamental rights and guarantees are divided in the Federal Constitution into individual and collective rights, social rights, nationality rights, and political rights. In this context, the right to education is a fundamental right of a social nature, also recognized in a series of international conventions. In turn, access to justice is a basic principle of the rule of law that describes how citizens have equal access to legal systems in their context. Therefore, the basic notion of education is necessary for the individual to acquire knowledge of his rights and obligations towards the State. In this way, it result in social inclusion and a life with more human dignity.*

Keywords: Access to education. Access to justice. Social inclusion. Human dignity.

RESUMO: Os direitos e garantias fundamentais estão divididos na Constituição Federal em direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos. Nesse contexto, o direito à educação é um direito fundamental de natureza social também reconhecido em uma série de convenções internacionais. Por sua vez, o acesso à justiça é um princípio básico do Estado de Direito que descreve como os cidadãos têm igual acesso aos sistemas jurídicos em seu contexto. Sendo assim, a noção básica de educação é necessária para o indivíduo adquirir conhecimento dos seus direitos e dos deveres perante o Estado. Desse modo, resultar na inserção social e uma vida com mais dignidade humana.

Palavras-chave: Acesso à educação. Acesso à justiça. Inserção social. Dignidade Humana.

Fundamental rights and guarantees are divided in the Federal Constitution by specific themes. They are Chapter I - individual and collective rights; Chapter II - social rights; Chapter III - nationality rights; and Chapter IV - political rights. In this context, the right to education is a fundamental right of a social nature provided for in article six of the Federal Constitution “the social rights are education, health, food, work, housing, transport, leisure, security, social security, maternity and childhood protection, assistance to the destitute”¹.

Over the years, with the emergence of revolutions, generations of rights were created. From the industrial revolution, mainly from the workers’ struggle in the 19th century and in the middle of the 20th century, the second generation of human rights was consolidated, which comprises social rights, linked to work, education, health, housing, culture, leisure, and security. It refers to the equality of individual conditions before the law.

In the current scenario, fundamental rights are protective rights, which guarantee the minimum necessary for an individual to exist in a dignified way within a society administered by the State. According to the understanding of the Federal Supreme Court:

Violations of these fundamental rights do not only occur in the context of relations between citizens and the State, but also in the relations between individuals and legal entities governed

1 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 1988.

by private law. Thus, the fundamental rights guaranteed by the Constitution directly bind not only the public authorities, but are also directed towards the protection of individuals in the face of private powers. [...] Private autonomy, which has clear legal limitations, cannot be exercised to the detriment or with disrespect for the rights and guarantees of third parties, especially those affirmed in the constitutional sense, since the autonomy of the will does not confer on individuals, in the domain of its incidence and action, the power to transgress or ignore the restrictions placed and defined by the Constitution itself, whose effectiveness and normative force are also imposed on individuals, within the scope of their private relations, in terms of fundamental freedoms².

INTRODUCTION

It is impossible not to mention the vertical and horizontal effectiveness of human rights, the relationship between the individual and the State, and the relationship between individuals, respectively. Thus, three theories about effectiveness emerge, and the one adopted by Brazilian jurisprudence is the same one adopted in Portugal, Spain, and Italy, called indirect horizontal, in which fundamental rights apply directly to private relationships, regardless of legislative regulation. But for individuals, they must be applied, taking into account the autonomy of the will. This theory aims to ensure the full exercise of access to justice as a fundamental right (SARMENTO, 2005).

Thus, the fundamental rights and guarantees present in the Federal Constitution have a very close link to human rights. The close relationship between the two can make it difficult to distinguish between fundamental rights and human rights. Thus, fundamental rights are the rights recognized and guaranteed in a constitutional way by a given State, while human rights are directly related to documents of International Law.

In this sense, the right to education is a human right recognized in a series of international conventions. As for example, the right to education is reflected in Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights, which states:

² RE 201.819, Report to the ac. Min Gilmar Mendes, judgment on 10-11-05, DJ of 10-27-06.

Everyone has the right to education. Education is free, at least in the elementary and fundamental grades. Basic education is mandatory. Technical and vocational education is widespread and higher education is equally accessible to all on the basis of merit. Education must be directed towards the full development of the human personality and towards the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall promote the activities of the United Nations for the maintenance of peace. Parents have a right of priority in choosing the education that will be given to their children (UNITED NATIONS, 1948)

Figure 1 - Eleanor Roosevelt holding the Universal Declaration of Human Rights.



Fonte: Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/historia-da-declaracao-por-celso-lafer/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-19481>. Acesso em: 10 de out. de 2022.

So, how to put into practice this fundamental right and society have access to education? There are some existing resources, such as open educational resources (OER), a community adopted in Brazil by the United Nations for education, science, and culture for the good common.

These open educational resources (OER) are materials, digital or otherwise, available to retain, reuse, remix, reframe, and re-share. They are openly licensed. It is an international movement or community driven by the internet, which aims to promote the five freedoms, which are access to retain copies, use and reuse, readaptation in different contexts, recombination and redistribution of OER, based on the idea of good common.

In Brazil, the OER movement includes the participation of actors from the most diverse fields, including educators at all levels, civil society organizations, as well as the government. A little more about the history and other educational activities mediated by OER can be found in academic productions such as theses, articles, chapters, and books.

It is observed that the virtual education mechanism was quite useful, for example, during the phase of the covid-19 pandemic. The Federal Supreme Court (STF) declared the constitutionality of Law 14,172/2021, which determined that the Union should transfer R\$ 3.5 billion to the states and the Federal District to guarantee internet access, for educational purposes, to teachers and students of the Federal District. Public basic education network. Unanimously, in the virtual session that ended on 7/1, the Plenary dismissed the request made in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 6926.

In his vote, the ADI rapporteur, Minister Dias Toffoli, stated that education is the first of the social rights enshrined in the 1988 Constitution and that internet access is a prerequisite for its implementation, a fact that became more evident in the context of the Covid-19 pandemic, where the need for social distancing has moved face-to-face tasks to the remote format. He found that Law 14.172/2021, therefore, met the constitutional mandate on the right to education and the principle according to which education will be provided with “equal conditions for access and permanence in school”.

Figure 2 - “Aqui notícias”.



Fonte: autor desconhecido

This knowledge and a basic notion of education are fundamental for the individual to have access to his rights and the duties of the State. In this way, obtain access to justice, which is a constitutional guarantee provided for in article five, item thirty-five, of the Federal Constitution. This expression means the right to seek judicial protection, that is, the right to appeal to the Judiciary in search of a solution to a conflict of interest. As Kelsen points out, only where such conflicts of interest exist does justice become an issue. Where there are no conflicts of interest, there is no need for justice.

1. DIMENSIONS OF ACCESS TO JUSTICE

Access to justice is a basic principle of the rule of law that describes how citizens have equal access to legal systems in their context. Most States have initiatives and programs designed to provide legal services to populations that may otherwise struggle to obtain legal advice and representation. Without access to justice, people are not able to fully exercise their rights, challenge discrimination or hold decision-makers accountable for their actions.

Developing an analysis of society from the period of modern history, the existence of social groups is verified. So, access to justice is not only a legal-formal issue, but it is also, especially, a social-economic problem, and its real application depends on the removal of several obstacles of a material nature so that the poor can enjoy the principle of a justice equal for everyone.

The dramatic situation of access to the principle of equal justice for all consists precisely in the inequality of material conditions between litigants, which condition

profound injustice on those who are faced with fortunate and powerful litigants, are unable to exercise their right of action and defense. This is a matter of education, which promotes the full development of the person and prepares them for the exercise of citizenship and their qualification for work, as formally determined by the Constitution (art. 205), but which practice fails to effect.

Equality is an element common to every conception of Justice, especially in its most characteristic and relevant manifestation, which is equality before the judge. Citizenship will not be realized with simple equality before the law because, as Cappelletti reminds us, “today, it is quite clear that treating individuals who are economically and socially disadvantaged as equals are nothing but a further form of inequality and injustice” (CAPPELLETTI, 2010, p. 155).

In general, for citizens to have the right of access to justice, citizenship must be exercised, so everyone needs to be aware of their rights in order to be able to fulfill them. In Brazil, there is a considerable number of illiterates; consequently, they are uneducated people who do not have the means to access justice. Furthermore, as stated above, this principle is not only present in the Federal Constitution but also in internationalization and universality through international treaties.

Therefore, the term access to justice includes access to the judiciary, that is, to jurisdiction. It comprises jurisdictional equivalents such as mediation and arbitration. To defeat the procedural barrier, an effective alternative is the arbitration provided for in Law n^o. 9.307/96, which aims at broad access to justice in order to resolve the conflict and does not need to be approved by the Judiciary.

The arbitral award cannot be reviewed by the Judiciary with regard to the hereby; it can only execute it or annul it. The justice of the decision cannot be contested, only the validity, for some defect of form; arbitration is an option for the parties. It is, therefore, an instrument that enables access to justice.

Furthermore, the way in which nations help their citizens gain access to justice varies. Access to justice can be increased through properly funded and staffed legal aid organizations that provide free legal services to the poor, through *pro bono* programs through which volunteer lawyers provide services and representation in court, or through other programs designed to help people obtain legal remedies through the courts or other justice institutions.

So, this article shows access to justice and scope as a fundamental right. In this context, the principle of human dignity is present as a foundation of citizenship and democracy. Because access is not just a fundamental social right, it is also, necessarily, the central point of modern proceduralism, and access to education allows the individual to claim his right before the Judiciary.

2. EDUCATION AND SOCIAL INCLUSION IN BRAZIL

Access to justice must be seen as the fundamental requirement – the most basic of human rights – of a modern and egalitarian legal system that intends to guarantee and not just proclaim the rights of all. It is concluded that through education, basic knowledge is acquired for social insertion.

All the instruments analyzed in this text significantly help Brazilians to have a better educational condition and begin to continuously exercise the rights affirmed by the Federal Constitution and thus have better access to justice. This results in social inclusion.

Figure 3 – Charge do Gilmar.



Fonte: Rádio Peão Brasil. Disponível em: <https://radiopeoabrasil.com.br/12844-2/>. Acesso em: 10 de out. de 2022.

In view of all the above, it is concluded that although access to education is a right, in practice, it is a privilege. Just look at the challenges to maintaining access

to education with the outbreak of the pandemic and the closing of schools, such mechanisms of creation and reproduction of inequalities have become even more active. Several operators of social differentiation were accentuated, increasing educational distances between public and private schools, rich and poor, “heirs” and “non-heirs” (BOURDIEU, 2015).

In addition to educational and social inequalities, digital inequalities were added. Thus, with education as a focus, it is increasingly necessary to question connectivity as a social privilege when it could already be understood as a right. This is, in fact, the understanding of the United Nations (UN), which has already recognized internet access as a universal human right (BACCIOTTI, 2014).

This is also related to the access to justice that, since 2009, is also digital through the electronic judicial process (PJE) has made the judicial system virtual. In this way, everything is connected to social inclusion, which is the most effective for the social structure to develop in a fair perspective, where human values are highlighted and respected.

CONCLUSION

To ensure access to justice in the dimension of social inclusion, the right to education is absolutely essential. It is the key to the entrance through which the underprivileged can ascend and reach the level of human dignity desired by all. Without education, the dream of becoming part of society and being a part of a community tends to wither until disappearing. There is no other way to face the obstacles caused by inequalities and reach access to any form of social justice.

REFERENCES

ACCESS to Justice. **United Nations and the Rule of Law**. United Nations. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

AMIEL, T. *et. al.* “Recursos educacionais abertos: Modelos para localização e adaptação”. In: BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à Justiça: instrumentos viabilizadores**. São Paulo: Safe, 2010.

BABINSKI, D. B. D. O. **O direito à educação básica no âmbito do MERCOSUL: proteção normativa nos planos constitucional, internacional e regional**. Tese

(Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28012011-143541/pt-br.php>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

BACCIOTTI, K. **Direitos humanos e novas tecnologias da Informação e Comunicação**: o acesso à internet como direito humano. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2014.

BEITER, Klaus Dieter. **The Protection of the Right to Education by International Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 19-20. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=VWs2UCuG-XQC&q=%22right+to+education%22&redir_esc=y#v=snippet&q=%22right%20to%20education%22&f=false. Acesso em: 11 de out. de 2022.

BOURDIEU, P. **Escritos de Educação**. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidente da República, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedades** – v. 02. São Paulo: Safe, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Safe, 1998.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5150151/mod_resource/content/1/Declarac%CC%A7a%CC%83o%20direitos%20homem%20cidadao%20Franc%CC%A7a.pdf. Acesso em: 11 de out. de 2022.

NECESSARY CONDITION. **Access to Justice**. United States: Institute of Peace. Disponível em: <https://www.usip.org/guiding-principles-stabilization-and-reconstruction-the-web-version/rule-law/access-justice>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humano>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

PRO BONO AND VOLUNTEER PROGRAMS. **Center on Court Access to Justice for All**. National Center for State Courts. Disponível em: <https://www.ncsc.org/microsites/access-to-justice/home/Topics/Pro-Bono-and-Volunteer-Programs.aspx>. Acesso em: 10 de out. de 2022.

RASHID, Norul Mohamed. **Access to Justice**. United Nations and the Rule of Law (em inglês). Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access->

to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/. Acesso em: 11 de out. de 2022.

Resource Center for Access to Justice Initiatives. American Bar Association. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/legal_aid_indigent_defendants/resource_center_for_access_to_justice/. Acesso em: 11 de out. de 2022.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem:** um caminho em crise do judiciário. Barueri: Manole, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constituição do direito.** Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

**O TRIÂNGULO DRAMÁTICO NA JUDICIALIZAÇÃO DOS
CONFLITOS:
O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO CRESCENTE PROCESSO DE
TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE**

***THE DRAMATIC TRIANGLE IN THE CONFLICTS JUDICIALIZATION:
THE JUDICIARY ROLE ON THE GROWING PROCESS OF SHIFTING
THE BURDEN***

Táís Schilling Ferraz

Professora do corpo permanente do Mestrado

Profissional da ENFAM

Doutora em Ciências Criminais

Mestre em Direito

Desembargadora Federal do TRF4

RESUMO: O volume de conflitos que ingressa no Judiciário cresce a cada ano. O artigo investiga possíveis causas da judicialização, avaliando duas hipóteses: (a) que o fenômeno esteja relacionado a uma progressiva transferência de responsabilidade nas relações interpessoais; e (b) que o Judiciário esteja contribuindo para o fenômeno, ao atuar de forma reativa. A pesquisa é bibliográfica, documental e explicativa, adotando como referências a teoria do conflito, fundamentos de análise transacional, especialmente o triângulo dramático de Karpman, princípios do pensamento sistêmico e dados sobre judicialização. Ao confrontar elementos da judicialização com tais pressupostos, o estudo confirma as hipóteses e conclui que o tratamento linear e não sistêmico dos conflitos vem transferindo responsabilidades e retroalimentando a litigiosidade.

Palavras-chave: Judicialização. Triângulo dramático. Recursividade. Transferência de responsabilidade. Pensamento sistêmico.

ABSTRACT: The volume of conflicts entering the Judiciary grows every year. The article investigates possible causes of judicialization, evaluating two hypotheses: (a) that the phenomenon is related to a progressive responsibility transfer in interpersonal relationships; and (b) that Judiciary is contributing to the phenomenon, by acting reactively. The research is bibliographical, documental and explanatory, adopting as references the conflict theory, fundamentals of transactional analysis, especially Karpman's dramatic triangle, and principles of systemic thinking. By confronting elements of judicialization with such assumptions, the study confirms the hypotheses and demonstrates that the linear and non-systemic treatment of conflicts has been shifting the burden and feeding back litigation.

Keywords: Judicialization. Dramatic triangle. Recursion. Shifting the burden. Systemic thinking.

INTRODUÇÃO

Diante da existência de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, e diante da vedação legal ao exercício arbitrário das próprias razões, reconhece-se que Judiciário seja o caminho para a solução pacífica dos conflitos. Trata-se de uma conquista civilizatória. O juiz dirá o direito e adjudicará o bem da vida àquele que reconhecer ser o seu titular. O direito processual civil se desenvolveu sob este pressuposto e desde os tempos imemoriais se reconhece a importância da figura de um terceiro imparcial, com legitimidade para arbitrar conflitos, especialmente os de difícil solução.

A questão é que cada vez mais conflitos, de menor ou maior complexidade, chegam ao Judiciário. E a solução substitutiva, proferida por aquele terceiro imparcial, na prática, não apenas vem se revelando insuficiente ou inadequada, para solucionar muitos desses conflitos, por suas características e origens, como tem funcionado como um fator de retroalimentação da litigiosidade.

Mais do que isso, parece estar havendo uma dependência cada vez maior no Judiciário, com transferência crescente da responsabilidade pela tomada de decisões nas relações sociais. Há uma renúncia, nesse processo, à autonomia na construção, pelos interessados, das soluções para os próprios problemas e uma resistência cada vez menor às frustrações.

E esse quadro não se desenrola apenas diante de conflitos individuais. Com maior ou menor evidência, ele se manifesta, também em conflitos envolvendo pessoas jurídicas, inclusive o Estado, cujos representantes, não raro, parecem preferir que a correção de falhas no serviço seja produto de decisão judicial do que da própria iniciativa de solução, o que pressuporia, muitas vezes, reconhecer e responsabilizar-se por erros, correções de rumos e reparações.

Este artigo tem como objetivo investigar fatores que possam estar produzindo a judicialização crescente dos conflitos. As hipóteses a serem avaliadas são de que: a) a crescente judicialização de conflitos está relacionada a uma também crescente transferência de responsabilidade nas relações interpessoais, que pode encontrar nascedouro ou reforço nos jogos psicológicos descritos pela teoria da análise transacional; b) o próprio Judiciário, por sua cultura organizacional e pela forma reativa com que atua diante da litigiosidade, vem contribuindo para o fenômeno, produzindo recursividade.

Com base em pesquisa bibliográfica, documental e explicativa. Buscando referenciais na teoria geral do conflito, na psicologia e no pensamento sistêmico, a proposta é mapear alguns dos elementos da crescente litigiosidade e avaliar o comportamento dos interessados, ao judicializarem os conflitos, bem como a forma como o Judiciário tem respondido ao fenômeno, relacionando os achados e buscando as possíveis causas para a renúncia gradativa às autonomias e para a tomada, cada vez maior, pelo Judiciário, da responsabilidade na construção de soluções.

Para tanto, inicia-se com a problematização do fenômeno a investigar, introduzindo-se a ideia do conflito como algo natural na sociedade e apontando-se para os elementos que caracterizam a atual tendência à judicialização. Na sequência, apresentam-se algumas ideias provenientes da análise transacional, sobre jogos psicológicos e disfuncionalidades nas relações interpessoais, representados através do triângulo dramático de Karpman, relacionando-as ao efeito recursivo, característico dos problemas complexos e ao arquétipo sistêmico da transferência de responsabilidade. Ao final, os achados são confrontados com a forma reativa pela qual o Judiciário vem tratando dos processos, na avaliação de possível efeito tautológico decorrente das interações entre os elementos investigados.

1. DO CONFLITO À JUDICIALIZAÇÃO

O conflito entre duas ou mais pessoas, muitas vezes percebido como algo negativo, a ser evitado ou rapidamente superado é, em verdade, o impulsionador de qualquer mudança. Natural e inevitável nas relações humanas, o conflito surge na medida em que se introduzem alterações em um determinado estado de coisas.

Duas leis da física contribuem para a percepção do fenômeno: a lei da inércia e a lei da ação e reação. Se o corpo que está parado tende a permanecer parado e o que está em movimento, tende a assim permanecer, e se qualquer mudança, seja para imprimir movimento, seja para interrompê-lo, tende a provocar uma reação, é possível compreender que, nas relações interpessoais, qualquer nova ideia ou pretensão de transformar a realidade, tenderá a produzir um movimento contrário. Pelo mesmo princípio, qualquer tentativa de interromper um processo de transformação, já em andamento, encontrará dificuldade em fazê-lo.

O conflito nascerá do choque entre duas ou mais ideias, ou interesses que sejam percebidos como aparentemente inconciliáveis. Será possível observar que, entre aqueles que o experimentam, haverá quem pretenda imprimir mudanças sobre a realidade e quem resistirá.

Compreender e lidar com o conflito são habilidades humanas essenciais. Desde muito cedo, a criança percebe as implicações, ao querer continuar uma brincadeira e ser interrompida ou querer um brinquedo novo e não ser atendido. Com o tempo, aprende diversas formas de tratar o conflito, passando a fazer uso de recursos como tomar a força (violência), convencer (argumentação), negociar (barganha), apelar à ajuda de terceiros (mediação ou atribuição da decisão), manipular (ardil), enganar (trapaça) ou renunciar (evitação do conflito ou submissão).

O conflito de interesses, quando não resolvido pelos próprios interessados, tende a ganhar escala e pode vir a reclamar a intervenção de terceiros (heterocomposição). A evolução civilizatória trouxe consigo a penalização ao exercício arbitrário das próprias razões (no Brasil, a tipificação está no Código Penal, art. 345), e apenas em algumas situações se admite o desforço próprio, na defesa de posições jurídicas.¹ Diante de um conflito de interesses, marcado pela pretensão de um dos interessados em fazer valer sua posição e a resistência do outro, é possível recorrer a estratégias

1 São exemplos de situações de desforço pessoal admitidas, a pronta defesa da posse de imóvel, frente à turbação ou esbulho (Código Civil, art. 1210, §1º) e a legítima defesa (Código Penal, art. 23, II).

autocompositivas, como a negociação, a mediação, a conciliação, a renúncia e a submissão e a estratégias heterocompositivas. Neste último caso, é possível adjudicar (conferir, entregar) a solução a um árbitro (extrajudicial) ou a um juiz, mediante um processo (NEVES, 2016).

Diante da perspectiva de que houve violação de direitos, a judicialização, visando a uma solução adjudicada, tornou-se a via de solução, por excelência. A previsão constitucional, segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, parece convidar a associar diretamente a ideia de acesso à justiça à ideia de acesso à solução do conflito por um juiz, como houvesse uma relação de dependência entre ambas. O volume crescente de casos novos, que ingressam no Poder Judiciário a cada ano, consolidado e divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, parece refletir esse fenômeno. No ano de 2021, tramitaram no Poder Judiciário 77,3 milhões de processos e ingressaram 27,7 milhões de casos novos (2022). A curva de casos novos por ano no Judiciário tem se mantido em ascensão, salvo no ano de 2020, possivelmente em razão dos impactos da pandemia, já que nem todos os tribunais estavam aptos a transferir, de forma automática, seus serviços para o meio virtual.

Apontando que o mecanismo predominantemente utilizado é o da solução adjudicada dos conflitos, mediante sentença, há muito, Watanabe (2016, p. 51-58) adverte que acesso à Justiça não significa apenas a possibilidade de chegar formalmente aos órgãos judiciários, mas acesso qualificado, que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, mediante mecanismos de tratamento adequado dos conflitos, preferenciais ou alternativos à solução substitutiva, como a mediação e a conciliação.

