REVISTA DA ESMAPE ON LINE

VOLUME 4 | NÚMERO 08 - JULHO A DEZEMBRO DE 2025

ISSN 2675-7125

Revista da Esmape

Online

Volume 4 - número 8 - julho a dezembro de 2025
ISSN 2675-7125

Copyright Escola Judicial de Pernambuco (ESMAPE)

Coordenação Técnica e Editorial: *Msc.* Joseane Ramos Duarte Soares
Projeto gráfico: Fernando Gonçalves de A Silva
Revisão: Autores

A Revista da Esmape online divulga assuntos de interesse jurídico pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial. Excepcionalmente, a Revista da Esmape online está sendo impressa, com uma tiragem de 150 exemplares.

Sítio: https://www.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/revista-da-esmape/edicoes

Revista da Esmape online / Escola Judicial de Pernambuco (Esmape). Ano I, n. 1, (2022-). – Recife: Esmape, 2022- . Semestral

ISSN 2675-7125

1. Direito – Periódico. I. Escola Judicial de Pernambuco. II. Esmape

CDD 340.05

Correspondências:

Escola Judicial de Pernambuco (ESMAPE)
Rua Des. Otílio Neiva Coelho, s/n – bairro Ilha Joana Bezerra, Recife – PE
Biblioteca Jarbas Maranhão – CEP 50.080-900
E-mail: revista.esmape@tjpe.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
BIÊNIO 2024/2026

PRESIDENTE
Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

1º VICE-PRESIDENTE
Desembargador Fausto de Castro Campos

2º VICE-PRESIDENTE
Desembargador Eduardo Sertório Canto

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA
Desembargador Francisco José dos Anjos B. de Mello

*

ESCOLA JUDICIAL DE PERNAMBUCO
BIÊNIO 2024/2026

DIRETOR-GERAL
Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

VICE-DIRETORA-GERAL
Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

SUPERVISOR
Juiz Sílvio Romero Beltrão

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL
Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

VICE-DIRETORA-GERAL
Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

MEMBROS

Alexandre Freire Pimentel
Ana Claudia Brandão de Barros C. Ferraz
Ana Paula Lira Melo
André Vicente Pires
Rosa Andreas Joachim Krell
Antônio Beltrão
Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Élio Braz Mendes
Éric Castro e Silva
Fernanda Moura de Carvalho
Fernando José Borges Correia de Araújo
Flávio Augusto Fontes de Lima
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Frederico Leopoldino Kohler
Frederico Ricardo de Almeida Neves
Hélio Silvio Ourem Campos
Humberto Carneiro
Humberto Costa Vasconcelos Júnior
Iasmina Rocha
Ivanildo de Figueiredo
Andrade de Oliveira Filho
Ivo Dantas
João Maurício Adeodato
João Paulo Fernandes de
S. Allain Teixeira
Jorge Américo Pereira de Lira
José André Machado Barbosa Pinto
José Carlos de Arruda Dantas
José Fernando Simão
José Ronemberg Travassos da Silva
José Viana Ulisses Filho

COORDENAÇÃO GERAL DA REVISTA
Des. Jorge Américo Pereira de Lira

COORDENAÇÃO TÉCNICA E EDITORIAL
Joseane Ramos Duarte Soares

Sumário

Apresentação
Des. Jorge Américo Pereira de Lira — 10

Magistrados

Dos meios de prova na investigação do crime organizado – Provas tecnológicas no processo contemporâneo — 16
Desa. Ivana David

O direito de ser quem você é: Dignidade, cidadania trans e a mutação constitucional da ADI n. 4275 e do Tema 761 na lei brasileira — 46
Des. Jorge Américo Pereira de Lira

Público externo

Diálogo processual intersubjetivo pós Código de Processo Civil de 2015: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de garanti-lo ou limitá-lo? — 81
Alexandre Moura Alves de Paula Filho e
Lúcio Grassi Gouveia

Tecnologia na justiça criminal: aperfeiçoando as medidas cautelares — 113
Anderson de Paiva Gabriel e
Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya

A investigação policial dos próximos anos — 141
Paulo André Furtado

Responsabilidade transubjetiva em direito e tecnologia: Modelo para o dilema material e processual da responsabilização pelo uso de inteligência artificial 154
André Lucas Fernandes

Dever probatório endereçado às partes? 174
Bruno Campos Silva

Criptoativos no sistema de justiça: noções introdutórias 194
Diogo Erthal Alves da Costa e
Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira

Sacrifício religioso de animais e a interpretação da garantia à liberdade religiosa no contexto democrático 214
Geovana Faza da Silveira Fernandes
Fernando Gama de Miranda Netto

Cooperação Processual como faceta do Modelo Inquisitorial de Processo 244
Igor Raatz e Natascha Anchieta

A importância de frear o capitalismo financeiro para minimizar a desigualdade social: uma análise da realidade brasileira 280
Larissa Pinheiro Quirino

A propositura de demanda judicial para discutir a dívida como causa interruptiva da prescrição DA PRETENSÃO EXECUTIVA 305
Leonardo Carneiro da Cunha

Como construir uma interpretação Garantista do processo jurisdicional? 338
Lúcio Delfino

Decisão judicial e inteligência artificial: interseções e perspectivas a partir da cláusula do devido processo legal 364
Marcelo Pereira de Almeida e
Alexandre de Castro Catharina

A cadeia de custódia da prova digital no crime de assédio sexual 386
Mariana Aquino

Levando o contraditório a sério: da necessidade de compreensão do giro linguístico à aplicação/ interpretação do contraditório 404
Mateus Costa Pereira e
Pedro Spíndola Bezerra Alves

Sobre o tratamento da (im)penhorabilidade Do Bem de família na visão do Superior Tribunal de Justiça 428
Maurício Ferreira Cunha e Jhonatta Braga Barros

A discussão entre dois amigos sobre a função do Processo: Carnelutti, Calamandrei e a polêmica sobre o conceito de lide 451
Paolo Spaziani
(Trad. Thiago Aguiar de Pádua)

A questão da busca da verdade no processo Civil brasileiro: entre ideologias e argumentação 489
Rafael Alves de Luna

O respeito ao devido processo legal como Direito fundamental de primeira dimensão 524
Thiago Caversan Antunes

Contratos de plano de saúde "falso coletivo": critérios jurisprudenciais para sua caracterização 544
Vinicius de Negreiros Calado e
Matheus Quadros Lacerda Troccoli

Apresentação

Prezados leitores,

É com grande satisfação que apresentamos mais uma edição da Revista da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco (ESMAPE), um veículo de contínua disseminação do saber jurídico e de aprofundamento dos debates que moldam o nosso sistema de justiça. Nesta edição, continuamos a nossa missão de fomentar a reflexão crítica e a atualização profissional, trazendo a lume uma seleção de artigos de notável relevância, que abordam temas contemporâneos e de impacto direto na atividade jurisdicional e na sociedade como um todo. Antes de nos debruçarmos sobre as ricas contribuições que compõem este volume, convidamos o leitor a uma breve jornada pela história da nossa Escola, uma trajetória marcada pela excelência e pelo compromisso com a formação de magistrados e servidores.

A história da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE), hoje Escola Judicial, é um testemunho do compromisso do Judiciário pernambucano com a qualificação contínua de seus membros. A sua criação foi uma iniciativa visionária do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), em colaboração com a Associação dos Magistrados de Pernambuco (Amepe). A inauguração, em 11 de agosto de 1987, não foi apenas um marco para o nosso estado, mas também uma celebração dos 160 anos de instalação dos cursos jurídicos no Brasil. A solenidade de abertura, conduzida pelo então presidente do TJPE, Desembargador Cláudio Américo de Miranda, e com a participação do juiz Aluiz Tenório, simbolizou o início de uma nova era na formação jurídica em Pernambuco.

Desde o seu início, a ESMAPE pautou-se pela excelência. Já em 10 de setembro de 1987, a Escola iniciava suas atividades com o primeiro curso destinado a juízes recém-aprovados em concurso, sob a supervisão do então juiz Og Marques Fernandes. O reconhecimento pelo TJPE, por meio da Resolução nº 24, de 31 de março de 1987,

consolidou a sua importância institucional. Rapidamente, a Escola transcendeu a sua função inicial e se tornou um centro de excelência acadêmica, um ponto de encontro para operadores do Direito em busca de educação continuada e de aperfeiçoamento ético e profissional. A oferta de cursos, palestras, simpósios, seminários, jornadas e congressos, com a participação de renomados expositores do Brasil e do mundo, enriqueceu o cenário jurídico e intelectual do nosso estado.

A trajetória da ESMAPE é também uma história de constante evolução e inovação. Com um corpo docente altamente qualificado, composto por doutores, mestres e especialistas, e uma equipe técnica criativa e dedicada, a Escola soube se adaptar às novas demandas e expandir suas fronteiras. Em 2006, ampliou seu portfólio com a implementação de cursos de pós-graduação lato sensu e de extensão. Um marco significativo ocorreu em 2010, quando, em parceria com a prestigiosa Universidade de Lisboa, a ESMAPE ofereceu o primeiro curso de Mestrado Profissional em Ciências Jurídicas e Constitucionais, um feito que a colocou na vanguarda do ensino jurídico no país.

A transformação em Escola Judicial de Pernambuco (ESMAPE), em 7 de junho de 2013, oficializou o seu papel como órgão de ensino e aprendizagem do TJPE, centralizando a formação inicial, o vitaliciamento e o aperfeiçoamento de magistrados, bem como a educação continuada dos servidores do Judiciário estadual, em alinhamento com as diretrizes da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). O crescimento e a modernização da Escola culminaram, em 2 de fevereiro de 2018, com a inauguração de sua nova e imponente sede, um espaço de 9.765 metros quadrados, com um design moderno, sustentável e acessível, projetado para inspirar o aprendizado e a troca de conhecimentos. Mais recentemente, cinco projetos inovadores desenvolvidos pelo Instituto de Desenvolvimento de Inovações Aplicadas ao Tribunal de Justiça de Pernambuco (IDEIAS/ESMAPE), em parceria com a Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação (Setic), foram selecionados

para concorrer ao Prêmio Innovare 2025 na categoria Tribunal. As iniciativas — Expedito, Decola Ideias, Justiça Aqui, Laura e Bastião — destacam-se por promover automação, eficiência e acesso à justiça. As soluções envolvem desde a automação de tarefas processuais e autoatendimento em fóruns até o uso de inteligência artificial para combater práticas abusivas e padronizar cálculos judiciais, todas com impacto direto na melhoria da prestação jurisdicional, na celeridade e na transparência do sistema de Justiça.

É com esse espírito de constante aprimoramento e de olhar para o futuro que apresentamos os artigos desta edição. Abrindo os trabalhos, na seção dedicada aos Desembargadores, a Desa. Ivana David nos brinda com uma análise sobre "Dos meios de prova na investigação do crime organizado - Provas tecnológicas no processo contemporâneo", um tema de crucial importância na era digital. Em seguida, o Des. Jorge Américo Pereira de Lira explora "O direito de ser quem você é: Dignidade, cidadania trans e a mutação constitucional da ADI n. 4275 e do Tema 761 na lei brasileira", um artigo que mergulha em questões de direitos fundamentais e de identidade.

A seção "Público externo" é um mosaico de temas relevantes. Anderson de Paiva Gabriel e Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya discutem a "Tecnologia na justiça criminal: aperfeiçoando as medidas cautelares". André Furtado nos convida a refletir sobre "A investigação policial dos próximos anos". A complexa questão da "Responsabilidade transubjetiva em direito e tecnologia" é o foco do artigo de André Lucas Fernandes. Bruno Campos Silva questiona o "Dever probatório endereçado às partes?". Diogo Erthal Alves da Costa e Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira oferecem "Noções introdutórias" sobre "Criptoativos no sistema de justiça". A "Cooperação Processual como faceta do modelo Inquisitorial de Processo" é analisada por Igor Raatz e Natascha Anchieta. Larissa Pinheiro Quirino aborda "A importância de frear o capitalismo financeiro para minimizar a desigualdade social". Lúcio Delfino nos ensina "Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional?". Marcelo Pereira de Almeida e Alexandre de

Castro Catharina exploram as "interseções e perspectivas" da "Decisão judicial e inteligência artificial". Mariana Aquino trata da "A cadeia de custódia da prova digital no crime de assédio sexual". Mateus Costa Pereira e Pedro Spíndola Bezerra Alves aprofundam a "necessidade de compreensão do giro linguístico à aplicação/interpretação do contraditório". Maurício Ferreira Cunha e Jhonatta Braga Barros discutem a "(im)penhorabilidade do bem de família na visão do Superior Tribunal de Justiça". Paolo Spaziani, em tradução de Thiago Aguiar de Pádua, nos presenteia com "A discussão entre dois amigos sobre a função do Processo". Rafael Alves de Luna investiga "A questão da busca da verdade no processo civil brasileiro". Alexandre Moura Alves de Paula Filho e Lúcio Grassi de Gouveia indagam e discutem o "Diálogo processual intersubjetivo pós-Código de Processo Civil de 2015: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de garanti-lo ou limitá-lo?" . Thiago Caversan Antunes reflete sobre "O respeito ao devido processo legal como direito fundamental". E Vinicius de Negreiros Calado e Matheus Quadros Lacerda Troccoli apresentam os "critérios jurisprudenciais" para a caracterização dos "Contratos de plano de saúde 'falso coletivo'".

Por fim, destacamos a contribuição do Professor Leonardo Carneiro Cunha, com o seu artigo "A propositura de demanda judicial para discutir a dívida como causa interruptiva da prescrição da pretensão executiva". Uma análise aprofundada e oportuna sobre um tema que impacta diretamente a segurança jurídica e a efetividade da execução.

Desejamos a todos uma leitura proveitosa e inspiradora.

JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA
Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE)
Diretor-Geral da Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

MAGISTRADOS

Ivana David
Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

DOS MEIOS DE PROVA NA INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO - PROVAS TECNOLÓGICAS NO PROCESSO CONTEMPORÂNEO

MEIOS DE PROVA NA INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO - PROVAS TECNOLÓGICAS NO PROCESSO CONTEMPORÂNEO

Ivana David
Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RESUMO

O objetivo primordial do presente artigo é analisar o papel do uso da tecnologia investigativa no combate ao crime organizado, destacando a importância da utilização das técnicas previstas na Lei nº 12.850/2013 – Lei de Organização Criminosa, notadamente de mecanismos como a interceptação das comunicações, o acesso aos dados, a captação ambiental e a infiltração virtual, de forma eficiente, a promover maior desmantelamento dos grupos criminosos, considerada a estreita ligação entre a corrupção e o crime organizado. Para tanto, diante da moderna transnacionalidade dos delitos e da observação específica das leis introduzidas ao ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a análise das convenções internacionais existentes sobre o tema, tais como a Convenção de Palermo e Convenção de Mérida, datadas do final do Século XX, ratificadas pelo Brasil no mesmo período. Ademais, far-se-á análise das medidas investigativas previstas na Lei nº 12.850/2013, observadas as recentes mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019, que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, ressaltando o importante papel dos sujeitos atuantes na investigação, principalmente a Polícia Judiciária fortalecida, autônoma e combativa, bem como o Poder Judiciário, instituição essencial na aplicação correta dos instrumentos efetivos para desmantelamento de organizações criminosas que

assolam e preocupam não apenas o Brasil, mas também a comunidade internacional como um todo.

Palavras-chave: Crime Organizado; Corrupção; Tecnologia Investigativa; Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

Como já tivemos a chance de anotar, "A globalização e o crime organizado estão intimamente ligados na sociedade contemporânea, tratando-se no nosso sentir de um processo civilizacional inevitável e sem retorno.

É certo que o aspecto territorial fica mitigado e as relações de toda ordem não respeitam limites ou fronteiras. A integração entre países e povos resultante principalmente da facilidade de comunicação, acentuada pelo mundo digital, determinou um processo de modernização e, por conseguinte, ensejou a crescente expansão do crime organizado. Na esteira da lição de Eduardo Luiz Santos Cabette e Marcius Tadeu Maciel Nahur, ´a globalização rompe e recria um mapa do mundo, inaugurando outros processos, outras estruturas e formas de sociabilidade que se articulam entre tribos, povos e nações. Os territórios e as fronteiras, os estilos de vida, as culturas e as civilizações parecem mesclar-se, confrontar-se, dinamizar-se em outras modalidades, direções e possibilidades'".[1]

O caminho para o crime organizado é o mesmo. A conexão global reside no condicionamento de relações internacionais econômicas, políticas e sociais, o que abre caminho para o crime organizado transnacional, e geralmente também ampara a lavagem de dinheiro.

No submundo financeiro a economia do crime organizado é

[1] GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime Organizado. 2 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 75.

global e lucrativa. É esse mecanismo, ou seja, no "underground" da economia, que todos os tipos de tráfico são cometidos ou praticados: armas, drogas, tecnologias, materiais radioativos, obras de arte, seres humanos, órgãos humanos, petróleo, produtos contrafeitos, terrorismo praticado no Brasil e tantos outros existentes no mundo.

Não é outra a lição Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervinni in Crime Organizado: "O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características semelhantes em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquenciais e uma rede subterrânea de conexões com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado." [2]

2. LEI Nº 12.850/2013 - LEI DE ORGANIZAÇÕESCRIMINOSAS

A despeito da dificuldade em se estabelecer o perfil da criminalidade organizada, que no seu conceito pressupõe ordenação em seu planejamento e em sua execução, reside a sua configuração na existência de elementos essenciais e não essenciais, tais como a pluralidade de agentes, a estabilidade, a divisão do trabalho, a finalidade de lucro e a estrutura ou planejamento empresarial, além da hierarquia, a disciplina, a conexão, a violência, o entrelaçamento, a

[2] GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime Organizado. 2 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 75.

flexibilidade, o mercado ilícito, o 'quartel', o controle territorial, a tecnologia, a transnacionalidade, o 'embaraçamento' e a compatibilização.[3]

Assim, em uma análise na linha do tempo, o primeiro conceito de crime organizado nasce na Convenção de Palermo, introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.015/2004, tratando-a como

> [...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente convenção, com intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

A Lei nº 12.694/2012 reproduz a mesma definição e dispõe, em seu artigo 2º, sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. No entanto, com o advento da Lei nº 12.850/2013 houve a revogação tácita daquele artigo, passando a organização criminosa a ser tipificada como

> [...] a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.[4]

[3] Cf. NAHUR, M. T. M.; CABETTE, E. L. S. Ob, cit., p. 10.
[4] BRASIL. Lei nº 12850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm.

Desta forma, observamos diversos elementos caracterizadores do delito, quais sejam o elemento pessoal – número de integrantes associados, o elemento estrutural – divisão de tarefas, ainda que informal, o elemento teleológico ou finalístico – elo subjetivo entre os agentes consistente em obter vantagem mediante a prática de infrações penais, e o elemento infracional – delitos com penas máximas superiores a 04 anos ou de caráter transnacional, como bem explicitado no próprio artigo 1º, parágrafo 1º, da citada lei.

Cumpre deixar assinalado que a lei define de forma clara os requisitos de organização criminosa, descabido se confundir esse tipo penal com os delitos da associação criminosa do estatuto material da Lei de Tráfico de Entorpecentes ou com o concurso de pessoas. Não por outro motivo podemos afirmar que o tipo penal incriminador é misto alternativo, ou seja, pode o agente praticar uma ou mais de uma das condutas enumeradas: promover – gerar, originar algo ou difundir, fomentar; constituir – formar, organizar, compor; financiar – custear, dar sustento, ou integrar – tornar parte, tornar-se, completar-se.

A Lei 12.850/2013, além de definir organização criminosa no seu artigo 2º, também tipifica, no parágrafo 1º do mesmo artigo, o crime de obstrução de justiça, nas condutas de impedir ou embaraçar a investigação da infração penal, cujo bem jurídico tutelado passa a ser a Administração da Justiça, anotando tratar-se de crime comum e formal, sendo punível apenas na modalidade dolosa. Outrossim, ao contrário do delito previsto no caput, haveria, em tese, a possibilidade da forma tentada, nas modalidades de impedir ou embaraçar, passíveis de interrupção a qualquer tempo, como já alinhando pelas cortes superiores.

Acesso em: 30.out.2019.

Anota-se que com o advento da Lei nº 13.964/2019, denominada 'Pacote Anticrime', duas foram as novidades trazidas para o artigo 2º da norma legal em comento. A primeira delas, introduzida no parágrafo 8º do artigo 2º, é a determinação de que as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição devam iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. Disposição análoga também foi inserida na Lei de Execução Penal em seu artigo 52, parágrafo 1º, inciso III, a prever que

> O regime disciplinar diferenciado (RDD) também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: II- sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

E nesse ponto há lembrar que a Lei nº 11.671, de 2008, já estabelecia que a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima depende da decisão do juízo federal competente, nos casos em que a medida se justifique pelo interesse da segurança pública ou do próprio preso. Tal inclusão é excepcional e por prazo determinado, que não pode ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renováveis se obedecidos os requisitos.

A segunda novidade, inserida no parágrafo 9º do citado artigo 2º, é a previsão de que caso expressamente condenado por integrar organização criminosa ou por crime cometido por meio de organização criminosa, o sentenciado não poderá ser contemplado com benefícios prisionais tais como a progressão de regime e o livramento condicional, se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Como se não bastasse, a Lei nº 12.850/2013 elenca verdadeiras técnicas especiais de investigação, já previstas na Lei 9.034, de 1995, e agora disciplinadas no artigo 3º do novo diploma legal, sendo elas: a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a ação controlada, o acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, a interceptação de comunicações, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal e a infiltração de policiais.

Aqui vale lembrar que a Lei nº 13.869/2019, promulgada na mesma época do 'Pacote Anticrime', passou a tipificar como crime de abuso de autoridade a obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito, além do uso da prova em desfavor do investigado, estando o agente sujeito às penas de um a quatro anos de detenção e multa. Assim, cumpre analisar com cautela os referidos dispositivos legais para que não se cometam abusos na sua aplicação.

3. O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL - LEI 12.250/2013

De início, a lei estabelece definição clara e indica requisitos para a caracterização de uma organização criminosa: número mínimo de quatro integrantes, com uma estrutura de divisão de tarefas ainda que informal, com objetivo direto ou indireto de vantagem de qualquer natureza e, finalmente a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou se revistam de caráter transnacional.

Chamamos a atenção que a principal distinção entre "organização criminosa" e "associação criminosa" reside exatamente na estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas.

Não é outra a lição do Professor Luís Flávio Gomes: "Não se pode banalizar o conceito de crime organizado que, com frequência,

conta com planejamento "empresarial", embora isso não seja rigorosamente necessário. Não há como confundir esse planejamento com mero programa delinquencial (que está presente em praticamente todos os crimes dolosos). A presença de itens do planejamento empresarial (controle de custo das atividades necessárias, recrutamento controlado de pessoal, modalidade do pagamento, controle do fluxo de caixa, de pessoal e de "mercadorias" ou "serviços", planejamento de itinerários, divisão de tarefas, divisão de territórios, contatos com autoridade etc.) constitui indício do crime organizado."[5]

E reiterando-se a impossibilidade de se confundir as organizações criminosas com os institutos da associação criminosa e do concurso de pessoas, veja-se que na lição de Adael El Tasse: "Com efeito, a hierarquia estrutural está ligada diretamente à própria ideia teórica de organização criminosa, na qual deve existir uma detalhada e persistente cadeia de comando a garantir que as atividades criminosas se desenvolvam de forma eficiente no atingimento dos objetivos do grupo delinquencial." [6]

O tipo penal incriminador é misto alternativo, ou seja, pode o agente praticar uma ou mais de uma das condutas enumeradas: promover (gerar, originar algo ou difundir, fomentar), constituir (formar, organizar, compor), financiar (custear, dar sustento) ou integrar (tornar parte, tonar-se, completar-se).[7]

O delito é do tipo doloso, não se vislumbrando a forma culposa. É de perigo abstrato, não havendo a exigência de qualquer resultado danoso: a mera formação e participação em organização criminosa coloca já em risco a segurança da sociedade, ofendendo o bem jurídico

[5] GOMES, Luiz Flávio. Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 – Criminalidade organizada e crime organizado (item 3), *in Blogdolfg/*atualidadesdodireio.com.br (item 30).

[6] EL TASSE, Adel. Primeiras considerações sobre o novo tratamento jurídico ofertado à criminalidade organizada no Brasil, *in blogdoadeleltasse*/atualidadesdodireito.com.br

[7] Nucci, Guilherme de Souza. Organização criminosa. 1ed. São Paulo: RT, 2013 – p. 21.

tutelado que é a paz pública.

Também cabe ser registrado que se trata de crime comum e formal, de forma livre, podendo o agente cometê-lo por qualquer meio por ele eleito, além de comissivo, constando do tipo penal verbos que representam ações e de cunho permanente. E aqui cabe uma análise sobre a admissibilidade da forma tentada, já que para a sua configuração o crime exige a existência de estabilidade e durabilidade.