O grau de litigiosidade, porém, vem aumentando e se reflete, também, nos índices de recorribilidade (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022), seja em decorrência da complexidade dos conflitos, que atualmente se originam da sociedade, seja em decorrência da forma reativa como eles vêm sendo tratados. Grinover (2008, p. 71-76), já sinalizava para a preocupação com o efeito bola de neve, proveniente dessa reatividade, frente à universalidade do acesso à jurisdição, defendendo que a solução não poderia estar apenas no aumento do número de magistrados.

Essa complexidade pode surgir ou ganhar escala, dentre outros fatores, diante da própria forma como se administra os litígios.

Tratar conflitos não equivale, necessariamente, a solucioná-los ou pretender eliminá-los pela invocação de normas jurídicas, exortação ao cumprimento de ordens, ou adoção de medidas suasórias para efetivar o quanto decidido. Dizer quem tem razão, ainda que à luz do Direito, não trará, como efeito automático, a harmonização das relações interpessoais, podendo, inclusive, torná-las ainda mais difíceis, ao alimentar ou retroalimentar sentimentos de frustração, injustiça ou exclusão, que, logo adiante, poderão dar início a novos conflitos. Relações humanas são complexas. Não são se comportam como relações lineares de causa e efeito, nem podem ser previstas, como se estivessem estabelecidas em condições normais de temperatura e pressão. A forma como as pessoas se comportam diante de problemas é contextual e determinada por muitos fatores, que se interconectam nas estruturas de suas relações familiares e sociais.

A atuação substitutiva do Judiciário, embora necessária diante de determinados conflitos, ao se tornar a regra, ao invés da exceção, pode estar potencializando, ao invés de contribuindo para a harmonização das relações na sociedade.

A incursão, que a seguir se faz, no triângulo do drama, talvez possa trazer elementos para a testagem dessa hipótese.

2. O TRIÂNGULO DRAMÁTICO

Conflitos e relações disfuncionais que surgem na sociedade, no Estado ou em sistemas menores, como relações interpessoais, famílias, escolas, empresas em variados contextos decorrem, não raro, do desempenho de determinados papéis pelos envolvidos, “como em um *script*, cujo padrão pode ser encontrado desde as fábulas de Esopo até as atuais telenovelas” (FERRAZ, 2022, p. 219).

São os jogos psicológicos, identificados por Eric Berne (BERNE, 1964), ao desenvolver a análise transacional, uma filosofia humanística e, ao mesmo tempo, uma abordagem metodológica da psicologia, que procura identificar e compreender padrões de comportamento que interferem na comunicação e na saúde das relações pessoais, para promover melhorias a partir do desenvolvimento da autonomia, do autoconhecimento e da capacidade de conexão verdadeira.

Na análise transacional, transação é “qualquer movimento ou ação que uma pessoa empreende no seu relacionamento com os outros, provocando outro movimento ou ação de volta” (BERGER, 1999). Jogos psicológicos são transações,

aparentemente racionais, que progridem em direção a um resultado previsível e mascaram a expressão direta do que os interlocutores estão sentindo, como mecanismos de proteção, diante de situações em que se percebem ameaçados. São como armadilhas inconscientes aprendidas na infância, na adolescência e ao longo da vida, que tendem a se repetir, reforçando autopercepções e sentimentos negativos (BERNE, 1964).

Relações disfuncionais seguem esses jogos psicológicos, como se sua complexidade pudesse se reduzir a relações lineares de causa e efeito. Delas se originam algumas espécies de conflitos em que, com maior ou menor complexidade, as pessoas tendem a representar ora o papel de vítimas, ora de salvadores (ou heróis), ora de perseguidores (vilões). Stephen Karpman, que desenvolveu seus estudos a partir das lições de Eric Berne, demonstra essas relações arquetípicas através do triângulo dramático (KARPMAN, 1968, p. 39-43).

Cada um desses papéis (um dos vértices do triângulo), em verdade, é uma dissimulação, uma distorção da realidade. Seu desempenho é uma forma inconsciente de esconder atitudes e sentimentos reais, e tende a desencadear reações automáticas nos interlocutores, que ficam predispostos a assumir posição em um dos outros vértices do triângulo e passam a desempenhar os respectivos papéis.

Embora as pessoas, em relações disfuncionais, tenham tendência ou preferência por permanecer em uma das posições do triângulo, é comum que alternem entre os vértices, quando confrontadas com as sensações que buscam evitar, reproduzindo um sistema de comportamentos codificados.² Esse comportamento pode ser identificado nas relações interpessoais simples, mas também pode ser projetado no comportamento de grupos, da sociedade ou mesmo das partes e interessados, em um conflito, judicializado ou não.

3. A VÍTIMA

No triângulo dramático, a posição da vítima é a mais importante. Sem ela, nenhum dos outros papéis se desenrola.

Ao vivenciar, como vítima, alguma situação de violência ou injustiça, a pessoa estará propensa a experimentar vários sentimentos, de forma intensa e alternada.

² FERRAZ, *Op. cit.*, p. 219.

Medo, impotência, raiva, vergonha, culpa, vulnerabilidade, desconfiança, podem estar entre eles.³

Essa pessoa não chega à condição de vítima porque assim deseja. Quem está nesse vértice do triângulo é porque sofreu algum tipo de injustiça ou agressão, seja física, psicológica, moral, econômica ou social, sendo natural e esperado que necessite e obtenha de terceiros algum tipo de suporte para superar as dificuldades enfrentadas.

A vivência da agressão ou injustiça pode trazer para aquele que a sofreu o receio de voltar a sentir a mesma dor, de ser traído, utilizado, manipulado, abandonado ou mesmo controlado. Em diversas situações, em razão desse receio, e sentindo-se desamparada, a pessoa pode prender-se ao vértice da vítima no triângulo e, portanto, manter-se no respectivo papel, ainda que sem efetiva consciência disso, resistindo a qualquer movimento ou iniciativa que a retire ou busque sacá-la dessa posição. É nela que a pessoa busca e pode obter não apenas o auxílio e a atenção alheios, mas também o refúgio na sensação de que há alguém ou algo externo que pode ser apontado como causador de seu sofrimento.

Com o tempo, a sensação de dependência vai sendo naturalizada a ponto de a pessoa conceber estratégias para manter-se na posição, desenvolvendo um crescente receio de tomar decisões, tornando-se vítima de seu próprio medo e ansiedade. Aos que, para além de prestar auxílio, buscam retirá-la da condição de vítima, poderá acusar de insensibilidade e incompreensão e mesmo manipular. Sobre essa tendência, Edwards (2011, p. 21) adverte que as vítimas, por vezes, desenvolvem relações perniciosas com seus cuidadores que se sentem impotentes e frustrados, com a sensação de que seu auxílio nunca será suficiente:

Las Víctimas son personas que mantienen una alta dependencia con aquellos que están a su alrededor y que, además, suelen tener relaciones perniciosas de codependencia en virtud de las cuales reciben cuidados y protección (ánimica, física y financiera). Sin embargo, a pesar de ello, sienten un secreto resentimiento hacia sus cuidadores, toda vez que no les gusta ser tenidas por incapaces o necesitadas. Puede darse el caso de que alguien ayude económicamente a su ex cónyuge o siga

3 FERRAZ, *Op. cit.*, p. 223.

*haciendo trabajos en la casa de ésta —o éste— (rol de Víctima); y la persona beneficiada todavía le critique y le culpe de «portarse mal» y de no estar haciendo lo suficiente por ella (rol de Perseguidor). ¡Hagas lo que hagas a favor de una Víctima natural, nunca será lo suficiente!*⁴

Quando busca ajuda profissional, não raro, a vítima se frustra ao não encontrar uma solução mágica para os problemas, os quais percebe constantemente a partir de uma perspectiva externa (o problema está lá fora). Poderá tachar de incompetente todo aquele que sugerir que se responsabilize, ela mesma, por alguma mudança.

Por outro lado, aquele que intervém, assumindo a responsabilidade de resolver os problemas da vítima, acaba por reforçar nela o sentimento de falta de autonomia, de incapacidade de cuidar de si mesma, além do ressentimento a que se refere Edwards, por ser tida por incapaz.

É interessante perceber que esse arquétipo de comportamento pode ser identificado em relações de maior complexidade e entre grupos de pessoas. Há um aprisionamento no passado, uma resistência a abandonar o espírito infantil. As vítimas “se enxergam como seres indefesos e inexperientes, incapazes de cuidar de si mesmas ou de fazer qualquer coisa certa”.⁵

Essa atitude atrai ao seu entorno possíveis salvadores (heróis) ou perseguidores (vilões), com os quais inconscientemente as vítimas *transacionam*. Ao vivenciarem tais jogos psicológicos no grupo, as posições acabam sendo intensamente reforçadas.

Retirar uma vítima desse papel requer muito mais do que movimentá-la para outro vértice do triângulo dramático. Será necessário que se sinta suficientemente capaz, com talentos e recursos internos para realizar, com autonomia, suas próprias escolhas e colocá-las em prática.

4 EDWARDS, *Op. cit.*, p. 21. Em livre tradução: “As vítimas são pessoas que mantêm uma elevada dependência dos que as rodeiam e que, além disso, tendem a ter relações perniciosas de co-dependência em virtude das quais recebem cuidados e proteção (psíquica, física e financeira). Porém, apesar disso, guardam um ressentimento secreto em relação aos seus cuidadores, porque não gostam de ser considerados incapazes ou carentes. Pode ser que alguém ajude financeiramente o ex-cônjuge ou continue trabalhando na casa dele (papel de Víctima); e o beneficiário ainda o critique e culpe por “mau comportamento” e por não fazer o suficiente por ele (papel de Perseguidor). O que quer que você faça por uma Víctima natural, nunca será suficiente!”

5 EDWARD, *Op. cit.*, p. 22.

Para o que neste ensaio se avalia, a busca insistente do Poder Judiciário para a solução dos conflitos – dos mais simples aos mais complexos – talvez seja uma manifestação desse arquétipo em funcionamento. E a atuação substitutiva do Judiciário, limitada à solução adjudicada e mediante um processo, marcado pelo litígio, talvez esteja reforçando o comportamento, aumentando a relação de dependência e a sensação de incapacidade daquele que pede a tutela do Estado.

As transações da vítima, nos jogos psicológicos do triângulo dramático, desenrolam-se com os arquétipos do salvador (ou herói) e do perseguidor (ou vilão).

4. O SALVADOR OU HERÓI

O salvador é aquele que se coloca imediatamente em ação quando percebe que alguém está ferido, ameaçado ou zangado, preocupando-se constantemente com o bem-estar do outro, demonstrando estar disposto a atender às respectivas necessidades, ainda que renunciando às próprias.⁶

Toma-se por responsável pela felicidade e bem-estar de seus semelhantes e se coloca imediatamente em ação, quando alguém está ferido ou irritado, para reconforta-lo e acalmá-lo, fazendo sua a tarefa de fazer com que a pessoa se sinta bem novamente.⁷

Sente-se orgulhoso de seu desvelo para com o próximo, acreditando que será visto como uma boa pessoa pelos demais.

A pessoa que toma posição neste vértice do triângulo tem propensão para evitar os conflitos; renuncia, para não entrar em disputa, estando, com frequência, disposto a transigir. Com baixa tolerância à agitação emocional, chega a fingir que está tudo bem⁸ ao fazer o que os outros pretendem.

Com frequência, o salvador justifica ou mesmo encobre os erros da pessoa que intenta proteger, ao invés de impulsioná-la para que se enfrente de maneira aberta com seus problemas. Isso fomenta a dependência e a transferência de responsabilidade, não sendo raro que se assuma como responsável pelo comportamento de seu protegido.

6 FERRAZ, *Op. cit.*, p. 222.

7 EDWARD, *Op. cit.*, p. 13.

8 EDWARD, *Op. cit.*, p. 14.

Com o objetivo de evitar reprovação, evita polêmicas, silencia diante de atitudes inadequadas, verbaliza de forma pouco clara suas necessidades e procura se ocupar das demandas de outros, na maior parte do tempo, o que torna seus relacionamentos mais distantes e superficiais. Isso ocorre, inclusive, na forma como se comunica com as pessoas ao seu entorno, que não conseguem adivinhar o que deseja.

Como tende a renunciar ou encobrir as próprias necessidades, é comum que o salvador acabe por se sentir sobrecarregado, pouco reconhecido por seus sacrifícios ou mesmo desvalorizado.

As concessões do salvador e sua atitude paternalista encobrem uma tendência à baixa autoestima e necessidade de reconhecimento. Seu valor estaria naquilo que pode fazer pelos outros. Há algo de compulsivo na *necessidade* de ser *necessário*. Para isso, é preciso que os demais se mantenham na condição de fragilidade e dependência, reforçando-se o sentimento de que não podem, por si mesmos, resolver seus problemas. Em suas atitudes, o herói não considera aos demais como iguais, os enxerga como seres dependentes e frágeis, o que traz consigo o perigo de que isso se converta em realidade (profecia autorrealizável).⁹

Em muitos casos, o salvador sente-se responsável pelas escolhas dos demais, não apenas interferindo, como dificultando que adquiram autonomia, em um movimento exaustivamente controlador e de disposição para salvar os demais, em busca de reconhecimento.

5. O PERSEGUIDOR OU VILÃO

O perseguidor, no triângulo do drama, é aquele que tem especial tendência de agir criticando, hostilizando, julgando, culpando, interrogando, ameaçando ou humilhando os demais. Invoca seu suposto poder para desaprovar o comportamento do outro, presumindo-se sistematicamente com razão e comportando-se com a naturalidade de quem acredita que os demais devem agir conforme sua pretensão. Eventualmente recorre a terceiros para reforçar sua postura.¹⁰ Em relações na família, pode ser aquele pai ou aquela mãe, aquele esposo ou aquela esposa que invoca seu poder para censurar ou subjugar os filhos ou o(a) consorte. Em relações sociais, é o vizinho que reclama; o chefe que insulta; o professor que humilha; a autoridade

9 EDWARD, *Op. cit.*, p. 16.

10 EDWARD, *Op. cit.*, p. 9.

que acusa, ameaça ou pune. Mantém sempre um dedo acusador perante os demais¹¹ e pressupõe deter o poder de lhes impor condutas e infligir punições, quando não correspondam à sua expectativa. Pode se tornar mestre em desqualificar os demais, inclusive de forma velada ou sutil.

Para um perseguidor, o mundo é dicotômico,¹² dividido em certo ou errado, amigo ou inimigo. Ao se postar como aquele que está sempre certo, seu interlocutor não tem outro remédio que não estar errado. Enxerga o mundo como um lugar perigoso e acredita que precisa atacar para defender-se dos perigos. Aquele que interage com um perseguidor sente-se constantemente compelido a se justificar por seus atos.

A pessoa tende a ocupar esse vértice do triângulo para proteger-se de alguma insegurança ou fragilidade. É comum que seja alguém que não aprendeu, na infância ou na adolescência, a exteriorizar seus sentimentos, ou que precisou reprimi-los; que se perceba privado de méritos ou que tema ser abandonado. Acredita firmemente que expor o que sente o coloca em situação de vulnerabilidade. Assim, aprendeu a sobreviver mascarando suas dores e inseguranças, identificando-se à figura de um pai crítico e controlador. Temendo ser abandonada, a pessoa torna-se possessiva nos seus relacionamentos.

Apesar de adotar uma postura intimidadora, o perseguidor se considera vítima do mal comportamento dos demais. Atribui a seus interlocutores a responsabilidade por fazê-lo agir de forma violenta ou ameaçadora.

Quando confrontado com seus reais sentimentos, ele tende a mudar de posição no triângulo, assumindo a posição de vítima, alguém cujas boas intenções são incompreendidas, cujos esforços não são recompensados. Por outro lado, se não for confrontado, mas seguido ou obedecido, seus pressupostos e comportamento acabam por ser reforçados, o que também mantém, nas demais posições do triângulo, seus interlocutores.

Adverte Edwards que é comum que perseguidores, assim reconhecidos nas suas relações pessoais mais íntimas, sejam publicamente considerados pilares da comunidade, encontrando causas a defender e pessoas contra quem lutar.¹³ O

11 EDWARDS, *Op. cit.*, p. 8.

12 FERRAZ, *Op. cit.*, p. 221.

13 EDWARDS, *Op. cit.*, p. 10.

resultado dessa busca e apontamento de erros alheios é um ambiente de ganhadores e perdedores, em que nenhum conflito se resolve verdadeiramente.

Independentemente do papel desempenhado, em um triângulo dramático não há adultos, porque não há uma relação saudável. Todos, no fundo, se consideram vítimas e se envolvem inconscientemente em jogos aprendidos na infância ou ao longo da vida, prendendo-se a determinados comportamentos. Ainda que agindo como vilões ou heróis, acreditam não haver outra forma de se relacionar, diante de contextos disfuncionais.

6. O TRIÂNGULO DO DRAMA NA JUDICIALIZAÇÃO E NO TRATAMENTO SUBSTITUTIVO DOS CONFLITOS

É possível identificar as transações entre vítimas, salvadores e perseguidores em muitos conflitos judiciais, intentados com fundamento em direitos individuais ou coletivos.

Nas ações de família, é perceptível a ocorrência de jogos psicológicos entre ex-cônjuges, para a definição de alimentos, guarda de filhos, divisão de bens e diversas situações de conflito que decorrem das relações que se tornaram disfuncionais. Nas questões envolvendo sucessão, da mesma forma, conflitos familiares nascidos de acontecimentos ocorridos há anos, emergem, permitindo a identificação das transações entre vítimas, heróis e vilões, que se reproduzem a anos, se retroalimentam e ganham escala.

Mas não é apenas nos casos que envolvem direitos personalíssimos que se pode perceber a ocorrência dos jogos psicológicos. O fenômeno do triângulo dramático também pode ser identificado em relações que envolvem direitos de consumidores, relações de vizinhança, direitos sociais, como é o caso dos direitos às prestações previdenciárias, à habitação, à saúde, à educação, ao trabalho, entre outros. Nesses casos, os que se consideram titulares dos direitos podem refletir, em suas posturas e manifestações, comportamentos típicos da figura da vítima, enquanto as corporações e o Estado tendem a ser identificados aos vilões e o Judiciário é percebido como tábua de salvação, ao menos até que eventual pleito seja negado.

No ambiente forense, é possível visualizar a alternância de papéis no triângulo de relações que usualmente se estabelece entre partes, magistrados, advogados (ou

defensores públicos) e membros do Ministério Público, especialmente nos casos em que a judicialização aparece como *prima ratio*.

Desde a parte que se percebe como vítima de uma injustiça (a resistência do outro – inclusive do Estado - à sua pretensão) e que, ao invés de sequer tentar solucionar de maneira consensual o conflito, acessa diretamente um juiz a ele transferindo a tarefa e a responsabilidade de resolver o problema, até o juiz que, sem criar ambiente para uma solução consensual, prefere apontar, logo, em decisão liminar ou sentença, aquele que entende ter o melhor direito. Age, para um, como o vingador ou herói e, para outro, como o vilão, garantindo ou suprimindo direitos, censurando comportamentos, apreendendo patrimônio, admoestando ou mesmo punindo.

Os advogados tendem a ser percebidos (e a se perceberem) como os primeiros heróis dos próprios clientes, mas convolam-se em suas vítimas, logo que o processo começa a demorar ou se o resultado do processo for desfavorável. Nesse momento, apontam a responsabilidade para o juiz, a quem se acusa de faltar sensibilidade ou mesmo capacidade jurídica para compreender que o direito deveria ter sido adjudicado a seus clientes. Os membros do Ministério Público ora agem como salvadores, ora como perseguidores, sob a perspectiva das partes ou mesmo dos juízes.

7. UM MOVIMENTO RECURSIVO

A recursividade é um dos princípios operadores da complexidade. Sistematizado por Edgar Morin (2005), trata-se de uma tendência de comportamento sistêmico, que pressupõe que as relações de causalidade entre determinados eventos ou comportamentos não são lineares, mas circulares ou mesmo espiralares e que um mesmo evento, quando se observa um fenômeno de forma mais abrangente, pode ser percebido como causa e consequência de si, ou como ensina Vasconcellos, “o produto é produtor daquilo que o produz” (VASCONCELLOS, 2018, p. 116). Daí a noção de *feedback*,¹⁴ de círculos de influência no comportamento dos elementos dentro de um mesmo sistema. É possível exemplificar com a relação entre seres humanos e sua cultura, ao afirmar que se pode perceber os efeitos da cultura sobre a construção da pessoa e os efeitos da pessoa sobre a construção da própria cultura.¹⁵

14 A ideia de *feedback*, que é adotada no pensamento sistêmico, remete a qualquer fluxo recíproco de influência. Fala-se em *feedback* ou retroalimentação, quando uma parte do efeito ou do resultado do comportamento de um sistema volta à sua entrada e influi no comportamento seguinte (FERRAZ, 2022, p. 173).

15 FERRAZ, *Op. cit.*, p. 165.

Morin afirma que os indivíduos fazem a sociedade, que, por meio da cultura, faz os indivíduos. A autonomia da sociedade depende dos indivíduos, cuja autonomia depende da sociedade.¹⁶

Os fenômenos, especialmente os de natureza complexa, como os conflitos, nascem de interações entre as pessoas, cujo comportamento é determinado por fatores nem sempre facilmente apreensíveis. Podem surgir, inclusive, em decorrência da adoção de perspectivas lineares de causa e efeito sobre acontecimentos, como o apontar de um culpado ou de uma causa exclusiva para uma determinada consequência.

No entanto, conflitos se desenvolvem em um movimento não linear e suas verdadeiras causas tendem a ser mais estruturais, estão conectadas a um contexto, interligadas a mais do que um fator e há círculos recíprocos de influência, daí porque devem ser observados de forma sistêmica.

Tratá-los sem preocupação com essa reciprocidade de influências poderá até resolver juridicamente o processo, depois de muitos recursos, mas o conflito substancial, a chamada lide sociológica,¹⁷ permanecerá ativa e estará sendo alimentada e, com ela, o sentimento de que o problema está lá fora. Soluções lineares atraem atitudes lineares.

A recursividade aparece quando se observam alguns parafeitos da adjudicação nas soluções de conflitos. Aquele que passa, sistematicamente, a entregar, para serem julgados pelos juízes, os problemas que não consegue equacionar, com o tempo, sente-se cada vez mais incapaz de resolvê-los por outros meios, torna-se cada vez mais dependente, adquire menor tolerância à frustração, e, quando não vê atendida sua pretensão, no todo ou em parte, passa a atribuir responsabilidade ao Judiciário, assumindo a condição de vítima de uma injustiça, posição que reforça ainda mais o sentimento de incapacidade e a expectativa de que seus problemas sejam resolvidos por terceiros.

Quanto ao juiz, ao ser chamado insistentemente para resolver todas as espécies de conflito, passa a se reconhecer como o mais capaz de fazê-lo, sentindo-se mais e mais à vontade para tomar decisões substitutivas, convencendo-se de que sabe a

16 MORIN, *Op. cit.*, p. 288.

17 A lide sociológica é o conflito primordial. Segundo ensina Bacellar, é da lide sociológica, enquanto relação conflituosa, e não apenas da lide processual apresentada nos autos, que deve o Judiciário se ocupar, o que as soluções adjudicadas dificilmente alcançam (BACELLAR, 2012, p. 87-90).

melhor resposta para todos os conflitos. Quando confrontado com a frustração de não ver cumprida alguma decisão que encontra inexequibilidade na vida real, tende a reagir, invocando seu poder de substituir a vontade das partes, num movimento tautológico, que gera litigiosidade e que acaba por reforçar a percepção, inclusive para o juiz, de que a solução está no Judiciário.

Soluções lineares em relações interpessoais *regurgitam*. Produzem *feedback* de compensação, o que significa que quanto mais se imprime esforço para resolver um problema, maior parece ser o esforço necessário (SENGE, 2017, p. 118). Nessas situações, que podem ser associadas à ideia de transações (da teoria da análise transacional antes mencionada), “o vencido dificilmente é convencido pela sentença e o ressentimento, decorrente do julgamento, fomenta novas lides, em um círculo vicioso” (FERRAZ, 2006).

A litigiosidade, enquanto fenômeno, está fortemente relacionada à tentativa de dar soluções lineares a problemas complexos e sujeitos a dinâmicas recursivas. Meadows refere-se aos *feedback loops*, ao tratar dessa circularidade ou retroalimentação dentro dos sistemas, explicando que toda a informação emitida por um elemento do sistema acaba sendo recebida pelo próprio emissor (MEADOWS, 2008). Vasconcellos adverte que a causalidade circular, quando recursiva, é ainda mais intensa do que a mera retroalimentação, podendo ser representada por um redemoinho (VASCONCELLOS, 2018, p. 116). Não por outra razão, utiliza-se, nos estudos sobre mediação, a expressão espiral do conflito, para trazer a ideia de que o conflito não apenas se mantém, como se intensifica a cada interação.

É provável que se originem novos sintomas daquele mesmo problema, num movimento em espiral. Em paralelo, daí poderá também nascer o descrédito nos mecanismos institucionais de solução pacífica de controvérsias e, com isso, o apelo à força, à manipulação ou à própria evasão, frente a novos conflitos.

Para o vencedor, por outro lado, nasce a expectativa de que o Judiciário é o caminho, por excelência, para a solução de qualquer conflito, o que, em alguma medida, o dispensa da busca de alternativas na própria autonomia e criatividade, para lidar com as frustrações do dia-a-dia. De última *ratio*, o Judiciário passa a ser a primeira alternativa diante das frustrações. A busca de danos morais frente a toda a sorte de insatisfações com o comportamento alheio aparenta ser uma manifestação desse fenômeno.

Em ambos os casos, parece haver um processo de vitimização: ou o sujeito se considera vítima daqueles com quem entra em conflito, buscando a salvação no Judiciário para tudo o que o incomoda, ou se considera vítima do Judiciário, quando sua pretensão não vem a ser atendida por uma sentença.

O posicionamento, em qualquer dos vértices do triângulo, acaba por ser reforçado.

Não por outra razão, uma das primeiras missões de um mediador de conflitos, ao ter em mira a real lide sociológica, é auxiliar os interessados a saírem de suas posições – o que, na esteira do que aqui se investiga, significa romperem com a dinâmica de um triângulo dramático – e identificarem os interesses subjacentes ao que está sendo apresentado, aquilo que realmente pretendem ou precisam ver assegurado.¹⁸

Relações interpessoais, como já afirmado, não se desenvolvem em condições normais de temperatura e pressão (as conhecidas CNTP da física clássica). Sofrem o influxo de muitos fatores, que podem atuar no presente ou serem originados do passado. Interconectam-se, sujeitam-se à incerteza, ao contexto, à instabilidade e, inclusive, à influência daquele que as observa. São como organismos vivos, o que significa que problemas nascidos dessas relações não devem ser abordados de forma fragmentada. Daí a necessidade de tratá-los de forma sistêmica, o que significa dar atenção às suas interconexões, buscar compreender a dinâmica que está nas suas estruturas, os valores que os mobilizam, o propósito.¹⁹ Conflitos tendem a nascer da tentativa de solucionar problemas multicausais e multifacetados de forma linear e cartesiana. Tratá-los com a mesma abordagem, atuando de forma superficial, sobre seus sinais mais visíveis, poderá torná-los ainda mais complexos (FERRAZ *In*: LUNARDI; CLEMENTINO, 2021, p. 413-437).

No entanto, é bastante comum a tentativa de tratar um problema complexo, como pode se tornar um conflito, atuando sobre sinais exteriores, seus sintomas

18 A distinção entre interesse e posição é importante, inclusive para a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos. Quando uma negociação se estabelece a partir das posições, os negociadores se tratam como oponentes; se um ganha, o outro perde. Já na negociação baseada em princípios, o foco está nos interesses subjacentes dos envolvidos, havendo espaço para que possam ser tratadas as dificuldades relacionais que estão produzindo o problema. São os interesses que definem o problema. O Conflito é “entre necessidades, desejos, preocupações e medos de cada lado” (FISHER; URY; PATTUN, 2018, p. 66)

19 MEADOWS, *Op. cit.*

mais apreensíveis (FERRAZ, 2022, p. 192). Trata-se do funcionamento de um dos principais arquétipos dos sistemas: a transferência de responsabilidade.

Os arquétipos são como padrões de comportamento identificados nas estruturas dos mais variados sistemas. Segundo Senge,²⁰ há um número relativamente pequeno desses padrões, a sugerir que os problemas, ainda que sejam complexos, seguem determinadas histórias que se repetem.

Questões de maior complexidade têm causas subjacentes, muitas vezes ocultas em suas estruturas. Abordá-las de forma fragmentada, sobre o que está na superfície, além de ser insuficiente, acaba por produzir efeitos contrários aos esperados.

Esse movimento fica claro, quando se observa a transformação em jurídico de um problema que tem por origem, *v.g.*, em uma dificuldade econômica, como a de adimplir um contrato. O que a pessoa realmente necessita pode estar longe daquilo que ela pede ao juiz. E o processo tende a distanciar ainda mais a necessidade primordial daquilo que pode ser alcançado de forma objetiva. A judicialização, com a juridificação de um conflito, extraindo do contrato algo que possa ser questionado, muitas vezes, mascarará os reais motivadores do problema. E o tratamento que virá, com o acolhimento ou rejeição de uma tese jurídica, também atuará sobre a superfície. As causas daquela dificuldade possivelmente permanecerão ativas e produzindo outros sintomas, como a negativação em cadastros de inadimplentes, a impossibilidade de novamente contratar, entre outros. Além disso, transfere-se toda a expectativa para os sintomas do problema, como se o processo fosse um fim em si mesmo. Lança-se mão de todos os remédios processuais para tratar aquele sintoma, que pode ser uma cláusula contratual ou a negativação em um cadastro, que, se resolvidos, não terão alcançado a raiz do problema, que não é jurídico, mas econômico.

Nos conflitos envolvendo relações familiares esse arquétipo é ainda mais evidente. A dificuldade de comunicação entre ex-cônjuges, problema central, que decorre de fatores que estão nas estruturas de uma relação conjugal que chegou ao fim, produz inúmeros sintomas, desde questões mais graves, como a administração da decisão sobre guarda do filho comum ou o debate sobre valor da pensão, até questões aparentemente simples, como a ausência de consenso quanto à escola onde matricular o filho ou o médico que deverá ser consultado.

20 SENGE, *Op. cit.*, p. 162.

A atuação direta do juiz sobre esses sintomas, sem atenção à raiz dos sintomas, que está na dificuldade de comunicação e no que a vem gerando, acabará por ampliar o problema de base e, além disso, transferirá todas as atenções para a sintomatologia. Bacellar utiliza a metáfora do holofote, para explicar que na medida em que todos se ocupam do que está iluminado (a lide processual, com suas questões jurídicas, processuais ou materiais), deixa-se de trazer luz para outros aspectos relevantes (BACELLAR, 2012, p. 87-90). É como se o grande problema fosse o próprio sintoma. Decidir sobre isso atrairá litigiosidade, como num jogo psicológico, com a judicialização de frustrações futuras, com a recorribilidade intensa das decisões, com o reforço à dependência nas soluções adjudicadas e com a pressuposta renúncia à autonomia, pelos verdadeiros interessados, à construção de soluções e de responsabilização por suas escolhas. A decisão será do juiz e, se não for a que a pessoa espera, o responsável estará lá fora.

A atenção ao arquétipo da transferência de responsabilidade, portanto, pode auxiliar a compreender a dinâmica disfuncional, que não apenas gera e mantém ativos os conflitos, como também atrai judicialização e recorribilidade. É preciso que o Judiciário perceba que vem desempenhando um papel de reforço nessa dinâmica.

8. O JUDICIÁRIO ENTRANDO NO TRIÂNGULO

Ao conduzir um processo e tomar decisões de caráter substitutivo, não raro, o juiz aponta erros, critica e reprova comportamentos, faz ameaças, inflige punições, interdita e ordena condutas, utilizando-se, comumente, de linguagem violenta, que, em muito, se assemelha à linguagem colérica de um perseguidor. A comunicação no processo é especialmente violenta, carregada de expressões que ressoam poder (v.g. “determino que...”; “sob pena de...”; “requisite-se...”) ou censura.

Não é incomum, também, que um juiz se perceba e seja percebido como um salvador (e, em um estágio mais avançado, identifique-se ou seja identificado com a figura do juiz Hércules, para utilizar a alegoria de François Ost (1993), que, com o poder de levar o mundo nas costas), assume para si a solução de todos os conflitos, presumindo-se capaz de fazê-lo, em lugar de todos os que, de alguma forma poderiam contribuir para a solução.

O movimento pode ser percebido, também, na atuação do Ministério Público, ao movimentar a tutela coletiva de direitos, sob o pressuposto da omissão ou erro

dos agentes públicos ou organizações públicas e privadas, para indicar políticas públicas a serem necessariamente implementadas e como devem sê-lo, substituindo-se, na escolha de caminhos, aos verdadeiros responsáveis e requerendo que o juiz acolha sua iniciativa, ordenando que se implementem as medidas propostas. Nesse movimento, não é rara dinâmica em que figura o Ministério Público como salvador e o juiz como sua *longa manus*. A menos que o juiz se negue a deferir os pedidos, caso em que, convola-se, aos olhos do salvador, em um perseguidor e passa a ser apresentado como tal, inclusive nas razões de um recurso. Cada qual, porém, no fundo, se percebe como vítima da incompreensão do outro, o que gera frustração, num movimento tautológico e nada saudável.

Um certo distanciamento dessas imagens, convida a avaliar outros cenários e a investigar se essas atitudes não se manifestam, em certa medida, nas relações institucionais, em que parlamentares ou membros do Poder Executivo, ao invés de construírem soluções no plano da política, buscam a atuação do Judiciário, diante de todo e qualquer conflito, à espera de soluções essencialmente dicotômicas, protegidos de terem que assumir o protagonismo e as consequências da tomada de decisões difíceis, em cenários complexos.

Em alguma medida, a dinâmica vítima-perseguidor-salvador se manifesta ou se intensifica com a busca insistente pelo Judiciário, diante de quaisquer conflitos e com a aceitação do papel de salvador pelos juízes, que entregam, com cada vez mais frequência, soluções substitutivas para os pedidos de intervenção.

Ao assumir a responsabilidade de definir como se devem estabelecer relações interpessoais ou interinstitucionais – das mais simples às mais complexas -, convertendo-se na solução primeira para os problemas, o Judiciário neutraliza, em alguma medida, a autonomia e o possível protagonismo dos reais interessados e responsáveis, que, por sua vez, renunciam ao direito de construção de possíveis caminhos, protegendo-se das consequências de suas escolhas, num movimento recursivo e que se retroalimenta, que pode ser visualizado como uma espiral.

Com o tempo, os próprios magistrados passam a vivenciar o risco de cair nessa dinâmica infantil, acreditando que, ao interpretar e aplicar o Direito, trarão as melhores soluções para os conflitos. Assumem, cada vez mais, as escolhas e, com elas, as consequências. Passam a crer que são os grandes responsáveis por um mundo melhor e que nessa atuação substitutiva reside sua necessidade, importância

e missão, o que produz outras tendências que caracterizam a atuação do salvador, em especial a baixa tolerância a erros e a necessidade do uso cada vez maior de instrumentos de controle do comportamento, o que, a depender da resistência, os faz oscilar entre o vértice do salvador e o do perseguidor.

O desempenho desses papéis empurra ou mantém, nos demais vértices do triângulo, a vítima e aqueles que o salvador considera serem os responsáveis pelo problema (vilões). A sensação de injustiça, experimentada pela parte no processo judicial, pode estar tanto na origem da busca pelo Judiciário para a solução de problemas, como no próprio resultado de uma decisão judicial contrária aos seus interesses, quando, ao final, resulta vencida. De uma forma ou de outra, para uma ou outra parte, o Judiciário, atuando de forma substitutiva, tende a reforçar o sentimento de que *o problema está lá fora*, ou seja, de que há alguém a quem atribuir a responsabilidade pelo revés nas expectativas criadas.

Nesse movimento, o juiz, inicialmente percebido como possível salvador, convola-se em perseguidor aos olhos do vencido, que, no papel de vítima, vivencia a mesma dinâmica disfuncional. Aos próprios olhos, o juiz também se percebe como vítima, seja da incompreensão quanto às decisões que adotou, seja da falta de reconhecimento da sociedade ou do próprio Poder Judiciário à sua dedicação.

É uma dinâmica em que todos renunciam a relações saudáveis.

Ela vem reforçada, externamente, pelos impactos, sobre a atividade dos juízes, da atual política eficientista, que produz seu próprio efeito tautológico.

9. O MOVIMENTO EFICIENTISTA NO JUDICIÁRIO E SEU EFEITO TAUTOLÓGICO SOBRE A LITIGIOSIDADE

É necessário que, a cada ano, sejam julgados mais processos do que o número de distribuídos; que seja reduzida a taxa de congestionamento; que sejam decididos com prioridade os processos mais antigos – invariavelmente aqueles cuja complexidade não permitiu que fossem prontamente decididos e que talvez sejam os menos tratáveis por soluções adjudicadas.²¹

21 As metas do Poder Judiciário são anualmente estabelecidas em encontros nacionais de representantes dos tribunais. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/metas/>. Acesso em: 4 mar. 2023.

A cada ano, à custa de investimentos em gestão de pessoas, gestão de processos e tecnologia, tem aumentado o volume de decisões judiciais.²² Consegue-se julgar mais processos do que a capacidade de compreensão individual dos conflitos é capaz de apreender. Sessões de julgamento nos tribunais, com duração de uma tarde, sacramentam julgamentos de centenas e, por vezes, milhares de processos. Cada magistrado, por ano, soluciona uma média de 1.558 processos, o que significa ter presumidamente resolvido, diariamente, 6,3 processos.²³

A solução heterocompositiva tem supremacia no ambiente do Judiciário. Contribuindo nesse movimento, conforme aponta Bacellar, os tribunais adotaram, historicamente, o critério da produtividade, para fins de aferição do merecimento dos juízes, representado na quantidade de sentenças de mérito (BACELLAR, 2016, p. 70).

Há uma forte crença por trás disso: É preciso ser célere, ainda que não haja clareza ou consenso quanto ao real propósito da celeridade, que, sem dúvida, não é um fim em si.

O valor celeridade, que materializa a política efficientista do Poder Judiciário, parece ser aquele mais reconhecido como válido. De sua expectativa partiu, ao longo da história, a maior concentração de críticas à atuação dos juízes, considerados lentos e com baixa capacidade de produção. Não por outra razão, os princípios da eficiência e da celeridade ganharam *status* constitucional (Constituição, arts. 37 e 5º, LXXVIII) e as reformas processuais estiveram fortemente orientadas para o tempo do processo. Talvez isso explique o insistente foco na produtividade.

22 O relatório Justiça em Números, editado pelo CNJ, traz dados sobre o índice de produtividade por magistrados, volume de decisões e variação da taxa de congestionamento. A produtividade dos juízes sempre foi ascendente. A curva teve decréscimo apenas no ano de 2020, possivelmente em razão da pandemia, considerando que nem todos os tribunais estavam preparados para transferir totalmente sua atuação para o meio eletrônico. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 4 mar. 2023.

23 Segundo o Relatório Justiça em Números, editado pelo CNJ, no ano de 2021, houve “elevação da produtividade média dos(as) magistrados(as) em 11,6%, com média de 1.588 processos baixados por magistrado(a). Considerando apenas os dias úteis do ano de 2021 e sem considerar a existência de períodos de recessos (mas considerando férias), o valor implica a solução de aproximadamente 6,3 processos ao dia. O Índice de Produtividade dos(as) Servidores(as) da Área Judiciária cresceu 13,3%, o que significa uma média de 16 casos a mais baixados por servidor(a) em relação a 2020. O aumento da produtividade ocorreu de forma coordenada, pois foi verificada em ambos os graus de jurisdição” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 4 mar. 2023, p. 308).

No entanto, como já se afirmou, a porta de entrada do Judiciário registra, a cada ano, um volume maior de casos novos, com expectativa de soluções adjudicadas, a sinalizar para alguma séria disfunção no sistema em execução.

Quanto mais se substitui as partes na sua capacidade de resolver conflitos, mais a comunidade jurisdicionada parece entregar aos juízes as decisões sobre suas vidas, abdicando da autonomia de construir soluções. Há tautologia nesse fenômeno e, por sua reação, o Judiciário reforça essa dependência.

Soluções substitutivas e adjudicadas tendem a contribuir para ampliar a espiral do conflito, porque dificilmente alcançam seus reais motivadores. E mesmo sentenças homologatórias, provenientes de acordos obtidos de afogadilho, pouco produzem em termos de pacificação social. Trata-se, como visto, do fenômeno da recursividade.

Em reação direta à quantidade de casos novos, o Judiciário vem encontrando mecanismos para produzir cada vez mais decisões. Esse sinal é recebido pelo requerente de seus serviços que, convencendo-se de que é mais rápido e simples entregar a solução ao Judiciário do que construir uma solução negociada, sente-se estimulado a buscar o mesmo caminho, a cada novo conflito, o que gera a necessidade de esforço cada vez maior na resposta pelo Judiciário. Da mesma forma como ocorre na espiral do conflito, o movimento tende a se expandir e, em algum momento, parece já não importar mais (nem é possível enxergar e tratar) o que deu origem aos 77,6 milhões de processos que tramitaram no Judiciário no ano de 2021.

CONCLUSÃO

A cultura adversarial é o caldo em que forjados os profissionais do direito. Em um processo de abstração da realidade, devota-se fé à ideia de que conflitos complexos serão resolvidos, após um processo estruturado, pelo mero efeito de uma decisão que reconheça a existência de um direito ou que determine alguma providência.

Buscando referências na teoria do conflito, na psicologia e no pensamento sistêmico, este trabalho dedicou-se a questionar esse dogma e a investigar algumas dinâmicas que estão relacionadas ao fenômeno crescente da judicialização dos conflitos.

Ao finalizar o estudo, impõe-se responder positivamente à primeira hipótese formulada, de que a judicialização de conflitos estaria relacionada a uma crescente transferência de responsabilidade nas relações interpessoais, que poderia encontrar nascedouro ou reforço nos jogos psicológicos descritos pela teoria da análise transacional, em especial no triângulo dramático.

Verificou-se que os conflitos, ao serem tratados pelas próprias partes ou pelo Judiciário de maneira linear e sem atenção à complexidade das relações que a eles dão origem, tendem a se amplificar, em um movimento recursivo ou tautológico, o que vem confirmar a segunda hipótese formulada, de que o Judiciário, pela forma reativa com que atua diante da litigiosidade, vem contribuindo para o aumento da litigiosidade.

Ao se deparar com uma pretensão resistida e antes de qualquer tentativa de equacionar diretamente o conflito, fazendo uso das próprias capacidades autocompositivas, tem sido comum que aquele que se sente vítima da resistência ou da incompreensão de um terceiro, frente aos seus interesses, escolha chamar diretamente o Judiciário, na busca de uma solução substitutiva.

Ao ser atendido, o requerente se sente protegido e vinculado a essa proteção. Quando não atendido, sente-se castigado e inconformado, num movimento que alimenta o problema inicial e que tende a gerar uma dependência cada vez maior em soluções substitutivas à eventual busca de consenso, o que se manifesta em recursos e novos processos, ou no apelo à violência, em suas diversas formas de expressão, ou, ainda, em renúncia ao direito, na tentativa de se proteger de um conflito, uma escolha que tende a se convolar no nascedouro de outros problemas. Vencendo ou perdendo a querela judicial, a parte atribuirá ao juiz a responsabilidade pelas consequências – nem sempre antevistas – que decorrerão da decisão. Haverá um culpado a apontar: *o problema continuará lá fora*.

Esse mecanismo, que revela certa dose de imaturidade, acaba sendo reforçado, em um processo de causalidade recursiva, pela forma como o Judiciário tende a responder à demanda de processos sob sua jurisdição.

Deparando-se com um conflito que as partes não puderam ou não souberam resolver, um juiz decide quem tem o melhor direito e a esse adjudica o bem da vida, nos limites do que foi postulado. Ao arbitrar toda a sorte de conflitos, e ao ter que fazer uso da força, por vezes, para tornar efetivas suas decisões, um juiz acostuma-se

a agir como um pai julgador da conduta daqueles sob sua responsabilidade. Ele não apenas assegura direitos, como também censura, exorta, ameaça, castiga, interdita, restringe direitos.

Nesse caminho, tende a desenvolver a convicção de que, por dever de ofício, sabe o que é certo e é errado; qual a melhor forma de resolver um problema. Confrontado com o volume crescente de trabalho, com as metas de produtividade, com eventuais reformas de suas decisões e com a inconformidade dos vencidos, afirmada nos recursos interpostos, este mesmo juiz se refugia num certo isolamento e sente-se, também ele, vítima da incompreensão e da desvalorização de seus esforços.

Toda essa dinâmica disfuncional vem contribuindo para os índices de judicialização de conflitos e de recorribilidade nos processos. Ela é, também em si, um problema complexo, a reclamar intervenções em perspectiva sistêmica.

De se questionar, porém, em que medida a reatividade à judicialização e à recorribilidade, que vem caracterizando o comportamento do Judiciário, está contribuindo para a redução dos conflitos na sociedade. É tempo de se perguntar se a execução de metas de produtividade cada vez mais desafiadoras, a adoção de soluções adjudicadas como mecanismo primordial de resposta às demandas, a automatização exponencial de procedimentos, o uso de jurisprudência defensiva, entre outras medidas, estão servindo como instrumentos de harmonização das relações sociais, missão maior do Judiciário, ou se, na interação com tantos outros fatores, estão favorecendo a retroalimentação da litigiosidade.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto P. Nas soluções autocompositivas o juiz não está limitado nem deve ficar adstrito ao pedido e à contestação (lide processual). **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, v. VII, n. 6, p. 87-90, nov. 2012.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**: São Paulo: Saraiva, 2016.