Na lição do prof. Guilherme de Souza Nucci, "Enquanto não se vislumbrar tais elementos, cuida-se de irrelevante penal ou pode configurar outro crime, como a Associação Criminosa (artigo 288 do Código Penal)"[8]. E plausível esse entendimento, até porque aos nossos olhos, demonstradas a estabilidade e a durabilidade, com a efetiva distribuição de tarefas, não existirá qualquer dúvida que o crime restará consumado.

Superada a definição do delito prevista no artigo 2º da referida Lei, não se pode deixar de registrar a distinta tipificação do Crime de Obstrução de Justiça previsto no parágrafo 1º do mesmo artigo, porquanto na hipótese do bem jurídico tutelado passa a ser a Administração da Justiça.

As condutas criminosas de impedir ou embaraçar a investigação da infração penal que envolva organização criminosa tem como sujeito ativo quaisquer pessoas, sendo o Estado o sujeito passivo, até porque como já dito, o bem jurídico tutelado é a administração da Justiça.

Registre-se também que se trata de crime comum e formal, somente punível na forma dolosa. E já aqui, no nosso entendimento, a possibilidade da forma tentada é bem clara, seja na modalidade de impedir ou de embaraçar, sendo ambas as condutas passíveis de interrupção a qualquer tempo.

[8] Nucci, Guilherme de Souza. Organização criminosa. 1ed. São Paulo: RT, 2013 – p. 36

4. MEIOS TECNOLÓGICOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS

No que tange às provas digitais, há ver primeiramente que na lição de na lição de Hugo Hayran Bezerra Silva, em seu artigo "Crimes Cibernéticos: uma análise sobre a eficácia da lei brasileira em face das políticas de segurança pública e política criminal", são tais provas aquelas que:

> [..] podem ser descobertas através de vários dispositivos informáticos que se conectam à rede, tais como relógios, tablets, plataforma de jogos, além da memória do computador pessoal do criminoso. Conforme Walls (2011), pesquisadores de segurança digital tem um elevado potencial de fazer modificações significativas para as forenses digitais, o que pode permitir uma melhora nas investigações. Entretanto, inicialmente é necessário o entendimento acerca das limitações que afetam o contexto de investigações e as distinções que este possui de modelos de segurança[9]

Dessa forma, em que pese obtidas por meios tecnológicos, devem respeitar os procedimentos cabíveis e as normas processuais dispostas no Código de Processo Penal, especialmente no que se refere à cadeia de custódia, novidade trazida pela Lei nº 13.964/2019, que acrescentou os artigos 158-A a 158-F ao diploma processual, a estabelecer verdadeiro manual de obtenção, guarda e descarte de provas periciais.

Diversas são as ferramentas utilizadas para a produção de

[9] [1] SILVA, Hugo Hayran Bezerra. Crimes Cibernéticos: uma análise sobre a eficácia da lei brasileira em face das políticas de segurança pública e política criminal. Conteúdo Jurídico. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/55020/crimes-cibernticos-uma-anlise-sobre-a-eficcia-da-lei-brasileira-em-face-das-polticas-de-segurana-pblica-e-poltica-criminal Acesso em 01 jun. 2023

provas digitais, tais como a geolocalização, postagens em redes sociais, uso de palavras-chave ou 'tags', análise da biometria, raspagem de dados, também conhecida por 'data scraping', conversas em aplicativos de mensagens e de e-mails, além de varredura em grandes bancos de dados, dentre outros. Esses dados podem ser produzidos por meio de fontes abertas, que garantem livre acesso aos usuários, tais como pesquisas em sites e redes sociais, ou em fontes fechadas, que demandam autorização judicial para acesso, por serem restritos.

De todo modo, como já dito, a obtenção desse acervo probatório deve observar procedimentos e disposições legais, sob pena de incorrer em nulidade, ressaltando-se a importância da ata notarial como ferramenta de preservação de dados, regulada na Lei nº 8.935/94 e no artigo 384, do Código de Processo Civil. Requerida em cartório, a existência de fato é certificada por tabelião, conferindo assim presunção de veracidade ao documento.

Também destacamos a relevância da Verifact, empresa brasileira que desenvolveu importante ferramenta na coleta 'online' de provas digitais e na preservação da cadeia de custódia, por meio de técnicas forenses internacionais aderentes à ISO 27037. Trata-se de instrumento mais acessível que as atas notariais, diante do seu custo reduzido, sendo utilizada inclusive por diversos órgãos públicos como o Ministério Público da Bahia e a Polícia Civil do Paraná.

Observa-se que com o desenvolvimento tecnológico o ordenamento jurídico passou a contemplar diversas leis que preveem e regulamentam os meios tecnológicos de obtenção de provas. Nesse contexto podemos ressaltar a Lei nº 9.296/96, a tratar da Interceptação Telefônica, Sistemas de informática e telemática, modificada posteriormente pela Lei nº 13.964/2019 para regular a captação ambiental.

No mais, a Lei nº 12.850/2013, elaborada com o fim de coibir e desmantelar o crime organizado, arrolou diversos mecanismos de obtenção de prova úteis para o enfrentamento de organizações que

inclusive utilizam a tecnologia para prática de delitos. Nem se olvidando a Lei nº 13.441/2017, a permitir o uso da infiltração policial virtual em crimes previstos no Estatuto da Criança e Adolescente, mostrando-se como essencial para o enfrentamento a crimes contra a dignidade sexual cometidos na internet.

Cabendo destacar ainda a Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet, conferindo a possibilidade de acesso judicial aos dados guardados por empresas privadas como forma de auxílio na descoberta de delitos.

Ademais, no âmbito preventivo, a Lei nº 12.735, de 2012, estabeleceu a necessidade de instalação e organização de delegacias e grupos especializados no combate a crimes digitais, a implicar na criação, no estado de São Paulo, outubro de 2020, da Divisão de Crimes Cibernéticos (DCCIBER), subordinada ao DEIC (Departamento Estadual de Investigações Criminais), constituindo-se em importantes mecanismos de especialização no uso da tecnologia para o combate a delitos.

Ressalta-se também a importância da Convenção de Budapeste editada em 23 de novembro de 2001, promulgada em 12 de abril de 2023 por meio do Decreto nº 11.491, com o objetivo de acompanhar as mudanças provocadas pela digitalização permanente das redes, estabelecendo a necessidade de cooperação entre os Estados e a esfera privada no combate à cibercriminalidade e na proteção do uso e desenvolvimento das tecnologias da informação.

De todo modo, deve sempre se ter em vista a Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), de grande importância para o controle e proteção de dados, inclusive nos meios digitais, alçados recentemente à categoria de direito fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal. Apesar de a lei não ser aplicada quando em atividades referentes à investigação e repressão de infrações penais, observam-se iniciativas no sentido da criação de uma Lei de Proteção de Dados com

implicações criminais no que diz respeito a aspectos como segurança pública, defesa nacional e investigação de infrações penais.

Assim, anotada a existência de grande amparo legislativo acerca de novos meios de obtenção e de prova, passaremos a analisar a importância de cada um deles no enfrentamento aos crimes sexuais.

4.1. Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações

O acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações se mostra de grande importância como exemplo do uso da tecnologia no combate à corrupção. E diversamente das interceptações telefônicas, o simples acesso aos dados não exige autorização judicial, possuindo o Delegado de Polícia e o Ministério Público direito ao acesso nos termos do artigo 15 da Lei nº 12.850/2013, vez que o direito à privacidade não pode ser equiparado ao simples acesso à informação. Ademais, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade em se determinar o limite temporal para acesso aos dados, descabido falar-se em simultaneidade da interceptação.[10]

Nesse sentido explicita o Delegado Henrique Hoffman[11]:

> No que tange aos dados cadastrais registrados em bancos de dados (públicos ou privados), trata-se de informações referentes à identidade (nome, nacionalidade, naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, RG, CPF, filiação e endereço), não revelando aspectos profundos da vida privada ou da intimidade do indivíduo, estando mais distantes desse núcleo de proteção. Os órgãos públicos e privados possuem o dever de

[10] Superior Tribunal de Justiça, Recurso em HC nº 117.680, Relator Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 11/02/2020.
[11] FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: JusPodivm, 2018 p. 182.

> fornecerem tais informações à Polícia Judiciária e ao Ministério Público independentemente de ordem judicial.

Ora, o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida. E nessa linha, a proteção não é para o que consta na mensagem – considerando-se como dados, mas para a ação de enviá-la e recebê-la, sendo esta inclusive a interpretação da Suprema Corte.[12]

As informações, portanto, devem se restringir aos dados cadastrais, vez que este tipo de acesso "não implica em quebra de sigilo pessoal, quer de ordem fiscal, quer mesmo de comunicação". No entanto, ao ultrapassar esse limite o acesso a dados protegidos necessita de prévia autorização judicial, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, assim redigido: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Veja-se, nesse ponto, que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o mero acesso a registros não se equipara à interceptação telefônica, porquanto "não se está a tratar de cenário em que há todo o rigor próprio da disciplina da Lei 9.296/1996." Ademais,

> [...] a providência desencadeada não se encontra sequer no universo da chamada reserva de jurisdição, porquanto até mesmo comissões parlamentares de inquérito podem determinar quebra de sigilo telefônico. Não se está flexibilizando o sigilo das comunicações, mas, antes dos dados respectivos.[13]

---

[12] Supremo Tribunal Federal, RHC nº 132.062, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 22/11/2016.

[13] STJ. HABEAS CORPUS: HC 237006 DF. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 27/06/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200589637

Reiterado o entendimento, como se vê dos REsp nº 1.777.444/CE e do decidido no Habeas Corpus nº 91867/RJ. Valendo ainda trazer à colação:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORNOGRAFIA INFANTIL. OMISSÃO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO DE OBTENÇÃO DE DADOS CADASTRAIS DIRETAMENTE COM O PROVEDOR DE INTERNET. INFORMAÇÕES NÃO ABRANGIDAS PELO SIGILO CONSTITUCIONAL. EMBARGOS ACOLHIDOS. SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.
>
> 1. Os embargos de declaração devem ser opostos sempre que houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado.
>
> Trata-se de um meio de correção destinado a retificar julgados em que se constatem os vícios listados, consistindo em meio de aperfeiçoamento da atividade jurisdicional.
>
> 2. Neste caso, o acórdão impugnado deixou de se manifestar a respeito da suposta ilicitude da obtenção de dados cadastrais do embargante pelos órgãos de investigação diretamente pelas autoridades responsáveis pelas investigações, sem prévia autorização judicial, o que, em tese, violaria a garantia constitucional de proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem.
>
> 3. Esta Corte Superior, no entanto, entende que os dados cadastrais se referem a informações de caráter objetivo armazenadas em bancos de dados, não se submetendo à proteção constitucional. Assim, não se cuidando de informações que possuam reserva de
>
> jurisdição, não há óbice ao acesso direto pelos

&dt_publicacao =04/08/2014. Acesso em: 05. mai.2020.

> órgãos de investigação.
>
> 4. Embargos acolhidos. Sem efeitos modificativos.
>
> (EDcl no RHC n. 176.286/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023.)

Não sendo outro entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal, pois

> Descabe invocar a garantia constitucional do sigilo das comunicações de dados quando o acesso não alcança a troca de dados, restringindo-se apenas às informações armazenadas nos dispositivos eletrônicos. A orientação jurisprudencial do STF assinala que 'A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em um computador.[14]

Por isso que a Lei nº 12.850/2013 prevê, em seu artigo 16, a necessidade de criação de banco de dados e manutenção das informações pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos para as empresas de transporte e as concessionárias de telefonia fixa ou móvel. No último caso, devem ser mantidos os registros de identificação de números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

Aqui cabe ressaltar que, como bem relembra a Academia Nacional da Polícia: "A internet é um local de crime real e, portanto, deixa vestígios, como registros de conexão, registros de utilização de

[14] STF. RHC 132062. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 24/10/2017. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28132062%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6cocrj5. Acesso em: 05.mai.2020.

serviços (envio e recebimento de e-mail, registros de trocas de mensagens, download de arquivos, entre outros), além, obviamente, dos próprios computadores utilizados para a prática criminosa", mostrando-se o acesso aos registros de dados importante forma de acesso a informações valiosas para o desmantelamento de crimes como a corrupção.

Nessa linha, o denominado Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014, também prevê o dever de guarda dos registros pelo período de 01 (um) ano, no que se refere aos provedores de conexão, e de 06 (seis) meses para os provedores de aplicação, nos respectivos termos dos artigos 13 e 15 da citada norma legal.

A guarda desses dados é extremamente importante para o desmantelamento de organizações criminosas, vez que muitas vezes os dados obtidos por comunicações telefônicas e de internet possibilitam maior facilidade na identificação dos organismos que as compõem.

Aqui vale relembrar a existência de diversos sistemas restritos para o acesso a dados fechados que possam colaborar com o desmantelamento de delitos, tais como Programa de Integração de Informações Criminais (INFOSEG), o Sistema Nacional de Monitoramento de Veículos em Movimento (SINIVEM), o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas (SINESP), dentre outros.

Não houve qualquer modificação do instituto com o advento da Lei nº 13.964/19.

4.2. Interceptação de Comunicações

Intimamente relacionada ao uso da tecnologia está a interceptação das comunicações.

A inviolabilidade do sigilo das comunicações está prevista na Constituição Federal do artigo 5º, inciso XII, nos seguintes termos "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas,

de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Nesse sentido, a Lei nº 9.296/96 confere eficácia à disposição constitucional da quebra do sigilo, estabelecendo o procedimento e impondo limitações.

Importe ressaltar que, para caracterizar a interceptação telefônica,"está ínsita a presença de um terceiro que não seja um dos interlocutores e que, ademais, não lhes seja de conhecimento." [15] Tanto assim que é admitida a utilização, como meio de prova, de gravação ambiental de diálogos realizadas por um dos interlocutores, independente de prévia autorização judicial.[16]

A interceptação pode ser determinada de ofício ou a requerimento da autoridade policial, durante a investigação, ou do representante do Ministério Público, tanto na investigação quanto na instrução. Assim, sempre depende de ordem do juiz competente da ação principal, que deverá decidir em 24 (vinte e quatro) horas sob segredo de justiça. Ademais, ressalto ser crime a realização de interceptação telefônica sem autorização judicial, nos termos do artigo 10 da Lei n° 9.296/96.

A interceptação não é admitida em hipóteses de ausência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis ou se o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Vale lembrar ainda que, deferida em decisão judicial fundamentada, deve ser delimitada a forma de execução, submetendo-se ao prazo máximo de 15 (quinze) dias, renovável por igual período desde que comprovada a indispensabilidade da medida, possível ainda a prorrogação sucessiva a depender da complexidade dos fatos

[15] Cf. FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. Ob, cit., p.196.
[16] STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 630944 BA. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 19/12/2011. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3962406. Acesso em: 05.mai.2020.

investigados.[17]

Com a conclusão, deve ser elaborado um relatório do procedimento, acompanhado da transcrição integral dos diálogos gravados, desde que relevantes para o embasamento da denúncia[18], encaminhado ao Juiz para apreciação da diligência.

Nesse sentido, a Resolução nº 59/08 do Conselho Nacional de Justiça e a Resolução nº 36/09 do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplinam os procedimentos de quebra de sigilo no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Não houve qualquer modificação do instituto com o advento da Lei nº 13.964/19.

4.3 Captação Ambiental de Sinais Eletromagnéticos, Ópticos ou Acústicos

A captação ambiental, ao contrário da interceptação, consiste na gravação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e se diferencia da interceptação telefônica pelo fato de um dos envolvidos ter ciência da realização do procedimento. Assim, conforme bem ressalta o doutrinador Rogério Sanches Cunha, "além da captação não trazer consigo a ideia de clandestinidade, já que um dos participantes da cena sabe de antemão de sua ocorrência, ela denota também o caráter por vezes público dessa diligência, a prescindir, bem por isso, de autorização judicial"[19].

[17] STF. HABEAS CORPUS: HC 180905 SP. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ:01/05/2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5848632. Acesso em: 07.mai.2020.

[18] STF. RECLAMAÇÃO: RECL 33783 SP. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5655279. Acesso em: 07.mai.2020.

[19] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado – Comentários à Lei 12850/2013**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 27.

Assim, a captação ocorre quando um terceiro, na maior parte das vezes policial, capta a comunicação de outras pessoas em um local determinado, que poderá ser público ou privado. O instituto desde sua previsão pela Lei nº 9.034/95 estava submetido aos termos da Lei nº 9.296/96, que trata das interceptações telefônicas, tratando-se de meio de prova atípico vez que não possuía regulamentação definida.

No entanto a referida norma foi alterada pela Lei nº 13.964/2019, a fim de prever especificamente a possibilidade de autorização judicial da captação ambiental de sinais, quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes, e houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais, exigindo-se ainda que as penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos ou infrações penais conexas. Assim, o denominado Pacote Anticrime detalhou especificamente a captação ambiental por meio do acréscimo do artigo 8º-A à Lei nº 9.296/96, impondo-se observar que o texto legal não estipula que o regime deva ser necessariamente o de reclusão, como o faz no caso de interceptação telefônica, de modo que, bastando que as penas sejam superiores a 04 (quatro) anos, há possibilidade de aplicação da medida.

A captação não pode ser deferida de ofício, em respeito ao sistema acusatório, adotado expressamente com a inserção do artigo 3º-A no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, exigindo-se requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, que deve descrever específica e detalhadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental, ou seja, se será ótico, acústico ou eletromagnético.

A lei prevê ainda o prazo máximo de 15 (quinze) dias, renovável por iguais períodos, em decisão judicial fundamentada na indispensabilidade do meio de prova ou quando presente atividade criminal habitual, permanente ou continuada. Ficando o oportuno registro: no entender do professor Francisco Sannini, as regras apenas são aplicáveis às captações realizadas em ambiente privado, porquanto seria dispensável a autorização judicial no caso da medida realizada em

ambientes públicos[20].

O denominado 'Pacote Anticrime' traz ainda a tipificação de novo delito, consistente na conduta de realizar a captação sem autorização judicial, sujeito a pena de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de reclusão e multa, aplicada em dobro no caso de funcionário público que descumpre determinação de sigilo, não havendo crime se a captação for realizada por um dos interlocutores.

Nesse ponto, necessário lembrar que segundo o doutrinador Guilherme Nucci (2020, p. 122-123), a Lei nº 13.869/2019 também tipificou a conduta de proceder a obtenção de prova em meio manifestamente ilícito, nos mesmos moldes do que já existia para a interceptação telefônica, com pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de detenção e multa. Sem embargo disso, entendemos que pelo princípio da especialidade a norma prevista no artigo 10-A da Lei nº 9.296/96 é a que deverá ser aplicada.

Enfim, o instituto é mecanismo fundamental para a investigação criminal, principalmente no que se refere ao combate à corrupção e ao crime organizado, como forma de complementar os resultados da interceptação telefônica, afinal, como bem pontuou o professor Francisco Sannini (2020). [21]

> [...] é cediço que muitos criminosos não se comunicam pelo telefone justamente para evitar a captação desse conteúdo. Assim, através desse recurso o Estado-Investigação pode captar

20 SANNINI, Francisco. "Captação ambiental foi regulamentada pela denominada "Lei Anticrime"". Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/798291200/captacao-ambiental-foi-regulamentada-pela-denominada-lei-anticrime. Acesso em: 07 fev.2020.

21 SANNINI, Francisco. "Captação ambiental foi regulamentada pela denominada "Lei Anticrime"". Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/798291200/captacao-ambiental-foi-regulamentada-pela-denominada-lei-anticrime. Acesso em: 07 fev.2020.

> diálogos travados em local específico (sinais acústicos), conciliando com a captação de imagens dos investigados (sinais óticos), podendo, ainda, registrar sinais emitidos por meio de aparelhos de comunicação (sinais eletromagnéticos), que, vale dizer, não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática.

4.5. Infiltração de Agentes Policiais e Infiltração Virtual

A infiltração de agentes, também denominada undercover agent, consiste em uma medida especial probatória, pela qual um agente ingressa em organização criminosa fingindo dela participar para que se entenda seu funcionamento e estrutura, possibilitando seu futuro desmantelamento.

A técnica de investigação pode ser representada pelo Delegado de Polícia ou requerida pelo Ministério Público, devendo ser autorizada pelo Juízo em situações excepcionais, após análise da necessidade da medida, passível de utilização quando a prova não puder ser produzida por outros meios. O Magistrado deverá ainda determinar seu alcance e as medidas necessárias para se resguardar o sigilo da operação, o êxito das investigações e a segurança dos agentes, que devem ser integrantes das Polícias Judiciárias.

Conforme ressalta o Delegado Francisco Sannini Neto, a subsidiariedade da medida se justifica porque "[...] visa resguardar a integridade dos policiais diante dos riscos intrínsecos ao procedimento".[22] Ademais, no entender de Márcio Anselmo, "o sigilo é elemento de natureza fundamental para tal meio de investigação, uma vez que é de sua natureza que o procedimento seja sigiloso, sobretudo para resguardar a segurança do agente infiltrado". [23]

Para o deferimento da medida devem existir indícios da existência de uma organização criminosa, além da concordância do

[22] Cf. BEZERRA, Clayton da Silva. AGNOLETTO, Giovani Celso. Ob, cit., p. 362.
[23] Cf. FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. Ob, cit., p.144.

agente, vez que a medida possui natureza voluntária, podendo a diligência ser cessada a qualquer tempo. Por isso que caso o agente esteja sob risco ou perigo iminente, a operação deve ser interrompida, com imediata ciência à autoridade judicial e ao Ministério Público.

A doutrina divide o instituto em duas modalidades, quais sejam a Light Cover, ensejando menor imersão do agente e limitada ao prazo de 06 (seis) meses, e a Deep Cover, que supera o período semestral e exige maior aprofundamento do agente.

Aqui ressalta-se a importância do uso da tecnologia para o combate à criminalidade organizada, até mesmo com possibilidade de maior proteção dos agentes policiais, de modo que a Lei nº 13.441, de 2017 inovou ao trazer a 'infiltração policial virtual' para a apuração de crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis, relacionados à pornografia infantil ou invasão de dispositivo informático, dispostos nos artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente, e artigos 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Código Penal.

Agora, com o advento da Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime, há possibilidade de utilização da infiltração virtual na investigação de crimes praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, sendo método subsidiário apenas utilizado se outro meio não for possível. Assim como na infiltração física, a medida deve ser requerida pelo Ministério Público ou requerida pela autoridade policial.

No caso, a infiltração pode ser autorizada pelo prazo de até 06 (seis) meses, possibilitadas outras renovações mediante ordem judicial fundamentada, limitadas ao prazo total de 720 (setecentos e vinte) dias, findo o qual será encaminhado relatório circunstanciado ao juiz competente, que dará ciência ao Ministério Público, sem prejuízo da possibilidade de apresentação de relatórios durante o desenvolvimento da medida.

Ademais, as informações são sigilosas, a fim de garantir sua

efetividade, e devem ser encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida. Os atos praticados devem ser armazenados e encaminhados ao Juiz juntamente com o relatório circunstanciado, que serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo juntamente com o inquérito, zelando pela identidade do policial infiltrado.

E nesse sentido, a Lei nº 13.964/2019, a fim de garantir ainda mais a efetividade da medida, prevê a possibilidade dos órgãos de registro e cadastro público incluírem nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet. Tal medida é eficaz para o descobrimento da estrutura da organização criminosa, possibilitada ainda mais agora pela previsão da possibilidade de infiltração virtual de agentes, observando que se trata de mecanismo complexo e de difícil desmantelamento.

Veja-se ainda ser evidente que o policial infiltrado não comete o crime de falsa identidade, previsto no artigo 307 do Código Penal, durante o cumprimento da medida, o que é também expressamente estabelecido pela nova lei, sem embargo da possibilidade de responsabilização por eventuais excessos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é possível deixar de anotar que o crime organizado está intimamente ligado à lavagem de dinheiro e à corrupção, delitos cuja prática se expandiu enormemente diante do fenômeno da globalização, que mitiga fronteiras e desconhece limites. Certo que a principal base sustentadora do crime organizado são as relações econômicas, possibilitadas pela lavagem de dinheiro, com a legitimação de recursos ilícitos obtidos por meio de atividades extremamente lucrativas como o tráfico de drogas, armas e pessoas.

Por isso que se faz necessário o efetivo combate não só ao crime organizado, mas também à corrupção e à lavagem de dinheiro, crimes extremamente graves que afetam diretamente a sociedade na prestação de serviços básicos, daí a imprescindibilidade da elaboração de convenções internacionais para o estreitamento de estratégias de combate.

O principal marco de combate ao crime organizado, todavia, foi a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional - Convenção de Palermo, assinada em 2000 e incorporada no país por meio do Decreto nº 5.015/2004, a promover a cooperação internacional para o combate ao crime organizado, ampliando o rol de crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, e estipulando medidas de controle e regulação de instituições financeiras.