BERGER, Leoni. **Estudo do emprego de técnicas da análise transacional e da programação neurolinguística na melhoria da comunicação pessoal e organizacional**. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – UFSC, Florianópolis. 1999. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/80569/139040.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BERNE, Eric. **Games People Play**: The psychology of human relationships. New York: Grove Press, 1964.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números ano-base 2021**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 4 mar. 2023.

EDWARDS, Gill. **El Triângulo Dramático de Karpman**: Como transcender los roles de Perseguidor, Salvador o Víctima. Tradução José Real. Madrid: Gaia Ediciones, 2011. Ebook.

FERRAZ, Taís Schilling. **A conciliação e sua efetividade na solução dos conflitos**. **Jornal O Sul**, Porto Alegre, 27 ago. 2006. Caderno Colunistas, p. 3. Disponível em: <https://www.academia.edu/56914798>. Acesso em: 4 mar. 2023.

FERRAZ, Taís Schilling. Problemas complexos são organismos vivos: A adoção da perspectiva sistêmica na atuação dos Centros de Inteligência. *In*: LUNARDI, Fabrício C.; CLEMENTINO, Marco B. M. **Inovação Judicial**: Fundamentos e Práticas para uma jurisdição de alto impacto. Brasília: ENFAM, 2021. p. 413-437.

FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil: A insuficiência dos mecanismos de controle e repressão**. Londrina: Thoth, 2022.

FISHER, Roger; URY, William; PATTUN Bruce. **Como chegar ao SIM**. Tradução Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. p. 66. Ebook.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, n. 25, p. 71-76, abr. 2008.

KARPMAN, Stephen B. Fairy Tales and Script Drama Analysis. **Transactional Analysis Bulletin**, v. 7, n. 26, p. 39-43, 1968. Disponível em: <https://karpmandramatriangle.com/pdf/DramaTriangle.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2023.

MEADOWS, Donella. **Thinking in Systems**: A Primer. Vermont: Chelsea Green Publishing, 2008. Ebook.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria A. S. Dória. 8va edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. **Doxa – Cuadernos de Filosofia Del Derecho**, Universidade do Alicante, n. 14, 1993.

SENGE, Peter M. **A Quinta Disciplina**: A arte e a prática da organização que aprende. 34ta edição. Tradução Op Traduções; Gabriel Zide Neto. Rio de Janeiro, BestSeller, 2017.

VASCONCELLOS, Maria José E. de. **Pensamento Sistêmico**: O novo paradigma da ciência. 11ra edição. Campinas: Papyrus, 2018.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *In*: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRATA, Valéria Ferioli. **Conciliação e Mediação**: Ensino em construção. São Paulo: IPAM-ENFAM, 2016. p. 51-58.

REPENSANDO O CONTROLE JURISDICIONAL DA POLÍTICA PÚBLICA PREVIDENCIÁRIA: COMO NÃO INCENTIVAR O LITÍGIO?

RETHINKING JUDICIAL REVIEW OF SOCIAL SECURITY POLICY: HOW NOT TO ENCOURAGE LITIGATION?

Thiago Mesquita Teles de Carvalho

Mestrando no Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)
Juiz Federal

RESUMO: Este artigo explora a relação entre o modelo de controle jurisdicional da política pública previdenciária e a judicialização dos benefícios previdenciários. Inicialmente, propõe instrumentos de mensuração da judicialização em relação à ação administrativa, e do grau de desacordo dos entendimentos entre Judiciário e Administração. Na sequência, analisa se o modelo de controle jurisdicional incentiva a litigiosidade, a partir de teste realizado com os casos dos benefícios rurais e da aposentadoria especial. Por fim, propõe um ajuste nesse modelo, como forma de racionalizar a judicialização dos benefícios.

Palavras-chave: Controle judicial. Política pública. Previdência Social. Litigiosidade. Incentivos.

ABSTRACT: *This paper explores the relationship between the model of judicial review of social security policy and the judicialization of social security benefits. Initially, instruments to measure the rate of judicialization in relation to administrative action and the degree of disagreement between the understandings of judges and Administration are proposed. Subsequently, the paper analyzes whether the model of judicial review encourages litigation, based on a test carried out with the cases*

of rural benefits and special retirement. Finally, it proposes an adjustment to this model, as a way of rationalizing the judicialization of benefits.

Keywords: *Judicial review. Public policy. Social Security. Litigiosity. Incentives.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A busca pelo Poder Judiciário para resolver questões relacionadas, direta ou indiretamente, a benefícios e serviços do Regime Geral de Previdência Social traduz a chamada judicialização da previdência social.

Dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no painel interativo Justiça em Números Digital¹, revelam que a Justiça Federal de 1ª instância (juizados especiais federais – JEF e varas federais) recebeu 2.046.074 processos novos em matéria previdenciária somente no ano de 2020. Considerando que, em 2014 – quando os dados passaram a ser compilados –, esse número foi de 1.299.632, houve um crescimento de 63,51% da judicialização no período.

Por sua vez, a representatividade das demandas previdenciárias em relação ao total de causas novas passou de 52,34% para 65,10% no âmbito dos JEF, de 2014 a 2020. Nas varas federais, esse percentual foi de 13,48% para 19%.

Houve, portanto, um crescimento tanto dos números absolutos da judicialização da previdência social, quanto da representatividade dessa espécie de demanda em relação ao total das novas causas recebidas anualmente pela Justiça Federal de 1ª instância.

Por outro lado, esses dados não permitem aferir se houve um crescimento da judicialização em relação à magnitude da ação administrativa do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia responsável pela execução da política pública previdenciária.

A judicialização de uma política pública ocorre, de regra, quando o interessado vê negado um direito que julga possuir. Por conseguinte, quando há a ampliação da ação administrativa relacionada à determinada política pública, é natural que a quantidade de demandas impugnando-a também aumente, mas isso não significa necessariamente que houve majoração relativa da litigiosidade.

1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portal CNJ, 2021. Justiça em Números. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Consultado em: 17 de dezembro de 2021.

A correlação entre judicialização e ação administrativa pode ser verificada sempre que a propositura da ação judicial tiver por pressuposto uma decisão administrativa específica relativa ao interessado. Este é o caso das demandas que postulam a concessão de benefícios previdenciários. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal², “a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS”. Esse entendimento, contudo, não será aplicado em determinadas situações, como no caso de mora administrativa em decidir o requerimento, ou quando o entendimento do INSS for “notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado³”. A desaposentação⁴ constitui exemplo deste último caso. As demandas pretendiam que o Poder Judiciário reconhecesse o direito à desaposentação a partir de interpretação da Constituição, corrigindo uma falha na política pública previdenciária⁵. Como o INSS não reconhecia esse direito, os interessados podiam formular a pretensão diretamente em juízo, independentemente de qualquer postulação administrativa prévia.

A partir dessas considerações, objetivando correlacionar a judicialização com a magnitude da ação administrativa, este trabalho filtrou, no universo das demandas previdenciárias, aquelas em que presumidamente houve uma manifestação prévia do INSS em relação à postulação do interessado. Em seguida, fazendo uma aproximação com as taxas de recorribilidade e de reversibilidade propostas por Gico Jr e Arake (2019), este artigo propõe métricas de judicialização relativa de benefícios previdenciários e de sucesso da judicialização.

Gico Jr e Arake⁶, partindo da premissa da teoria juseconômica de que a escolha de litigar decorre de uma decisão racional em que são ponderados os custos e

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 631.240 (Tema 350)**. Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-221 DIVULG 27-09-2017 PUBLIC 28-09-2017.

3 *Ibidem*.

4 Os segurados que, após se aposentarem, continuavam contribuindo para a previdência social, postulavam o direito de renunciar à aposentadoria com o objetivo de, somando as contribuições a ela supervenientes, obter nova aposentadoria com rendimento mensal superior à original. Em suma, nisso consistia a chamada desaposentação.

5 Após milhares de processos ajuizados, o STF reconheceu que a Constituição não prevê o direito à desaposentação (v. RE 661256, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-221 DIVULG 27-09-2017 PUBLIC 28-09-2017).

6 *Ibidem*, p. 6 s.

benefícios esperados com o processo, sustentam a necessidade de mensurar as taxas de recorribilidade e de reversibilidade das sentenças judiciais, e utilizá-las como instrumentos de gestão judicial. A taxa de recorribilidade é calculada a partir da razão entre a quantidade de recursos pela quantidade de decisões recorríveis, ao passo que a taxa de reversibilidade, do número de recursos pelo número de reformas das decisões recorridas. Os resultados revelados por essas taxas constituiriam subsídio para que os atores do processo possam fazer sua escolha, por exemplo, sobre seguir a jurisprudência do tribunal (juízes), ou sobre interpor uma apelação (partes), incentivando um ciclo virtuoso de racionalização da litigiosidade⁷.

Nessa linha, também as taxas propostas neste trabalho poderão trazer informações úteis para racionalizar a tomada de decisão dos atores envolvidos na judicialização da previdência social, fornecendo incentivos para reorganização de comportamentos que se encontram na base causal do fenômeno.

A propósito, pesquisa elaborada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER, 2020), fez uma incursão aprofundada nas causas do fenômeno da litigiosidade previdenciária, analisando os incentivos associados à judicialização dos benefícios. As principais causas da judicialização foram categorizadas em quatro macroproblemas⁸: (i) dificuldade de acesso à instância administrativa para requerer benefícios, (ii) subaproveitamento da via administrativa pelo INSS, (iii) subaproveitamento das informações apuradas no processo administrativo em sede judicial, (iv) pouca permeabilidade do INSS a entendimentos jurisprudenciais consolidados.

Apontou a pesquisa que:

A excessiva judicialização pode ser entendida a partir de um duplo movimento. De um lado, as insuficiências da análise administrativa e, de outro, a expansão da atuação do Judiciário. Esse processo é marcado pelo ruído na comunicação entre as duas instituições, seja pela não interiorização da autarquia dos precedentes jurisprudenciais, seja, por vezes, pela desconsideração dos desenvolvimentos do processo administrativo na análise judicial (INSPER, 2020, p.134)

7 *Ibidem*, p. 14.

8 *Ibidem*, p. 134.

A partir de um recorte das causas apontadas, este artigo explora, por fim, como o modelo de controle jurisdicional da política pública previdenciária adotado pelo Poder Judiciário constitui um fator de incentivo à litigiosidade dos benefícios previdenciários.

Secchi, Coelho e Pires (2019, p. 26-27) afirmam que uma política pública possui dois elementos fundamentais: “intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante”.

Esses elementos são abordados a partir de um processo conhecido como ciclo de políticas públicas, constituído, segundo o modelo dos autores, pelas fases de identificação do problema, formação da agenda, formulação das alternativas, tomada de decisão, implementação e avaliação⁹.

Contudo, o modelo que procura apreender o processo formativo da política pública, como simplificação da realidade que é, termina por negligenciar diversos aspectos desta, como o impacto causado pela judicialização da política. Partindo do de Secchi, Coelho e Pires, os autores Barreiro e Furtado (2015, p. 304) propõem um modelo integrando a judicialização ao ciclo de políticas públicas.

O presente trabalho procura, por fim, fazer uma aproximação desses modelos com a realidade da judicialização dos benefícios previdenciários, propondo mudanças para racionalizar a judicialização dos benefícios, a partir da perspectiva dos incentivos à judicialização.

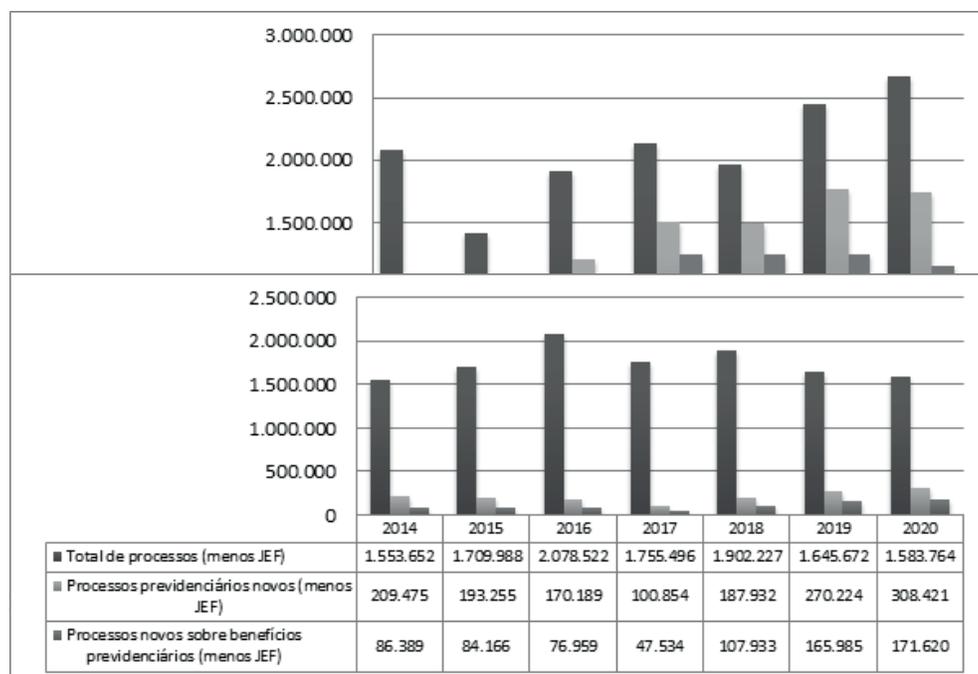
1. A JUDICIALIZAÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS EM NÚMEROS

Este artigo pretende abordar a judicialização de benefícios previdenciários, parcela quantitativamente mais significativa da litigiosidade envolvendo a previdência social.

Os gráficos abaixo, elaborados a partir de dados coletados no painel interativo Justiça em Números Digital, expõem, em relação aos JEF e às varas federais, a proporção entre processos novos, processos novos previdenciários e processos novos sobre benefícios previdenciários. Nesta última categoria, foram considerados

9 *Ibidem*, p. 96 s.

apenas os processos cujo assunto foi classificado como “Benefícios em Espécie” e, adicionalmente, como “Auxílio-Doença Previdenciário”, “Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)”, “Aposentadoria por Invalidez”, “Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)”, “Salário-Maternidade (Art. 71/73)”, “Pensão por Morte (Art. 74/9)”, “Auxílio-Acidente (Art. 86)”, “Aposentadoria Especial (Art. 57/8)”, “Aposentadoria por Tempo de Serviço (Art. 52/4)”, “Auxílio-Reclusão (Art. 80)”, “Auxílio-Doença Acidentário” e “Aposentadoria por Invalidez Acidentária”. Não foram computados os processos com os seguintes assuntos: “Abono de Permanência em Serviço (Art. 87)”, “Ferroviário”, “Ex-combatentes”, “Renda Mensal Vitalícia”, “Seguro-defeso ao pescador artesanal profissional”, “Pecúlios (Art. 81/5)”, “Salário-Família (Art. 65/70)”.



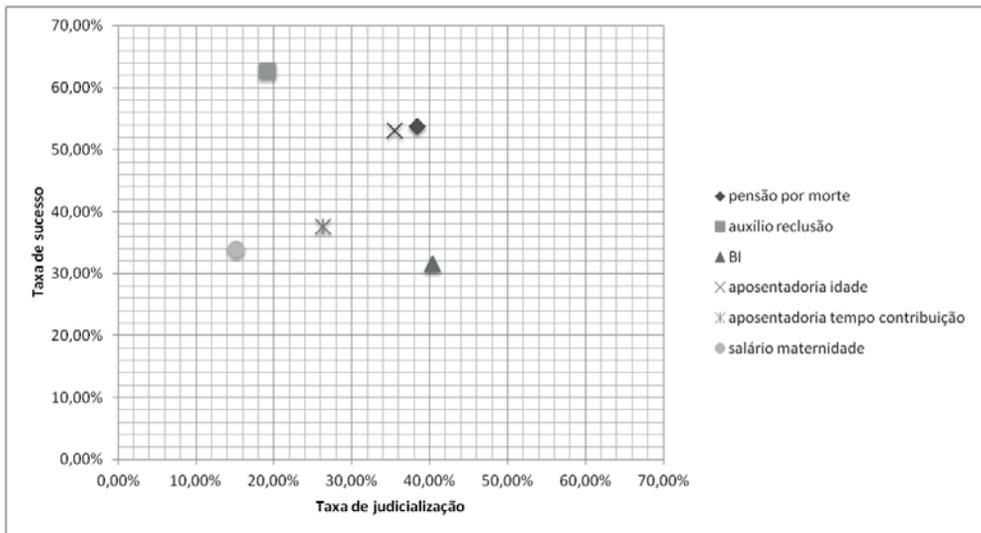
Dados relativos às varas federais. Gráfico elaborado pelo autor com dados do painel Justiça em Números Digital.

O recorte dos dados às demandas sobre benefícios previdenciários em espécie se deve à necessidade de isolar, na maior medida possível, apenas os processos judiciais antecedidos de uma decisão específica do INSS relativa ao litigante, de modo a buscar uma correlação entre a magnitude da ação administrativa e a judicialização, a ser retratada por métricas de judicialização relativa e de sucesso da judicialização.

A razão do número de processos judiciais pelo número de indeferimentos de benefícios pelo INSS revela a taxa de judicialização relativa ($T_{jud} = \text{Qtd. processos} / \text{Qtd. Indeferimentos administrativos}$).

Por sua vez, a taxa de sucesso da judicialização é obtida a partir da razão entre o número de benefícios concedidos judicialmente e o número de processos ajuizados ($T_{sucesso} = \text{Qtd. concessões judiciais} / \text{Qtd. processos}$).

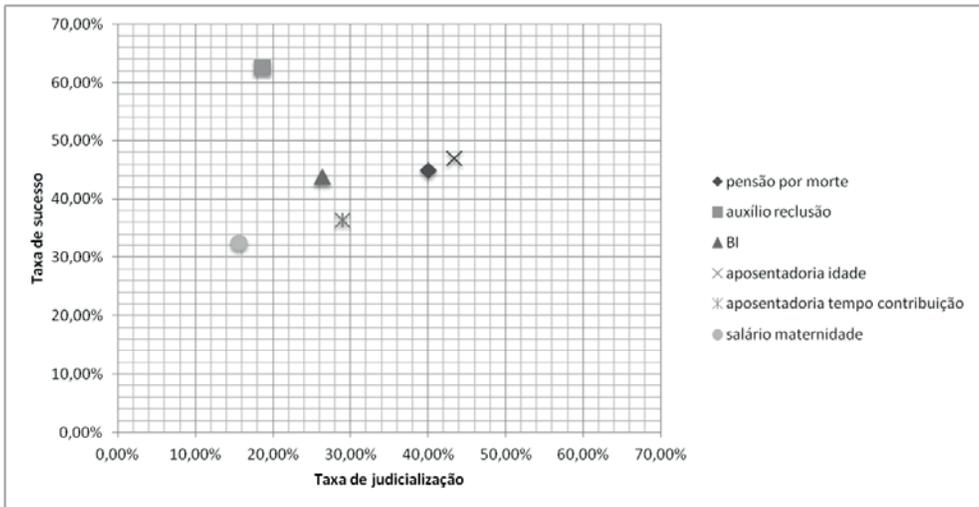
Os gráficos abaixo explicitam as taxas de judicialização e de sucesso nos anos de 2019 e 2020, discriminando por espécie de benefício. No grupo BI¹⁰ foram reunidos os benefícios por incapacidade (auxílio-doença previdenciário e acidentário, aposentadoria por invalidez previdenciária e acidentária¹¹, auxílio-acidente).



Ano: 2019. Gráfico elaborado pelo autor com dados obtidos no painel Justiça em Números Digital do CNJ, nos Boletins Estatísticos da Previdência Social e fornecidos pela GEXSOB/INSS.

10 Optou-se por reunir os benefícios por incapacidade em um único grupo, diante da fungibilidade existente entre eles, tanto na esfera administrativa, quanto judicial.

11 Auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, a partir da publicação da Emenda Constitucional 103/2019, passaram a ser nomeados, respectivamente, por auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente.



Ano: 2020. Gráfico elaborado pelo autor com dados obtidos no painel Justiça em Números Digital do CNJ, nos Boletins Estatísticos da Previdência Social e fornecidos pela GEXSOB/INSS.

Em relação aos benefícios por incapacidade, de 2019 para 2020, a taxa de judicialização cai, e a de sucesso, sobe. Para os demais benefícios, há menores variações, sugerindo uma tendência de estabilidade. Uma hipótese para explicar o movimento quanto aos benefícios por incapacidade está relacionada à pandemia do Covid-19. As restrições materiais à realização de perícias médicas, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, associado a mudanças na implementação da política previdenciária relativa a essa espécie de benefícios¹² podem ter sido as causas na redução da judicialização dos benefícios por incapacidade¹³.

As taxas de judicialização e de sucesso da aposentadoria especial não foram incluídas, a fim de evitar distorções no gráfico. Isso porque se identificou, para essa espécie de benefício, uma taxa de judicialização de 376,84% e 522,66%, nos anos de 2019 e 2020, respectivamente. Houve mais processos judiciais que indeferimentos administrativos, o que pode ser explicado pela busca direta da via judicial, sem

12 Em razão das restrições decorrentes da pandemia, a Lei 13.982/2020 autorizou a concessão de auxílio-doença sem a realização de perícia médica.

13 Conforme dados do painel Justiça em Números Digital, em 2019, foram 890.081 processos novos sobre benefícios por incapacidade, e 517.791 sobre os demais benefícios; em 2020, foram 639.390 novos processos sobre benefícios por incapacidade, ao passo que, sobre os demais, 691.997.

a formulação de um prévio requerimento específico ao INSS¹⁴, bem como pela judicialização da aposentadoria especial amparada em indeferimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição. Por sua vez, as taxas de sucesso da judicialização da aposentadoria especial foram mensuradas em 34,59% e 33,69, nível próximo do da aposentadoria por tempo de contribuição.

Ressalvados os benefícios por incapacidade, já referidos em comentário anterior, é possível constatar certa estabilidade nos níveis de sucesso da judicialização dos benefícios entre 2019 e 2020. Portanto, infere-se que houve, no período, manutenção do grau de desacordo entre INSS e Poder Judiciário. De outra perspectiva, pode-se dizer que a judicialização não promoveu, ao longo do tempo, uniformização significativa da aplicação da legislação entre as esferas administrativa e judicial, ou minimização dos erros administrativos. Diante disso, mantidas as demais variáveis (*e.g.*, regulamentação dos benefícios e custos do processo), não há expectativa de redução da judicialização, já que a probabilidade de sucesso da demanda constitui fator de incentivo ao litígio.

Ressalta-se, neste momento, que a judicialização dos benefícios previdenciários é fenômeno complexo, sujeito a influxos que podem variar a depender da espécie de benefício. Um aprofundamento nos dados pode corroborar essa afirmação.

Faz-se uma última incursão quantitativa, dessa vez para comparar os níveis de concessão judicial e administrativa dos benefícios previdenciários, distinguindo-se também entre as clientelas rural e urbana. A clientela rural é constituída pelos segurados rurais – notadamente, pelos segurados especiais, mas também pelos segurados empregado rural, avulso rural, contribuinte individual rural –, ao passo que a urbana, pelos demais.

Os quadros abaixo apresentam o total de benefícios concedidos por espécie e por clientela, considerando as concessões do INSS e judiciais, e expõe o percentual, em relação a esse total e por clientela, de concessões decorrentes de decisões judiciais:

14 Hipótese autorizada pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 631.240 (Tema 350), para situações excepcionais, como quando o entendimento do INSS é notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

2019	Total	Urbana	Rural	Concedidos judicialmente (%)		
				Total	Urbana	Rural
Aposentadoria por idade	731.773	460.072	271.701	13,2%	3,8%	29,1%
Aposentadoria por tempo de contribuição	400.703	399.376	1.327	13,6%	13,5%	23,0%
Aposentadoria especial	21.029	21.013	16	84,4%	84,41%	100,00%
Apos. por tempo de contribuição de professor	15.206	15.206	0	3,8%	3,8%	
Benefícios por incapacidade	2.752.959	2.520.960	231.999	9,8%	8,9%	18,7%
Pensão por morte previdenciária	441.912	315.394	126.518	9,0%	7,2%	13,3%
Auxílio-reclusão	18.239	17.363	876	31,6%	32,0%	23,3%
Salário-maternidade	633.442	460.372	173.070	3,1%	0,9%	8,8%

Ano: 2019. Elaborado pelo autor com dados dos Boletins Estatísticos da Previdência Social.

2020	Total	Urbana	Rural	Concedidos judicialmente (%)		
				Total	Urbana	Rural
Aposentadoria por idade	625.644	346.073	279.571	18,8%	9,2%	30,7%
Aposentadoria por tempo de contribuição	293.889	292.988	901	25,3%	25,3%	31,1%
Aposentadoria especial	25.703	25.684	19	93,9%	93,92%	100,00%
Apos. por tempo de contribuição de professor	7.786	7.786	0	14,6%	14,6%	
Benefícios por incapacidade	2.486.679	2.343.737	142.942	11,3%	10,2%	28,1%
Pensão por morte previdenciária	398.399	281.223	117.176	9,5%	7,9%	13,3%
Auxílio-reclusão	9.561	9.086	475	61,6%	62,8%	38,1%
Salário-maternidade	550.315	382.186	168.129	4,3%	1,1%	11,6%

Ano: 2020. Elaborado pelo autor com dados dos Boletins Estatísticos da Previdência Social.

É possível inferir, a partir das informações sobre a representatividade das concessões judiciais em relação ao total, o grau de desacordo – seja decorrente de erro ou de divergência na aplicação das normas – entre INSS e Poder Judiciário quando da concessão de benefícios previdenciários.

Os casos dos benefícios para a clientela rural e da aposentadoria especial sobressaem-se, para fins de análise.

Quanto aos benefícios para a clientela rural, ressalvado o caso do auxílio-reclusão, constata-se que a representatividade das concessões judiciais é significativamente superior àquela identificada para os mesmos benefícios da clientela urbana¹⁵. Uma vez que a legislação não diferencia os requisitos dos benefícios com base na clientela, é possível concluir que questões especificamente relacionadas com o regime jurídico da clientela rural – desde a interpretação de normas versando sobre a caracterização dos segurados rurais, até questões operacionais, como a forma de provar o tempo de atividade rural – ensejam significativos desacordos entre INSS e Poder Judiciário.

Em relação à aposentadoria especial, aproximadamente, 9 de cada 10 benefícios concedidos decorreram de decisão judicial nos anos de 2019 e 2020, destoando

¹⁵ Não foi possível obter dados sobre o número de indeferimentos, ou de processos, por clientela, o que inviabilizou a mensuração das taxas de judicialização relativa e de sucesso com base nesse critério.

fortemente dos patamares vistos para as demais espécies de aposentadoria. Importa mencionar, também, que 99,9% das aposentadorias especiais foram concedidas à clientela urbana, pelo que é possível desprezar os fatores atinentes exclusivamente à judicialização dos benefícios da clientela rural. Portanto, é possível inferir que os desacordos repousam nas questões especificamente relacionadas à aposentadoria especial, como a definição das atividades e agentes nocivos capazes de ensejar o reconhecimento da atividade especial, e a forma de prová-la.

2. RACIONALIZAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Assumindo que um interessado somente ajuizará uma demanda quando tiver contra si uma decisão especificamente desfavorável emitida pelo INSS, ou quando quiser impugnar uma falha da política previdenciária que esteja impedindo a fruição de determinado benefício, é possível sustentar que a racionalização da judicialização da previdência perpassa pela redução dos erros do INSS na decisão de requerimentos administrativos, e minimização dos desacordos com o Poder Judiciário sobre o que constitui o conteúdo da política previdenciária, de modo a, mantidas as demais variáveis¹⁶, aproximar o valor esperado da demanda judicial tanto quanto possível ao valor esperado de uma análise administrativa adequada.

A tradição juseconômica afirma que a propositura de uma demanda decorre de uma decisão racional da parte, e ocorre quando a utilidade esperada com o processo supera os custos dele decorrentes (GICO JR, 2014, p. 181). Em outras palavras, um processo só será ajuizado se a probabilidade de obter a utilidade compensar os custos (custas legais, honorários de advogado e de perito, etc.¹⁷).

16 Reitera-se que os argumentos deste artigo partem da premissa de que as demais variáveis são mantidas. A argumentação desenvolvida considera a regulamentação (com seus defeitos e qualidades) posta, e procura abordar o problema dentro desse paradigma. Mudanças legislativas tornando menos complexo o regime dos benefícios ou ampliando o custo do litígio para as partes, por exemplo, teriam impacto na magnitude da judicialização, mas esses aspectos não são objeto deste trabalho.

17 Também deve-se considerar como custo com o processo o custo de oportunidade do litigante e do advogado. A investigação desse aspecto dos custos do processo se mostra relevante, notadamente para avaliar instrumentos para desincentivar litígios por meios não tradicionais, é dizer, por meios que não envolvam, por exemplo, a majoração de custas processuais ou a redução do público elegível à gratuidade judiciária. Esses custos, contudo, não são considerados neste artigo.

Na judicialização dos benefícios previdenciários, assume-se que os custos com o processo são desprezíveis. Sobre este ponto, além de ser difundido o reconhecimento indiscriminado da gratuidade judiciária, nos JEF, onde tramitam cerca de 80% dos processos previdenciários, as partes têm isenção de custas e de honorários sucumbenciais em primeira instância¹⁸. Ademais, é difundida a contratação do advogado com base no êxito, logo, somente haverá pagamento de honorários contratuais se houver sucesso na demanda.

Nesse contexto, é possível dizer que a utilidade esperada do processo é o valor do benefício previdenciário multiplicado pela probabilidade de sucesso da demanda – a taxa de sucesso, como visto antes, é significativamente alta. Assim, assumindo que os custos do processo previdenciário são desprezíveis, a escolha será por litigar desde que haja alguma probabilidade concreta de obter o benefício¹⁹.

A partir dessas premissas, retoma-se a ideia de que a racionalização da judicialização dos benefícios previdenciários perpassa, necessariamente, pela aproximação do valor esperado do processo judicial com o valor esperado de uma análise administrativa adequada, ou seja, uma análise em que as normas previdenciárias sejam corretamente aplicadas, e os fatos e provas, razoavelmente examinados.

O modelo de controle jurisdicional da política previdenciária, contudo, não parece estar concorrendo para que haja uma aproximação desses valores; pelo contrário, parece estar distanciando-os. Dito de outra forma, esse modelo tem concorrido para agravar duas das causas do fenômeno da judicialização dos benefícios previdenciários: o subaproveitamento das informações apuradas no processo administrativo em sede judicial, e a pouca permeabilidade do INSS a entendimentos jurisprudenciais consolidados²⁰.

A hipótese trabalhada neste artigo é a de que esse modelo promove o desenvolvimento de um sistema em que as normas aplicadas à concessão de benefícios previdenciários em sede judicial passam a ser distintas daquelas aplicadas em sede

18 V. art. 54 da Lei 9.099/1995.

19 Importante anotar que, neste trabalho, a decisão por demandar foi analisada apenas da perspectiva do autor. No processo previdenciário, o réu será uma entidade pública cujas atribuições e finalidades institucionais são definidas por lei. Assim, o papel dos incentivos econômicos na tomada de decisão do INSS merece uma abordagem particular, não analisada neste trabalho.

20 INSPER. *Op. cit.*, p. 134.

administrativa. Assim, quanto maior a produção de precedentes sobre determinado tema, mais profundo tende a ser o desacordo entre INSS e Poder Judiciário e, conseqüentemente, maior será o incentivo ao litígio.

Com o intuito de testar essa hipótese, foram selecionados os casos da judicialização da aposentadoria especial e dos benefícios das clientelas rurais, referidos no tópico anterior deste artigo, e aferida a representatividade desses temas no universo dos precedentes qualificados (recursos repetitivos e representativos de controvérsia) da Turma Nacional de Uniformização, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal²¹.

O gráfico abaixo contempla precedentes cujo cerne da tese envolve questão jurídica relativa a regime jurídico de benefício previdenciário específico. Precedentes envolvendo, genericamente, o regime jurídico de benefícios não foram considerados. Os precedentes foram classificados, por objeto, em três grupos: Aposentadoria Especial, Benefícios por Incapacidade e Demais benefícios. O grupo Benefícios por Incapacidade compreende os benefícios auxílio-doença previdenciário e acidentário, aposentadoria por invalidez previdenciária e acidentária, e auxílio-acidente; o grupo Demais benefícios compreende as demais espécies de aposentadoria, pensão por morte, auxílio-reclusão e salário-maternidade.

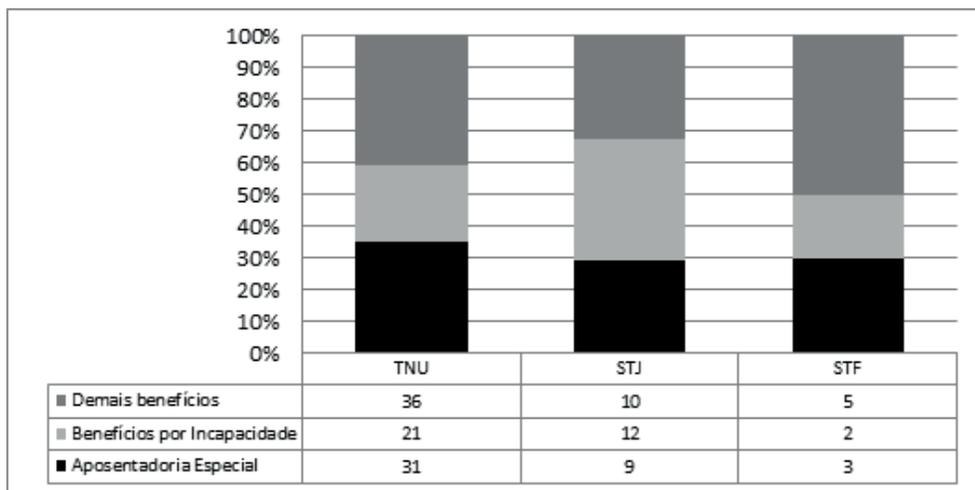


Gráfico elaborado pelo autor com dados extraídos dos sítios eletrônicos do Conselho da Justiça Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

21 As tabelas com a classificação dos precedentes estão em anexo.

A aposentadoria especial tem representatividade de cerca de 30% do total de precedentes qualificados analisados em cada órgão jurisdicional, muito embora tenha representado apenas 3,6% e 5,4% do total de processos sobre benefícios previdenciários, em 2019 e 2020, respectivamente.

Em números absolutos, considerando o quantitativo de precedentes por benefício, a aposentadoria especial também se sobressai – registre-se que os grupos Demais benefícios e Benefícios por Incapacidade compreendem várias espécies de benefícios.

Quanto aos benefícios das clientelas rurais, isolados os precedentes cujo cerne da questão jurídica envolve especificamente o regime jurídico de segurados urbanos ou rurais, a distribuição dos julgados é retratada no gráfico abaixo. Os precedentes foram classificados em três grupos: Contribuinte Individual – CI e Facultativo, Urbana (menos CI e Facultativo) e Rural. No grupo CI e Facultativo, estão precedentes sobre contribuinte individual e segurado facultativo, abrangidos pela clientela urbana; no grupo Urbana (menos CI e Facultativo), estão os demais segurados da clientela urbana (empregado, avulso e doméstico); o grupo Rural compreende os segurados especiais, e residualmente as demais categorias de segurado que possam exercer atividade rural.

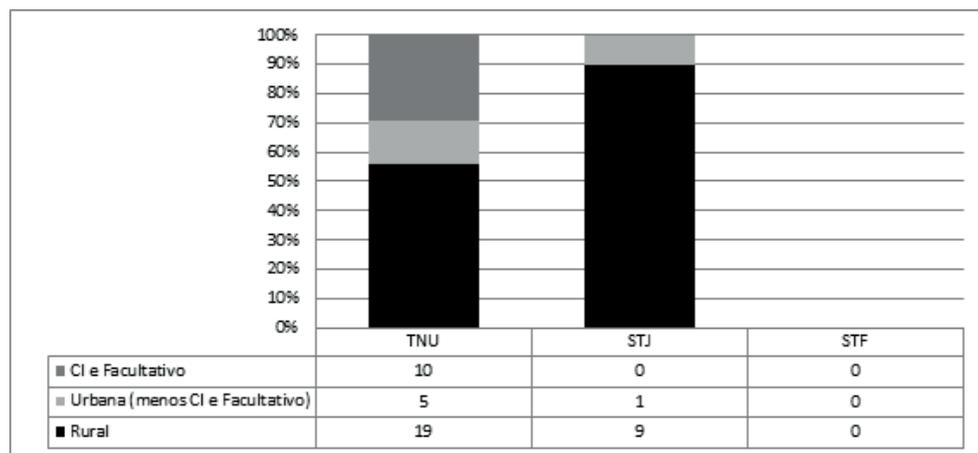


Gráfico elaborado pelo autor com dados extraídos dos sítios eletrônicos do Conselho da Justiça Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Dentre os precedentes específicos sobre as clientelas do Regime Geral de Previdência Social, aqueles envolvendo a clientela rural representam mais da metade dos representativos de controvérsia da TNU, e 90% dos repetitivos do STJ.

O teste empreendido corrobora a hipótese trabalhada neste artigo. É certo que, conforme já registrado, o fenômeno da judicialização dos benefícios previdenciários é complexo, e suas causas, variadas. De todo modo, os casos da aposentadoria especial e dos benefícios para as clientelas rurais são interessantes porque permitem, em boa medida, isolar o impacto da jurisprudência sobre o grau de desacordo entre INSS e Poder Judiciário e, conseqüentemente, sobre a probabilidade de sucesso da demanda judicial.

3. O MODELO DE CONTROLE JURISDICIONAL DA POLÍTICA PÚBLICA PREVIDENCIÁRIA: COMO NÃO INCENTIVAR A LITIGIOSIDADE?

Secchi, Coelho e Pires (2019, p. 96) apresentam um modelo de ciclo de política pública constituído pelas fases de identificação do problema, formação da agenda, formulação das alternativas, tomada de decisão, implementação e avaliação.

Em síntese, a tomada de decisão representa a definição da política, refletindo o resultado das fases anteriores. A política pública passa, então, a ser implementada. Por fim, será avaliada a partir das experiências com os erros e acertos ocorridos na implementação, propiciando uma melhoria incremental da decisão tomada, e viabilizando o aprimoramento cíclico da política pública, até o momento em que ela venha a ser extinta.

A política pública previdenciária pode ser vista como uma política de garantia de renda e proteção social a determinado grupo de pessoas (segurados e dependentes) que enfrentem contingências sociais²² elegíveis à instituição de benefícios e serviços previdenciários.

²² Morte e incapacidade para o trabalho são exemplos contingências sociais protegidas pela política previdenciária (v. art. 201 da Constituição de 1988).

As normas constitucionais, legislativas²³ e regulamentares²⁴ previdenciárias representam a decisão tomada quanto ao que deve ser o conteúdo da política pública. Importante pontuar que, em situações altamente complexas como a previdência social, as decisões tomadas nem sempre serão as melhores, mas refletirão a solução politicamente viável em um contexto de múltiplos interesses envolvidos (SECCHI; COELHO e PIRES, 2019, p. 111)

A fase de implementação da política previdenciária fica a cargo do INSS. Para tanto, a autarquia previdenciária edita atos normativos internos para uniformizar a aplicação das complexas – e, por vezes, confusas – normas que constituem a política.

Aqui, inicia-se a discussão sobre o modelo de controle jurisdicional da política previdenciária.

A premissa adotada neste trabalho é a de que o Poder Judiciário só deve intervir numa política pública em caso de inconstitucionalidade de suas leis, ilegalidade de seus regulamentos, ou de erro de implementação da política estabelecida. As duas primeiras situações autorizam que o Poder Judiciário interfira na decisão tomada²⁵ quanto à política pública – por exemplo, para reconhecer um direito a partir da declaração de inconstitucionalidade de uma norma legal –, a última situação, não.

O problema surge do fato de que, no caso da política previdenciária, as fases de tomada de decisão e de implementação podem ser, por vezes, amalgamadas. Ao editar atos para uniformizar a implementação da política, o INSS acaba por também participar de sua formulação. Quando define, por exemplo, qual documento será necessário para provar fato relevante para a concessão de uma pensão por morte, o INSS cria regra que potencialmente afeta o universo de destinatários da política pública.

O modelo de controle jurisdicional retratado na jurisprudência sobre Direito Previdenciário, contudo, não reconhece que as normas contidas nos atos editados pelo INSS compõem a política previdenciária. Por isso, na prática, juízes, a título de controle de erros na implementação da política, decidem os casos desprezando as

23 V. Lei n. 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e dá outras providências.

24 V. Decreto n. 3.048/1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.

25 Aqui, refere-se à fase de tomada de decisão, ou seja, às normas previdenciárias que traduzem a política.

normas editadas pelo INSS²⁶. Essa postura promove a formação de entendimentos que terminam por ser aplicados exclusivamente em sede judicial, já que as normas contidas nos atos do INSS permanecem sendo aplicadas na seara administrativa.

Esse modelo faz com que o valor esperado do processo judicial seja superior ao de uma análise administrativa, em razão da maior probabilidade de sucesso da demanda judicial em relação à administrativa. Ademais, não propicia uma aproximação dos entendimentos do INSS e do Judiciário, gerando um ciclo em que, quanto mais numerosa for a jurisprudência sobre determinado assunto, mais profundas serão as divergências de entendimento entre as esferas.

Por isso, é preciso revisitar o modelo de controle da política previdenciária fundado no erro do INSS. Defende-se que o controle por erro somente deve ter lugar se o INSS aplicar equivocadamente a política previdenciária – aqui, considerados inclusive os atos normativos editados pelo INSS para implementá-la. Se, por outro lado, o caso envolver divergência entre o entendimento do juiz e da Administração – traduzido nas normas que compõem a política –, o controle jurisdicional deve ocorrer apenas se configurada situação de ilegalidade ou inconstitucionalidade apta a autorizar a intervenção do Judiciário.

Desse modo, o juiz terá de avaliar o erro (ou acerto) do indeferimento administrativo dentro do mesmo paradigma normativo do INSS, e somente poderá se afastar desse paradigma caso reconheça a ilegalidade ou inconstitucionalidade de alguma de suas normas.

O problema do subaproveitamento das informações apuradas no processo administrativo em sede judicial – uma das causas reconhecidas da excessiva judicialização da previdência social²⁷ – seria diretamente enfrentado a partir dessa postura.

Barreiro e Furtado (2015, p. 308) asseveram que a judicialização pode contribuir para o aprimoramento da política pública:

26 O PEDILEF 0501240-10.2020.4.05.8303/PE (Tema 301) da TNU ilustra o desprezo aos entendimentos administrativos em juízo. Nesse julgado, de modo inusitado, até o INSS – em juízo, representado pela Procuradoria Federal – defendia, inadvertidamente, uma posição contrária ao seu próprio entendimento administrativo a respeito da admissibilidade da descontinuidade do efetivo exercício da atividade rural.

27 INSPER. *Op. cit.*, p. 134.

Passando para a fase da avaliação, além da importante referência à judicialização como um resultado não antecipado pela administração pública, sua correta inserção no modelo reformulado tem de ser percebida como importante instrumento avaliativo. Os processos judiciais relativos às políticas públicas fornecem subsídio para a gestão pública avaliar a política pública demandada, concedida, implementada forçadamente, contribuindo, em certa medida, para sua reformulação, retornando essa fase inicial às mãos do Poder Executivo. Machado e Dain (2012:1034) concluem, inclusive, que esperam que a judicialização da saúde tenha um “efeito pedagógico sobre os gestores”. Assim, a administração pública deve se valer desse vasto material que são os processos judiciais de judicialização de políticas públicas para reavaliar seu planejamento, no intuito de melhorar a implementação das políticas públicas, obstaculizando o retorno a esse ciclo judicializado.

O modelo de controle jurisdicional proposto também concorreria para incentivar a permeabilidade do INSS aos entendimentos jurisprudenciais consolidados²⁸. A judicialização se transformaria em instrumento, não de incentivo ao litígio, mas de lapidação da política previdenciária, aproximando, em vez de distanciar, os entendimentos administrativo e judicial. As decisões judiciais passariam a constituir subsídio para a fase de avaliação da política previdenciária, fornecendo aos atores responsáveis – ao INSS, inclusive – informações relevantes para o aprimoramento da tomada de decisão, seja para se adequar à jurisprudência, seja para buscar superá-la, mediante a promoção de alterações constitucionais, legais ou regulamentares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhecendo a existência de uma excessiva judicialização no âmbito da previdência social, em agosto de 2019, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, o Instituto Nacional do Seguro Social e outros órgãos, firmaram a Estratégia Nacional Integrada para Desjudicialização da Previdência Social.

28 A impermeabilidade do INSS aos entendimentos jurisprudenciais consolidados é outra das causas da excessiva litigiosidade previdenciária, conforme INSPER. *Op. cit.*, p. 134.

Iniciativas como essa, voltadas para racionalizar o contexto de excessiva litigiosidade previdenciária, dependem de diagnósticos acurados do problema, de modo a viabilizar o desenvolvimento de soluções eficazes.

A proposta de mensurar as taxas de judicialização relativa e de sucesso insere-se nesse contexto. O desenvolvimento de estatística descritiva de qualidade requer dados precisos, para que a realidade seja adequadamente representada. A elaboração deste trabalho enfrentou dificuldades para obter esses dados, aferir sua precisão, compará-los e adaptá-los para análise. Outros dados relevantes sequer foram conseguidos, como a classificação dos indeferimentos administrativos e dos processos judiciais por clientela.

Constata-se, assim, que mais e melhores informações sobre a ação administrativa do INSS e sobre a atuação do Judiciário precisam ser produzidas e disponibilizadas a tantos quantos queiram pesquisar o fenômeno da judicialização da previdência.