No mesmo contexto, também foi aprovada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em Mérida, no ano de 2003, internalizada por meio de Decreto nº 5.687/2006, percebendo-se o fato de que os indivíduos integrantes das organizações criminosas usufruíam da estrutura estatal a fim de paralisar seu funcionamento e manter a estrutura ilícita. Houve a previsão de medidas para fortalecer o combate à lavagem de dinheiro, além de incentivar a cooperação internacional, pensando-se em mecanismos específicos de investigação para o desmantelamento dos delitos e, principalmente, para a recuperação de ativos.

Em resposta às citadas convenções, diversas leis foram elaboradas, mas há de se ressaltar a relevância da Lei nº 12.850, de 2013, depois modificada pelo Pacote Anticrime, que veio enfrentar os dilemas jurídicos-econômicos e principalmente impor mecanismos modernos e meios de prova que importassem em maior celeridade e profundidade na investigação e efetiva responsabilização criminal do Crime Organizado em nosso país.

O crime organizado é definido pela lei como o número mínimo

de quatro integrantes, com estrutura de divisão de tarefas, ainda que informal, e objetivo direto ou indireto de vantagem de qualquer natureza, mediante prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou de caráter transnacional, diferenciando-se assim da mera associação criminosa.

Além de definir organização criminosa, as referidas normas também tipificam alguns crimes decorrentes da investigação, além da obstrução de justiça, elencadas verdadeiras técnicas especiais de investigação, aqui especificamente com o uso de tecnologia, destinadas ao efetivo combate e desmantelamento desses delitos extremamente complexos e de difícil combate.

A interceptação telefônica, regulada pela Lei 9.296/96, é a gravação de comunicação de terceiros, sem o seu conhecimento, devendo ser determinada pelo juiz competente da ação principal, observadas as hipóteses cabíveis e requisitos a serem atendidos. E assim como a colaboração premiada, é importante para a ciência da estrutura hierárquica da organização.

Como já assinalamos acima, o acesso aos dados cadastrais recebeu roupagem constitucional, entendendo as cortes constitucionais, ao menos por ora, que não se exige autorização judicial para a medida, em que pese tratar-se, ao nosso sentir, de fonte restrita de prova.

A Lei nº 12.850/2013 também prevê a possibilidade de infiltração de agentes físicos e virtuais – denominada undercover agent, pela qual um agente ingressa em organização criminosa, fingindo dela participar para que se entenda seu funcionamento e estrutura, permitindo seu desmantelamento. E por conta de sua complexidade, deve ser autorizada pelo Juiz em situações excepcionais, observada a sua subsidiariedade.

Nem se olvide por derradeiro que desvendados os delitos e desmantelada a organização criminosa, o Juiz possui importante missão na destinação dos bens apreendidos, proporcionando, assim, a

efetivação do combate à corrupção, principalmente no que se refere à realização de leilões judiciais, com possibilidade de destinação dos valores obtidos para o próprio combate à corrupção.

Por todo o exposto, observamos a importância do Poder Judiciário no combate ao crime organizado, seja por meio da utilização das medidas especiais previstas na Lei nº 12.850/2013, modificada em parte pelo Pacote Anticrime, ou pela destinação dos recursos recebidos com a apreensão de produtos e proventos obtidos ilicitamente.

O Magistrado, que tem por principal função entender o processo, ouvindo seus atores e tomando medidas eficazes para a resolução do feito, é peça essencial no combate à corrupção e ao crime organizado, promovendo medidas para a realização de um país ético e seguro para todos.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Ministro Barroso disserta sobre combate à corrupção e refundação do Brasil. Disponível em: https://www.migalhas. com.br/Quentes/17,MI299321,41046-Ministro+Barroso+disserta+sobre+combate+a+corrupcao+e+refundação+do Acesso em: 30.out.2019

BEZERRA, Clayton da Silva. AGNOLETTO, Giovani Celso. Combate às organizações criminosas – Lei 12.850/13 – A Lei que mudou o Brasil. São Paulo: Editora Posteridade, 2018.

BRASIL. Lei nº 12850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 30.out.2019.

CONVENÇÃO CONTRA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORCEPENTES E SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS. 1988. Disponível em: planalto.gov.br/ccvil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

COSTA, Rodrigo de Campos. Colaboração Premiada e Infiltração de Agentes. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado – Comentários à Lei 12850/2013. Salvador: JusPodivm, 2016.

DAVID, Ivana; FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. Comentários à Lei 12.850, de 02.08.2013. In: LIMA, Larissa Pinho de Alencar; FIGUEIREDO, Luiz Carlos (coord..). Leis Penais Comentadas. Porto: Editorial Juruá, 2018. p. 167-189.

EL TASSE, Adel. Primeiras considerações sobre o novo tratamento jurídico ofertado à criminalidade organizada no Brasil, in blogdoadeleltasse/atualidadesdodireito.com.br.

FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. Temas Avançados de Polícia Judiciária. Salvador: JusPodivm, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 – Criminalidade organizada e crime organizado (item 3), in Blogdolfg/atualidadesdodireio.com.br (item 30).

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime Organizado. 2 ed. São Paulo: RT, 1997.

NAHUR, M. T. M.; CABETTE, E. L. S. Criminalidade Organizada & Globalização Desorganizada. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa. 1ed. São Paulo: RT, 2013.

SANCTIS, Fausto de. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2015.

STF. ADI nº 5.040 PI. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJ: 03/11/2020.

STF. ARE 1251999 SP. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 06/03/2020.

STF. HABEAS CORPUS: HC 166373 PR. Relator Ministro Edson Fachin. DJ:16/10/2019.

STF. HABEAS CORPUS: HC 180905 SP. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ:01/05/2020.

STF. RECLAMAÇÃO: RECL 30742 SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 04/05/2020.

STF. RECLAMAÇÃO: RECL 33783 SP. Relator: Ministro Roberto Barroso.

STF. HABEAS CORPUS: HC 96007 SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 16/06/2012.

STJ. AgRg no RHC 114973 SC. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ: 19/05/2020.

STJ. AgReg no RHC 103111 PE. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 05/03/2020.

STJ. HC 512290 RJ. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Dj: 18/08/2020.

STJ. RMS 60.531 RO. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 09/12/2020.

STJ. Recurso em Mandado de Segurança nº 62.143 RJ. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJ: 26/08/2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 1055941 SP. Relator: Ministro Dias Toffoli.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 630944 BA. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 19/12/2011.

STF. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 132062. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 24/10/2017.

STJ. AÇÃO PENAL: APn 897 DF. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 13/06/2019. STJ. HABEAS CORPUS: HC 237006 DF. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 27/06/2014.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1655072 MT. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJ: 12/12/2017.

STJ. REsp 1.745.657 SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 03/11/2020.

STJ. REsp 1.782.386 RJ. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. DJ: 18/12/2020.

STJ. HABEAS CORPUS: REsp 1777444/CE. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 04/02/2019.

Jorge Américo Pereira de Lira
Diretor-Geral da Escola Judicial de Pernambuco
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE)

O DIREITO DE SER QUEM VOCÊ É:
Dignidade, cidadania trans e a mutação constitucional da ADI n. 4275 e do Tema 761 na lei brasileira.

O DIREITO DE SER QUEM VOCÊ É:
Dignidade, cidadania trans e a mutação constitucional da ADI n. 4275 e do Tema 761 na lei brasileira

Jorge Américo Pereira de Lira
Diretor-Geral da Escola Judicial de Pernambuco.
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE).

RESUMO

O presente artigo examina, sob uma perspectiva jurídico-constitucional, o reconhecimento do direito à identidade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nas decisões proferidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4275 e no Tema n. 761 da Repercussão Geral, ambos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A pesquisa tem como problemática central a tensão existente entre o princípio da imutabilidade do nome civil, previsto na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), e a proteção dos direitos fundamentais das pessoas transgênero, especialmente os direitos à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade. O estudo evidencia como, antes da ADI n. 4275, a interpretação restritiva da legislação impunha barreiras jurídicas que violavam direitos e reforçavam situações de marginalização social. A análise demonstra que as referidas decisões do STF representam um marco na efetivação dos direitos da população trans, ao reconhecer a autodeterminação de gênero como elemento essencial da cidadania e da personalidade jurídica. Adicionalmente, discute-se o papel contramajoritário do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais e na superação de padrões discriminatórios. Metodologicamente, adota-se uma abordagem jurídico-dogmática, com análise da Constituição Federal de 1988, da Lei

n. 6.015/1973 e da técnica de interpretação conforme a Constituição, a fim de compreender os fundamentos que sustentam o direito à retificação do registro civil sem a exigência de procedimentos médicos ou laudos de natureza patologizante.

Palavras-chave: identidade de gênero; direitos fundamentais; registro civil; STF; pessoas trans.

ABSTRACT

This article examines, from a broad constitutional perspective, the recognition of the right to gender identity within the Brazilian legal system, with a focus on the decisions made in Direct Action of Unconstitutionality (ADI) No. 4275 and Theme No. 761 of General Repercussion, both ruled by the Federal Supreme Court (STF). The central issue investigated is the historical and hermeneutical tension between the principle of the immutability of the civil name, traditionally upheld by the Public Records Law (Law No. 6.015/1973), and the imperative need to protect the fundamental rights of transgender individuals, particularly the rights to dignity, equality, privacy, and the free development of personality, all enshrined in the 1988 Federal Constitution (CF). Before ADI No. 4275, the restrictive interpretation of Article 58 of the Public Records Law imposed significant obstacles to the correction of first names and gender markers in civil registries, subjecting transgender individuals to a legal limbo that perpetuated incongruence between their lived identity and their formal identification before the state and society, resulting in numerous constraints and rights violations. The significance of this study lies in the undeniable legal and social relevance of ADI No. 4275 – later reaffirmed by Theme 761 of General Repercussion (RE No. 670.422/RS) – which stands as a groundbreaking jurisprudential landmark in the protection of the fundamental human rights of a historically marginalized population. The initial STF decision not only redefined the

interpretation of relevant infraconstitutional legislation but also reaffirmed Brazil's commitment to the promotion of human dignity in its most comprehensive sense, recognizing the self-determination of gender identity as an essential component of personality and, consequently, of citizenship. Additionally, the impact of this decision transcends the individual sphere, sparking a broader debate on the counter-majoritarian role of the judiciary in the realization of rights and the overcoming of structural discrimination. The methodology employed in this study involves a legal-normative analysis of the Brazilian legal framework, with an emphasis on the 1988 Federal Constitution and Law No. 6.015/1973. The study will examine the constitutional interpretation technique used by the STF as a hermeneutic tool to align ordinary legislation with constitutional principles, and explore the constitutional grounds that supported the recognition of the right to correct civil records for transgender individuals, independent of invasive medical procedures or pathological reports.

Keywords: gender identity; fundamental rights; civil registry; STF; transgender individuals.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade analisar, sob uma ótica jurídica ampla e integrada, o fenômeno do reconhecimento do direito à identidade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro, com especial enfoque na transformação paradigmática impulsionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4275 e pelo Tema n. 761 da Repercussão Geral, julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A problemática central que se pretende investigar reside na tensão histórica e hermenêutica entre o princípio da imutabilidade do nome civil, tradicionalmente albergado pela Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), e a imperiosa necessidade de tutela dos direitos fundamentais de pessoas transgênero, notadamente o direito à dignidade, à igualdade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, todos consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988.

Antes da ADI n. 4275, a interpretação restritiva do artigo 58 da Lei de Registros Públicos impunha severos obstáculos à retificação do prenome e do marcador de gênero nos assentos civis, submetendo indivíduos transgênero a um limbo jurídico que perpetuava a incongruência entre sua identidade socialmente vivenciada e sua identificação formal perante o Estado e a sociedade, gerando incontáveis constrangimentos e violações de direitos.

A justificativa para a elaboração deste estudo repousa na inegável relevância jurídica e social da ADI n. 4275 – posteriormente referendada pelo Tema 761 da Repercussão Geral (RE n. 670.422/RS) – que se configura como um marco jurisprudencial de vanguarda na proteção dos direitos humanos e fundamentais de uma parcela historicamente vulnerabilizada da população.

A primeira decisão do STF não apenas reconfigurou a interpretação da legislação infraconstitucional pertinente, mas também

reafirmou o compromisso do Estado brasileiro com a promoção da dignidade humana em sua acepção mais plena, reconhecendo a autodeterminação da identidade de gênero como um componente essencial da personalidade e, por conseguinte, da cidadania.

Ademais, o impacto dessa decisão transcende a esfera individual, fomentando um debate mais amplo sobre a função contramajoritária do Poder Judiciário na concretização de direitos e na superação de discriminações estruturais.

A metodologia empregada neste trabalho consistirá em uma análise jurídico-normativa, debruçando-se sobre o arcabouço legal brasileiro, com ênfase na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 6.015/1973, com as alterações promovidas pela Lei n. 9.708/1998.

O estudo examinará a técnica da interpretação conforme a Constituição, utilizada pelo STF como ferramenta hermenêutica para compatibilizar a legislação ordinária com os preceitos magnos, e explorará os fundamentos constitucionais que alicerçaram o reconhecimento do direito à retificação do registro civil por pessoas transgênero, independentemente de procedimentos médicos invasivos ou laudos patologizantes.

Buscar-se-á, por meio de uma exposição clara e didática, desvelar as nuances do raciocínio jurídico que culminou nessas decisões transformadoras, oferecendo aos estudantes, professores e profissionais do Direito uma compreensão aprofundada do tema. A transição para o desenvolvimento se dará pela exploração inicial do panorama normativo que antecedeu a ADI n. 4275, evidenciando as limitações e os desafios enfrentados pela população transgênero no que tange ao reconhecimento de sua identidade.

1. O CONTEXTO NORMATIVO PRÉVIO À ADI N. 4275: O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME E A LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

A compreensão integral da revolução jurídica operada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275 demanda, preliminarmente, uma incursão no cenário normativo que a antecedeu, marcado por uma interpretação tradicionalmente rígida do instituto do nome civil e das possibilidades de sua alteração.

A Lei de Registros Públicos (LRP), Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, estabeleceu, como regra geral, **o princípio da imutabilidade ou definitividade do prenome**, refletindo uma preocupação com a segurança jurídica e a identificação unívoca dos indivíduos nas relações sociais e perante o Estado.

Este princípio, embora não absoluto, impunha um sistema de exceções bastante rígido, restrito, o que gerava consequências particularmente gravosas para a população transgênero, cuja identidade de gênero não correspondia àquela designada no momento do nascimento e, consequentemente, registrada em seus documentos civis.

1.1. O princípio da imutabilidade do nome e a interpretação tradicional do art. 58 da Lei n. 6.015/1973

O epicentro normativo da discussão acerca da alteração do prenome reside no artigo 58 da Lei n. 6.015/1973, que, em sua redação original e mesmo após alterações pontuais (como a introduzida pela Lei n. 9.708, de 18 de novembro de 1998), dispunha: "O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios".

A interpretação predominante deste dispositivo, por longos anos, caminhou no sentido de uma excepcionalidade estrita, limitando a alteração do prenome a situações específicas e objetivamente comprováveis, como a exposição do indivíduo ao ridículo ou a utilização consolidada de um apelido público notório que se sobrepusesse ao nome registral.

Esta hermenêutica tradicional, embora visasse à estabilidade dos registros e à segurança das relações jurídicas, mostrava-se insuficiente e, por vezes, cruel, ao desconsiderar a complexidade da identidade humana, especialmente no que concerne à identidade de gênero.

A definitividade do prenome, quando aplicada de forma inflexível às pessoas transgênero, convertia-se em um mecanismo de perpetuação da incongruência entre o ser e o registrar, impondo um fardo diário de constrangimento e negação identitária.

A menção à substituição por "apelidos públicos notórios" raramente se amoldava à realidade da transição de gênero, que envolve uma profunda afirmação identitária, e não a mera adoção de um cognome.

1.2. Limitações impostas e impactos paraa população trans

As limitações impostas pela interpretação tradicional do artigo 58 da Lei de Registros Públicos, somadas à ausência de previsão legal expressa para a alteração do marcador de sexo/gênero nos assentos de nascimento, criavam um cenário de profunda insegurança jurídica e vulnerabilidade para a população transgênero.

A via judicial, única alternativa então vislumbrada para pleitear tais alterações, era frequentemente condicionada à

comprovação de requisitos médicos invasivos, como a realização de cirurgias de transgenitalização, a submissão a terapias hormonais de

longa duração e a apresentação de laudos psicológicos e psiquiátricos que, não raro, patologizavam a identidade dos cidadãos trans.

Tais exigências, além de representarem uma violação à autonomia corporal e à integridade física e psíquica dos indivíduos, desconsideravam a diversidade de vivências transgênero, nem todas perpassadas pelo desejo ou pela possibilidade de intervenções médicas.

As implicações dessa realidade eram vastas e profundamente negativas: (i) dificuldades no acesso à educação, (ii) ao mercado de trabalho, (iii) a serviços de saúde, e (iv) a uma miríade de outras esferas da vida civil, onde a apresentação de documentos incongruentes com a identidade de gênero expunha pessoas trans a situações de humilhação, discriminação e violência. A ausência de reconhecimento legal da identidade de gênero equivalia, na prática, a uma negação da própria existência e da cidadania.

1.3. A tensão normativa frente aos princípios constitucionais

Diante do sistemático quadro de violação de direitos, emergiu, progressivamente, no seio da comunidade jurídica e dos movimentos sociais, uma discussão crítica acerca da necessidade de reinterpretar a Lei de Registros Públicos (LRP) à luz dos preceitos fundamentais estabelecidos pela CRFB de 1988.

Princípios como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a igualdade (art. 5º, caput), o direito à privacidade e à intimidade (art. 5º, X), e o objetivo fundamental de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), passaram a ser invocados como

fundamentos para uma hermenêutica constitucionalmente adequada do artigo 58 da Lei n. 6.015/1973.

Argumentava-se, com crescente robustez, que a imutabilidade do nome não poderia se sobrepor à dignidade intrínseca de cada ser humano, e que o Estado teria o dever de reconhecer e proteger a identidade de gênero como um elemento indissociável da personalidade.

A rigidez da lei infraconstitucional, quando interpretada de forma literal e descontextualizada dos valores supremos da Carta Magna, convertia-se em um instrumento de opressão e exclusão. Foi nesse terreno fértil de debates e reivindicações que a ADI n. 4275 encontrou o substrato para sua propositura, buscando, precisamente, harmonizar a legislação registral com os imperativos constitucionais de respeito à diversidade e à autodeterminação.

2. A ADI N. 4275 COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme já mencionado, a ADI n. 4275 – proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) – marcou um ponto de inflexão na proteção jurídica conferida às pessoas trans no ordenamento brasileiro. Vejamos, adrede, como restou assentada a ementa do julgado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE

> TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

É significativo registrar que o julgado acima restou referendado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 670422 – RS, Relator: Min. Dias Toffoli, que estabeleceu as teses do **TEMA n. 761 da Repercussão Geral.** Senão vejamos:

> EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. TRANSEXUAL. IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO SUBJETIVO À ALTERAÇÃO DO NOME E DA CLASSIFICAÇÃO DE GÊNERO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. POSSIBILIDADE INDEPENDENTEMENTE DE CIRURGIA DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE REDESIGNAÇÃO. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PERSONALIDADE, DA INTIMIDADE, DA ISONOMIA, DA SAÚDE E DA FELICIDADE. CONVIVÊNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA INFORMAÇÃO PÚBLICA, DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS E DA CONFIANÇA. RECURSO

EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. A ordem constitucional vigente guia-se pelo propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, de modo a assegurar o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade. Dado que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, é imperativo o reconhecimento do direito do indivíduo ao desenvolvimento pleno de sua personalidade, tutelando-se os conteúdos mínimos que compõem a dignidade do ser humano, a saber, a autonomia e a liberdade do indivíduo, sua conformação interior e sua capacidade de interação social e comunitária. 2 . É mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente restrição ou limitação ilegítima, ainda que meramente potencial, à liberdade do ser humano para exercer sua identidade de gênero e se orientar sexualmente, pois essas faculdades constituem inarredáveis pressupostos para o desenvolvimento da personalidade humana. 3. O sistema há de avançar para além da tradicional identificação de sexos para abarcar também o registro daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento de seu nascimento. Nessa seara, ao Estado incumbe apenas o reconhecimento da identidade de gênero; a alteração dos assentos no registro público, por sua vez, pauta-se unicamente pela livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. 4. Saliente-se que a alteração do prenome e da classificação de sexo do indivíduo, independente de dar-se pela via judicial ou administrativa, deverá ser coberta pelo sigilo durante todo o trâmite, procedendo-se a sua anotação à margem da averbação, ficando

vedada a inclusão, mesmo que sigilosa, do termo "transexual" ou da classificação de sexo biológico no respectivo assento ou em certidão pública. Dessa forma, atende-se o desejo do transgênero de ter reconhecida sua identidade de gênero e, simultaneamente, asseguram-se os princípios da segurança jurídica e da confiança, que regem o sistema registral. 5. Assentadas as seguintes teses de repercussão geral: i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. ii) Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo 'transexual'. iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos. 6. Recurso extraordinário provido. (g.n).

Estes instrumentos de controle de constitucionalidade (ADI e RE) revelaram-se fundamentais não apenas para questionar a aplicação de uma norma infraconstitucional, mas para promover uma verdadeira releitura do ordenamento jurídico à luz dos valores e princípios mais caros à Constituição Federal de 1988.

Ao invés de buscar a declaração de inconstitucionalidade pura e simples do artigo 58 da Lei de Registros Públicos, a ADI n. 4275 pleiteou **uma interpretação conforme a Constituição**, técnica hermenêutica que permite preservar a validade da norma, conferindo-lhe um sentido compatível com a Lei Maior.

2.1. A interpretação conforme a Constituição como técnica de controle

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no artigo 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal, é o mecanismo processual pelo qual se submete ao Supremo Tribunal Federal, guardião precípuo da Constituição, a análise da compatibilidade de lei ou ato normativo federal ou estadual com o texto constitucional.

No caso da ADI n. 4275, o objeto de questionamento não era a invalidade intrínseca do artigo 58 da Lei n. 6.015/1973 em sua totalidade, mas sim a inconstitucionalidade de uma interpretação que obstaculizasse o direito de pessoas trans à retificação de seu prenome e gênero no registro civil de forma condizente com sua identidade autodeterminada.

A técnica da interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung) é uma ferramenta hermenêutica de extrema relevância no controle de constitucionalidade, especialmente em sistemas que prezam pela presunção de constitucionalidade das leis.

Por meio dela, a Corte Constitucional, diante de um dispositivo legal polissêmico ou cuja aplicação literal possa conduzir a resultados inconstitucionais, seleciona, dentre as interpretações possíveis, aquela que se harmonize com os preceitos constitucionais,

ou excluir as interpretações que com eles colidam.

Na ADI n. 4275, buscou-se conferir ao artigo 58 uma exegese que, sem negar o princípio da segurança jurídica inerente aos registros públicos, o compatibilizasse com a dignidade, a igualdade e aliberdade das pessoas transgênero.

2.2. Fundamentos constitucionais da ADI: Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Privacidade e Livre Desenvolvimento da Personalidade

A petição inicial da ADI n. 4275 foi robustamente fundamentada em um conjunto de princípios e direitos consagrados na CRFB de 1988, que formam o alicerce do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de fundamento da República (art. 1º, III, da CF/88), foi o pilar central da argumentação. Sustentou-se que compelir uma pessoa a viver e a se apresentar socialmente com um nome e um marcador de gênero que não refletem sua identidade intrínseca constitui uma afronta direta à sua dignidade, impedindo-a de se realizar plenamente como ser humano.

O princípio da igualdade, previsto no caput do artigo 5º da CRFB/88, que veda distinções de qualquer natureza, foi igualmente invocado para demonstrar o tratamento discriminatório dispensado às pessoas transgênero. A negativa de retificação registral, ou sua subordinação a condições excessivamente onerosas e patologizantes, colocava esse grupo em manifesta desvantagem em relação às pessoas cisgênero, para as quais a correspondência entre identidade e registro é, via de regra, um dado incontroverso.

Adicionalmente, o direito à privacidade e à intimidade (art. 5º, X, da CF/88) foi mobilizado para argumentar que a discrepância documental forçava a exposição involuntária da condição trans em inúmeras situações cotidianas, violando a esfera de autodeterminação

informativa do indivíduo.

Por fim, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, embora não explicitamente nominado, mas decorrente do sistema de direitos fundamentais e do próprio princípio da dignidade, foi ressaltado como essencial para que cada pessoa possa construir e expressar sua identidade de forma autônoma e autêntica.

2.3. O papel contramajoritário do STF na reinterpretação do artigo 58 da LRP

Ao julgar a ADI n. 4275, o Supremo Tribunal Federal exerceu seu papel crucial de intérprete último da Constituição, promovendo uma significativa evolução na compreensão dos direitos fundamentais e sua aplicação a situações concretas.

A Corte Suprema, acolhendo os argumentos da Procuradoria-Geral da República, atuou em seu papel **contramajoritário,** reconhecendo que a interpretação tradicionalmente conferida ao artigo 58 da LRP não mais se coadunava com os imperativos constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana e de vedação à discriminação.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, citado por Eduardo Santiago, a função contramajoritária tem espaço sempre que o Excelso Pretório (STF) "pode e deve fazê-lo para defender as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais". Noutros dizeres:

> No Estado Democrático de Direito, a função contramajoritária refere-se à capacidade do Poder Judiciário de contrariar decisões e políticas tomadas pelos poderes Legislativo e Executivo – que representam a maioria – com o objetivo de garantir a proteção dos direitos fundamentais, particularmente os direitos de
>
> minorias que, em muitas ocasiões, não possuem

> representação política adequada ou influência suficiente para proteger seus interesses na arena legislativa.

A decisão do STF representou – sob a perspectiva de ativismo judicial – um ato de **mutação constitucional** por via interpretativa, sem que houvesse alteração formal do texto da lei infraconstitucional. Sobre a possibilidade de ocorrência dessa forma de mutação constitucional (reflexo da legislação infraconstitucional), cita-se o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

> Também mudanças processadas ao nível da legislação infraconstitucional podem levar a uma mutação constitucional, mas apenas quando a medida legislativa implicar alteração da compreensão do sentido e aplicação de norma constitucional sem alteração do texto da constituição, de tal sorte que aqui se poderá mesmo falar, em certo sentido, em uma espécie de interpretação da constituição conforme à lei, pois ao regular as situações da vida o legislador poderá estar, como primeiro "intérprete", influindo no próprio sentido da norma constitucional por ele regulamentada, especialmente quando a nova interpretação legislativa encontrar ressonância no meio dos juízes e for chancelada pelo Poder Judiciário. De qualquer sorte, é controverso até que ponto a legislação infraconstitucional é o mecanismo propriamente dito da mutação ou o fator que impulsiona a mudança informal da constituição por parte do intérprete, ou seja, mediante a ação dos órgãos do Poder Judiciário incumbidos da guarda da constituição.

O Guardião da Constituição (STF), ao aplicar a técnica da interpretação conforme, não declarou o artigo 58 inconstitucional, mas fixou o entendimento de que ele deve ser lido de maneira a permitir a alteração do prenome e do gênero no registro civil de pessoas trans, com base em sua autodeclaração e independentemente da realização de procedimentos médicos ou cirúrgicos.

Esta reinterpretação expandiu o escopo da norma, tornando-a compatível com um sistema constitucional que prima pela máxima efetividade dos direitos fundamentais e pelo respeito à diversidade humana.

3. OS PILARES DA ADI N. 4275: AUTODETERMINAÇÃO E DESPATOLOGIZAÇÃO

A decisão proferida pelo Pretório Excelso (STF) na ADI n. 4275 assentou-se sobre pilares conceituais e jurídicos que redefiniram profundamente o tratamento da identidade de gênero no ordenamento pátrio. Dentre eles, destacam-se o reconhecimento da autodeterminação da identidade de gênero como um direito fundamental e a consequente despatologização da transexualidade no âmbito do processo de retificação registral.

Esses fundamentos não apenas orientaram a solução do caso concreto, mas também estabeleceram um novo paradigma para a compreensão da relação entre o Estado, o Direito e a autonomia individual na construção da identidade.

3.1. A identidade de gênero como direito fundamental subjetivo

Um dos avanços mais significativos da ADI n. 4.275 foi o explícito reconhecimento do direito à identidade de gênero como um direito fundamental subjetivo, inerente a toda pessoa humana.

Embora não haja menção expressa a identidade de gênero no rol do artigo 5º da Constituição Federal, o STF compreendeu que tal direito decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do direito à liberdade (art. 5º, caput), do direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, X), e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Ao conceituar a identidade de gênero como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente e o autodetermina, podendo ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento, o STF alinhou a jurisprudência brasileira com os mais avançados entendimentos internacionais sobre direitos humanos.

Este reconhecimento implica que o Estado não apenas deve se abster de interferir indevidamente na autodeterminação da identidade de gênero, mas também possui o dever positivo de criar condições para que essa identidade seja reconhecida e respeitada em todas as esferas da vida, incluindo a documental.

A identidade de gênero, portanto, deixou de ser vista como uma questão meramente privada ou uma condição a ser tolerada, para ser afirmada como um atributo essencial da personalidade, merecedor de tutela jurídica robusta.

3.2. A desvinculação da alteração registral de requisitos médicos, cirúrgicos ou psicológicos: a primazia da autodeterminação

Corolário direto do reconhecimento da identidade de gênero como um direito fundamental baseado na autodeterminação foi a desvinculação da retificação do prenome e do marcador de gênero no registro civil da exigência de quaisquer procedimentos médicos, cirúrgicos (como a cirurgia de transgenitalização, também conhecida como redesignação sexual), terapias hormonais ou apresentação de

laudos psicológicos ou psiquiátricos. Esta foi, indubitavelmente, a faceta mais revolucionária da decisão.

Anteriormente, como mencionado, a via judicial para a alteração registral era frequentemente condicionada à prova de uma "condição" médica ou à realização de intervenções corporais, o que não apenas patologizava a identidade transgênero, tratando-a como uma disforia ou transtorno, mas também impunha barreiras significativas – e por vezes intransponíveis – ao exercício do direito.

Ao estabelecer que a simples autodeclaração da pessoa interessada é suficiente para embasar o pedido de retificação, o STF consagrou a primazia da vontade e da consciência individual sobre critérios biológicos ou médicos externos. **Esta mudança de paradigma reflete uma compreensão da identidade de gênero como uma questão de ser, e não de ter um "corpo específico" ou um "diagnóstico médico**".

A decisão, portanto, promoveu a despatologização da transexualidade no contexto do registro civil, removendo o estigma e o fardo da medicalização compulsória.

3.3. A possibilidade de retificação pela via administrativa e judicial: ampliação do acesso à justiça e à cidadania

Outro aspecto de crucial importância da decisão na ADI n. 4275 foi o esclarecimento de que a retificação do prenome e do gênero no registro civil de pessoas transgênero pode ser realizada tanto pela via judicial quanto pela via administrativa, diretamente nos cartórios de registro civil.

A validação da via administrativa representou uma significativa **desburocratização e simplificação do procedimento**, ampliando de forma substancial o acesso a esse direito.

A via judicial, embora ainda disponível, pode ser morosa, custosa e, para muitos, intimidante. Ao permitir que a alteração seja feita administrativamente, mediante requerimento do interessado ao oficial do registro civil, o STF tornou o processo mais célere, acessível e menos oneroso, facilitando a vida de inúmeras pessoas transgênero em todo o país.

Esta medida não apenas confere maior efetividade ao direito reconhecido, mas também contribui para a redução da sobrecarga do Poder Judiciário. A possibilidade de escolha entre as vias administrativa e judicial garante que o indivíduo possa optar pelo caminho que melhor se adeque à sua situação, promovendo, em última análise, um maior acesso à justiça em sentido amplo e à plena cidadania, ao **permitir que os documentos reflitam quem a pessoa verdadeiramente é.**

4. AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS E SOCIAIS DA ADI N. 4275: CIDADANIA E DIGNIDADE DAS PESSOAS TRANS

O STF, na ADI n. 4275, transcendeu a mera solução de uma controvérsia jurídica específica, gerando profundas e multifacetadas implicações tanto no plano normativo quanto na realidade social brasileira.

Ao reinterpretar o artigo 58 da LRP sob a égide dos direitos fundamentais, a Suprema Corte não apenas viabilizou a retificação do prenome e do gênero para pessoas transgênero de forma desburocratizada e despatologizada, mas também impulsionou um movimento mais amplo em direção à efetivação da cidadania plena para essa população, com reflexos diretos na legislação, nos procedimentos administrativos e na luta contra a discriminação.

4.1. Reforma dos procedimentos registrais: Provimentos CNJ nºs. 73/2018 e 149/2023

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 4.275/DF produziu impacto imediato, profundo e estruturante sobre a interpretação e a aplicação da Lei de Registros Públicos – LRP, notadamente na disciplina de alteração do prenome (art. 58).

Em razão dessa guinada interpretativa, revelou-se imperiosa a adequação dos procedimentos cartorários em todo o território nacional. Deixou de ser legítima a exigência de intervenção judicial para a concretização do direito à identidade de gênero.

Tal evolução normativa foi consolidada com a edição do Provimento n. 73/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça, posteriormente atualizado e aperfeiçoado pelo Provimento n. 149/2023 do CNJ, que regulamenta, em âmbito nacional, o procedimento extrajudicial para alteração de prenome e gênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN).

> Provimento CNJ n. 73/2018 (atualmente vigente com redação dada pelo Provimento n. 149/2023)
>
> "Art. 1º. Dispor sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais".

Esses provimentos traduziram as diretrizes constitucionais e convencionais em comandos administrativos claros, vinculando os oficiais de registro à observância dos direitos fundamentais de identidade de gênero, nos exatos termos da decisão do STF.

Além disso, a própria fundamentação do ato normativo destaca a vinculação da Corregedoria Nacional de Justiça aos princípios

constitucionais, à legislação interna (Lei n. 6.015/1973 e Lei n. 8.935/1994) e aos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente o Pacto de San José da Costa Rica (artigos 3º, 7.1, 11.2 e 18) e a Opinião Consultiva n. 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O impacto concreto dessa transformação normativa consiste na desjudicialização do procedimento de alteração do prenome e do gênero, permitindo ao cidadão transgênero, por meio de simples requerimento administrativo, efetivar a atualização de seus dados cadastrais no assento de nascimento e, se for o caso, no assento de casamento.

A decisão do STF e sua regulamentação pelo CNJ não apenas garantem o exercício do direito fundamental à identidade de gênero, mas também asseguram, no plano prático, a uniformização, a celeridade, a eficiência e a segurança jurídica dos atos registrais, concretizando os objetivos de uma Administração Pública moderna, inclusiva e pautada pela dignidade da pessoa humana.

4.2. Proteção da privacidade nos assentos registrais: A disciplina do Provimento CNJ n. 149/2023

O Provimento n. 149/2023, que institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial, estabelece regras claras quanto à proteção da privacidade no procedimento de alteração de prenome e gênero no Registro Civil das Pessoas Naturais.

A normativa reconhece que a simples averbação da alteração não seria suficiente para assegurar a plena proteção da dignidade da pessoa trans se o histórico registral anterior fosse mantido de forma acessível e exposto nas certidões. Por isso, o Código Nacional de Normas adota um regime jurídico específico de sigilo.

De acordo com o art. 519 do Provimento n. 149/2023, as informações relativas à alteração de prenome e/ou gênero possuem natureza sigilosa. Portanto, não deve constar, nas certidões emitidas, qualquer referência ao ato de alteração, nem aos dados anteriores, salvo por requerimento expresso da pessoa interessada ou por determinação judicial. É assim:

> Provimento n. 149/2023 – CNJ
>
> Art. 519. A alteração de que trata o presente Capítulo (Dos dados relativos à pessoa transgênero) tem natureza sigilosa, razão pela qual a informação a seu respeito não pode constar das certidões dos assentos, salvo por solicitação da pessoa requerente ou por determinação judicial, hipóteses em que a certidão deverá dispor sobre todo o conteúdo registral. (g.n.).

A proteção se estende também à conservação dos documentos que instruíram o procedimento. Nos termos do art. 521 do mesmo Provimento, esses documentos devem ser arquivados de forma permanente, seja fisicamente, seja eletronicamente. A obrigação se impõe tanto ao cartório onde foi lavrado originalmente o registro quanto àquele que realizou a averbação, se diverso. Adrede, vejamos como se encontra o normativo:

> Provimento n. 149/2023 – CNJ
>
> Art. 521. Todos os documentos apresentados pela pessoa requerente no ato do requerimento deverão permanecer arquivados indefinidamente, de forma física ou eletrônica tanto no ofício do RCPN em que foi lavrado originalmente o registro civil quanto naquele em que foi lavrada a alteração, se diverso

> do ofício do assento original.
>
> Parágrafo único. O ofício do RCPN deverá manter índice em papel e/ou eletrônico de forma que permita a localização do registro tanto pelo nome original quanto pelo nome alterado.

Como bem se vê, o parágrafo único do art. 521 determina que o ofício de registro deve manter um índice, em papel ou eletrônico, que permita a localização do registro tanto pelo nome original quanto pelo nome alterado. Essa regra existe para garantir a integridade do serviço público registral, sem comprometer o sigilo das certidões expedidas.

O conjunto normativo assegura, enfim, que a alteração de prenome e gênero seja efetiva não apenas do ponto de vista formal, mas também no plano da proteção da personalidade, da privacidade e da dignidade da pessoa trans. Isso impede que o exercício desse direito fundamental se converta, na prática, em fonte de exposição, estigmatização ou discriminação.

A disciplina normativa, tal como estabelecida nos arts. 519 e 521 do Provimento n. 149/2023, concretiza o compromisso do Conselho Nacional de Justiça com a proteção integral dos direitos da personalidade no âmbito registral.

4.3. Inclusão social e combate à transfobia: reflexos concretos da ADI n. 4275

Para além das implicações estritamente registrais, a ADI n. 4275 consolidou-se como um poderoso vetor de combate à discriminação e de promoção da inclusão social da população transgênero no Brasil. Ao afirmar o direito à identidade de gênero

como um direito fundamental e ao facilitar sua expressão documental, o STF enviou uma mensagem inequívoca à sociedade e às instituições sobre a legitimidade e a dignidade das vivências trans.

O reconhecimento legal da identidade é um passo fundamental para o acesso a outros direitos básicos, como (i) educação, (ii) saúde, (iii) trabalho e (iv) segurança, áreas onde pessoas transgênero enfrentam historicamente barreiras significativas, muitas vezes exacerbadas pela incongruência documental.

A decisão fortaleceu os argumentos em favor da criminalização da transfobia, equiparada ao racismo em outros julgados históricos do STF (ADO n. 26 e MI n. 4733), e forneceu um embasamento jurídico sólido para políticas públicas voltadas à promoção da igualdade e ao respeito à diversidade de gênero.

Ao permitir que pessoas transgênero portem **documentos que reflitam quem elas são**, a referida decisão do STF contribui para mitigar o estigma, reduzir a vulnerabilidade à violência e fomentar um ambiente social mais acolhedor e respeitoso. Trata-se, portanto, de uma decisão cujos efeitos se irradiam para além dos cartórios, impactando positivamente a luta por uma sociedade mais justa e inclusiva.

CONCLUSÃO

A trajetória da **ADI n. 4275**, cujo entendimento restou robustecido no julgamento do **Recurso Extraordinário n. 670.422/RS (Tema n. 761 da Repercussão Geral),** representa um marco de transformação profunda e irrevogável na história do Direito brasileiro, especialmente no que concerne à tutela dos direitos fundamentais das pessoas trans.

Esse avanço não apenas reposiciona o ordenamento jurídico brasileiro no cenário dos direitos humanos, como também ressignifica, de forma inequívoca, o alcance dos princípios

constitucionais da (i) dignidade da pessoa humana, (ii) da igualdade, (iii) da privacidade e (iv) do livre desenvolvimento da personalidade.

A análise empreendida neste artigo evidenciou como o Supremo Tribunal Federal (STF), ao aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição, promoveu uma releitura civilizatória do artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), afastando exigências desproporcionais, como procedimentos médicos, cirúrgicos ou laudos patologizantes, e afirmando que a simples manifestação de vontade da pessoa transgênero é suficiente para a retificação de seu prenome e marcador de gênero no registro civil.

Essas decisões (ADI e Tema 761) não se restringem ao âmbito judicial, irradiando seus efeitos de forma normativa e administrativa – via Provimento n. 73/2018 e, posteriormente, pelo Código Nacional de Normas do Foro Extrajudicial (Provimento n. 149/2023), ambos, da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ. Tais atos normativos operaram a **desjudicialização** do procedimento de alteração registral, garantindo, além da celeridade e acessibilidade, a proteção da privacidade e do sigilo, elementos imprescindíveis à efetiva proteção da dignidade da pessoa trans.

A centralidade do princípio da autodeterminação da identidade de gênero, firmada pelo STF, não apenas reafirma a supremacia dos direitos fundamentais no ordenamento interno, mas também **harmoniza o Brasil com os compromissos internacionais em matéria de direitos humanos**, incluindo a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já explicitada na Opinião Consultiva n. 24/17.

Socialmente, a decisão reverbera como instrumento de inclusão, ao permitir que a identidade civil reflita a identidade vivida, removendo obstáculos estruturais que historicamente relegaram a população transgênero à marginalização e à invisibilidade. Essa conquista jurídica promove o acesso igualitário (i) à educação, (ii) ao mercado de trabalho, (iii) aos serviços de saúde e (iv) a todos os espaços

de cidadania, contribuindo decisivamente para a construção de uma sociedade mais justa, plural e democrática.

Em remate, é lídimo afirmar que a ADI n. 4275 e o Tema 761 da Repercussão Geral (RE n. 670.422/RS) transcendem a mera alteração de registros públicos. Eles constituem uma afirmação eloquente sobre o **direito de ser quem você é**, elevando o Direito à sua mais nobre função: ser instrumento de transformação social, de promoção da dignidade humana e de consolidação de uma cidadania plena e efetiva.

O legado dessas decisões perdurará como um farol na luta pela efetivação dos direitos humanos e pela cidadania plena de todas as pessoas, independentemente de sua identidade de gênero, afinal, o direito à identidade não é uma concessão do Estado, mas um reconhecimento da dignidade que precede e transcende qualquer ato normativo.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS – ANTRA. *Projeto Eu Existo: alteração do registro civil de pessoas transexuais e travestis.* S.l.: ANTRA, 2020. Disponível em: https://antrabrasil.org/wp-content/uploads/2020/03/cartilha-alterac3a7c3a3o-nome-e-genero.pdf. Acesso em: 28 abr. 2025.

BESEN, Lucas Riboli. Lei João W. Nery e identidade de gênero: as materialidades do Estado e seus contornos na (inter)relação entre sexo-gênero-sexualidade. *Revista ReACT – Revista de Antropologia, Ciência e Tecnologia,* Campinas, v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: https://ocs.ige.unicamp.br/ojs/react/article/view/1392. Acesso em: 17 abr. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento n. 73, de 14 de novembro de 2017.* Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa

transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/compilado1518472023090964fc8cd7033ab.pdf. Acesso em: 19 mai. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023*. Institui o Código de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/compilado144857202504286 80f955991128.pdf . Acesso em: 20 mai. 2025.

BRASIL. *Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 15 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275*, DF (0005730-88.2009.1.00.0000). Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 1 mar. 2018. Publicado no DJe de 7 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 670.422,* Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 15 ago. 2018. Publicado no DJe de 10 mar. 2020.

CHALOUB, Luisa. O princípio da imutabilidade do nome civil e suas principais exceções. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 185-212, jan./mar. 2021. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v23_n1/revista_v23_n1_185.pdf. Acesso em: 15 mai. 2025.

CIDADE, Maria Luiza Rovaris. A racionalidade médico-jurídica dos processos de alteração do registro civil de pessoas trans no Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Direito,* Viçosa, v. 9, n. 2, p. 161-203, 2017. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7085890.pdf. Acesso em: 16 mai. 2025.

COACCI, Thiago. A queima dos laudos: controvérsias e reconfigurações dos saberes e direitos trans na ADI 4275. Revista Direito e Práxis, v. 11, n. 2, abr./jun. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdp/a/MvZGhfXVyJJZB9csNyKCbhz/?format=html&lang=pt. Acesso em: 20 abr. 2025.

COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. A criminalização da homotransfobia e o novo alcance interpretativo do racismo no âmbito dos julgamentos da ADO 26/DF e MI 4.733/DF do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito, Administração e Infraestrutura,* 2020. Disponível em: https://www.rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/329. Acesso em: 18 mai. 2025.

COSTA, Fabricio Veiga; GOMES, Tatianny Kariny Veloso. ADIN 4275: apontamentos críticos da atuação do amicus curiae e a análise democrática da formação participada do mérito processual. *Revista Humus,* v. 9, n. 27, 2019. Disponível em:

https://cajapio.ufma.br/index.php/revistahumus/article/download/11887/7030/39007. Acesso em: 09 abr. 2025.

COSTA, Mônica Coêlho. Reflexões sobre a efetividade da decisão de alteração do registro civil de pessoas transgênero e travestis: desafios e perspectivas após a ADI 4275. *Caderno Virtual IDP,* 2021. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/5369/2141/17321. Acesso em: 10 abr. 2025.

GALVÃO, Natasha Santana Sloniewski. Relativização do princípio da imutabilidade do nome civil. *Id on Line Revista de Psicologia*, v. 14, n. 49, p. 601-614, fev. 2020. Disponível em: https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/download/2374/3627/9435. Acesso em: 5 mai. 2025.

GOMES, Renan Macedo Vilela. *A função contramajoritária do Judiciário e a proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.*

Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-funcao-contramajoritaria-do-judiciario-e-a-protecao-dos-direitos-fundamentais-no-estado-democratico-de-direito/2775508398. Acesso em: 11 mai. 2025.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. *STF reconhece às pessoas trans o direito de alteração no registro civil sem necessidade de cirurgia de transgenitalização.* Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/6548. Acesso em: 13 mai. 2025.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. *TJSC autoriza homem trans a alterar registro civil sem cirurgia ou laudo médico.* Acórdão 70070998570, 2016. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/noticias/tjsc-autoriza-homem-trans-a-alterar-registro-civil-sem-cirurgia-ou-laudo-medico/705801354. Acesso em: 12 mar. 2025.

JESUS, Ruberval Ferreira de. *Uma análise descritiva da ADI 4275.* Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/uma-analise-descritiva-da-adi-4275/860221611. Acesso em: 21 mar. 2025.

KLUSKA, Flávia Ortega. *Quando é possível a alteração do nome?* Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quando-e-possivel-a-alteracao-do-nome/372428898. Acesso em: 19 abr. 2025.

LANDO, G. A.; NASCIMENTO, E. F. do; MONTE, L. M. I. do; QUEIROZ, A. P. F. de. A fluidez do gênero e o direito à não identificação do sexo biológico. *Revista Feminismos*, [S. l.], v. 6, n. 1, 2019. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/30361. Acesso em: 20 mai. 2025.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. A interpretação conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos dada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ADI 4275: a alteração do prenome e do sexo de pessoas transgênero e a questão do diálogo entre cortes. *Revista da Universidade de Fortaleza,* Fortaleza, p. 1-25, 2020.

Disponível em: https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Monia+Clarissa+Hennig+Leal+e+Eliziane+Fardin+de+Vargas.pdf. Acesso em: 1 abr. 2025.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MORAES, Emanuele Pezati Franco de. Provimento 73/2018 do CNJ versus ADI 4275 do STF: requisitos para a alteração do prenome e sexo dos transexuais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 20, n. 6, p. 451-467, 2019. Disponível em: http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/635 Acesso em: 14 mai. 2025.

LINS, Ana Paola de Castro; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil,* n. 17, 2018. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/269. Acesso em: 6 mai. 2025.

MARTINS, Antônio Eduardo Senna. *A autodeterminação de gênero e o direito ao reconhecimento civil: análise da tese com repercussão geral – Tema 0761*. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-autodeterminacao-de-genero-e-o-direito-ao-reconhecimento-civil-analise-da-tese-com-repercussao-geral-tema-0761/1988946503. Acesso em: 21 mai. 2025.

MARTINS, Maria. *A eficácia irrisória da dignidade da pessoa humana face à transexualidade:* reflexos no estado democrático de direito. Disponível em: https://juridicocerto.com/p/dra-maria-martins/artigos/a-eficacia-irrisoria-da-dignidade-da-pessoa-humana-face-a-transexualidade-reflexos-no-estado-democratico-de-direito-6439. Acesso em: 17 mar. 2025.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2019. Capítulo: Técnicas de decisão do controle de constitucionalidade.

NETO, Edgard Audomar Marx. Identidade, estado civil e ordem pública. 2020. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-9A3GT9/3/Tese_Edgard%20Audomar%20Marx%20Neto.pdf. Acesso em: 18 mai. 2025.

NOGUEIRA, Arley Luna; MAIA, Kyev Moura; MOÉSIA, Camila Vila. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal quanto às omissões legislativas e suas repercussões jurídicas decorrentes do julgamento da ADO n. 26. *Revista de Direito Administrativo,* v. 19, n. 2, 2022. Disponível em:https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/download/5839/2311. Acesso em: 18 mai. 2025.

RIOS, Beatriz Falcão; FONTES, Tarik Vervloet; SANTOS, Fábio da Silva. A proteção de direitos sociais dos transgêneros: impactos da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275 no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 115, p. 591-610, jan./dez. 2020. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/189403/174910/508715.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do; LEAL, Manuela Macedo. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275: uma análise sob a ótica do ativismo judicial e das questões de gênero. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 26, n. 10, p. 25-45, 2020. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5705. Acesso em: 12 mai. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 172.