A partir da análise quantitativa empreendida, os casos de litigiosidade envolvendo os benefícios rurais e a aposentadoria especial foram selecionados para um teste da hipótese trabalhada neste artigo: a de que o modelo de controle jurisdicional da política previdenciária promove o desenvolvimento de um sistema em que as normas aplicadas à concessão de benefícios em sede judicial passam a ser distintas daquelas aplicadas em sede administrativa. Assim, quanto maior a produção de precedentes sobre determinado tema, mais profundo tende a ser o desacordo entre INSS e Poder Judiciário e, conseqüentemente, maior o incentivo ao litígio.

O resultado do teste corroborou a existência de uma correlação positiva entre o quantitativo de precedentes qualificados sobre determinado assunto e o respectivo grau de desacordo entre o entendimento do Judiciário e do INSS. Parece promissor aprofundar essa análise, a fim de afastar a possibilidade de que essa correlação seja espúria, bem como para examinar eventuais hipóteses concorrentes.

Em último lugar, empreendeu-se uma crítica do modelo de controle jurisdicional da política pública. Entendendo que esse modelo incentiva o litígio, por fazer com que o valor esperado do processo judicial seja superior ao de uma análise administrativa adequada, o artigo propõe um ajuste no modelo, para que o juiz seja levado a julgar a pretensão dentro do mesmo paradigma normativo do INSS, dele só podendo se afastar caso reconheça a ilegalidade ou inconstitucionalidade de alguma de suas normas.

O modelo proposto concorreria para incrementar a permeabilidade do INSS aos entendimentos jurisprudenciais consolidados, e reduziria o problema do subaproveitamento das informações apuradas no processo administrativo em sede judicial, duas das causas reconhecidas da excessiva litigiosidade previdenciária²⁹.

É certo que o modelo proposto constitui uma simplificação da realidade e, no caso, uma simplificação do fenômeno do controle jurisdicional de políticas públicas. Portanto, críticas e discussões sobre as conclusões deste trabalho – envolvendo, por exemplo, questões sobre a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário, ou sobre o câmbio do paradigma de controle, da legalidade, para a juridicidade, – são necessárias.

Espera-se, por fim, ter contribuído para alimentar o debate a respeito da judicialização da previdência social, e para lançar luzes sobre temas que reclamam mais pesquisas.

REFERÊNCIAS

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 293-314, mar./abr. 2015.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Guia da política de governança pública**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

BRASIL. Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas. **Relatório de Avaliação: Judicialização dos Benefícios Administrados pelo INSS – Ciclo 2019**. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/publicacoes>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 631.240 (Tema 350)**. Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-221, Divulg 27-09-2017, Public 28-09-2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2894/2018 – Plenário** (Auditoria com o objetivo de identificar os riscos relacionados à judicialização dos benefícios concedidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social). Relator: André de Carvalho, Data da sessão: 5 dez 2018, Número da ata: 48/2018 – Plenário, Data da aprovação: 12 dez 2018, Data da publicação no DOU: 7 jan 2019.

29 INSPER. *Op. cit.*, p. 134.

_____. **Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas**. Brasília: TCU, 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6ta edição. Prentice Hall, 2011.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, e1934, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300208&tlng=pt.

GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462>.

GICO JR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 1, e31820, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31820/pdf>.

INSPER, Instituto de Ensino e Pesquisa. **A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais**. Brasília: CNJ, 2020.

LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil**. 3ra edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. **Políticas Públicas**. Cengage Learning, 2019. Edição do Kindle.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. Entre justiça e gestão: colaboração interinstitucional na judicialização da saúde. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 55, n. 4, p. 923-949, jul. - ago. 2021. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122021000400923&tlng=pt.

**GÊNESE DO PACOTE ANTICRIME:
ABORDAGEM FORMAL E MATERIAL DA LEI Nº 13.964/2019**

***GENESIS OF THE ANTI-CRIME PACKAGE:
FORMAL AND MATERIAL APPROACH OF THE LAW NO. 13,964/2019***

Victor Hugo Andrade Araújo

Mestrando em Direito Penal pela Faculdade Damas
Analista Judiciário da Justiça Federal em Pernambuco

RESUMO: A Lei nº 13.964/2019 foi editada sob o propósito de debelar a criminalidade e atualizar a legislação penal. Trata-se de um diploma cuja elaboração remonta a 2017 e que sofreu influência de projetos de lei encampados pelo Poder Executivo. Nessa ordem de ideias, o presente artigo tem por fim apresentar a gênese do Pacote Anticrime, a partir dos trabalhos legislativos e do conteúdo normativo da Lei 13.964/2019, a fim de indicar de que proposição efetivamente decorre a citada Lei, bem assim, correlacioná-la com o ideário de uma legislação de efetividade.

Palavras-chave: Direito Penal. Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019.

ABSTRACT: *The Law No. 13,964/2019 was edited on the purpose to combat criminality and to update the criminal legislation. It regards a diploma which elaboration dates back to 2017 and it was influenced by Bills adopted by the Executive Branch. Under this line of thinking, the present article aims to present the genesis of the Anti-Crime Package, from legislative works and the normative contents of the Law No. 13,964/2019, in order to indicate that the proposition of the in fact passes the cited Law, as well as correlate it with the ideal of an effective legislation.*

Keywords: *Criminal Law. Anti-Crime Package. Law No. 13,964/2019.*

INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é analisar a origem do Pacote Anticrime, indicando o Projeto de Lei que lhe deu origem, bem assim a natureza de suas normas, vale dizer, se efetivamente está em consonância com o intuito declarado de recrudescimento, como resposta estatal à criminalidade, em atenção aos anseios da sociedade.

Nesse toar, considerando que as mudanças implementadas no ordenamento jurídico perpassam por decisões políticas, serão abordados os temas pluralismo e democracia, no contexto de atualização das leis penais. Na sequência, adentrar-se-á ao contexto de elaboração do Pacote Anticrime, em dúplice aspecto: formal, na perspectiva dos trabalhos legislativos; e material, com enfoque nas disposições da Lei 13.964/2019 e potenciais efeitos advindos da norma em comento.

Para tanto, o método utilizado no presente estudo será o dogmático, na medida em que é elaborado, dentre outras referências, a partir de consultas a normas jurídicas e a posicionamentos da doutrina especializada no tema em foco.

1. PLURALISMO, DEMOCRACIA E ATUALIZAÇÃO DAS LEIS PENAIS

A sociedade global hodierna é diversa e multifacetada, circunstância que, aliada ao crescente dinamismo nas relações jurídicas entabuladas, exige dos tomadores de decisão considerável cautela e antevisão das consequências dos interesses em disputa. Como decorrência, as pautas reivindicatórias transpõem limites geográficos e, nessa linha, as tensões existentes na coletividade tornam-se difíceis de se colmatar, diante da contraposição de demandas entre distintos segmentos sociais. O pluralismo é algo intrínseco à própria ideia de democracia, mas com ela não se confunde: basta lembrar que o processo democrático não se esgota no direito de participação, nem na criação das normas pela maioria, pois, ao enfrentamento dos problemas sociais, é imprescindível que haja alternativas reais e factíveis de escolha (BOBBIO, 1986, p. 15-46).

Correlacionar pluralismo¹ e democracia – que, para Giddens (2007, p. 78) “é um sistema que envolve competição efetiva entre partidos políticos por cargos de poder”, é válido, por constituir um exercício de aferição dos avanços e retrocessos de um sistema de normas: na pós-modernidade, o direito não deve ser a encarnação de algo estanque e perene, pois a realidade normada compõe-se de fatos que se entremeiam em constante acerto de contas. Tenha-se em mira, pois, a necessidade de um constante diálogo histórico para a construção e aperfeiçoamento das normas jurídicas. De efeito, é por meio do exame dos antecedentes históricos que se apresenta possível teorizar, com cientificidade, os institutos jurídicos e a sua conexão com o mundo presente (BRANDÃO, 2011, p. 43).

Em síntese, esse “vaivém” entre presente e passado permite que o sistema normativo seja pavimentado com alguma coerência e racionalidade, mormente porque a imposição das regras vigentes deve ser compreendida como um marco evolutivo permeado por bolsões de incerteza (LOSANO, 2007, p. 19). Nessa medida, as alterações promovidas no ordenamento jurídico não afetam a credibilidade do sistema, porquanto a relatividade das coisas, e do próprio conhecimento, há de ser levada em consideração na aplicação do direito, e na análise da ciência jurídica, tomada como objeto de estudo.

Nesse diapasão, resta-nos a certeza de que, em se tratando do recrudescimento das leis penais, o Princípio da Legalidade tem assento constitucional² e age como uma âncora, a evitar que o sistema jurídico trafegue sem as amarras necessárias a evitar o arbítrio estatal. Trata-se de uma cláusula em face da qual não se pode transigir: queiramos ou não, a hipertrofia do poder punitivo perpassa, necessariamente, pela previsão em lei. Entra em cena o sentido político do Princípio da Legalidade, uma ideia-força que viceja em atenção às demandas sociais (vocalizadoras do senso comum, frise-se) e ao enfoque dinâmico³ das normas penais, na medida em que a

1 Anote-se o pluralismo político como fundamento republicano, na forma do art. 1º, V, da CF: “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: (...) V - o pluralismo político.”

2 Art. 5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

3 Nas palavras de Alessandro Baratta [ELBERT (org.), 2004, p. 171-172] (tradução nossa): “se não se quer seguir a teoria do ‘delito natural’, ou seja, aquela doutrina que apresenta a criminalidade como qualidade ontológica de alguns comportamentos ou de determinados sujeitos, independentemente dos mecanismos sociais de definição e de imputação, então deveria reconhecer-se a mobilidade das fronteiras e a heterogeneidade do universo dos comportamentos criminalizados.”

criminalização de condutas delituosas é algo volátil, suscetível a mudanças, assim como o é o percurso da sociedade.

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, seguiu a marcha desse influxo, pois, ao estabelecer novas diretrizes para o operador do direito penal, buscou equacionar o discurso proferido pelos detentores do poder político⁴ daquele momento, aos reclamos sociais de fortalecimento do direito penal. Veremos, a seguir, o contexto de elaboração da citada Lei, no que tange a seus aspectos formal e material.

2. ABORDAGEM FORMAL: OS TRABALHOS LEGISLATIVOS DO PACOTE ANTICRIME

O robustecimento da criminalização secundária resulta da busca por respostas efetivas às infrações penais, exercício motivado pela crescente sofisticação das práticas delituosas, originada como efeito colateral da complexidade e massificação das relações sociais. Esse cenário deu azo a discursos combativos de plenipotenciários que, sob as bandeiras de recrudescimento e efetividade, intensificaram as iniciativas legislativas que deram a tônica do Pacote Anticrime.

Pois bem, a Lei 13.964/2019 foi adotada como medida de contenção e resposta às práticas delituosas, de maneira a promover uma atualização legislativa em muitos aspectos da legislação penal, processual, execução e temas correlatos.

O caminho legislativo para a edição da Lei Anticrime contou com uma miríade de idas e vindas de proposições. O início dos trabalhos legislativos remonta a 17/10/2017, data em que foi designado, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, um grupo de juristas para a confecção do anteprojeto dedicado a atualizar a legislação penal. Os trabalhos do colegiado foram concluídos em 08/05/2018, data em que o Ministro do STF Alexandre de Moraes, na qualidade de Presidente da comissão, entregou o texto àquela casa legislativa. Pouco menos de um mês depois, em 06/06/2018, o Projeto de Lei (PL) nº 10.372/2018 foi apresentado à Câmara, em uma proposição conjunta de diversos parlamentares (G1, 2018). O intuito declarado foi o de racionalizar a entrega jurisdicional, inclusive com foco no sistema

4 Assinale-se desde já que o presente trabalho não tem a pretensão de apontar soluções definitivas a essa tormentosa questão, tampouco emitir juízo valorativo a grupos ou posicionamentos políticos.

penitenciário, diante de alternativas céleres de reparação do dano e preferenciais ao encarceramento, consoante justificativa apresentada (excertos):⁵

A presente proposta pretende racionalizar de maneira diversa, porém proporcional, de um lado o combate ao crime organizado e a criminalidade violenta que mantém forte ligação com as penitenciárias e, de outro lado, a criminalidade individual, praticada sem violência ou grave ameaça; inclusive no tocante ao sistema penitenciário.

[...]

Para tanto, indica-se a adoção de “acordos de não persecução penal”, criando nas hipóteses de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a figura do acordo de não persecução penal, por iniciativa do órgão do Ministério Público e com participação da defesa, submetida a proposta à homologação judicial.

[...]

A Justiça consensual para os delitos leves será prestada em 24 horas, permitindo o deslocamento de centenas de magistrados, membros do Ministério Público e defensores públicos para os casos envolvendo a criminalidade organizada e as infrações praticadas com violência e grave ameaça a pessoa.

Trata-se de inovação que objetiva alcançar a punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas, oferecendo alternativas ao encarceramento e buscando desafogar a Justiça Criminal, de modo a permitir a concentração de forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves. São previstas condições que assegurem efetiva reparação do dano causado e a imposição de sanção penal adequada e suficiente, oferecendo alternativas ao encarceramento. [...]

[...]

Observado o absoluto respeito à dignidade humana e a vedação a penas cruéis, estabelecidas pela Constituição (art. 1º, III, e art. 5º, XLVII, “e”), bem como, com base em bem sucedidas

5 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497. Acesso em: 10 jan. de 2023.

experiências de diversos países democráticos, são propostas regras mais rigorosas para o Regime Disciplinar Diferenciado (art. 52 da LEP), e ainda o aumento dos prazos mínimos para progressão de regime no caso dos crimes hediondos ou assemelhados, bem como dos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, atentando-se para diferenciar a hipótese de reincidência. Lembrando-se, novamente, que para os delitos sem violência ou grave ameaça será possível acordo de não persecução penal, com aplicação de sanções não privativas de liberdade.

Feito o destaque quanto à apresentação do PL 10.372/2018, cabe estabelecer um parêntese quanto ao desenlace desta proposição. É que o Poder Executivo, poucos meses depois, também fez uso de iniciativa legislativa sobre o tema, deliberação que causou celeuma sobre o que de fato consiste o “Pacote Anticrime”, se a proposição parlamentar consubstanciada no PL 10.372/2018 ou as encaminhadas pela Presidência da República. Assim, após análise sobre as medidas tomadas pelo Poder Executivo junto ao Congresso, retornaremos aos comentários quanto ao PL 10.372/2018.

Nessa trilha, em 19/02/2019 – menos de dois meses da posse presidencial e oficialização do gabinete ministerial, frise-se –, o Poder Executivo submeteu à Câmara dois Projetos de Lei e um Projeto de Lei Complementar (PLP), quais sejam, o PL 881/2019, PL 882/2019 e PLP 38/2019. Destes, o de maior abrangência é o PL 882/2019, proposição legislativa que adotou diversos pontos do anteriormente apresentado PL 10.372/2018 (FULLER; JUNQUEIRA; PARDAL; VANZOLINI, 2021, p. 7-8). Outrossim, chama a atenção que, no mesmo dia 19/02/2019, foi veiculada, na página da Câmara dos Deputados, notícia da entrega, pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, dos “três projetos de lei que compõem o chamado pacote anticrime.”⁶

6 “As três propostas foram divididas da seguinte maneira: um projeto de lei que trata de diversos assuntos como mudanças nas regras de legítima defesa e prisão após condenação em segunda instância; um projeto de lei específico para criminalizar a prática de caixa dois; e um projeto de lei complementar com mudanças na legislação eleitoral. Ao todo, os projetos propõem alterações em leis, como Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos e Código Eleitoral.” *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Moro e mais cinco ministros entregam proposta anticrime a Rodrigo Maia**. Brasília, DF, 19/02/2019, atualizado em 19/02/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/552156-moro-e-mais-cinco-ministros-entregam-proposta-anticrime-a-rodrigo-maia/>. Acesso em: 10 jan. de 2023.

As motivações exaradas para estas propostas de alteração legislativa carregam simbologia distinta da adotada no PL 10.372/2018. A esse respeito, seguem excertos de cada uma das Exposições de Motivos, subscritas pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública e enviadas, juntamente com mensagens presidenciais, em anexo às referidas proposições:

a) EM nº 00018/2019 MJSP⁷ (PL 881/2019 – criminaliza o uso de caixa dois em eleições):

Neste projeto, o foco é, especificamente, o combate à corrupção e a efetividade do sistema de combate aos financiamentos paralelos à contabilidade exigida pela lei eleitoral. Registre-se que aqui se trata de Projeto de Lei Ordinária, diferente, portanto, da proposta de reforma dos artigos 35, inc. II e 364 do Código Eleitoral, através de Lei Complementar, porque estes alteram regra de competência jurisdicional.

[...]

Registre-se que para a Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, “A proposta caminha no sentido de proteger por meio da lei, a penal, a hígidez do processo eleitoral, ou seja, da própria democracia. Integralmente compatível, pois, com as políticas e diretrizes do MJSP”.

b) EM nº 00014/2019 MJSP⁸ (PL 882/2019 – estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa). É a mais extensa das exposições de motivos:

O Brasil atravessa a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública. Corrupção, diz-se com certa descrença, faz parte de nossa história, acompanha-nos desde a chegada de Pedro Álvares Cabral em nosso território, pois, afirma-se que Pero Vaz de Caminha, em carta ao Rei de

7 https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712128&filename=MSC%2052/2019%20=%3E%20PL%20881/2019. Acesso em: 09 jan. de 2023.

8 https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL%20882/2019. Acesso em: 09 jan. de 2023.

Portugal, teria solicitado liberdade para o seu genro que estaria preso na ilha de São Tomé.

Corrupção, portanto, sempre existiu, porque é inerente à condição humana. Coisa diversa é a elevação acentuada de tal prática nas duas últimas décadas, fato este exibido pela mídia diariamente.

[...]

Na outra ponta, mas totalmente conectada à corrupção, encontra-se a questão da segurança pública. Esta, tal qual a primeira, avança de forma assustadora. É possível afirmar que nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural.

É um fato notório que dispensa discussões. Nenhum exemplo seria melhor do que os ataques ao patrimônio público e privado que ocorreram nas cidades do Ceará no mês de janeiro de 2019, tudo porque o governo estadual anunciou que impediria o uso de celulares nos presídios e indicou um Secretário da Segurança não desejado pelas organizações criminosas que atuam no local. Segundo notícia da imprensa, no sétimo dia o número de ataques chegou a 180 e os criminosos explodiram uma ponte no km 6 da BR-222, em Caucaia, a 18 km de Fortaleza. Além disto, ônibus foram incendiados na capital e no interior (O Estado de São Paulo, 9/1/2019, Metrópole, A-15). A situação se agravou posteriormente, exigindo a presença da Força Nacional.

c) EM nº 00016/2019 MJSP⁹ (PLP 38/2019 – criminaliza o uso de caixa dois em eleições):

A matéria aqui tratada está em total conformidade com o Projeto de Lei que trata da alteração de diversos textos legais, que se convencionou chamar de “Projeto anti-crime”, cujo objetivo é estabelecer medidas que tornem mais efetivo o combate à corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

⁹ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712104. Acesso em: 09 jan. de 2023.

Neste projeto o foco é, especificamente, o combate à corrupção e a efetividade do sistema de Justiça. Ele é feito na via da Lei Complementar, porque altera regra de competência jurisdicional.

[...]

Como já afirmado, este projeto de lei complementar tem por foco maior efetividade ao sistema de Justiça. A norma atingirá a Justiça Eleitoral, a Federal e a Estadual, dando aos crimes comuns conexos a eleitorais, maior celeridade na tramitação. Em um segundo momento, a sociedade será a grande beneficiada, pois se beneficiará com a melhor distribuição de Justiça.

Concomitantemente, um grupo de senadores – em sua maioria, componentes da base aliada –, fez ver a mesma configuração lançada pelo Poder Executivo, apresentando dois Projetos de Lei e um Projeto de Lei Complementar, sob os seguintes números: PL 1.865/2019, PL 1.864/2019 e PLP 89/2019. Em todos, cuja ementa repete as respectivas contrapartes na Câmara, há a assinalação de que integram o “Pacote Anticrime”, seja em informação extraída de consulta às respectivas proposições, bem como por notícia institucional.¹⁰ Há, também, contemporaneidade entre as datas das iniciativas trazidas pelo Executivo (19/02/2019) e pelos senadores (28/03/2019). Outra similitude reside nas justificativas apostas a cada um desses documentos, as quais reportam-se às mensagens presidenciais e exposições de motivos trazidas nas proposições do Executivo.¹¹

Volvendo às exposições de motivos elencadas nos projetos apresentados pelo Governo Federal – o que, portanto, aplica-se às proposições com tramitação iniciada no Senado –, deflui-se, dos trechos acima, o intuito declarado de intensificar o combate à criminalidade. A redação empregada, quando comparada àquela adotada para o PL 10.372/2018, denota uma certa unilateralidade, como que voltada a debelar a escalada delituosa apenas através do recrudescimento das sanções. Basta comparar,

10 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Ministro Sérgio Moro debate Pacote Anticrime com relator de PL na CCJ do Senado**: proposta tramita em paralelo na câmara dos deputados e no senado federal. Brasília, DF, 08/04/2019, atualizado em 02/12/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/collective-nitf-content-1554760918.42>. Acesso em: 10 jan. de 2023.

11 Confira-se os seguintes *hiperlinks* (todos com acesso em 09/01/2023): <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935283&ts=1672773369249&disposition=inline>; <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935297&ts=1630441124691&disposition=inline>; <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935081&ts=1630423002375&disposition=inline>.

por exemplo, o tratamento dado ao acordo de não persecução penal (ANPP), inovação implementada pela Lei 13.964/2019, sob os auspícios das Resoluções 181/2017 e 183/2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público: conforme visto, no que tange ao PL 10.372/2018, o ANPP atua em quatro flancos, como: a) garantidor da efetiva reparação do dano; b) sanção adequada e suficiente; c) alternativa válida ao encarceramento; d) medida de desaforo à justiça criminal.

Sob óptica diversa, a abordagem da Exposição de Motivos lançada ao PL 882/2019 trata o ANPP até com certo desdém;¹² o instituto valeria como solução para o descongestionamento da administração dos serviços judiciários, que, assim, estaria apta a dedicar “tempo para os crimes mais graves.” Em síntese, nas motivações trazidas aos projetos encaminhados pelo Poder Executivo, o foco parece ter sido o recrudescimento da sanção penal, olvidando-se dos direitos constitucionais e convencionais assegurados às pessoas encarceradas. A doutrina anota críticas à metodologia de que se valeu o Ministério da Justiça, que, com o uso de expressões como “aumentar a efetividade”, “endurecer”, “autoridades com foro”, “melhor criminalizar o caixa dois”, “dificultar a soltura”, dentre outras, revela populismo, efficientismo, punitivismo e pouca preocupação com o ser humano (ALENCAR; TÁVORA, 2019, p. 17).