SANTIAGO, Eduardo Junior Araújo. *Os impactos sociais e jurídicos do ativismo judicial no STF.*

Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-impactos-sociais-e-juridicos-do-ativismo-judicial-no-stf/1272239173. Acesso em: 13 mai. 2025.

SILVA, Cíntia Moura; OLIVEIRA, Victor Henrique Fernandes e. A retificação do registro civil da pessoa transgênero a partir da ADI 4275/2018 e Provimento 73 do CNJ: desburocratização do direito ao nome. *REIVA – Revista de Estudos Interdisciplinares do Vale do Araguaia,* v. 6, n. 3, 2023. Disponível em: https://reiva.unifaj.edu.br/reiva/article/download/388/228/985. Acesso em: 12 mai. 2025.

TAGLIAMENTO, Grazielle. Acesso ao mercado de trabalho formal: desigualdades de gênero entre mulheres e homens trans. *Cadernos de Gênero e Tecnologia,* Curitiba, v. 15, n. 46, p. 197-211, jul./dez. 2022. Disponível em: https://revistas.utfpr.edu.br/cgt/article/viewFile/12142/9361. Acesso em: 10 abr. 2025.

VIEIRA, Giulia Gomes. *Retificação do registro civil de pessoas trans: impacto da ADI n. 4.275 sobre as decisões do TJDFT*. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/3630. Acesso em: 30 abr. 2025.

PÚBLICO EXTERNO

Alexandre Moura Alves de Paula Filho
Lúcio Grassi de Gouveia

DIÁLOGO PROCESSUAL INTERSUBJETIVO PÓS CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:
A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CAMINHA NO SENTIDO DE GARANTI-LO OU LIMITÁ-LO?

Diálogo processual intersubjetivo pós Código de Processo Civil de 2015: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de garanti-lo ou limitá-lo?

Intersubjective procedural dialogue after the 2015 Civil Procedure Code: does the jurisprudence of the Superior Court of Justice moves towards guaranteeing or limiting it?

Alexandre Moura Alves de Paula Filho

Mestre e Doutor em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Especialista em direito médico e da saúde pelo Instituto dos Magistrados do Nordeste (IMN). Diretor de Comunicação Social da Associação Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPro). Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Professor universitário, advogado e mediador judicial. Email: adepaulafl@hotmail.com. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3247-8140.

Lúcio Grassi de Gouveia

Professor Adjunto III da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação, Mestrado, Especialização e Doutorado). Doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo, Linguagem e Tecnologia da Universidade Católica de Pernambuco. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Associação Norte-Nordeste dos Professores de Processo. Juiz de Direito em Recife-PE. Parecerista em diversas revistas científicas jurídicas. E-mail: luciograssi13@gmail.com Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4452-6541

RESUMO

A jurisprudência do STJ caminha no sentindo de garantir ou de limitar o diálogo processual intersubjetivo? Este trabalho apresenta o estudo do diálogo processual à luz das normas fundamentais do CPC/15, que consagram as garantias do contraditório dinâmico e substancial, da vedação às decisões surpresa e do dever de fundamentação das decisões judiciais. Dentro da compreensão do que é o diálogo processual intersubjetivo, identificou-se que essas garantias não se concretizam com a simples modificação legislativa, mas requerem uma efetiva revisão de poderes e funções do juiz, com destaque para o urgente abandono dos modelos de livre convencimento motivado e fundamentação suficiente pelo juiz, na apreciação da prova e motivação das decisões. Com isso, foram analisados três precedentes do STJ após a vigência do CPC/15: um em relação ao dever de fundamentação das decisões e outro em relação à vedação às decisões surpresa. Ao final, confirmou-se a hipótese de que a simples modificação legislativa, por si só, não alterou o *status quo* de um juiz dotado de poderes que desequilibram o diálogo processual intersubjetivo, e o STJ, ao ratificar o modelo decisório do código revogado, permite que tribunais em todo o país maculem as garantias fundamentais que se prestam a gerar esse diálogo.

PALAVRAS-CHAVE: diálogo processual intersubjetivo, contraditório, fundamentação das decisões judiciais, teoria da integridade, Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The jurisprudence of the STJ (Superior Court of Justice - Brazil) works in order to guarantee or limit the intersubjective procedural dialogue? This paper presents the procedural dialogue according to the fundamental norms of the Code of Civil Procedure of 2015 (CPC/15), which establish the guarantees of dynamic and substantial contradictory, prohibition of surprise decisions and duty to state reasons for judicial decisions. Within the understanding of what is the intersubjective procedural dialogue, it was identified that these guarantees do not materialize with simple legislative modification, but require an effective review of the judge's powers and functions, with emphasis on the urgent abandonment of motivated free convincing models and sufficient reasoning by the judge, in the assessment of the evidence and motivation of the decisions. Then, there were analyzed three precedents of the STJ after the validity of the CPC/15, about the duty to state reasons for judicial decisions and the prohibition of surprise decisions. As a result, it was confirmed that a simple legislative change itself did not change the status quo of a judge with powers that unbalance the intersubjective procedural dialogue, and the STJ, when ratifying the decision model of the revoked code, it allows courts across the country to violate the fundamental guarantees that lend themselves to generating this dialogue.

KEYWORDS: intersubjective procedural dialogue, contradictory, justification of judicial decisions, theory of integrity, Superior Justice Tribunal.

SUMÁRIO

Introdução; 1. Normas fundamentais do diálogo processual intersubjetivo na transição CPC/73 – CPC/15, passando pela promulgação da CF/88; 2. Normas fundamentais processuais do CPC/15: o prestígio ao contraditório e ao dever de fundamentação das decisões judiciais como ferramentas de diálogo processual intersubjetivo; 3. Livre convencimento motivado e dever de fundamentação das decisões judiciais: necessidade de revisão de poderes e funções judiciais para concretizar um diálogo verdadeiramente intersubjetivo; 4. A aplicação das normas de diálogo processual intersubjetivo e a interpretação do Superior Tribunal de Justiça; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) caminha no sentido de garantir ou limitar o diálogo processual intersubjetivo? O problema de pesquisa ora proposto gira em torno das normas fundamentais previstas no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que não constavam expressamente no código anterior.

Algumas dessas normas são vocacionadas a proporcionar aos jurisdicionados participação e controle no processo decisório, rechaçando um suposto papel de protagonista atribuído ao juiz por parte da processualística. Nesse ínterim, destacamos as garantias do contraditório e fundamentação das decisões judiciais. Diálogo processual intersubjetivo, portanto, é a tônica de um processo conduzido sem hierarquias ou quebras de isonomia e com instrumentos (ou constrangimentos) processuais que assegurem efetiva participação de todos os sujeitos.

Como objetivo central, pretende-se investigar se o salto qualitativo a essas garantias proporcionado pelo CPC/15 tem sido devidamente observado no Superior Tribunal de Justiça, que, sob a égide do CPC/73, tinha entendimentos reducionistas na matéria. Os objetivos específicos são: a) o levantamento legislativo e doutrinário das modificações

legislativas em matéria de garantias de diálogo intersubjetivo; b) a investigação acerca do princípio do livre convencimento motivado, previsto no código processual revogado, mas, aparentemente, não abandonado após a vigência do CPC/15, utilizando-se como referenciais teóricos a doutrina nacional e a teoria da integridade de Ronald Dworkin; c) por fim, com base nas premissas teóricas estabelecidas, realizar análise qualitativa de três julgados que fixaram o entendimento do STJ em matéria de contraditório e fundamentação das decisões pouco tempo após a entrada em vigor do CPC/15.

A relevância científica desta pesquisa repousa na íntima ligação das normas aqui estudadas com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, razão por que uma interpretação limitativa desses dispositivos tende a produzir precedentes inconstitucionais. Até por isso, para a análise jurisprudencial fez-se corte metodológico no STJ, já que, apesar de se analisar somente três decisões, considera-se imensurável o impacto delas sobre todo o país, sobretudo em razão da construção de um sistema de precedentes de observação obrigatória, outra novidade do CPC/15.

A metodologia adotada é de cunho dogmático. Inicialmente, será realizada revisão de literatura acerca das normas fundamentais ligadas à promoção do diálogo processual intersubjetivo, com base na doutrina processual e constitucional, nacional e estrangeira. Essa construção hermenêutica estribará a análise qualitativa da jurisprudência, permitindo que se responda ao problema de pesquisa. Assim, tal análise não se deu de modo meramente opinativo, conforme convicções pessoais do autor, mas com base na hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais processuais.

1. NORMAS FUNDAMENTAIS DO DIÁLOGO PROCESSUAL INTERSUBJETIVO NA TRANSIÇÃO CPC/73 – CPC/15, PASSANDO PELA PROMULGAÇÃO DA CF/88

Soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana são fundamentos inexoráveis à democracia, nos termos do art. 1º da CF/88[1]. Por isso, os direitos fundamentais ligados ao processo são garantias a serviço do jurisdicionado, com o objetivo de evitar abusos de poder, vinculando a atuação dos agentes públicos, notadamente os dotados de autoridade, à vontade do Poder Constituinte e não aos seus próprios critérios, além de promover isonomia entre as partes e o acesso à tutela jurisdicional sempre que necessário.

Ocorre que à época da promulgação da Constituição, vigorava em nosso ordenamento jurídico o Código de Processo Civil de 1973. Aprovado durante a ditadura militar, o códex processual em questão não abarcava muitos dos princípios e direitos que viriam a ser inseridos na nossa Carta Magna. No interregno temporal de 1988 a 2016, vários direitos fundamentais ligados ao processo previstos na CF/88 vinham sofrendo certa relativização quando de sua aplicação em razão de algumas normas do CPC/73, notadamente incompatíveis com a nova ordem constitucional.

Nesse âmbito, destacamos o contraditório e o dever de fundamentação das decisões judiciais – normas que alicerçam o diálogo entre todos os sujeitos do processo. O primeiro sempre foi interpretado majoritariamente em seu aspecto formal, isto é, o direito previsto na legislação processual de se manifestar autos, sem necessariamente vincular

[1] 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:

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

o pronunciamento do juiz sobre a causa. O segundo cedia muitas vezes em nome de um "livre convencimento motivado do juiz", previsto no art. 131 do CPC/73[2]. Isso porque, com base nesse dispositivo, o juiz não estava obrigado a se pronunciar acerca de todos os argumentos e provas constantes nos autos, mas a justificar a adoção da (s) tese (s) escolhida (s) e seu fundamento probatório, este valorado de acordo com seu livre juízo.

O Código de Processo Civil aprovado em 2015, em contrapartida, alinha-se mais às conquistas constitucionais: valorizou o contraditório e regulamentou o dever de fundamentar as decisões judiciais. O legislador do Novo CPC aposta no exercício pleno do diálogo processual, através da hermenêutica constitucional desses direitos, como instrumento de promoção da democracia, da isonomia e da soberania (esta, que emana do povo) no âmbito do direito processual civil.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem sendo instado a aplicar as normas fundamentais processuais e, dessa vez, com uma responsabilidade bem maior que no código anterior, em vista da previsão de que alguns dos seus pronunciamentos passam a ganhar força vinculante[3].

Assim, perguntamos: a jurisprudência do STJ caminha no sentindo de garantir ou limitar o diálogo processual intersubjetivo? O objetivo deste trabalho é, dessa forma, analisar esses dispositivos legais sob o prisma da

[2] Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

[3] 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.

doutrina processualística-constitucional para, em seguida, avaliar se três precedentes do STJ pós CPC/15 sobre contraditório e fundamentação das decisões reforçam ou não os avanços técnicos obtidos em se tratando dessas normas fundamentais.

2. NORMAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS DO CPC/15: O PRESTÍGIO AO CONTRADITÓRIO E AO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO FERRAMENTAS DE DIÁLOGO PROCESSUAL INTERSUBJETIVO

Da leitura das normas fundamentais processuais, dispostas na primeira parte (art. 1º ao 12), legislador do CPC procurou regular os direitos fundamentais ligados ao processo com o fito de conferir efetividade aos fins da Carta Magna. Em outras palavras, o texto constitucional prevê alguns direitos fundamentais processuais, mas, na prática, ainda não eram aplicadas como verdadeiras garantias das partes.

Nos arts. 1º ao 12 do CPC – previsão inexistente no código pretérito, diga-se -, ora repetiu-se normas tais quais previstas na Constituição Federal, ora se dispôs de maneira mais detalhada, como por exemplo ao legislar sobre a *vedação das decisões surpresa* (arts. 9º e 10) como alicerce do direito a contraditório e ampla defesa constitucionalmente previsto.

Isso se aplica aos direitos à decisão fundamentada (art. 93, IX) e ao contraditório (art. 5º, LV) do jurisdicionado. Reza a Constituição Federal que:

> Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no

> sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).
>
> Art. 5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A especificação legislativa do contraditório no novo CPC encontra-se nos arts. 9º e 10, que instituem a vedação às "decisões-surpresa":

> Art. 9º: Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
>
> Art. 10: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Já em matéria de fundamentação das decisões, o art. 11 praticamente repete a norma prevista na *Lex Mater*, razão por que o dispositivo que protagoniza a norma no CPC é o art. 489, § 1º:

> Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.
>
> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A ideia das referidas normas parece ser muito clara: aprimorar o diálogo processual de maneira horizontal. O melhor exercício do contraditório contribui para a uma participação mais ampla e qualificada das partes ao passo que a fundamentação adequada e analítica das decisões permite a atuação do órgão jurisdicional no sentido de assegurar garantias fundamentais (sobretudo impedindo arbítrios e quebras de isonomia), uma vez que, se não estiver fundamentado, não se saberá minimamente que razões levaram o julgador à sua conclusão.

Para isso, não basta que o magistrado possibilite às partes se manifestarem sempre que necessário, mas também que a sua decisão examine todos os fundamentos e pedidos trazidos aos autos. É o prestígio ao contraditório em seu aspecto *material* (poder de influência e controle na construção do conteúdo da decisão judicial) e não meramente *formal* (o simples direito positivado na legislação processual de falar e produzir provas no processo) (AZEVEDO, 2016, p. 27).

Além de o contraditório ser um importante instrumento de participação e fiscalização do processo pelas partes, é através dele que será fixado o conteúdo da decisão proferida. Foi esse o objetivo do legislador do CPC ao inserir os arts. 9º e 10, prevendo que não haverá decisão fundada em qualquer aspecto, prova ou tese sobre o qual não se oportunizou o contraditório. É por tal razão que a doutrina defende que o contraditório é *substancial/material* (poder de influência na decisão) e *dinâmico* (deve ser observado sempre que algo novo e possível de influenciar a decisão surge na lide).

Na processualística dominante, os vieses material e dinâmico do contraditório não eram uma novidade mesmo antes de 2015. O estudo do contraditório como garantia constitucional há um bom tempo já levava muitos doutrinadores a entenderem seu viés material como "direito de influência" às decisões judiciais[4].

Esse direito de influência, corolário de uma democracia participativa e deliberativa, não somente está atrelado ao processo civil, mas a toda decisão proferida no Estado Democrático de Direito. É direito de todo o cidadão influenciar aqueles que detêm poder para emanar as decisões estatais que possam interferir em sua vida. Nesse contexto, podemos observar que:

> a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializa este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo. O julgador, dentro de suas prerrogativas funcionais, pode até reputar errôneos os argumentos utilizados, mas deve, em respeito ao direito de influência, além de tomá-las em consideração, fazer menção expressa às teses levantadas pelos sujeitos processuais. Trata-se do dever de atenção às alegações, intrinsecamente conectado ao dever de motivação das decisões estatais e correlato ao direito dos sujeitos processuais de ver sua linha argumentativa considerada pelo julgado (CABRAL, 2001, p. 200).

[4] Já sustentava essa tese, em 1993, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "Quando se trata do princípio do contraditório, a visualização tende a se fixar nas partes, sem alcançar a figura do juiz, o que diminui, a nosso ver, o alcance da garantia. [...] "Na realidade, diante do inafastável caráter dialético do processo, deve se modificar de forma significativa o alcance do antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*. [...] Da análise até agora desenvolvida, impõe-se afastar a possibilidade de que a parte possa ser considerada simples "objeto" do pronunciamento judicial, no iter procedimental: exibe-se ineliminável o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão (OLIVEIRA, 1993, p. 178-180).

Por tal razão, voltando ao âmbito do processo civil, o contraditório não poderia ser mais visto como "mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões" (NUNES, 2012, p. 226):

> Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em solitária onipotência aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes (FERRI, 1998, p. 781-782 *apud* NUNES, 2012, p. 229).

A doutrina não só alertava para o aspecto material, mas também para o dinâmico do contraditório. Como direito de influência que é, ele não pode ficar estático, sendo manejado somente em situações expressamente previstas em lei (resposta do réu, réplica, alegações finais, embargos à execução, etc.), mas sempre que se suscita (ou o juiz verifica a possibilidade de conhecer de ofício) algo novo no processo, a fim de impedir a prolação de uma "decisão surpresa".

Vale frisar que já se ressaltava que essa decisão surpresa poderia dizer respeito tanto a questão fática quanto jurídica (aplicação da norma legal) cuja discussão não foi oportunizada ao longo do processo, ainda que o juiz pudesse decidi-la de ofício:

> Assim, por exemplo, se ao juiz a parte aparenta ser ilegítima ou a norma invocada parece-lhe inconstitucional, mas não houve qualquer discussão ou debate sobre o assunto, cumpre-lhe, antes de se pronunciar a respeito, determinar a intimação das partes para que se manifestem sobre tal matéria. Ainda que lhe caiba examinar o assunto de ofício, impende conferir às partes a oportunidade de colaborar com a formação do seu convencimento, influenciando, desse modo, na decisão a ser tomada (CUNHA, 2012, p. 153).

Sendo meio de fixação do conteúdo da decisão judicial, as teses, provas ou pedidos abordados pelas partes em suas manifestações capazes de modificar a decisão proferida devem estar contidos nela, acompanhados da motivação de seu não cabimento. Se esses elementos trazidos ao processo pelas partes, quando do exercício do contraditório, não compuserem o conteúdo da decisão, esta padece de nulidade em razão de cerceamento de defesa.

Se determinado aspecto abordado pela parte não for acolhido pelo juiz, seu dever é fundamentar o porquê do não acolhimento. O juiz não está autorizado a motivar somente em relação aos aspectos que acolheu, uma vez que, ao proceder dessa maneira, ele fere seu dever constitucional de fundamentar suas decisões. A fundamentação das decisões, portanto, é o instrumento apto a evitar que o juiz cometa abusos, decidindo conforme suas vontades, de maneira subjetiva, solipsista[5], ou seja, solitária, como se ele fosse o único sujeito ativo do monólogo processual.

A doutrina já identificava a má aplicação do art. 93, IX da Constituição Federal quando juízes simplesmente explicavam o motivo pelo qual foram convencidos a decidir. Explicação, nesse sentido, não é fundamentação, porque se desprende do diálogo processual (e do exercício do contraditório) e se torna ato solitário (monólogo) do juiz:

> Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso "tal ou qual norma legal". A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não

[5] "Fala-se em solipsismo judicial para expressar um espaço de subjetividade blindado ao exercício pleno do contraditório, donde decisões judiciais nascem do labor solitário do juiz, ao arrepio do contraditório. O juiz solipsista é o arquétipo do decisor que não se abre ao debate processual, aquele que se basta, encapsulado" (NUNES; DELFINO, 2014, p. 205).

> vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão (THEODORO JR.; NUNES; FRANCO; PEDRON, 2015, 220).

Por isso, o contraditório-influência, sempre observado em momento anterior à decisão (caso contrário, esta será uma decisão-surpresa) é norma que limita o poder do juiz, vinculando-o ao debate sobre todas as questões aptas a compor a sua decisão. É nesse sentido que se fala que o diálogo processual se consolida num ambiente intersubjetivo:

> Destarte, também por força do contraditório-influência o magistrado deixou de ser encarado como o sujeito que detém a exclusividade na formulação da norma jurídica, reconhecendo-se igual direito às partes, as quais contribuirão com argumentos fático-jurídicos – argumentos que poderão ser acolhidos ou rejeitados, mas que devem ser enfrentados pela decisão (debatidos). [...]
>
> O direito de participação (influência) condiciona o conteúdo das decisões inibindo a prolação de decisões-surpresa, isto é, quando estruturadas em argumentos alheios ao debate (decisões de terceira via). [...]
>
> A par dessas colocações, observamos que a influência é anterior à formação da decisão; após a decisão, o direito de influência será exercitado por meio de recurso para o – novo – órgão julgador. Considerando que a influência é prévia, como seria possível vislumbrar um controle apriorístico do magistrado quanto às manifestações que não tenham o condão de infirmar a tese albergada pela decisão? (GOUVEIA; PEREIRA; ALVES, 2016, p. 185-186).

Ante todas as reflexões expostas, é inexorável o entrelaçamento entre as normas fundamentais aqui tratadas, quais sejam o contraditório material e substancial (e, por óbvio, prévio, sob pena de prolação de decisão-surpresa) com o dever de fundamentação das decisões judiciais observado nos termos do art. 489, §1º do CPC. Afinal,

> Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual (BRÊTAS; FIORATTO, 2010, p. 132).

Dessa forma, resta evidente que as facetas ora exploradas do contraditório e do dever de fundamentação das decisões judiciais não são novidades em nosso ordenamento jurídico, haja vista que advêm de construções doutrinárias pretéritas, fazendo-se novas, no entanto, pelas disposições do CPC/15 nessa esteira, notadamente os arts. 10 e 489, §1º.

A seguir, alguns empecilhos ao devido diálogo processual enraizados na jurisprudência serão expostos e confrontados com interessantes construções doutrinárias que parecem ter influenciado o legislador de 2015.

3. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: NECESSIDADE DE REVISÃO DE PODERES E FUNÇÕES JUDICIAIS PARA CONCRETIZAR UM DIÁLOGO VERDADEIRAMENTE INTERSUBJETIVO

Antes mesmo de a Emenda Constitucional de nº 45/04 inserir na Carta Magna o dever do magistrado de motivar suas decisões sob pena de nulidade, a fundamentação já era requisito essencial das decisões judiciais. Assim estava disposto no artigo 165 combinado com o 458, II do CPC/73 [6]:

[6] Assim também dispunha o CPC de 1939:
Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá:

> Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:
>
> [...]
>
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
>
> Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Contudo, o problema da fundamentação das decisões judiciais não girava em torno do descumprimento integral desses dispositivos, isto é, na ausência de motivação. A questão permeava a liberdade do juiz na apreciação da prova e na formação de seu convencimento, expressamente autorizada no art. 131 do CPC anterior, que consagrava o princípio do livre convencimento motivado.

O princípio em questão era uma opção legislativa com o escopo de possibilitar aos juízes maior protagonismo na busca pela verdade real dos fatos trazidos ao processo, com, em suma, os poderes-deveres de: a) corrigir o curso da instrução probatória quando ela não estivesse a contribuir para a descoberta da verdade (denominado na doutrina de Taruffo de "dimensão epistêmica do processo"); b) escolher livremente a prova que o convenceu sobre as alegações de fato da demanda. Em síntese:

> Por conseguinte, resulta evidente que, entre os protagonistas do processo, o juiz é o sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental, ou seja, a apuração da verdade dos fatos. Essa função implica que ele oriente sua atividade, no curso do processo, no sentido dessa finalidade. Isso implica duas consequências principais: de um lado, é do juiz o dever de governar a admissão e a produção das provas, além da determinação de seu valor no âmbito da decisão final sobre os fatos (TARUFFO, 2012, p. 200-201).

[...]
II – os fundamentos de fato e de direito;

Admitir ser o juiz o destinatário das provas, em vista de ser o sujeito principal da dimensão epistêmica de busca à verdade, implica, portanto, conferir-lhe uma posição de protagonismo. Contudo, isso gerou um sistema processual refratário à intersubjetividade (PEREIRA, 2018, p. 235) e ao diálogo processual. Sutilmente, o contraditório – garantia das partes de participação no processo decisório - vai sendo esvaziado.

> O juiz descobre os fatos e declara os direitos, por assim dizer. As partes atuam como informantes; quando muito, são interlocutoras. Não se lhes confia, com exclusividade e em simétrica paridade, construir as razões da decisão que lhes afeta. Repise-se o lugar menor que reserva ao contraditório, como álibi da imparcialidade para o juiz proativo (STRECK, 2016, p. 130).

A interpretação dada ao art. 131 do CPC/73, era no sentido de que deveria o juiz motivar por que acolheu determinada pretensão e sua respectiva prova, tese conhecida como "fundamentação suficiente", que na verdade, era uma confusão entre liberdade na apreciação da prova com liberação do dever de fundamentar, sobretudo no tocante às provas não acolhidas[7]. Ocorre que, em muitos casos, as partes teriam acesso aos motivos que fizeram o julgador dar razão a determinado argumento, mas não teriam acesso às razões pelas quais os demais não foram acolhidos. Sendo as decisões públicas e os juízes agentes públicos vinculados à lei e à Constituição Federal, motivar de maneira parcial configura-se ato inconstitucional.

[7] O julgado a seguir sintetiza o posicionamento do STJ, que, sob a égide do CPC/73, sustentava essa modalidade de fundamentação das decisões, aplicada, inclusive, em matéria penal: "Nos termos da jurisprudência desta Corte, o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional o resultado diferente do pretendido pela parte" (BRASIL, 2013).

O resultado disso foi a produção de decisões judiciais *solipsistas*, ou seja, com marcas subjetivas do julgador, construídas por apenas um dos sujeitos processuais - o magistrado - em razão da suposta possibilidade de ignorar as teses e provas que não o convenceram.

Ao contrário do que se imaginava, a interpretação dada ao art. 131 do CPC/73 era incompatível com o art. 93, IX, da Constituição Federal, e o resultado disso foi a instalação de uma cultura de discricionariedade e subjetivismo na atividade jurisdicional[8].

O conserto dessa inadequação constitucional da interpretação dada ao art. 131 do CPC/73, reside na superação da tese de que o juiz é o destinatário e livre condutor das provas produzidas e no reconhecimento que elas, na verdade, servem ao processo construído em diálogo (SCHMITZ, 2015, p. 182). Por essa acepção, quanto mais bem fundamentada, menos livre será a decisão. Isso porque,

> Muito embora a doutrina clássica relacione a liberdade de convencimento do magistrado a uma escolha intuitiva, decidir – tenha-se isso muito claro – não é escolher. A decisão judicial no paradigma do positivismo era uma escolha dentre várias opções legítimas, e o problema que surge daí é justamente a discricionariedade. Por outro lado, se a realidade de um caso concreto é o que condiciona a decisão, ela precisa ser tomada de forma demonstrável a ser a melhor solução possível, e não é dado ao intérprete selecionar o que ele mesmo, subjetivamente, acredita ser a melhor solução (SCHMITZ, 2015, p. 189).

[8] Cultura essa que, a despeito da inovação do CPC/15 em matéria de fundamentação, ainda parece enraizada. É a conclusão que se extrai do pedido de veto, logo após a aprovação do CPC/15, ao art. 489, § 1º do CPC por parte de entidades que representam nacionalmente a classe de magistrados, como a AMB (Associação de Magistrados do Brasil), AJUFE (Associação de Juízes Federais do Brasil) e ANAMATRA (Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho) (VASCONCELLOS; ROVER, 2015).

Percebeu-se, com isso, que nossa legislação processual carecia de uma regulamentação acerca do que seria uma decisão fundamentada ou não na lei, já que na vigência do *Código de Buzaid*, o livre convencimento motivado distorcia o sentido de fundamentação que pretendia dar o constituinte de 1988. Em vista disso, o CPC/15 regulamentou o exercício da fundamentação pelo juiz, em seu art. 489, § 1º, onde dispõe hipóteses em que a decisão não será considerada fundamentada.

A nova norma se coaduna com as garantias processuais previstas na Constituição, vez que a fundamentação, nesses termos, reclama efetivo exercício do contraditório, o que acarreta maior controle da atividade jurisdicional pelas partes. Mas não só por elas...

Isso porque a motivação das decisões tem duas importantes funções na busca pela democratização do processo: a *endoprocessual*, que consiste no controle da atividade jurisdicional pelas partes, por meio do manejo de recursos, e a *exoprocessual* ou *extraprocessual*, exercida pelo povo, detentor da soberania conferida pela Constituição, à qual se submete o juiz:

> Perceber essa dupla função da motivação é fundamental. Assim, será mais fácil compreender porque a decisão judicial é um *duplo discurso*; um discurso para a solução do caso, dirigido às partes, e um discurso para a formação do precedente, dirigido à coletividade (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 315).

Tendo em vista que o trabalho de decidir do juiz não interessa somente às partes, mas a toda a coletividade, a fundamentação se mostra como importante elemento de coesão entre o caso concreto e paradigma. É pela fundamentação que se examinará as semelhanças e diferenças entre os casos confrontados e, portanto, a validade de aplicação do precedente – que, a propósito, foi outra grande aposta do legislador do CPC de 2015.

Nesse contexto, cumpre destacar a *teoria da integridade* de Ronald Dworkin, explicada através da metáfora do romancista em cadeia:

> Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 1999, p. 276).

Através dessa ideia, o autor compara o juiz a um romancista da cadeia, e cada decisão equivale a um novo capítulo do romance aberto, iniciado no passado, com a criação ou positivação de um instituto jurídico, passando por toda a jurisprudência criada até o que se vai decidir futuramente. Deve o juiz ter o mesmo zelo ao decidir que o romancista ao dar continuidade a uma história, observando tudo o que já foi feito, nunca iniciando do zero.

A responsabilidade do juiz de não decidir a partir do que Dworkin chama de "vácuo" (que seria o oposto a decidir examinando todo o "romance em cadeia" anterior ao momento do julgamento), passa por uma fundamentação que aborda todas teses e provas do processo. Streck sintetiza essa ideia:

> Por isso, o acerto de Dworkin ao exigir uma responsabilidade política dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque, com elas, afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o "modo positivista-de-fundamentar" as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – e isso ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo "Defiro, com base na lei x ou na súmula y" (STRECK, 2009, p. 70).

O pensamento de Dworkin revela-se ainda mais valioso para explicar o aspecto *exoprocessual* da fundamentação das decisões, isto é, sua importância na formação e interpretação do precedente.

Afinal, no caso de uma decisão tomada a partir do vácuo, além do déficit argumentativo sob a perspectiva *endoprocessual*, faltarão subsídios para interpretar a decisão e utilizá-la como paradigma para casos futuros (perspectiva *exoprocessual*) – e, se for erroneamente utilizado, poderá gerar uma série de decisões mal interpretadas. Nesse sentido:

> Observa-se, assim, o conceito de integridade jurídica defendida por Dworkin, haja vista que em cada caso, o juiz deverá decidir considerando-se como parte de um complexo empreendimento em cadeia. A integridade exige, portanto, que a interpretação de cada lei se fundamente em uma justificativa que ajuste a todo o conjunto da legislação vigente (MOREIRA; MAYRINK, 2014, p. 97).

A integridade jurídica de Dworkin propõe um modelo decisório divergente daquele pautado no livre convencimento motivado, proposto no código revogado. O modelo do CPC/15, em contrapartida, converge com a integridade jurídica, tendo em vista que prevê que o juiz não pode se utilizar de elementos subjetivos (oriundos do "vácuo" de Dworkin), mas dos elementos objetivos trazidos no exercício do contraditório pelas partes. A integridade pressupõe a decisão dialógica.

Percebe-se, pois, que o CPC hodierno, ao aperfeiçoar o dever do magistrado de fundamentar as decisões judiciais sob o prisma constitucional e conforme a norma de seu art. 489, § 1º - em um modelo alinhado com a integridade jurídica dworkiniana -, suplantou a regra do livre convencimento motivado[9]. Pelas citadas perspectivas *exoprocessual*,

[9] O próprio termo "livremente" presente no art. 131, CPC/73 foi retirado da redação do correspondente no CPC/15, qual seja, o art. 371, cuja redação é: "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

indispensável ao sistema dos precedentes, bem como a *endoprocessual,* que viabiliza o controle da atividade jurisdicional às partes, respeitando o contraditório a fim de evitar abusos e solipsismos, não se permite mais um julgamento que não examine todas as questões e provas dos autos, tampouco que se funde em elementos externos, notadamente a subjetividade do julgador, ou ainda não se interprete racionalmente a norma jurídica.

4. A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIÁLOGO PROCESSUAL INTERSUBJETIVO E A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A relevância do debate sobre o diálogo processual intersubjetivo levou-o aos tribunais muito antes de haver um código de processo que dispusesse de normas fundamentais.

Aprovado o CPC/15, era de se esperar que suas novas normas fossem devidamente ratificadas pelos tribunais. Por isso, neste tópico, analisaremos o impacto do CPC/15 na jurisprudência do STJ, em matéria de diálogo processual.

Em 2006, a Corte Cidadã emanou o seguinte entendimento acerca da fundamentação das decisões judiciais, que viria a repercutir em vários outros julgados: "o magistrado não é obrigado a responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por ela indicados" (BRASIL, 2006, p. 191).

Alguns anos depois, outro precedente seria fixado e deveras reproduzido: "Não há violação do art. 535 do CPC[10] quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento

convencimento".

[10] Art. 535, CPC/73: Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

e resolução das questões abordadas no recurso de forma suficientemente fundamentada" (BRASIL, 2014)[11]. Registre-se importante passagem do voto do relator nesse julgado:

> Na verdade, a questão não foi decidida conforme objetivava a recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. É sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.
>
> Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

Ao dizer que bastaria fundamentar "suficientemente", dizia o STJ que bastava encontrar a razão que convenceu o julgador. Era isso o "suficiente". Ao longo deste trabalho, foi demonstrada a inviabilidade desta lógica sob o prisma constitucional do processo.

Com o advento do CPC/15 – e com a clareza de seu art. 489, § 1º - não se poderia manter a ideia da "fundamentação suficiente", sendo imperativo aplicar uma "fundamentação exauriente" (isto é, que analise devidamente todas as teses, provas e fundamentos das partes capazes de alterar a decisão proferida).

Na primeira oportunidade de decidir a matéria após a vigência do novo Código, a 1ª Seção da Corte Cidadã deu a seguinte interpretação ao art. 489, § 1º:

[11] Vale frisar que, neste julgado, de 2014, o relator faz menção ao de 2006, citado anteriormente.

> O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida (BRASIL, 2016).

O entendimento, que vem sendo adotado em vários julgados do STJ, traz à tona um mal-entendido, e é possível notar na ementa acima uma infeliz ambiguidade.

Veja-se que, na primeira frase ("O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão"), afirma que basta encontrar um motivo suficiente para proferir a decisão, o que legitima a adoção de um livre convencimento motivado e de uma fundamentação suficiente (e não exauriente), em que pese à sua superação a partir do novo CPC. Em seguida, falaciosamente, afirma que o entendimento da Corte se alinha ao CPC em vigor.

E, certamente, tal precedente (principalmente o teor da primeira frase do trecho mencionado) da forma como está redigido, abrirá margem para que se ignore o verdadeiro sentido da norma do art. 489, § 1º, IV, CPC, que obriga o magistrado a se pronunciar sobre todos os argumentos capazes de modificar a tese acolhida na decisão.

Some-se a isso outro entendimento, desta vez emanado pela 4ª Turma STJ capaz de dirimir ainda mais a devida fundamentação das decisões judiciais nos termos do CPC em vigor. Trata-se do EDcl no Resp 1.280.825/RJ, em que, ao fundamentar a decisão com base na prescrição, decidiu o tribunal que só haverá decisão surpresa em relação à matéria fática sobre a qual as partes não puderam se manifestar, sendo possível utilizar fundamento legal não submetido a contraditório prévio. Veja-se o trecho da decisão.

> O "fundamento" ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é o fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação - não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção jure et de jure (BRASIL, 2017, documento nº 71247074).

Tomando pelo caso da prescrição (matéria legal da jurisprudência supracitada), não parece haver razoabilidade para impedir o diálogo processual, afinal, após ouvir as partes, o juiz possuirá mais substrato para acertar no fundamento legal da decisão, aplicando a norma mais adequada ao caso – aliás, é cediço que não há um só prazo prescricional, nem que um só fato ensejador do início ou término da contagem[12]. Essas razões se aplicam, por que não, às demais matérias legais.

Em 2019, outro julgamento da 4ª Turma do STJ da acerca da garantia do contraditório, mais especificamente, tratando da vedação às decisões surpresa, entendeu que não configura julgamento extra petita quando o julgador se utiliza de fundamentos jurídicos não suscitados pelas partes, nos seguintes termos:

[12] Veja-se que é o caso que ensejou o julgado, conforme o seguinte trecho do voto da relatora, ao delimitar a causa de pedir do recurso: "O propósito recursal consiste em determinar qual o prazo de prescrição aplicável às hipóteses de pretensão fundamentadas em inadimplemento contratual, especificamente, se nessas hipóteses o período é trienal (art. 206, §3, V, do CC/2002) ou decenal (art. 205 do CC/2002). Além disso, o recurso em julgamento também envolve a discussão a respeito da interrupção do prazo prescricional quando envolver fato que deva ser apurado em juízo criminal, nos termos do art. 200 do CC/2002" (BRASIL, 2017, documento nº 83215377; p. 10).

> O acórdão embargado enfrentou coerentemente as questões postas a julgamento, no que foi pertinente e necessário, exibindo fundamentação clara e adequada, razão pela qual não há falar em negativa de prestação jurisdicional.
>
> Não se configura julgamento extra petita quando o julgador, adstrito às circunstâncias fáticas e ao pedido constante nos autos, procede à subsunção normativa com amparo em fundamentos jurídicos diversos dos suscitados pelas partes. Precedentes (BRASIL, 2019).

O entendimento acima reitera a flexibilização da garantia fundamental do contraditório mediante interpretação reducionista. A sistemática do CPC/15, consolidando o diálogo processual subjetivo, remodela o dever de congruência (art. 141, CPC) do magistrado para além de julgar conforme os pedidos, uma vez que traz regra expressa que vincula o uso dos fundamentos – sejam eles jurídicos ou meramente legais – ao debate prévio no processo[13]. Assim, considerar que o dever de congruência está respeitado atendo-se somente aos fatos e aos pedidos é insistir na aplicação da sistemática do CPC revogado.

Os casos mostram como ainda estão enraizadas as máximas do *iura novit curia* (o juiz sabe o direito) e do *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito), segundo as quais o magistrado é o detentor e melhor aplicador do saber jurídico, diminuindo sobremaneira a participação dos demais sujeitos do processo. Contudo,

[13] De modo mais enfático, Diego Crevelin Sousa (2021, p. 414) entende que sequer pode o julgador propor às partes fundamento jurídico não suscitado. No seu entendimento, não seria o caso de submeter ao contraditório prévio, uma vez que este poder não lhe é conferido: "Contingências casuísticas, por comoventes que sejam, não permitem que o juiz se arrogue na competência de advogado, assistindo a parte débil. A liberdade argumentativa das partes é blindada pela "liberdade", não podendo o juiz corrigir a postulação, nem tutelar a ordem jurídica. Compete-lhe responder ao que foi pleiteado, nos termos declinados".

> Não é preciso encarar o *iura novit curia* como autorização à prolação de decisões *contra legem*, tampouco é necessário eliminá-lo, dada a sua íntima relação à proibição ao *non liquet*. Todavia, impõe-se compreendê-lo em atenção às exigências (conquistas) constitucionais, com destaque ao contraditório. Conforme bem delineado por nossa doutrina, não é possível alimentar o mesmo entendimento que sustentou a "arrogância estatal monopolizadora do saber jurídico", tampouco avalizar voluntarismos interpretativos do julgador (GOUVEIA; PEREIRA; ALVES, 2016, p. 181).

Através das decisões supracitadas, o que se percebe é que a interpretação dada pelo STJ às normas fundamentais do CPC/15, especialmente no que tange às garantias fundamentais estruturantes do diálogo processual intersubjetivo (fundamentação das decisões, contraditório substancial e dinâmico e vedação à decisão-surpresa), é no sentido de limitar esses deveres processuais, propondo que o contraditório e a fundamentação das decisões sejam aplicados tal como na letra do código velho.

CONCLUSÕES

Após todas as considerações feitas ao longo deste trabalho, é possível responder à pergunta-problema da pesquisa ora proposta: a jurisprudência do STJ caminha no sentindo de garantir ou de limitar o diálogo processual intersubjetivo? Restou-nos evidente que o caminho trilhado pela corte visa a limitar esse diálogo processual. Rememoremos por quê.

Como exposto, as normas fundamentais do CPC/15 vieram para consolidar um modelo processual capaz de garantir os direitos fundamentais processuais dos jurisdicionados através do diálogo processual entre todos os sujeitos, e sem hierarquias. Reclama-se, nessa senda, um ambiente propício ao contraditório às partes em tudo o que reclamar diálogo processual, seja matéria de fato ou de direito, além do

dever de fundamentação ao juiz/tribunal, que concretiza a entrega da prestação jurisdicional democraticamente participada.

Para tanto, a fundamentação das decisões judiciais deve ser revista abandonando-se a perspectiva do "livre convencimento motivado", previsto no art. 131 do CPC/73. Fundamentar nunca foi explicar a tese ou prova acolhida e, com o CPC de 2015, isso se torna ainda mais evidente. Assim, a norma do art. 489, §1º do CPC teve o escopo de deixar positivadas situações em que não se considera fundamentada a decisão judicial.

Abordamos, nessa esteira, a teoria da integridade de Dworkin, segundo a qual o juiz é um romancista em cadeia, que não decide do vácuo (com base apenas em concepções pessoais ou subjetivas), mas de uma construção pretérita de outros romancistas, sob o ponto de vista fático (teses, pedidos e provas suscitados pelas partes) e jurídico (exame da produção legislativa, jurisprudencial e doutrinária). Se o romance deve ser continuado a partir do que já foi produzido, e não do vácuo, a decisão igualmente deve ser construída com base nos elementos objetivos dos quais dispõe o magistrado ou tribunal.

Ocorre que, infelizmente, o STJ vem fixando posicionamentos no sentido de dar interpretação limitadora às normas fundamentais ora estudadas, notadamente à fundamentação das decisões judiciais e a vedação às decisões surpresa. Analisando os precedentes abertos nos julgados do EDcl no MS 21.315/DF, do Resp 1.280.825/RJ e do AgInt no Resp 1.795.148, chegamos à conclusão de que o STJ continua preso à concepção do CPC/1973, afastando-se de um modelo processual que busca assegurar as garantias fundamentais processuais que fomentam o processo dialógico, mesmo depois da vigência do CPC/2015.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Nathalia Guedes. A fundamentação das decisões judiciais à luz dos princípios constitucionais e do novo diploma processual civil. In: Processo, jurisdição e efetividade da Justiça I. *Anais do XXV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.795.148/MT*. Relator Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em 19 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 511.979/SC*. Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma. Disponibilizado em 27 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 213.200/DF*. Relator: Ministro Campos Marques, Quinta Turma. Disponibilizado em 26 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315/DF*. Relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª REGIÃO), Primeira Seção. Disponibilizado em 15 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.280.825/RJ*. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma. Julgado em 27 jun. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 684.311/RS*. Relator Ministo Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 04 abr. 2006 e disponibilizado em 18 abr. 2006.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; FIORATTO, Débora Carvalho. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito* - PUC Minas Serro. V. 01, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Elsevier: 2011, p. 193-210.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, p. 147-159, jul./set. 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisões, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.* 10. ed., Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRI, Corrado. Sull'effettivitá del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 780-795.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PEREIRA, Mateus Costa; ALVES, Pedro Spíndola Bezerra. Fundamentação adequada: da impossibilidade de projetar a sombra de nossos óculos sobre paisagens antigas e de acorrentar novas paisagens em sombras passadas. In: *Revista brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 24, n. 95, jul./set. 2016, p. 175-201.

MOREIRA, Leandro de Asssis; MAYRINK, Raquel Ribeiro. Breves apontamentos sobre a filosofia de Ronald Dworkin e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. In: Filosofia do direito III [Recurso eletrônico on-line]; *Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*; coord.: Pietro de Jesús Lora Alarcón. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 88-102.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o "caballo de Tróya" iura novit curia e o papel do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, jul./set. 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 9, p. 178-184, 1993.

PEREIRA, Mateus Costa. *Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista*. 2018. 280 p. Tese (Doutorado em direito). Universidade Católica de Pernambuco, Pernambuco, 2018.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise da construção de respostas no processo civil*. 1 ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2015.

SOUSA, Diego Crevelin de. *Impartialidade*: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. *Sequência* (Florianópolis), n. 74, p. 115-136, dez. 2016

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; FRANCO, Alexandre Melo; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Arquivo em PDF. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regra para fundamentação de decisões. *Revista Consultor Jurídico.* Conjur: 4 de Março de 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao. Acesso em 04 ago. 2017.

Anderson de Paiva Gabriel
Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya

TECNOLOGIA NA JUSTIÇA CRIMINAL : APERFEIÇOANDO AS MEDIDAS CAUTELARES

Tecnologia na Justiça Criminal: aperfeiçoando as medidas cautelares

Anderson de Paiva Gabriel[1]

Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya[2]

[1] Professor Adjunto de Processo Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Pesquisador Visitante (Visiting Scholar) na Stanford Law School (Stanford University) e na Berkeley Law School (University of California-Berkeley). Atualmente, exerce a função de Juiz Auxiliar no Supremo Tribunal Federal (STF). Foi Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na gestão do Ministro Luiz Fux, exercendo as atribuições de Coordenador Processual (2020/2022). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), aprovado em 1º lugar no XLVII Concurso. Anteriormente, atuou como Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro e como Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), tendo recebido diploma de dignidade acadêmica Cum Laude. Especialização em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público (ISMP), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (UNESA) e especialização em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola de Administração Judiciária (ESAJ). É Coordenador da Revista de Análise Econômica do Direito (RAED) e membro do conselho editorial da Revista da Escola Nacional de Magistratura (ENM), da Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Revista Direito e Liberdade e da International Journal of Law and Society. Presidente do Fórum Permanente de Inovações Tecnológicas no Direito, integrando, ainda, como membro, o Fórum Permanente de métodos adequados de Resolução de conflitos e o Fórum Permanente de Direito e Economia, todos da EMERJ. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro honorário do Conselho da HSSA (Humanities e Social Sciences Association) da University of California-Berkeley.

[2] Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro com Estágio Doutoral na Universidad de Castilla-La Mancha. Foi Bolsista Pesquisadora do Programa de Doutorado com Estágio no Exterior da CAPES. Foi Bolsista Pesquisadora do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio

RESUMO

A Justiça Criminal brasileira enfrenta uma crise profunda, marcada por desafios e descrenças por parte da sociedade. A implementação do Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0), nos termos da Resolução CNJ 417/2021, mostra-se crucial para reduzir o custo social e econômico do encarceramento, melhorar a fiscalização das medidas impostas e contribuir para a restauração da confiança pública no sistema de justiça. Investimentos em tecnologia são indispensáveis para alinhar a Justiça Criminal com as demandas contemporâneas e fortalecer o seu compromisso com o direito à segurança pública e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Criminal. Processo Penal. Medidas cautelares diversas da prisão. Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões. Tecnologia.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A imprescindibilidade de um banco nacional de medidas cautelares como o BNMP 3.0. 3. Conclusão.

Grande do Norte (2006). Especialista pelo Programa de Capacitação em Poder Judiciário/MBA pela Fundação Getúlio Vargas Direito/Rio (2010). Professora Associada da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, atuando principalmente na área das Ciências Criminais (Departamento de Direito Público). Coordenadora do Programa de Residência Judicial da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, em convênio com a Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Juíza de Direito do Estado do Rio Grande do Norte, auxiliando, atualmente, a Presidência do Conselho Nacional de Justiça.

1. INTRODUÇÃO

Com o Estado de Direito – e suas promessas de certeza, de coerência e de uniformidade –, irrompe a crença na existência de uma ordem jurídica racional e previsível, quase nos moldes de funcionamento de uma máquina. Também com o nascimento do Estado de Direito, possibilita-se a sistematização do *potestas puniend*, em uma perspectiva alegórica de equilíbrio entre a espada e o escudo.[3]

Nessa ambígua trilha histórica de lutas pela conformação entre a espada e o escudo da Justiça Penal, de definição de regras do jogo e seu respectivo cumprimento, há ainda muitas promessas não cumpridas, idealizadas em um projeto político de modernização, em especial a efetividade da Justiça Criminal.

O World Justice Project (WJP) Law Index 2022, um relatório anual que mede o Estado de Direito em 140 países com base nas perspectivas e experiências de mais de 154.000 pessoas comuns e de 3.600 operadores do Direito, categoriza dados em oito diferentes predicamentos: Restrições ao Poder Governamental, Ausência de Corrupção, Abertura do Governo, Direitos Fundamentais, Ordem e Segurança, Cumprimento das leis, Justiça Civil e Justiça Criminal.[4]

O Brasil figura na 81ª posição geral entre os 140 países pesquisados; contudo, no tocante à Justiça Criminal, amarga a trágica 112ª colocação, sendo este o item de pior desempenho nacional.[5]

Com efeito, dúvida não há acerca da crise enfrentada pela Justiça Criminal, com seus diversos desafios e desconfianças, causados, em grande parte, pelas agruras sociais brasileiras e pelo descompasso com a

[3] VERVAELE, John. Redefinición de los objetivos, la naturaleza e instrumentos del sistema de justicia penal bajo el paradigma de la seguridad. **Revista Derecho Penal y Criminología**, n. 1, 2011, 312-322.
[4] World Justice Project (WJP) Rule of Law Index 2022 report. Disponível em: https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/downloads/WJPIndex2022.pdf, último acesso em 02 mar. 2023.
[5] Idem.

contemporaneidade. Pesquisas promovidas pela Associação de Magistrados do Brasil (AMB) com o intuito de diagnosticar a imagem da Justiça brasileira – "Quem somos - A magistratura que queremos" e o "Estudo da Imagem do Poder Judiciário"[6] – evidenciaram o quão distante ainda nos encontramos das expectativas sociais – e também normativas – que anseiam uma prestação jurisdicional mais efetiva e em tempo razoável.[7]

Os dados apresentados nesses estudos indicaram, entre outras descobertas, frequente associação, ao Poder Judiciário, de ideias relacionadas à afirmação de que "a Justiça é lenta" (93%), "a Polícia prende e a Justiça solta" (89%),[8] "a linguagem jurídica é pouco compreensível" (87%), "a Justiça não tem um funcionamento moderno" (69%) e "a Justiça não é eficaz" (74%).[9]

---

[6] LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. **Estudo da Imagem do Poder Judiciário**. Brasília: AMB, FGV e IPESPE, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 30.