Outro aspecto que se mostrou merecedor de desabono foi o trâmite legislativo, do qual decorreu, de acordo com ARAS (2020), um “amálgama impregnado de falhas de redação e de zonas de conflito com a legislação vigente.” E é justamente do *iter* legislativo que paira uma zona cinzenta sobre qual, de fato, foi a origem do Pacote Anticrime: a Lei 13.964/2019 é a síntese dos três documentos legislativos

12 Confira-se a fundamentação adotada para o art. 28-A do CPP, no fôlio do PL 882/2019: “A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. [...] O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.” In: BRASIL. **Mensagem Presidencial nº 50, de 19 de fevereiro de 2019 e Exposição de Motivos nº 14, de 31 de janeiro de 2019. Projeto de Lei nº 882, de 2019.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF: Câmara, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL%20882/2019. Acesso em: 09 jan. de 2023.

conduzidos pelo Poder Executivo, ou do outrora citado PL 10.372/2018, resultante do grupo de trabalho designado pelo Poder Legislativo?

É cediço que o Poder Executivo, em notícias veiculadas em páginas institucionais,¹³ arvorou para si a gênese ou, ao menos, papel diferenciado na aprovação da Lei 13.964/2019, delineando a sua construção desde o momento em que foram apresentados os supracitados Projetos de Lei.

De fato, a atuação do Poder Executivo, através do diálogo e negociações entabuladas, inerentes à própria atividade política, exerceu alguma influência na tramitação. Todavia, a Lei 13.964/2019 não é uma decorrência direta das três propostas legislativas apresentadas pela Presidência da República, como parece indicar notícia¹⁴ veiculada na página do Ministério da Justiça e Segurança Pública, tampouco daquelas apresentadas no Senado. A atuação do Poder Executivo há de ser delimitada, porquanto o Pacote Anticrime (ou seja, a Lei 13.964/2019) não é resultado direto das proposições apresentadas pela Presidência da República e senadores da base governista.

O fato é que essas proposições contemplaram pontos do PL nº 10.372/2018, razão pela qual este Projeto de Lei contou com a formação de outro grupo de trabalho, como anotam Gustavo Junqueira, Paulo Henrique Fuller, Rodrigo Pardal e Patrícia Vanzolini (2021, p. 7-8). Nessa linha, após a análise do colegiado é que o PL 10.372/2018, em 04/12/2019, foi recebido e aprovado pelo Plenário Virtual da Câmara quando, então, foi encaminhado para deliberação pelo Senado. Na casa revisora, o PL 10.372/2018 recebeu nova numeração, transmutando-se no PL 6.341/2019, tendo sido este o projeto aprovado e levado à sanção presidencial.

13 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Lei anticrime entra em vigor**. Brasília, DF, 24 jan. de 2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/lei-anticrime-entra-em-vigor>. Acesso em: 25 ago. de 2020; BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Pacote Anticrime agora é lei**. Brasília, DF: [2019 ou 2020]. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1>. Acesso em: 19 ago. de 2020; BRASIL. Presidência da República. **Sérgio Moro apresenta projeto de Lei Anticrime na próxima segunda-feira (4)**: texto será enviado ao congresso nacional nos próximos dias. Brasília, DF, 03/02/2019, atualizado em 31/10/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/02/sergio-moro-apresenta-projeto-de-lei-anticrime-na-proxima-segunda-feira-4>. Acesso em: 09 jan. de 2023.

14 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Ministro Sérgio Moro debate Pacote Anticrime com relator de PL na C CJ do Senado**: proposta tramita em paralelo na câmara dos deputados e no senado federal. Brasília, DF, 08/04/2019, atualizado em 02/12/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/collective-nitf-content-1554760918.42>. Acesso em: 10 jan. de 2023.

Cumpra assinalar que, após esse trâmite, em várias passagens, o Executivo e a Câmara indicam ter sido esse o caminho efetivamente trilhado, quando se lê, em portais institucionais, que o grupo de trabalho destacado compatibilizou as propostas apresentadas pelo Governo Federal e pelo Ministro Alexandre de Moraes,¹⁵ no que culminou que a aprovação, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei do Pacote Anticrime (PL 10.372/2018), em substitutivo apresentado com base no texto produzido pelo grupo de trabalho. Em síntese, o próprio Poder Executivo indica ter sido o PL 10.372/2018, efetivamente, a gênese do Pacote Anticrime, que aglutina, na Lei 13.964/2019, proposições trazidas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e por uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro Alexandre de Moraes.¹⁶

Claro que, se tomarmos a expressão “Pacote Anticrime” em uma acepção mais ampla, apta a englobar todos os projetos e proposições elencados pelo Poder Executivo junto à Câmara, e pelos senadores na respectiva Casa, pode-se atribuir ao Governo Federal um papel de indutor desse influxo de ideias que, através dos parlamentares com perfil ideológico similar, dialogou, construiu linhas de apoio e fomentou as mudanças legislativas sob análise.

Deveras, se estabelecermos uma linha do tempo quanto ao percurso legislativo do que se convencionou (novamente, neste sentido mais amplo), chamar “Pacote Anticrime”, a Lei 13.964/2019, em certa medida, recebeu influência governamental; mas, daí, a dizer que a nova Lei deriva diretamente das proposições levadas pelo Executivo e das outras três apresentadas ao Senado, há uma distância considerável, na medida em que os projetos em tela ainda estão a tramitar no Parlamento, conforme consulta à página do Congresso Nacional. Confira-se a situação atual¹⁷ dos PL que

15 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Ministro Moro e presidente da Câmara acertam votação do pacote anticrime**: Ministro da justiça e segurança pública quer reinserir no pacote pontos considerados fundamentais para o combate ao crime. Brasília, DF, 19/11/2019, atualizado em 21/11/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/ministro-moro-e-presidente-da-camara-acertam-votacao-do-pacote-anticrime>. Acesso em: 10 jan. de 2023.

16 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Lei Anticrime entra em vigor**: medidas modernizam legislação no combate à corrupção, organização criminosa e violência. Brasília, DF, 24/01/2020, atualizado em 11/11/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/lei-anticrime-entra-em-vigor#:~:text=Bras%C3%ADlia%2C%2024%2F01%2F2020,P%C3%BAblico%20e%20por%20menos%20impunidade>. Acesso em: 09 jan. de 2023.

17 A consulta é correlata a 03/03/2023, cabendo destacar que, na página do Congresso Nacional, a busca pelo argumento “PL 6.341/2019” retorna automaticamente para o PL 10.372/2018.

foram, efetivamente, a origem da Lei 13.964/2019 (letra “a”), bem como daqueles outros apresentados pelo Governo Federal e senadores alinhados ao tema:

a) PL 10.372/2018 (na Câmara) / PL 6.341/2019 (no Senado): apresentado por grupo de deputados federais¹⁸ em 06/06/2018, conta com fase concluída nas duas casas deliberativas, sanção presidencial em 13/12/2019, vetos parcialmente mantidos e, como norma gerada, a Lei 13.964/2019;¹⁹

b) PL 881/2019: apresentado pelo Poder Executivo em 19/02/2019, ainda em tramitação na casa iniciadora, atualmente apensado ao PL 9.171/2017. Último andamento: 02/09/2019 (despacho emitido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados indeferindo requerimentos de desapensação);²⁰

c) PL 882/2019: apresentado pelo Poder Executivo em 19/02/2019 e arquivado na própria casa iniciadora em 04/12/2019, diante da prejudicialidade decorrente da aprovação do substitutivo ao PL 10.372/2018, por meio de despacho da Mesa Diretora;²¹

d) PLP 38/2019: apresentado pelo Poder Executivo em 19/02/2019, ainda em tramitação na casa iniciadora. Último andamento: 04/10/2019 (parecer emitido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania encaminhado à publicação);²²

18 Deputado José Rocha (PR/BA), Deputado Marcelo Aro (PHS/MG), Deputado Wladimir Costa (SD/PA), Deputado Nilson Leitão (PSDB/MT), Deputado Baleia Rossi (MDB/SP), Deputado Luis Tibé (AVANTE/MG), Deputado Ricardo Teobaldo (PODE/PE), Deputado Celso Russomanno (PRB/SP), Deputado Domingos Neto (PSD/CE), Deputado Aureo Ribeiro (SD/RJ), Deputado Rodrigo Garcia (DEM/SP).

19 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-10372-2018>. Acesso em: 03 mar. de 2023.

20 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-881-2019>. Acesso em: 03 mar. de 2023.

21 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-882-2019>. Acesso em: 03 mar. de 2023.

22 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/plp-38-2019>. Acesso em: 03 mar. de 2023.

e) PL 1.864/2019: apresentado por grupo de senadores²³ em 28/03/2019, ainda em tramitação na casa iniciadora. Último andamento: 02/02/2023 (aguardando distribuição na Secretaria de Apoio da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania);²⁴

f) PL 1.865/2019: apresentado por grupo de senadores²⁵ em 28/03/2019, foi aprovado na casa iniciadora em 05/08/2019. Recebido pela Câmara em 07/10/2019, onde foi apensado ao PL 5.924/2019. Último andamento: 11/10/2019 (recebido pela Comissão de Finanças e Tributação para emissão de parecer);²⁶

g) PLP 89/2019: apresentado por grupo de senadores²⁷ em 28/03/2019. Último andamento: 21/12/2022 (devolvido pelo relator inicialmente designado, por não mais fazer parte da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, continua a tramitação, na forma regimental).²⁸

Do exposto, com exceção do PL 882/2019, que restou arquivado na Câmara em 04/12/2019 – registre-se, mesmo dia da aprovação do PL 10.372/2018 naquela Casa – conclui-se que as demais proposições legislativas ainda têm um caminho a

23 Senadora Eliziane Gama (CIDADANIA/MA), Senador Rodrigo Cunha (PSDB/AL), Senador Álvaro Dias (PODEMOS/PR), Senador Major Olímpio (PSL/SP), Senador Eduardo Girão (PODEMOS/CE), Senador Elmano Férrer (PODEMOS/PI), Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE), Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN), Senador Jorge Kajuru (PSB/GO), Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), Senador Fabiano Contarato (REDE/ES), Senador Lasier Martins (PODEMOS/RS).

24 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-1864-2019>. Acesso em: 03 mar. de 2023.

25 Senadora Eliziane Gama (CIDADANIA/MA), Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE), Senador Álvaro Dias (PODEMOS/PR), Senador Eduardo Girão (PODEMOS/CE), Senador Elmano Férrer (PODEMOS/PI), Senador Fabiano Contarato (REDE/ES), Senador Jorge Kajuru (PSB/GO), Senador Lasier Martins (PODEMOS/RS), Senador Major Olímpio (PSL/SP), Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), Senador Rodrigo Cunha (PSDB/AL), Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS) e outros.

26 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-1865-2019>. Acesso em: 03 mar. de 2023.

27 Senadora Eliziane Gama (CIDADANIA/MA), Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE), Senador Álvaro Dias (PODEMOS/PR), Senador Eduardo Girão (PODEMOS/CE), Senador Elmano Férrer (PODEMOS/PI), Senador Fabiano Contarato (REDE/ES), Senador Jorge Kajuru (PSB/GO), Senador Lasier Martins (PODEMOS/RS), Senador Major Olímpio (PSL/SP), Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), Senador Rodrigo Cunha (PSDB/AL), Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS).

28 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/plp-89-2019>. Acesso em: 03 mar. de 2023.

percorrer no Congresso Nacional: pairam na casa iniciadora, há mais de três anos, o PL 881/2019, o PLP 38/2019, o PLP 89/2019 e o PL 1.864/2019, sem prognóstico de nova movimentação. O que parece estar em um estágio mais avançado é o PL 1.865/2019, único que conta com aprovação pelo Senado e, atualmente, tramita na Câmara. Mas essa celeridade é apenas aparente, já que, não obstante esteja na casa revisora, também aguarda impulsionamento há mais de três anos.

Como em todo projeto de lei, não se tem como firmar um prognóstico de quando, e em que sentido, caminharão as proposições remanescentes: a perspectiva de tramitação é incerta, forte nas muitas idas e vindas entre as duas casas, emendas e pensamentos a outros projetos. Sem embargo, no curso do processo legislativo, é natural que os projetos, enriquecidos pelas deliberações congressuais, sejam reanalisados e passem por ajustes. Mas, sob uma perspectiva de propaganda política, pode-se divisar que a iniciativa do Poder Executivo, em muitos pontos, deixou a desejar, inclusive no que tange à bandeira de recrudescimento e combate à criminalidade, um dos carros-chefes do grupo político proeminente em 2018. Tanto que, a esse respeito, restou a percepção de que, após uma tramitação exaustiva, o texto efetivamente aprovado pela Câmara, se comparado com o apresentado pelo Poder Executivo, “só conseguiu passar na casa após ter sido desidratado em quase 30%” (BBC News Brasil, 2019).

Em suma, a Lei 13.964/2019 é fruto da conversão do anteriormente citado PL 10.372/2018 e um detalhe que chama a atenção é o teor da ementa: quando na Câmara, o referido Projeto de Lei contava com redação mais analítica²⁹, ao passo que, no Senado, convolado no PL 6.341/2019, recebeu a redação efetivamente constante da Lei 13.964/2019: “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.”

Passemos a uma abordagem temática do Pacote Anticrime, de maneira a identificar se as normas editadas têm conteúdo de severidade correlato ao discurso político apresentado aos segmentos sociais.

29 Assim redigida: “Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.”

3. ABORDAGEM MATERIAL: A AMPLITUDE NORMATIVA DO PACOTE ANTICRIME

Há uma razão, de ordem material, para se atribuir o chamativo nome “pacote” às inovações trazidas pela Lei em comento: trata-se de um verniz que buscou potencializar ainda mais os anseios sociais, já que parece transmitir uma mensagem de que a Lei nova trouxe uma solução definitiva aos problemas da criminalidade, através de uma miríade de novidades jurídicas impactantes. Sobre o tema, há quem diga tratar-se de um “populismo punitivo” ou de uma “criminologia midiática”, consubstanciada pelo uso de clichês cristalizadores de consensos, através dos quais a escolha da palavra “anticrime” revelaria uma contradição em termos, na medida em que desconsidera avanços nas ciências do direito e processo penal, além da criminologia, sem embargo de que a lei não combate o crime, mas é aplicada em decorrência dele (ALENCAR; TÁVORA, 2019, p. 11-13). Nessa linha, Martim de Almeida Sampaio (2020, p. 58) prenuncia ter a comunidade científica e acadêmica recebido a nova norma com ressalvas, tanto pela matriz ideológica, que estaria “identificada com a corrente Lei e Ordem”, quanto pela “ineficácia como medida de combate à criminalidade.”

Fato é que havia um anseio social por uma atualização legislativa voltada às legislações de urgência acerca da questão da criminalidade, e essa percepção foi verificada pelo Instituto DataSenado, em pesquisa realizada sobre o tema. O instituto, entre os dias 6 e 25 de março de 2019, entrevistou 1.161 pessoas de todas as unidades da federação e concluiu que o Pacote Anticrime – considerado, de acordo com notícia divulgada³⁰, como o conjunto das três proposições apresentadas pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública (PL 881/2019, PL 882/2019 e PLP 38/2019) e que, para imediato início dos debates nas duas casas congressuais, foram reapresentados no Senado (PL 1.864/2019, PL 1.865/2019 e PLP 89/2019) – é de conhecimento e aprovação da maioria da população brasileira.

30 BRASIL. Senado. **DataSenado: maioria aprova pacote anticrime do ministro Sérgio Moro**. Brasília, DF, 05/04/2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/05/datasenado-maioria-aprova-pacote-anticrime-do-ministro-sergio-moro>. Acesso em: 23 jan. de 2023.

O levantamento³¹ mostra que, diante da pergunta “você ouviu falar das medidas propostas pelo governo para combater a corrupção, o crime organizado e os crimes violentos, apresentadas nos projetos de lei anticrime?”, 72% das pessoas respondeu “sim”, contra 26% “não” e 2% “não sabe/não respondeu.” Ademais, para 65% dos entrevistados, as mudanças propostas pelos Projetos de Lei do Pacote Anticrime “vão trazer muitos benefícios para o Brasil.” 17% e 15%, respectivamente, afirmaram que tais propostas “vão trazer poucos benefícios para o Brasil” e “não vão trazer benefícios para o Brasil” e 3% não souberam ou não responderam. Detalhamentos acerca da metodologia e espaço amostral, inclusive distribuição etária e por região, e perfil dos respondentes, podem ser verificados na própria pesquisa, a qual põe a descoberto um anseio social por medidas de maior rigor, e que não passou despercebido pelos atores políticos, como plataforma de campanha.

E assim foi feito. A Lei 13.964/2019 realmente promoveu alterações sensíveis em diversos diplomas, alguns de aplicação rotineira pelo operador do direito penal. Em que pese contar com 20 artigos, é deveras abrangente, pois a opção escolhida pelo legislador foi a de compartimentalizar as mudanças, artigo por artigo. Na taxonomia normativa, então, ao art. 1º, cuja redação repete a ementa,³² seguem as inovações trazidas pelos dispositivos subsequentes (arts. 2º a 19), com a cláusula de vigência apreçada no derradeiro³³ enunciado. Nesse quadrante, a Lei Anticrime incluiu, suprimiu ou alterou dispositivos de 17 Leis: Código Penal (art. 2º), Código de Processo Penal (art. 3º), Lei de Execução Penal (art. 4º), Lei de Crimes Hediondos (arts. 5º e 19),³⁴ Lei de Improbidade Administrativa (art. 6º), Lei de Interceptações Telefônicas (art. 7º), Lei de Lavagem de Capitais (art. 8º), Estatuto do Desarmamento (art. 9º), Lei de Drogas (art. 10), Lei 11.671/2008 (art. 11), Lei 12.037/2009 (art. 12), Lei 12.694/2012 (art. 13), Lei de Organizações Criminosas (art. 14), Lei 13.608/2018 (art. 15), Lei 8.038/1990 (art. 16), Lei 13.756/2018 (art. 17) e Código de Processo Penal Militar (CPPM) (art. 18).

31 BRASIL. Instituto de Pesquisa DataSenado. **Pesquisa sobre o pacote de medidas anticrime**: pesquisa datasenado. Brasília: Senado, março/2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/pesquisa-nacional-avalia-pacote-de-medidas-anticrime>. Acesso em: 23 jan. de 2023.

32 Art. 1º Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

33 Art. 20. Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.

34 Veja-se que a Lei de Crimes Hediondos é a única regida por dois dispositivos da Lei Anticrime. Para além do art. 5º, que segue redação padronizada, utilizada nos demais, o art. 19 traz uma outra alteração a esse diploma, revogando-lhe um dispositivo: “Art. 19. Fica revogado o § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.”

Esmiuçando a redação legal, a amplitude das alterações é de monta e se apresenta, na 13.964/2019, de maneira mais ou menos padronizada. Os arts. 2º a 12, 14, 15 e 17 enunciam que a Lei a que se referem “passa a vigorar com as seguintes alterações”, dispondo, a seguir, com o cabedal de mudanças;³⁵ já os arts. 13, 16 e 18 utilizam modelo redacional de que a Lei respectiva “passa a vigorar acrescida do seguinte art. ‘tal’.” Mas a largueza normativa da Lei 13.964/2019 pôde ter sido, em alguns pontos, frustrante para quem esperava uma legislação destinada a imprimir exemplar repressão às atividades delituosas, sob a premissa do discurso propalado pelo Governo Federal.

De fato, a quantidade de diplomas alterados pela Lei 13.964/2019, resultante da influência sofrida pelo PL 10.372/2018, por força dos debates e proposições trazidas e impulsionadas pelo Poder Executivo, nem sempre atendeu a contento a esse ideário. Com efeito, a ementa da Lei 13.964/2019 (“aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”) parece um tanto genérica e imprecisa. A generalidade pode ser reflexo da anteriormente citada confluência de um sem-número de proposições legislativas encaminhadas. A imprecisão, para além de não estabelecer um signo identitário sobre de que lei, ou leis, estar-se a tratar (a menção é feita apenas à “legislação penal e processual penal”), deflui de não ter sido considerada a alteração promovida na Lei de Improbidade, marco normativo extrapenal, com sanções político-administrativas.

Ademais, o conteúdo da ementa também é singelo e não transmite o recado a que se propunha o legislador do “pacote anticrime”, pois a nova Lei trouxe institutos carentes de regulamentação: reitere-se o exemplo da Lei de Improbidade Administrativa cujo acordo de não persecução cível, que, inicialmente, contou com dois únicos preceptivos encartados no art. 6º da Lei Anticrime, demandou uma minudência que só veio anos depois, em 2021, com a entrada em vigor da Lei 14.230/2021.

Noutro flanco, a Lei Anticrime também trouxe institutos cuja disposição revelou ser mais benéfica, se comparados com a regência anterior, inclusive aptos a fomentar linhas defensivas pautadas em nulidades processuais. Essa possibilidade fica evidente quando se observa, por exemplo, a exacerbada preocupação do art. 158-A do CPP³⁶

35 A exceção feita quanto aos arts. 1º, 19 e 20, como visto anteriormente.

36 Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

com a cadeia de custódia da prova: embora o preceito não o diga expressamente, o mínimo afastamento de suas disposições poderá engendrar questionamentos sobre a validade do elemento colhido. De entendimentos heterodoxos aplicados a institutos como este, poderão advir sofisticadas teses de nulidade, em socorro a acusados com alto poder aquisitivo (não raro, ligados ao crime organizado), cuja consequência será uma indesejada seletividade, pondo em descrédito a efetividade do processo e afastando por completo a máxima “não há nulidade sem prejuízo”, positivada na cláusula geral do art. 563 do CPP,³⁷ e de ampla aceitação jurisprudencial, conforme enunciado de súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.³⁸ Idêntica visão é compartilhada por Rodrigo Chemim Guimarães, para quem a exacerbada preocupação normativa dá azo a uma “plantação de nulidades”, diante do grau de detalhamento de “inúmeras regrinhas” acaso não observadas no manuseio dos elementos de prova.³⁹

Ademais, anote-se a desnecessidade de detalhamento da legítima defesa pela inserção do parágrafo único ao art. 25 do Código Penal,⁴⁰ fomentador de “penas de morte sem processo” aplicadas por agentes de segurança pública no contexto de operações policiais (CHAVES; FERRAZ; MONTEIRO, 2019, p. 20): dado passível de correlação foi a ocorrência, em 2021, do que pode ter sido a operação policial mais letal do Rio de Janeiro em uma década, conforme divulgado pelas Nações Unidas (ONU, 2021).

37 Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

38 Súmula 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**, de 3 de dezembro de 1969. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false>. Acesso em: 29 ago. de 2020.

39 **Julgados e comentados: #10 – A imparcialidade do mp na investigação criminal.** Entrevistador: Eduardo Augusto Salomão Cambi, Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná. Entrevistados: Deltan Dallagnol, Procurador da República do Ministério Público Federal; Paulo Busato e Rodrigo Chemim Guimarães, Procuradores de Justiça do Ministério Público do Paraná. MPPR: 04/03/2020. 1 áudio (43 min 51 s). *Podcast*. Disponível em: <https://podcasts.apple.com/br/podcast/10-a-imparcialidade-do-mp-na-investigacao-criminal/id1482978219?i=1000467482095>. Acesso em: 21 dez. de 2022. 31min a 31min e 35 s.