[7] GABRIEL, Anderson de Paiva. O Pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth, 2022.

[8] LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. **Estudo da Imagem do Poder Judiciário**. Brasília: AMB, FGV e IPESPE, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 30. Refutando eventual complexo de vira-latas, resultados similares - Justiça lenta (95%), linguagem jurídica pouco compreensível (80%) e o funcionamento não é moderno (65%) - foram observados na França, demonstrando que o desafio de uma Justiça acessível e que preste a tutela jurisdicional de forma efetiva e em tempo razoável não é exclusivo do Brasil. INFOSTAT Justice 2014, do Ministério da Justiça Francês. AMB. Estudo da Imagem do Poder Judiciário. p. 28. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 22 jul. 2020

[9] LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. **Estudo da Imagem do Poder Judiciário**. Brasília: AMB, FGV e IPESPE, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 30. Ainda foi revelado que 95,5% dos juízes de primeiro grau, 93,9% dos desembargadores, 93,7% dos inativos e 100% dos ministros de tribunais superiores consideram, entre as dificuldades atuais do Poder Judiciário, que a sobrecarga de trabalho é fator essencial ou muito importante como um obstáculo

Considerando-se que a busca permanente de preservação da dimensão institucional do Judiciário é dever de todos os magistrados e, ainda, em respeito aos que continuam a acreditar que "vale a pena recorrer à Justiça" (59%)[10], o que consubstancia a maior parte da sociedade brasileira, urge uma virada empírico-pragmática na Justiça Criminal brasileira,[11] de forma a torná-la mais efetiva. Para lograr tal intento, o uso da tecnologia se mostra um imperativo imprescindível, por permitir a construção de um processo penal mais alinhado com a realidade da Sociedade 4.0 e, por via de consequência, contribuir com a recuperação da confiança do restante da população.

De fato, de acordo com o "Estudo da Imagem do Poder Judiciário", "76% acreditam que o uso da tecnologia facilita muito ou facilita o acesso à Justiça",[12] o que confirma a expectativa de que a modernização e a inovação tecnológica podem contribuir para o melhor funcionamento do Judiciário, fomentando o acesso, promovendo a agilidade e a simplificação dos serviços.

É nessa perspectiva, portanto, e tendo em vista que grande parte dos desafios supramencionados podem ser superados pelo uso da tecnologia, que se analisará, adiante, a importância da implementação do Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0), pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que passará a incluir, entre a sua documentação, não apenas os mandados de prisão, mas também as medidas cautelares diversas da prisão, medidas protetivas, mandados de monitoramento eletrônico, condução coercitiva e acompanhamento de execução, entre outros, e que foi criado pela Resolução CNJ 417/2021. Nesse ponto,

---

à maior eficiência da atividade judicial. Idem.

[10] Ibidem.

[11] GABRIEL, Anderson de Paiva. O Pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth, 2022.

[12] LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. **Estudo da Imagem do Poder Judiciário**. Brasília: AMB, FGV e IPESPE, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 22 jul. 2020.

registre-se que já defendíamos tal criação desde 2019.[13]

Tal iniciativa é de suma importância, pois, além do custo social do encarceramento para o segregado e seus familiares, o Estado brasileiro suportou, em 2023, segundo dados do Senappen (Secretaria Nacional de Políticas Penais do Ministério da Justiça e Segurança Pública), com 700.978 (setecentos mil, novecentos e setenta e oito) presos, despesas totais no valor de R$19.763.540.788,58 com custo médio do preso, por unidade federativa, no importe de R$ 2.308,21.[14] Ainda de acordo com relatório do Tribunal de Contas da União, para solucionar o problema de déficit de vagas no sistema prisional brasileiro, considerado, pelo Supremo Tribunal Federal, "estado de coisas inconstitucional", seriam necessários investimentos na ordem de R$ 49 bilhões, até 2037, para cobrir o déficit do sistema.[15]

Tudo isso implica enorme gasto para o Brasil, até porque, como bem disse o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, "temos um sistema penitenciário extremamente custoso, desumano, degradante e ineficiente, que somente serve para denegrir pessoas ou inseri-las no mundo organizado do crime".[16]

Ainda de acordo com o Estudo da Imagem do Poder Judiciário, para a sociedade, a "defesa da ordem pública/punição para os criminosos

[13] GABRIEL, Anderson de Paiva. Banco nacional de medidas cautelares diversas da prisão: A imprescindibilidade de sua criação para a efetividade da Justiça Criminal. **Jota**, Brasília, 23 mai. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/banco-nacional-de-medidas-cautelares-diversas-da-prisao-23052019. Acesso em: 27 fev. 2021.

[14] Disponível em: //https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMWE0MGI5MmUtZjEyNC00ZmQzLTk2MmYtOWFjNzEwOTY0NjkwIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9/. Acesso em: 25 maio 2024.

[15] Disponível em: //https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/07/17/superlotadas-prisoes-no-brasil-gastam-r-158-bilhoes-ao-ano-diz-tcu.htm092/. Acesso em: 25 maio 2024.

[16] Disponível em: //https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467517&ori=1/. Acesso em: 25 maio 2024.

e aplicação dura das penas para crimes" desponta como área considerada mais importante do desempenho do Judiciário em uma democracia, obviamente associada à ampla sensação de insegurança no Brasil e à agenda de combate à criminalidade.[17]

2. A imprescindibilidade de um banco nacional de medidas cautelares como o BNMP 3.0

A Lei nº 12.403/2011 introduziu um vasto rol de cautelares diversas da prisão no Código de Processo Penal (CPP), conferindo nova redação aoart. 319.[18]

[17] Assinala-se que essa temática não consiste em preocupação exclusiva dos brasileiros. Em pesquisa do YouGov (2019), 70% dos britânicos alegaram que as penas para os criminosos não são duras o suficiente. YOUGOV. **Brits want harsher punishments for criminals**. Legal. October 01, 2019. Disponível em: https://yougov.co.uk/topics/legal/articles-reports/2019/10/01/brits-want-harsher-punishments-criminals. Acesso em: 22 jul. 2020.

[18] Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

A esse respeito, Norberto Avena realiza breve escorço histórico:[19]

> Na disciplina do Código de Processo Penal de 1941, duas eram as condições a que poderia estar submetido o agente no curso da investigação criminal e no decorrer do processo penal: sob prisão provisória ou em liberdade.
>
> Com as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011, este sistema foi abandonado, dando lugar a outro, polimorfo, que se caracteriza pela multicautela, na medida em que submete o imputado a um terceiro status, que não implica prisão e, ao mesmo tempo, não importa em liberdade total: trata-se da sua sujeição às medidas cautelares diversas da prisão, que se encontram listadas nos arts. 319 e 320 do CPP.
>
> Em síntese, correto deduzir que, após a vigência da reforma processual ditada pela Lei 12.403/2011, o indivíduo submetido a uma investigação criminal ou que responde a um processo judicial poderá estar sujeito a três tratamentos distintos: sujeição a medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320*), prisão provisória ou aguardar em liberdade o desiderato da demanda criminal*...

Ademais, diante da redação do parágrafo 6º do art. 282 do CPP, o qual estabelece que a prisão preventiva só será decretada se não for possível substituí-la por outra medida cautelar prevista no art. 319, também do CPP, a prisão preventiva assume natureza residual, de *ultima ratio,* a ser decretada apenas quando todas as outras medidas cautelares forem inadequadas.

IX - monitoração eletrônica.

[19] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 48.

Nesse diapasão, observa-se um cenário normativo absolutamente apto a fomentar a disseminação de medidas cautelares em substituição à prisão preventiva. No entanto, a despeito de já terem transcorrido 13 anos dessa nova arquitetura legal e de ter se tornado corriqueira a imposição de medidas cautelares diversas da prisão no cotidiano forense, verifica-se, de forma sistemática, que ainda inexiste controle efetivo sobre o seu cumprimento e acompanhamento, transformando-se em falácia que contribui para o descrédito do Sistema de Justiça Criminal.[20]

Essa preocupação é compartilhada por Renato Brasileiro de Lima, ao aduzir que, não obstante a criação de medidas cautelares alternativas à prisão, tal medida se mostra inútil se não houver uma estrutura adequada e eficiente para sua implementação e fiscalização. Para esse autor, diante dessa opacidade, magistrados e membros do Ministério Público podem resistir a essa sistemática e preferirem o uso da prisão processual como o meio cautelar mais eficaz, mesmo que isso sacrifique a liberdade do indivíduo[21], ampliando desnecessariamente o encarceramento:[22]

> De nada adianta a imposição de determinada medida cautelar se a ela não se emprestar força coercitiva. De fato, a eficácia de qualquer norma que venha a impor deveres está condicionada à cumulação de sanções, sob pena de se transformar em mera recomendação, simples admoestação, desprovida de força coercitiva. Portanto, a criação dessas medidas cautelares diversas da prisão resultará absolutamente inócua se, concomitantemente, não for trabalhada uma estrutura adequada e eficiente para sua operacionalização e fiscalização. Se isso não ocorrer, haverá um certo

[20] GABRIEL, Anderson de Paiva. Banco nacional de medidas cautelares diversas da prisão: A imprescindibilidade de sua criação para a efetividade da Justiça Criminal. **Jota**, Brasília, 23 mai. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/banco-nacional-de-medidas-cautelares-diversas-da-prisao-23052019. Acesso em: 27 fev. 2021.

[21] LIMA, Renato Brasileiro de**. Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1029-1030.

[22] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1029.

> temor quanto à adoção de tais medidas, com o surgimento de uma natural resistência por parte de juízes e membros do Ministério Público, que irão se voltar novamente à prisão cautelar como o instrumento mais eficiente para tutelar a eficácia do processo, a despeito do sacrifício da liberdade de locomoção do agente.

A título exemplificativo, considere-se, por exemplo, um cenário onde, em um processo criminal, um acusado tenha sido proibido de se aproximar da residência da vítima e de se ausentar da comarca, além de ter que se recolher em sua casa durante à noite.

É sabido que, atualmente, é possível, senão provável, que esse acusado seja abordado, durante a madrugada, pela polícia militar em outra comarca, e tal violação passe despercebida ou sem consequências no Sistema de Justiça Criminal. Pior ainda, ele pode ser abordado na porta da casa da vítima. Com efeito, é relativamente comum que a vítima, em benefício de quem é imposta uma medida cautelar, desconheça tais violações, continuando a viver com medo, aprisionada em sua própria casa[23].

A situação pode se tornar ainda mais absurda. Imagine-se que esse mesmo acusado, nas mesmas circunstâncias violadoras, isto é, durante a madrugada, fora de sua comarca e nas cercanias da residência da vítima, seja surpreendido pela polícia militar cometendo um outro crime e levado à Delegacia de Polícia, onde será lavrado o procedimento devido, seja auto de prisão em flagrante ou termo circunstanciado. A despeito disso, o fato de estar desrespeitando as medidas cautelares impostas provavelmente permanecerá desconhecido, tanto pelos policiais quanto pelo próprio juízo que as determinou. Na melhor das hipóteses, a autoridade judicial tomará conhecimento do fato após o transcurso de grande lapso temporal.[24]

---

[23] GABRIEL, Anderson de Paiva. Banco nacional de medidas cautelares diversas da prisão: A imprescindibilidade de sua criação para a efetividade da Justiça Criminal. **Jota**, Brasília, 23 mai. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/banco-nacional-de-medidas-cautelares-diversas-da-prisao-23052019. Acesso em: 27 fev. 2021.

[24] Idem.

Ressalte-se, também, que sequer é possível a um magistrado verificar, de maneira razoavelmente fácil e confiável, se um determinado acusado já está cumprindo medidas cautelares em outro processo, o que evidencia a teratológica da situação atual[25]. Todavia, a despeito de todos esses percalços, tribunais, reiteradamente, tem determinado que incumbe aos juízes de 1º grau a fiscalização das medidas cautelares impostas.[26]

Ora, alguns autores já traçaram alegorias metafóricas envolvendo o heroico semideus grego Hércules e os juízes, como Ronald Dworkin[27] e François Ost[28], mas, lamentavelmente, nem mesmo um esforço hercúleo poderia permitir que um juiz brasileiro lograsse realizar uma fiscalização efetiva dessas medidas cautelares diversas da prisão em razão da adversa conjuntura supracitada.[29]

---

[25] Idem.

[26] HABEAS CORPUS. RELATOR QUE INDEFERIU LIMINAR NA ORIGEM. ESTELIONATO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE DO ENUNCIADO N. 691/STF. NECESSIDADE. 1... 3. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício, confirmando-se a liminar, para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas alternativas consistentes em: a) comparecimento quinzenal em juízo para informar e justificar suas atividades (art. 319, I, do CPP); b) proibição de acesso, por qualquer meio, à empresa CPLAN Engenharia e às demais envolvidas (art. 319, II, do CPP); c) proibição de manter contato com qualquer pessoa vinculada aos fatos objeto de apuração (art. 319, III, do CPP); d) proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial (art. 319, IV, do CPP); e e) suspensão das atividades profissionais do paciente e da empresa CPLAN Engenharia (art. 319, VI, do CPP), cabendo ao Magistrado de piso tanto a implementação quanto a fiscalização. (HC 429855 - Relator(a) SEBASTIÃO REIS JÚNIOR - STJ - SEXTA TURMA – Data 04/09/2018 - Data da publicação 14/09/2018).

[27] DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977.

[28] OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes**: tres modelos de juez. DOXA, n. 14, p. 169-194, 1993. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

[29] GABRIEL, Anderson de Paiva. Banco nacional de medidas cautelares diversas da

Inclusive, no afã de fiscalização das medidas cautelares impostas, alguns doutrinadores defendem que o juiz deve fazer comunicações à unidade da polícia civil ou da polícia militar local, especialmente em cidades pequenas no interior, com o intuito de viabilizar alguma fiscalização. É o que aponta Norberto Avena[30], por exemplo:

> A medida do art. 319, II, do CPP é simétrica às previstas no art. 78, § 2.º, do Código Penal (*sursis*), no art. 132, § 2.º, da Lei de Execuções Penais (livramento condicional), no art. 22, III, c, da Lei 11.340/2006 (medidas protetivas de urgência) e no art. 89, § 1.º, II, da Lei 9.099/1995 (suspensão condicional do processo).
>
> A doutrina, de modo geral, tem questionado a eficácia desta cautelar sob o argumento de que sua fiscalização será difícil, para não dizer impossível, diante da realidade brasileira. Ora, considerando que nas grandes metrópoles esta dificuldade ou impossibilidade de fiscalização poderá frustrar os objetivos de sua imposição, revela-se aconselhável a imposição de outra medida cautelar alternativa em cumulação (por exemplo, a monitoração eletrônica prevista no art. 319, IX) ou em substituição, ou, não sendo isto possível, a própria decretação da prisão preventiva do indiciado ou acusado, nos termos contemplados pelo art. 282, § 6.º, do CPP. Agora, em Comarcas compostas de municípios menores e pequenas cidades, onde se costuma dizer que "todos se conhecem", compreendemos que a medida do art.

prisão: A imprescindibilidade de sua criação para a efetividade da Justiça Criminal. **Jota**, Brasília, 23 mai. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/banco-nacional-de-medidas-cautelares-diversas-da-prisao-23052019. Acesso em: 27 fev. 2021.

[30] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 621-622.

> 319, II, do CPP poderá ser positiva, bastando ao juiz, por exemplo, ao aplicar o provimento cautelar, determinar sua comunicação à Polícia Civil, ao comando local da Brigada Militar e aos oficiais de justiça que atuam na comarca, solicitando que, caso constatado o descumprimento da ordem judicial, seja comunicado o juízo.

Embora essa medida tenha o condão de aparentar alguma eficácia, suas limitações são claras até nos menores municípios, seja pela burocracia envolvida, seja pelo número de policiais que precisam ser informados acerca da medida (isso sem mencionarmos as frequentes remoções de lotação) ou ainda pela falta de confiabilidade em relação à sua abrangência e vigência.

Como esperar que um policial conheça exatamente o teor da medida cautelar aplicada a um indivíduo específico e se ela não foi revogada ou substituída[31]? O pragmatismo nos leva a concluir que esse modelo é inviável![32]

Por outro lado, apesar de alguns argumentarem que a monitoração eletrônica é uma medida cautelar adequada para permitir a fiscalização de outras alternativas à prisão, entende-se que, como regra geral, essa providência não é apropriada devido aos altos custos para o Estado[33] e, consequentemente, para a sociedade. Além disso, destacam-se

[31] GABRIEL, Anderson de Paiva. Banco nacional de medidas cautelares diversas da prisão: A imprescindibilidade de sua criação para a efetividade da Justiça Criminal. **Jota**, Brasília, 23 mai. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/banco-nacional-de-medidas-cautelares-diversas-da-prisao-23052019. Acesso em: 27 fev. 2021.

[32] GABRIEL, Anderson de Paiva. O Pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth, 2022.

[33] Segundo levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o principal item utilizado no monitoramento é a tornozeleira eletrônica. Calcula-se que a despesa média mensal por pessoa condenada oscile atualmente entre R$ 167 e R$ 660. Proposta determina que condenado pagará pelo custo de

as frequentes notícias de violações das tornozeleiras eletrônicas, que, além de demonstrarem a ineficácia do dispositivo, ainda revelam a sua possível utilização como falso álibi para a prática de outros crimes[34].

tornozeleira eletrônica. **Agência Câmara de Notícias**, 09 jan. 2018. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/551582-PROPOSTA-DETERMINA-QUE-CONDENADO-PAGARA-PELO-CUSTO-DE-TORNOZELEIRA-ELETRONICA.html/. Acesso em: 22 jul. 2020.

[34] Cabe mencionar matéria jornalística divulgada no G1:Presos burlam sistema e colocam tornozeleira eletrônica até em gatos - Os próprios detentos avaliam que o sistema é ineficaz em Mato Grosso. - Reincidência de presos que usam tornozeleiras é de 17% no estado. - Do G1 MT. O monitoramento de criminosos com tornozeleiras eletrônicas não tem sido suficiente para evitar crimes em Mato Grosso. Nos últimos seis meses, o número de reeducandos usando os aparelhos no estado mais que dobrou, mas não impediu a ocorrência de crimes: segundo a Secretaria de Justiça e Direitos Humanos (Sejudh), o número de reincidência entre reeducandos monitorados por tornozeleiras eletrônicas é de 17%, mostrando que falta fiscalização sobre os monitorados que usam o aparelho. Em entrevista à TV Centro América, os próprios presos comentaram a ineficácia do sistema. "No papel, quando você sai [da prisão], dizem que se você passar do horário ou deixar descarregar ou eles te ligam ou vão na sua casa no outro dia para te buscar, mas até hoje nunca fizeram nada disso comigo", diz um detento. Outro conta que tem presos usando até animais para burlar o sistema. "Tira e amarra no animal para bater o batimento cardíaco", contou, o homem que pediu para não ser identificado. No último domingo (30), dois homens que utilizavam tornozeleiras eletrônicas invadiram a casa de um juiz federal em Cuiabá e levaram o carro da família. Um dos bandidos já tinha sete passagens pela polícia e o outro saiu da cadeia há cinco dias. Já em uma quadrilha investigada por roubos de carros em Cuiabá, por exemplo, quatro dos quinze integrantes foram presos enquanto utilizavam a tornozeleira eletrônica. Um deles disse que saía para cometer crimes até mesmo no horário em que a Justiça determinou que ele estivesse em casa. Até hoje ele relatou não ter recebido qualquer advertência. **G1**, Campo Grande, 31 ago. 2015. Disponível em: http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/08/cresce-numero-de-crimes-cometidos-por-presos-com-tornozeleiras-em-mt.html. Acesso em: 22 jul. 2020. "Segundo dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais divulgados em dezembro de 2023, há atualmente 153.509 tornozeleiras eletrônicas no País. O Estado campeão é o Rio Grande do Sul, com 17.450 equipamentos. Conforme o último anuário de Segurança Pública, 91.362 presos fizeram o uso dos dispositivos no ano passado. Como mostrou o Estadão, o Estado de São Paulo possui 8 mil tornozeleiras, com 6,5 mil delas em uso. No Estado, as tornozeleiras eletrônicas são fornecidas por uma empresa terceirizada, que cobra diariamente R$ 14,50 por cada uma das tornozeleiras em uso. O monitoramento é feito pelo Centro de Controle e

O Desembargador Paulo Rangel também já defendia uma espécie de banco de dados, ao asseverar que:[35]

> Para que se possa, ao máximo possível, dar efetividade à medida deverá, ainda, a autoridade judicial oficiar às unidades policiais da área respectiva para que tenham conhecimento da restrição imposta ao acusado. As unidades policiais de atividade judiciária deverão ter um banco de dados de medidas cautelares diversas da prisão determinadas pela justiça a fim de que se o acusado for levado, por algum motivo, a essas unidades policiais haja registro das decisões judiciais determinadas, ou as unidades policiais estarem interligadas a um computador central onde essas informações estariam armazenadas.
>
> É bem verdade que se considerarmos a dimensão geográfica do Brasil será praticamente impossível ter controle sobre essa medida, pois há cerca de 5.565 municípios em todo território nacional, alguns com população maior que a de vários países do mundo (cidade de São Paulo com cerca de 1 1 milhões de habitantes), outros com menos de mil habitantes; alguns com área maior do que vários países no mundo (Altamira, no Pará, é quase duas vezes maior que Portugal), outros com menos de 4 km².
>
> A medida está posta e à disposição do judiciário, mas será de difícil operacionalização. O legislador, em

Operações Penitenciárias (Cecop), vinculado à Secretaria de Administração Penitenciária (SAP)". "De acordo com o site Metrópoles, em março de 2023, o monitoramento dos condenados pelo 8 de Janeiro que conseguiram liberdade provisória custava R$ 234,7 mil mensais aos cofres públicos. Por ano, o montante poderia chegar a R$ 2,8 milhões". Disponível em: //https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/saiba-como-as-tornozeleiras-eletronicas-foram-criadas-e-como-elas-funcionam,6aef31cd0a906c891f238f8ae9e478achikxk4yl.html?utm_source=clipboard/. Acesso em 23 mai. 2024.

[35] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1029-1030.

> especial os autores do anteprojeto, não sabem que existe o município de Ervália em Minas Gerais ou Lagoa Vermelha no Rio Grande do Sul e pensam que o Brasil se resume ao Estado de São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília que é por onde eles advogam.

Diante desse cenário, resta cristalina a imprescindibilidade de implementação de um banco nacional de dados de medidas cautelares diversas da prisão, à semelhança do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), o qual deveria permitir, inclusive, consulta por qualquer cidadão e que revelasse se determinado indivíduo se encontrava cumprindo eventual medida cautelar de forma regular.

Nesse sentido, a alimentação do banco de dados proposto, quanto à imposição ou revogação de medidas, teria de ser realizada automaticamente pelo próprio Poder Judiciário, o que ensejaria confiabilidade quanto ao conteúdo e validade da informação, além de rechaçar delongas burocráticas, como ocorre com os mandados de prisão.

Tal medida, embora simples, permitiria que não só as forças policiais (de forma ampla e não apenas a guarnição local) colaborassem com a fiscalização do cumprimento das cautelares diversas, como que a própria comunidade zelasse por elas, noticiando o descumprimento por meio do 190, por exemplo, ou mesmo documentando-a diretamente (o uso disseminado de *smartphones* pode facultar isso).

Nas hipóteses supramencionadas, incumbiria aos policiais verificar, no banco de dados, a situação do indivíduo e, caso constatado descumprimento, comunicar imediatamente ao juízo que impôs a medida, por meio da remessa de cópia de registro de ocorrência.

É nesse contexto que foi aprovada, em 20 de setembro de 2021, a Resolução CNJ 417/2021, no âmbito do Programa Justiça 4.0, a maior iniciativa já empreendida de transformação digital do Poder Judiciário brasileiro, como resultado das atividades desenvolvidas por Grupo de Trabalho criado pelo CNJ para aprimorar o Banco Nacional de Monitoramento das Prisões – BNMP 2.0 (Portarias CNJ 230/2020 e

206/2020[36]) –, e do qual um dos autores deste artigo teve a honra de Participar.