40 Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Os agentes de segurança pública, a propósito, também foram aquinhoados com disposições no CPP⁴¹ e no CPPM,⁴² atinentes à possibilidade de advogados públicos, ou designados a expensas da pessoa política respectiva, assumirem suas defesas em procedimentos afetos a atribuições funcionais. Trata-se de um beneplácito que amplia o escopo da defesa e que, para Rogério Sanches Cunha (2020, p. 106), termina por burocratizar a investigação criminal.

Ainda no cotejo entre novas disposições mais benéficas, Paulo Queiroz (2020) adverte, dentre outras, que as regras a seguir têm aplicação retroativa ao investigado ou acusado, por serem mais favoráveis: a) no CP,⁴³ a alteração do regime jurídico do estelionato, que, doravante e em regra, passa a ser crime de ação penal pública

41 Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. (...) § 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado. § 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração. § 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.

42 Art. 16-A. Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor. (...) § 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado. § 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração. § 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses do investigado nos procedimentos de que trata esse artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.

43 Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: (...) § 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: I - a Administração Pública, direta ou indireta; II - criança ou adolescente III - pessoa com deficiência mental; ou IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

condicionada; b) no CPP, o impedimento do juiz que conheceu a prova ilícita⁴⁴ e a vedação⁴⁵ da prisão preventiva de ofício.⁴⁶

No que tange à execução penal, a benignidade defluiu, por exemplo, dos requisitos objetivos para a progressão de regime. Basta comparar a redação anterior do art. 112, *caput* da LEP⁴⁷, que fixava o cumprimento de 1/6 da pena, com a atualmente empregada no inciso I do dispositivo⁴⁸ (doravante, 16% da pena mais primariedade, no contexto de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça): de acordo com METZKEER (2019, p. 88), a inovação é benéfica para os sentenciados primários por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, diante da conversão da fração de 1/6 em percentual de pena (16,6%). Assim, “nos casos anteriores a vigência à Lei Anticrime, em que o apenado seja primário e tenha praticado crime sem violência à pessoa ou grave ameaça, a lei retroagirá para aplicar a estes a porcentagem de 16% e não mais 1/6 (16,6%).”

Ainda no instituto da progressão, pontue-se que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em recurso repetitivo,⁴⁹ reconheceu a retroatividade do art. 112, V da LEP⁵⁰ aos apenados por crime hediondo ou equiparado que não sejam reincidentes específicos. Trata-se da aplicação retroativa

44 Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (...) § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

45 Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

46 A redação do art. 316, *caput* do CPP, dada pela Lei Anticrime, deixa em aberto a possibilidade de decretação, de ofício, de uma nova prisão preventiva, sobrevivendo razões que a justifiquem.

47 Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

48 Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça.

49 REsp 1.910.240/MG. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz.

50 Art. 112. (...) V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário.

do patamar atual, de 40%, contra os 3/5 (ou 60%), outrora estatuídos pela Lei de Crimes Hediondos.⁵¹

Mas há outro ponto a destacar quanto à adequação temática do Pacote Anticrime, desta vez, afeto aos vetos presidenciais. Vejamos.

O PL 6.341/2019, que viria a ser a Lei 13.469/2019, recebeu vetos presidenciais em alguns temas, o que causou cizânia quanto à efetividade das medidas, inclusive dentro do próprio Poder Executivo.⁵² Esses vetos, apostos através de Mensagem Presidencial enviada ao Senado,⁵³ versaram sobre seis diplomas normativos: Código Penal (arts. 121, § 2º, VIII e 141, §2º), Código de Processo Penal (arts. 3º-B, § 1º e 14-A, §§ 3º, 4º e 5º), Lei de Execução Penal (arts. 9º-A, *caput* e §§ 5º, 6º e 7º e 112, § 7º), Lei de Improbidade Administrativa (art. 17-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º), Lei de Interceptações Telefônicas (art. 8º-A, §§ 2º e 4º), e Código de Processo Penal Militar (art. 16-A, §§ 3º, 4º e 5º). Ademais, contemplam justificativas que poderiam, sob certo ponto de vista, ser encampadas por correntes favoráveis à defesa, na contramão da bandeira “anticrime”.

Nessa linha, a Mensagem Presidencial começa estabelecendo os motivos dos vetos, que se devem tanto a razões políticas (contrariedade ao interesse público), como por inconstitucionalidade. Não obstante, alguns vetos revelam que a norma suprimida teria o condão de potencializar a acusação ou a reprimenda, sem incorrer em inconstitucionalidade das disposições. Essa circunstância rende ensejo a alguma dissintonia entre o discurso proferido e os vetos presidenciais (que serviriam muito mais a teses defensivas), merecendo destaque a supressão dos seguintes dispositivos:

a) Código Penal:

51 Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

52 Congresso em Foco. **Bolsonaro contraria Moro e veta 25 pontos do Pacote Anticrime**. 25/12/2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/governo/bolsonaro-contraria-moro-e-veta-25-pontos-do-pacote-anticrime/>. Acesso em: 23 jan. de 2023.

53 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 23 jan. de 2023.

a1) Art. 121, § 2º, VIII:⁵⁴

A propositura legislativa, ao prever como qualificadora do crime de homicídio o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, sem qualquer ressalva, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, além de gerar insegurança jurídica, notadamente aos agentes de segurança pública, tendo em vista que esses servidores poderão ser severamente processados ou condenados criminalmente por utilizarem suas armas, que são de uso restrito, no exercício de suas funções para defesa pessoal ou de terceiros ou, ainda, em situações extremas para a garantia da ordem pública, a exemplo de conflito armado contra facções criminosas.

a2) Art. 141, § 2º:⁵⁵

A propositura legislativa, ao promover o incremento da pena no triplo quando o crime for cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, notadamente se considerarmos a existência da legislação atual que já tutela suficientemente os interesses protegidos pelo Projeto, ao permitir o agravamento da pena em um terço na hipótese de qualquer dos crimes contra a honra ser cometido por meio que facilite a sua divulgação [...]

b) Lei de Execução Penal (art. 9º-A, § 6º):⁵⁶

54 Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (...) § 2º Se o homicídio é cometido: (...) VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

55 Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: (...)§ 2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena.

56 Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (...) § 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do **caput** deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.

A proposta legislativa, ao prever o descarte imediato da amostra biológica, uma vez identificado o perfil genético, contraria o interesse público tendo em vista que a medida pode impactar diretamente no exercício do direito da defesa, que pode solicitar a refeitura do teste, para fins probatórios. Ademais, as melhores práticas e recomendações internacionais dizem que após a obtenção de uma coincidência (**match**) a amostra do indivíduo deve ser novamente testada para confirmação do resultado. Trata-se de procedimento de controle de qualidade com o objetivo de evitar erros.

Note-se que as razões elencadas para os vetos acima decorrem do atendimento a teses defensivas, mormente aquelas disposições do CP, muito mais ligadas ao preceito secundário da pena (qualificadoras e causas de aumento) do que, propriamente, adequação do alcance do preceito incriminador. Os outros vetos ora parecem ter sido consentâneos à lógica “anticrime”⁵⁷, ora consideraram questões ligadas à segurança jurídica⁵⁸ como fatores determinantes.

De qualquer sorte, com exceção das disposições referentes às alterações na Lei de Improbidade Administrativa – o que, para a doutrina (ARAS; CAVALCANTE; LIMA; PINHEIRO 2020, p. 137), acarretou dificuldades na implementação do acordo de não persecução cível⁵⁹ cuja consensualidade representou uma opção viável –, os vetos foram derrubados pelo Congresso Nacional, circunstância da qual decorreram duas promulgações da Lei 13.964/2019: além da primeira, em 24/12/2019, data em que também foi publicada em edição extra no Diário Oficial da União, houve uma segunda promulgação, em 29/04/2021 e com publicação em 30/04/2021, como complemento normativo com as partes inicialmente vetadas. Chama a atenção que

57 Hipótese do §§ 5º e 7º do art. 9º-A, e do § 7º do art. 112 da LEP cujos vetos buscaram, respectivamente: ampliar os responsáveis pela coleta, e as possibilidades de utilização do material biológico destinado ao perfil genético; e ainda, estabelecer maior severidade às hipóteses de progressão de regime. Ademais, os vetos aos §§ 2º e 4º do art. 8º-A da Lei de Interceptações Telefônicas tiveram o propósito de propiciar a instalação de dispositivos de captação em locais compreendidos como “casa”, na esteira do art. 150, § 4º do CP, e a utilização da captação ambiental feita por um dos interlocutores, em benefício da acusação.

58 Caso, das normas dispostas no CPP (arts. 3º-B, § 1º e 14-A, §§ 3º, 4º e 5º) e no CPPM (art. 16-A, §§ 3º, 4º e 5º), alusivas à defesa de profissionais de segurança pública (comentadas anteriormente) e à vedação de audiências de custódia por videoconferência.

59 Os dispositivos vetados minudenciavam o acordo de não persecução cível, tarefa a que se dedicou, dentre outras inovações, a Lei 14.230/2021, conforme visto anteriormente.

o Presidente da República concordou com a derrubada dos vetos pelo Legislativo, diante de ter sido o próprio mandatário a autoridade que se incumbiu da promulgação das partes vetadas, na forma do art. 66, § 5º da CF.⁶⁰

Em síntese, em decorrência dos trabalhos legislativos do Pacote Anticrime, alguns dispositivos da Lei 13.964/2019 mostraram-se disfuncionais à lógica de se estabelecer medidas mais severas em resposta à criminalidade.

CONCLUSÃO

A atividade legiferante é voltada a colmatar interesses dos grupos sociais, os quais, em um sistema democrático, elegem os detentores do poder político. Nessa linha, o contexto de uma sociedade multifacetada, associado ao crescente ritmo das relações avançadas, torna ainda mais difícil essa tarefa de conformação de interesses.

Tenha-se em mira que, no direito penal, essa necessidade de acompanhamento entre as normas e os fatos sociais mostra-se jungida ao Princípio da Legalidade, o qual determina um roteiro a ser seguido, qual seja, o de que apenas a lei deverá acarretar gravame à pessoa.

Pois bem, é forte nessas premissas que a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, foi editada e buscou atender a uma demanda de efetividade e resposta, há muito sentida na sociedade. Esse diploma começou a ser gestado em 2017, com a designação de um grupo de trabalho presidido pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes, cujos trabalhos, concluídos em 08/05/2018, deram origem ao PL 10.372/2018, proposto em 06/06 daquele ano. Ocorre que, no início de 2019, outros seis projetos de lei, três na Câmara, pelo Poder Executivo (PL 881/2019, PL 882/2019 e PLP 38/2019) e três no Senado, por grupos de senadores (PL 1.864/2019, PL 1.865/2019 e PLP 89/2019), trouxeram dúvidas, diante da similaridade de temas, a respeito de qual das proposições é a que, efetivamente, deu origem ao Pacote Anticrime.

Neste panorama, um grupo de trabalho analisou as propostas em tramitação, condensando algumas delas no originário PL 10.372/2018 – que, no Senado, recebeu o sequencial PL 6.341/2019 –, vindo este, efetivamente, a ser sancionado como a Lei 13.964/2019, tanto que, com exceção do PL 882/2019, arquivado por prejudicialidade

60 Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. (...) § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

por força da aprovação do Pacote Anticrime, os outros ainda tramitam no Congresso Nacional, não sendo possível aventar prognóstico de discussão e votação.

Anote-se que a Lei 13.964/2019 é ampla, possivelmente por força dos debates legislativos a respeito das outras disposições elencadas pelo Executivo; traz, inclusive, tema extrapenal, a exemplo da alteração na Lei de Improbidade Administrativa. Outrossim, sem embargo da regulação de temas sensíveis, passíveis de suscitações de nulidades processuais, como a excessiva minudência do tema “cadeia de custódia.” Em igual sentido, algumas disposições mostraram-se merecedoras de crítica, valendo como exemplos o desdobramento da legítima defesa e a assistência jurídica aos agentes de segurança pública envoltos em procedimentos referentes às suas atribuições.

E mais, há retroatividade de disposições que, após a citada inovação legislativa, trouxeram benefícios, a exemplo da convocação do estelionato em crime de ação pública condicionada, da vedação da prisão preventiva de ofício em algumas hipóteses, do impedimento do juiz que conheceu da prova inadmissível, dos requisitos à progressão de regime, dentre outras.

Noutro flanco, os vetos trazidos pelo Poder Executivo a alguns dispositivos da Lei 13.964/2019, ampliativos de preceitos secundários e do exercício da acusação, traduziriam contrassenso, se mantidos fossem pelo Legislativo.

Do exposto, conclui-se que as propostas encabeçadas pelo Poder Executivo (PL 881/2019, PL 882/2019, PLP 38/2019, PL 1.864/2019, PL 1.865/2019 e PLP 89/2019), embora tenham exercido influência na redação final, não originaram diretamente a Lei 13.964/2019, a qual deriva do PL 10.372/2018 e cujas disposições nem sempre atenderam ao senso comum de “combate” à criminalidade.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**: tripartido em três projetos de lei conforme versão enviada ao congresso nacional. Salvador: JusPODIVM, 2019. E-book. Disponível em: http://ajufe.org.br/images/pdf/Comentarios_Anteprojeto_Anticrime_Nestor_Rosmar.pdf. Acesso em: 27 set. de 2022.

ARAS, Vladimir; *et. al.* **Lei anticrime comentada**. Leme, São Paulo: JH Mizuno, 2020.

ARAS, Vladimir. Comentários ao pacote anticrime (5): o limite de cumprimento de pena de extraditado após a lei anticrime. **Blog do Vlad**: justiça criminal, direitos humanos, corrupção, lavagem de dinheiro, crime organizado, cooperação internacional, segurança pública. 06/05/2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/06/comentarios-ao-pacote-anticrime-5-o-limite-de-cumprimento-de-pena-de-extraditado-apos-a-lei-anticrime/>. Acesso em: 26 ago. de 2020.

BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. *In*: ELBERT, Carlos Alberto (org.). **Memória criminológica, nº 1**: criminología y sistema penal (compilación *in memoriam*). Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2004. p. 168-198.

BBC News Brasil. **O que sobrou do pacote anticrime de Moro após aprovação na Câmara**. 05 dez. de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50673251>. Acesso em: 17 jan. de 2023.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Traducción de José F. Fernandez Santillán. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986.

BRANDÃO, Cláudio. A história das ideias penais e sua conexão com a história do pensamento jurídico. **Revista acadêmica**, v. 83, p. 39-51, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/288/253>. Acesso em: 08 mar. de 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Moro e mais cinco ministros entregam proposta anticrime a Rodrigo Maia**. Brasília, DF, 19/02/2019, atualizado em 19/02/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/552156-moro-e-mais-cinco-ministros-entregam-proposta-anticrime-a-rodrigo-maia/>. Acesso em: 10 jan. de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 mai. de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Código de processo penal militar. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 19 dez. de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 mai. de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 29 ago. de 2020.

BRASIL. Instituto de Pesquisa DataSenado. **Pesquisa sobre o pacote de medidas anticrime**: pesquisa datasenado. Brasília: Senado, março/2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/pesquisa-nacional-avalia-pacote-de-medidas-anticrime>. Acesso em: 23 jan. de 2023.

BRASIL. **Justificativa ao Projeto de Lei Complementar nº 89, de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para estabelecer regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral. Brasília, DF: Senado, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935283&ts=1672773369249&disposition=inline>. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. **Justificativa ao Projeto de Lei nº 1.864, de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF: Senado, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935297&ts=1630441124691&disposition=inline>. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. **Justificativa ao Projeto de Lei nº 1.865, de 2019**. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para criminalizar o uso de caixa dois em eleições. Brasília, DF: Senado, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935081&ts=1630423002375&disposition=inline>. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. **Justificativa ao Projeto de Lei nº 10.372, de 2018**. Introdz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília, DF: Câmara, 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 15 ago. de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso xliii, da constituição federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm#art2%C2%A72.. Acesso em: 16 dez. de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm#promulgacao. Acesso em: 23 jan. de 2023.

BRASIL. Mensagem Presidencial nº 50, de 19 de fevereiro de 2019 e Exposição de Motivos nº 14, de 31 de janeiro de 2019. Projeto de Lei nº 882, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF: Câmara, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL%20882/2019. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. Mensagem Presidencial nº 51, de 19 de fevereiro de 2019 e Exposição de Motivos nº 16, de 08 de fevereiro de 2019. Projeto de Lei Complementar nº 38, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para estabelecer regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral. Brasília, DF: Câmara, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712104. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. Mensagem Presidencial nº 52, de 19 de fevereiro de 2019 e Exposição de Motivos nº 18, de 18 de fevereiro de 2019. Projeto de Lei nº 881, de 2019. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para criminalizar o uso de caixa dois em eleições. Brasília, DF: Câmara, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712128&filename=MSC%2052/2019%20=%3E%20PL%20881/2019. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. Mensagem Presidencial nº 726, de 24 de dezembro de 2019. Projeto de Lei nº 6.341, de 2019 (nº 10.372 na Câmara dos Deputados). Aperfeiçoa

a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 23 jan. de 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Lei anticrime entra em vigor**. Brasília, DF, 24/01/2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/lei-anticrime-entra-em-vigor>. Acesso em: 25 ago. de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Lei Anticrime entra em vigor: medidas modernizam legislação no combate à corrupção, organização criminosa e violência**. Brasília, DF, 24/01/2020, atualizado em 11/11/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/lei-anticrime-entra-em-vigor#:~:text=Bras%C3%ADlia%2C%2024%2F01%2F2020,P%C3%BAblico%20e%20por%20menos%20impunidade>. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Ministro Moro e presidente da Câmara acertam votação do pacote anticrime**: Ministro da justiça e segurança pública quer reinserir no pacote pontos considerados fundamentais para o combate ao crime. Brasília, DF, 19/11/2019, atualizado em 21/11/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/ministro-moro-e-presidente-da-camara-acertam-votacao-do-pacote-anticrime>. Acesso em: 10 jan. de 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Ministro Sérgio Moro debate Pacote Anticrime com relator de PL na CCJ do Senado**: proposta tramita em paralelo na câmara dos deputados e no senado federal. Brasília, DF, 08/04/2019, atualizado em 02/12/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/collective-nitf-content-1554760918.42>. Acesso em: 10 jan. de 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Pacote Anticrime agora é lei**. Brasília, DF: [2019 ou 2020]. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1>. Acesso em: 19 ago. de 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Sérgio Moro apresenta projeto de Lei Anticrime na próxima segunda-feira (4)**: texto será enviado ao congresso nacional nos próximos dias. Brasília, DF, 03/02/2019, atualizado em 31/10/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/02/sergio-moro-apresenta-projeto-de-lei-anticrime-na-proxima-segunda-feira-4>. Acesso em: 10 jan. de 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar nº 38, de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para estabelecer regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral. Brasília, DF: Câmara, 2019. Disponível em: <https://>

www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712090. Acesso em: 05 jan. de 2023.

BRASIL. Projeto de Lei Complementar nº 89, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para estabelecer regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral. Brasília, DF: Senado, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136034>. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 881, de 2019. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para criminalizar o uso de caixa dois em eleições. Brasília, DF: Câmara, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712087. Acesso em: 05 jan. de 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 882, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF: Câmara, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filenome=PL+882/2019. Acesso em: 15 ago. de 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.864, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF: Senado, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136033>. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.865, de 2019. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para criminalizar o uso de caixa dois em eleições. Brasília,

DF: Senado, 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136028#tramitacao_10044790. Acesso em: 09 jan. de 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.341, de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Senado, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>. Acesso em: 29 ago. de 2020.

BRASIL. Senado. **DataSenado: maioria aprova pacote anticrime do ministro Sérgio Moro**. Brasília, DF, 05/04/2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/05/datasenado-maioria-aprova-pacote-anticrime-do-ministro-sergio-moro>. Acesso em: 23 jan. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Recurso especial 1.910.240/MG** [...]. PROGRESSÃO DE REGIME. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 26 de maio de 2021. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202003260024. Acesso em: 03 mar. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**, de 3 de dezembro de 1969. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false>. Acesso em: 29 ago. de 2020.

CHAVES, Sabrina Ribeiro; FERRAZ, Hamilton Gonçalves; MONTEIRO, Luan de Azevedo. A legítima defesa no “projeto anticrime”: considerações críticas preliminares. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 318, p. 18-20, mai. 2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6336-A-legitima-defesa-no-projeto-anticrime-consideracoes-criticas-preliminares. Acesso em: 02 mar. de 2023.

CONGRESSO EM FOCO. **Bolsonaro contraria Moro e veta 25 pontos do Pacote Anticrime**. 25 dez. de 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/governo/bolsonaro-contraria-moro-e-veta-25-pontos-do-pacote-anticrime/>. Acesso em: 23 jan. de 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime**: lei 13.964/2019 – comentários às alterações no cp, cpp e lep. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FULLER, Paulo Henrique; JUNQUEIRA, Gustavo; PARDAL, Rodrigo; VANZOLINI, Patrícia. **Lei anticrime comentada** – artigo por artigo: inclui os mais recentes julgados do stf e stj sobre o tema. 2da edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

G1. **Projeto de lei prevê endurecer penas e condições de prisão por crime grave**. 08 mai. de 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/05/>

projeto-de-lei-preve-endurecer-penas-e-condicoes-de-prisao-por-crime-grave.html. Acesso em: 29 ago. de 2020.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução: Maria Luíza X. de A. Borges. 3ra edição. Rio de Janeiro: Record, 2007.

Julgados e comentados: #10 – A imparcialidade do mp na investigação criminal. Entrevistador: Eduardo Augusto Salomão Cambi, Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná. Entrevistados: Deltan Dallagnol, Procurador da República do Ministério Público Federal; Paulo Busato e Rodrigo Chemim Guimarães, Procuradores de Justiça do Ministério Público do Paraná. MPPR: 04/03/2020. 1 áudio (43 min 51 s). *Podcast*. Disponível em: <https://podcasts.apple.com/br/podcast/10-a-imparcialidade-do-mp-na-investiga%C3%A7%C3%A3o-criminal/id1482978219?i=1000467482095>. Acesso em: 21 dez. de 2022.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

METZKEER, David. **Lei anticrime (lei 13.964/2019)**: comentários às modificações no cp, cpp, lep, lei de drogas e estatuto do desarmamento. Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020.

ONU. **ONU pede investigação de operação policial em favela no Rio de Janeiro, que matou pelo menos 25**. Brasília, DF, 07 mai. de 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/05/1749992>. Acesso em: 18 mai. de 2022.

QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime – retroatividade da lei 13.964/2019: aspectos penais, processuais e executórios**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/1351-2/>. Acesso em: 18 jan. de 2021.

SAMPAIO, Martim de Almeida. Do brasil colônia à lei anticrime: a herança da desigualdade e da repressão. *In*: GONÇALVES, Antônio Baptista (coord.). **Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