O referido ato normativo instituiu e regulamentou o Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0), banco de dados mantido pelo CNJ, com o fim de geração, tramitação, cumprimento e armazenamento de documentos e informações relativas a ordens judiciais referentes à imposição de medidas cautelares, medidas protetivas,

[36] Integraram o Grupo de Trabalho: I – Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro, Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça; II – Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ e Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas; III – Carlos Gustavo Vianna Direito, Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ; IV – Adriano da Silva Araújo, Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ; V – Rafael Leite Paulo, Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ; VI – Anderson de Paiva Gabriel, Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ; VII – Fernando Zardini Antonio, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo; VIII – Marcelo Gobbo Dalla Déa, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; IX – Miguel Ângelo Brandi Júnior, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; X – Débora Valle de Brito, Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; XI – Walter Nunes da Silva Júnior, Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região; XII – Hugo Magalhães Gaioso, Juiz Federal da Justiça Militar; XIII – Alexandre de Souza Costa Pacheco, Juiz Corregedor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; XIV – Antônio Alberto Faiçal Júnior, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia; XV – Daniela Barbosa Assumpção de Souza, Juíza Auxiliar da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; XVI – Flávia Castellar Olivério, Juíza Auxiliar da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; XVII – Náiber Pontes de Almeida, Juiz Federal Auxiliar da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; XVIII – Otávio Vinícius Affi Peixoto, Juiz Auxiliar da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso; XIX – Reyson de Souza e Silva, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas; XX – Paulo Cesar Zeni, Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul; XXI – Lúcia Helena Silva Barros de Oliveira, Defensora Pública do Rio de Janeiro; XXII – Luiz Fernando Zambrana Ortiz, Delegado de Polícia da Assistência da Divisão da Tecnologia da Informação (DIPOL) da Polícia Civil do Estado de São Paulo; XXIII – Marcio Magno Carvalho Xavier, Delegado de Polícia Federal e Diretor de Inteligência do Departamento Nacional Penitenciário (DEPEN). XXIV – Coronel Bilmar Angelis de Almeida Ferreira, Diretor de Gestão e Integração de Informações da SENASP; e XXV – Hellan Wesley Almeida Soares, Delegado de Polícia Federal.

alternativas penais, condenações e restrições de liberdade de locomoção das pessoas naturais.

Entre as finalidades do alvissareiro BNMP 3.0, restou expressamente assentado: "VI – possibilitar o acompanhamento das medidas cautelares e protetivas, bem como o monitoramento dos prazos de prisão provisória" (art. 3º). Observa-se, assim, a promoção do direito à segurança pública e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Cumpre destacar, também que, nos termos do seu art. 18, "Estabelecida medida de alternativa penal em face de pessoa que esteja solta, deverá ser expedido no BNMP 3.0 o mandado respectivo", considerando-se "medidas de alternativas penais as condições estabelecidas judicialmente diversas da prisão, compreendendo medidas restritivas de direitos, transação penal e suspensão condicional do processo, conciliação, mediação e técnicas de justiça restaurativa, medidas cautelares e medidas protetivas de urgência, incluídas aquelas decorrentes de acordo de não persecução penal homologado em juízo".

Ademais, de acordo a Resolução CNJ 417/2021, o *BNMP 3.0* tem, entre outras atribuições, a de permitir a identificação, em tempo real e de forma individualizada, de pessoas privadas de liberdade, procuradas e foragidas, as restrições impostas, o prazo, o local de custódia e o tipo penal atribuído na investigação, acusação ou condenação, com listagem nominal e identificação única.

Merece gizo, ainda, que "O BNMP 3.0 contará com ferramenta pública de consulta individual, de mandados de prisão e de internação pendentes de cumprimento, bem como de medidas cautelares, medidas protetivas e prisões domiciliares que estejam vigentes, de caráter "aberto", mediante cadastro prévio de usuário(a)" (art. 35).

Aliás, o *BNMP 3.0* possibilitará, inclusive, o cadastramento voluntário de vítimas que desejem a comunicação do cumprimento das ordens de prisão e de soltura da pessoa acusada ou condenada no respectivo processo; como, ainda, de cadastramento de familiares e demais pessoas previstas na legislação de regência, possibilitando que sejam

comunicados das transferências de presos entre estabelecimentos penais, entre outras finalidades.

No mesmo diapasão, merece registro uma outra feliz iniciativa do CNJ, que consistiu na disponibilização, como também há muito se defendeu, de ferramenta para Consulta Criminal Nacional, acessível por meio do sítio eletrônico <consulta-criminal.pdpj.jus.br> e também pelo Marketplace da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro (PDPJ-BR), que universaliza as informações sobre antecedentes criminais, a partir da base de dados do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU).

Tal providência viabiliza a valoração dos antecedentes[37] e da reincidência, ensejando uma adequada realização da dosimetria das penas pelos juízes. Lamentavelmente, a obtenção da FAC de outros estados era um procedimento moroso e excepcionalmente realizado, sendo certo que muitos réus com múltiplas anotações se beneficiavam de tal fato, com as condenações pelas justiças de outros estados sendo ignoradas em seus processos dosimétricos, o que podia acarretar não só penas menores como regimes de cumprimento mais brandos[38]. Além disso, os tribunais, inclusive superiores, ao se debruçarem sobre a necessidade de manutenção de prisões cautelares, poderiam não contar com todas as informações necessárias para prolação da decisão mais consentânea com a realidade[39].

Nesse sentido, foi também publicada a Recomendação CNJ nº 118/2021, preconizando que os juízes com competência criminal utilizem a ferramenta para consulta unificada de antecedentes criminais na

[37] Nesse sentido, merece destaque: **https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/releitura-da-sumula-444-do-stj-a-luz-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-28052018**, último acesso em 19/05/2019.
[38] GABRIEL, Anderson Paiva. Por uma Justiça Criminal mais eficiente: Pragmatismo, Consensualismo e Tecnologia. In: SALOMÃO, Luis Felipe; FONSECA, Reynaldo Soares da; VIDEIRA, Renata Gil de Alcantara; SZPORER, Patrícia Cerqueira Kertzman; COSTA, Daniel Castro Gomes da. (Org.). Sistema Penal Contemporâneo. 1 ed. Brasília: AMB/Forum, 2021. p. 469-493.
[39] GABRIEL, Anderson de Paiva. O Pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth, 2022.

apreciação de feitos sob sua jurisdição, e que os tribunais estimulem e divulguem a *utilização d*a ferramenta para consulta unificada de antecedentes criminais disponível na Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ).

Verifica-se, pelo cenário exposto, que o investimento em tecnologia e a criação de ferramentas como bancos de dados podem conferir maior efetividade à Justiça Criminal, adequando-a ao dinamismo do mundo contemporâneo e à revolução tecnológica e digital que se vivencia, contribuindo, até mesmo, para o desenvolvimento de políticas criminais baseadas em evidências.

É indubitável que a tecnologia a ser disponibilizada pelo *Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões* (*BNMP 3.0*) poderia ser ainda mais disruptiva, com profundas transformações na burocrática *práxis* judiciária. Ainda que consubstancie um grande avanço, por consolidar os registros e integrar as informações no sistema de justiça criminal, poderíamos ter dado um salto ainda maior.

Nesse passo, mencione-se a recente experiencia do Reino Unido que, a partir de 2021, inovou de forma surpreendente em seu banco de dados de indivíduos sob monitoração, ao introduzir etiquetas GPS de "toque de recolher", "localização" e, até mesmo, tecnologias para *medir o nível de álcool* no suor a cada 30 minutos,[40] de forma semelhante ao que já existe em aplicativos de *smartphone* como o *Google Maps*, os quais fornecem dados extensivos e detalhados de localização em tempo real[41],

[40] Disponível em: https://www.gov.uk/electronic-tags. Acesso em: 20 mai. 2024.

[41] No Reino Unido, o monitoramento eletrônico pode ser usado: como uma condição de fiança judicial; como um requisito de sentença judicial, principalmente ordens comunitárias e ordens de sentença suspensa; para prisão domiciliar; como uma condição após a custódia; como condição de fiança de imigração; ou "para monitorar intensivamente um pequeno número de indivíduos, incluindo: alguns dos infratores de maior risco geridos sob Arranjos de Proteção Pública de Múltiplas Agências (MAPPA); aqueles que receberam fiança pela Comissão Especial de Apelações de Imigração (SIAC); e aqueles sujeitos a Medidas de Prevenção e Investigação de Terrorismo (TPIMs)". Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/electronic-monitoring-in-the-

permitindo, ainda, coleta de inteligência e integração com outras fontes de dados.[42]

De todo modo, louva-se como absolutamente auspiciosa a criação do *Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões* (*BNMP 3.0*), até porque para se alcançar o nível de maturidade do banco de dados do Reino Unido, evidentemente, são exigidas medidas prévias de infraestrutura tecnológica, como as que estão sendo tomadas pelo CNJ, especialmente a consolidação e integração todos os documentos relacionados a pessoas presas no território nacional.

De mais a mais, há espaço para muitos outros avanços no futuro que se avizinha, como ocorre, por exemplo, no tocante à medida cautelar insculpida no art. 319, I, do CPP (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades). Na prática, observa-se que a fiscalização é extremamente precária e suscetível a fraudes, além de ser uma medida custosa para aquele que a ela se submete e que se vê forçado a se deslocar ao fórum, em que pese já haver tecnologia disponível a permitir o envio de relatórios periódicos por meio digital, muito mais completos e menos burocráticos, bem como de sistemas de controle com o uso de *live scanners (*leitor de impressão digital que possibilita a captura desta para confronto com dados arquivados) atrelados ao sistema e de reconhecimento facial, permitindo a cabal identificação do indivíduo.

3. Conclusão

A crise vivida pela Justiça Criminal brasileira, marcada por desafios e desconfianças, exige uma abordagem contemporânea que possa alavancar a efetividade do sistema. Os estudos desenvolvidos não só pela Associação de Magistrados do Brasil (AMB), mas também por outras

criminal-justice-system/electronic-monitoring-in-the-criminal-justice-system. Acesso em: 20 mai. 2024.

[42] Idem.

instituições, evidenciam uma percepção negativa da população em relação à Justiça, destacando a necessidade de modernização da prestação jurisdicional e do aumento de sua eficiência. A solução para esses problemas perpassa a adoção de tecnologias, que têm o potencial de transformar o judiciário, adequando-a ao dinamismo do mundo contemporâneo e à revolução tecnológica e digital que estamos vivenciando.

O cenário normativo atual, por exemplo, permite a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, mas sem um mecanismo adequado de fiscalização, muito de seu potencial se perde e ainda há uma contribuição para descrença na Justiça.

Em uma era em que a tecnologia permeia todos os campos de nossa vida, sua aplicação no processo penal é inevitável e necessária. A louvável criação do *Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões* (*BNMP 3.0*), prestes a ser efetivamente implementado, desponta, portanto, como um primeiro passo, essencial, para aprimorar a prestação jurisdicional criminal, conferindo transparência, otimizando a fiscalização e reduzindo o encarceramento desnecessário e os altos custos para o Estado e sociedade.

Tal medida, possibilitará não só uma disseminação ainda maior do emprego das cautelares em substituição à prisão, como também contribui para uma maior compreensão destas por parte da população, aproximando a Justiça do cidadão e fomentando o desenvolvimento de um sentimento de integração a comunidade de que o Brasil tanto carece[43]. Indubitável, a essa altura, que Investimentos em tecnologia são indispensáveis para alinhar a Justiça Criminal com as demandas contemporâneas e fortalecer o seu compromisso com o direito à segurança pública e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

[43] GABRIEL, Anderson de Paiva. Banco nacional de medidas cautelares diversas da prisão: A imprescindibilidade de sua criação para a efetividade da Justiça Criminal. **Jota**, Brasília, 23 mai. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/banco-nacional-de-medidas-cautelares-diversas-da-prisao-23052019. Acesso em: 27 fev. 2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 48.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 425.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 71/72 e 87.

BRANDÃO, Edison; PINTO, Esdras Silva; SANCTIS, Fausto Martin De; TEIXEIRA, Gizelda Leitão; DAVID, Ivana; AMARAL, Katia Maria; LIMA, Larissa Pinho de Alencar; FIGUEIREDO, Luiz Carlos Vieira de; MARQUES, Luiz Gonzaga Mendes. **Execução provisória da pena após a condenação em 2º grau é defendida por juízes criminais de todo o Brasil reunidos no IV FONAJUC.** GenJurídico, 2019. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2019/11/06/execucao-provisoria-da-pena/. Acesso em: 07 set. 2020

BATISTA, Weber Martins**. Liberdade provisória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 25-40.

BUENO, Cassio Scarpinella**. Novo código de processo civil anotado**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2015. p. 614.

BULFINCH, Thomas. **O Livro de Ouro da Mitologia – Histórias de Deuses e Heróis**. 12.ed.. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000,

CALABRESI, Guido. **The future of law and economics**. New Heaven: Yale University Press, 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça:** juizados especiais e a ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995

CARPES, Bruno Amorim; BONFIM, Edilson Mougenot. O cavalo de Troia no pacote anticrime. **Gazeta do Povo**, Porto Alegre, 25 dez. 2019. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/o-cavalo-de-troia-no-pacote-anticrime/ Acesso em: 08 set. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 43/44

CNJ. Justiça em Números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 22 jul. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977.

_____. **Law's empire**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1986

FISHER, George. Plea Bargaining´s Triumph: a history of Plea Bargaining in America. Stanford: Stanford University Press. 2003.

FISCHER, Roger and William URY**. Getting to Yes**: Negotiating Agreement without Giving. Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FULLER, Lon. **Mediation**: its forms and functions, 44 S. Cal. Law Review, 305, 1971; The forms and limits of adjudication, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FUX, Luiz. Justiça infectada? **A hora da prudência**. Globo, Rio de Janeiro, 30 mar. 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-justica-infectada-hora-da-prudencia-24337119. Acesso em: 22 jul. 2019.

GABRIEL, Anderson de Paiva. **O Pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo**: tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth, 2022.

GABRIEL, Anderson Paiva. Por uma Justiça Criminal mais eficiente: Pragmatismo, Consensualismo e Tecnologia. In: SALOMÃO, Luis Felipe; FONSECA, Reynaldo Soares da; VIDEIRA, Renata Gil de Alcantara; SZPORER, Patrícia Cerqueira Kertzman; COSTA, Daniel Castro Gomes da. (Org.). **Sistema Penal Contemporâneo**. 1 ed. Brasília: AMB/Forum, 2021. p. 469-493.

GABRIEL, Anderson Paiva. **O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. p. 21-22.

GABRIEL, Anderson Paiva; LIMA, Larissa Pinho Alencar. **Um presente de grego no Natal de 2019.** JOTA, 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/presente-de-grego-garantias-27122019, Acesso em: 07 set. 2020

GABRIEL, Anderson Paiva; LIMA, Larissa Pinho Alencar. **O plea bargaining: contribuições para a Justiça Criminal brasileira.** JOTA, 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/o-plea-bargaining-contribuicoes-para-a-justicacriminal-brasileira-07012019, Acesso em: 22 jul. 2020

GABRIEL, Anderson de Paiva. **Banco nacional de medidas cautelares diversas da prisão:** A imprescindibilidade de sua criação para a efetividade da Justiça Criminal. Jota, Brasília, 23 mai. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/banco-nacional-de-medidas-cautelares-diversas-da-prisao-23052019. Acesso em: 27 fev. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal:** na perspectiva das garantias constitucionais (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil). 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39-40.

GRAMSCI, Antonio. **Selections of the Prison Notebooks**. International Publishers, New York, 1971; págs. 275-276.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KAHNEMAN, Daniel. Thinking fast and slow. Kindle Edition, Location 39-52.

LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. **Estudo da Imagem do Poder Judiciário.** Brasília: AMB, FGV e IPESPE, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 22 jul. 2020.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Súmula Vinculante**: um Marco. In: Ensaios de Processo Civil, Vol. I. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.41.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1029-1030.

MARCÃO, Renato**. Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 692-693.

MARQUES, Cláudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.99.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, p. 169-194, 1993. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo,** 6ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p.800, et seq.

PINTO, Alessandra de Araújo Bilac Moreira Pinto; Gabriel, Anderson de Paiva Gabriel; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves; VIDEIRA, Renata Gil de Alcântara; FERRAZ, Simone de Faria. Vara criminal especializada em crime organizado e a efetividade da justiça criminal **Migalhas**, Rio de Janeiro, 5 jul. 2019.

Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/305754/vara-criminal-especializada-em-crime-organizado-e-a-efetividade-da-justica-criminal. Acesso em: 22 jul. 2020.

PORTO, Fabio Ribeiro. O impacto da utilização da Inteligência artificial no Executivo fiscal - Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 142-199, 1º sem. 2019.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo:** teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 886.

SALOMÃO, Luis Felipe. O marco regulatório para a mediação no Brasil. **Revista Jurídica LEX**, v. 73, p. 116-121, 2015.

_____. Ativismo judicial: para quem e por quê? **Revista Justiça e Cidadania**, v. 1, p. 18-20, 2018.

STONE, Katherine V. W. **Private Justice:** the law of alternative dispute resolution. New York: Foudation Press, 2000.

SUNSTEIN, Cass R; JOLLS, Christine; THALES, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, 1997-1998. p. 1471-1550.

TARUFFO, Michele. Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. **Paginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009,

VIANNA, Luiz Werneck Vianna; CARVALHO; Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos - A magistratura que queremos**. Brasília: AMB, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 22 jul. 2020. ZYGMUNT, Bauman. Modernidade líquida. Zahar Editora, 2000.

Paulo André Furtado

A INVESTIGAÇÃO POLICIAL DOS PRÓXIMOS ANOS

A INVESTIGAÇÃO POLICIAL DOS PRÓXIMOS ANOS

Paulo André Furtado

Delegado de Polícia. Gestor da Delegacia de Polícia da Diretoria de Repressão à Corrupção e ao Crime Organizado (DRACCO).

1. REFLEXÕES GERAIS SOBRE A INVESTIGAÇÃO POLICIAL

A investigação policial ainda é um tema bastante discutido entre membros do poder público e por diversos segmentos da sociedade brasileira, que, talvez, almejem promover melhorias no conjunto de procedimentos que antecedem o processo criminal, sem ao menos conhecerem profundamente as nuances, as dificuldades e, porque não, a importância da investigação prévia à instrução processual penal.

Antes de qualquer coisa, é preciso conhecer a origem da palavra investigar, a qual nos remete à prática de atos voltados a pesquisar, examinar com atenção, indagar, questionar sobre algo ou alguém, sempre com o fim de encontrar a verdade real de um fato outrora ocorrido.

Em outras palavras, a investigação consiste na realização de diligências necessárias que visam reconstruir circunstâncias e detalhes de fatos já acontecidos, por meio de diversos mecanismos que proporcionem esta constatação da forma mais fiel possível, a qual chamamos de elucidação.

Quando partimos para a seara da investigação policial propriamente dita, ou seja, a apuração de infrações penais, observamos a sua secular origem, sendo fruto de um conhecimento histórico, que passou por diversas e significativas alterações ao longo do tempo, até chegar ao

que temos hoje.

O primeiro documento a ser materializado, contendo um prévio modelo investigativo estabelecido, foi o Código de Hamurabi, no século XVIII a.C., o qual trouxe alguns mecanismos de perseguição a criminosos para imposição de castigos.

Posteriormente, em face dos anseios socioeconômicos e políticos da sociedade, por conta da Revolução Francesa, a França e a Inglaterra, nos séculos XVIII e XIX, conceberam pequenos grupos de investigadores, objetivando a apuração de comportamentos criminosos que se multiplicavam num ritmo bastante significativo.

Com o crescimento urbano e o consequente aumento populacional da época, diversas pessoas começaram a praticar crimes, como assaltos, desordem, sabotagem, assassinatos, dentre outros, dando azo à necessidade da criação institucional de uma polícia investigativa, vez que as forças militares e as polícias uniformizadas se revelavam insuficientes em reprimir os bandos criminosos difundidos, tanto nas grandes cidades quanto nas zonas campestres. Iniciava assim a estruturação da investigação policial conduzida por policiais dotados de atribuições investigativas.

Ao longo da história, vários profissionais contribuíram de forma relevante para o processo de evolução da investigação policial, dentre eles, o médico francês Jean Alexandre Eugêne Lacassagne, que realizou estudos sobre vestígios de manchas de sangue e marcas em projéteis; o criminologista francês Alphonse Bertillon, que em 1870 criou o primeiro laboratório de identificação criminal através do método da antropometria; e o antropologista argentino Juan Vucetich, que superou o método de Bertillon, idealizando a identificação humana por meio das impressões digitais, utilizada até hoje em todo o mundo.

No Brasil, seguindo a tendência dos outros países, a investigação policial surgiu, de forma efetiva, em 1871, por meio da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada posteriormente pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, assinado pela Princesa Imperial

Regente em nome da Majestade, o Imperador Senhor Dom Pedro Segundo, que definiu o inquérito policial como um meio de se realizar a investigação, o qual era presidido pelo Delegado de Polícia, e tinha o objetivo de elucidar os fatos criminosos, as suas circunstâncias e os seus autores e cúmplices.

Com a evolução da sociedade, máxime da tecnologia, as problemáticas envolvendo a investigação policial surgiram e ainda surgem, acarretando alterações legais e administrativas, algumas bastante significativas para a otimização e consequente modernização do trabalho policial, outras impeditivas ao bom desempenho da atividade, o que acaba por obstaculizar a eficiência da investigação em face de uma criminalidade que, inobstante as diversas variantes, ascende a cada dia, se aparelhando e se modernizando.

Nessa toada, com uma criminalidade crescente e cada vez mais organizada, de modo a afetar a política de segurança pública de todo território nacional, abre-se espaço para discussões nos mais diversos segmentos da sociedade brasileira, que almejam melhorias no sistema de investigação. Em decorrência, alguns representantes do poder público, sem o devido conhecimento de causa e sem as devidas cautelas, ventilam diversas hipóteses, sob um equivocado discurso de melhorar o combate à criminalidade, dentre eles, o da ineficiência do inquérito policial, chegando a ser aventada, sobretudo, a sua extinção. Assim, o inquérito policial, que atravessa séculos, é um dos mecanismos estatais de persecução penal mais questionados.

Outra medida sugerida é a descentralização das investigações, para que qualquer órgão possa realizar diligências investigativas, sob o equivocado argumento de carência de efetivo das policiais funcionalmente incumbidas de realizar a investigação no Brasil. A título de reflexão, não seria mais coerente aparelhar e fornecer maiores condições aos responsáveis pela investigação ?

Nos parece que a modernização, o aparelhamento e os avanços investigativos inquietassem alguns integrantes do poder público, os quais acabam por conter essas evoluções por meio de alterações legislativas e de atos administrativos.

É preciso pensar e debater sobre a investigação policial sem preconceitos e corporativismos, pois estamos diante de um instrumento crucial de garantia individual, na medida em que permite a reunião de elementos probatórios essenciais para o início da instauração de um processo criminal ou sua inibição.

2. FUNÇÕES E CARACTERÍSTICAS DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL

Inicialmente é importante destacar que a Constituição da Republica, em seu artigo 144, definiu de forma bastante clara as atribuições das polícias nacionais, conferindo às polícias judiciárias (Polícia Federal e Polícia Civil), a função de apurar as infrações penais comuns. Em outras palavras, a investigação policial é de atribuição das Polícias Civis e Federais.

Nessa mesma toada, a Carta Política concedeu ao Delegado de Polícia de carreira, na qualidade de autoridade policial, a direção das policiais judiciárias e, consequentemente, a presidência da investigação policial.

Em perfeita consonância com o texto constitucional, o Código de Processo Penal Brasileiro, em seu artigo 4º, também previu que a função de polícia judiciária, que tem por finalidade a apuração de infrações penais e sua autoria, deve ser exercida pelas autoridades policiais, se referindo ao Delegado de Polícia.

Com efeito, é prudente afirmar que a apuração de crimes comuns no Brasil é papel exclusivo das polícias judiciárias, considerando que o anseio do legislador constituinte foi patente no sentido de atribuir às referidas instituições a incumbência de apurar as infrações penais comuns e sua autoria. Ousamos, inclusive, ir além do que prevê os textos legais,

notadamente no que se refere a apuração de fatos criminosos, pois, o Delegado de Polícia, na presidência da investigação policial, busca não só a materialidade e autoria delitiva, mas, também, as circunstâncias e motivações que rodeiam o crime, visando sempre definir detalhadamente se houve ou não algum fato penalmente relevante.

Uma vez compreendida as funções das polícias judiciárias quanto à condução das investigações de crimes comuns, calha a seguinte pergunta: por qual meio o Delegado de Polícia realiza e efetivamente materializa as investigações policiais ?

Em resposta, a legislação vigente determina que é dever do Delegado de Polícia, na qualidade de autoridade policial, proceder a apuração de crimes, por meio da instauração desse mecanismo secular chamado de inquérito policial, ou através de outro procedimento de polícia judiciária fundado em lei.

A expressão outro procedimento de polícia judiciária, previsto no texto legal, se relaciona aos procedimentos diversos do inquérito policial, ao exemplo do procedimento de investigação de ato infracional, do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), aplicado aos crimes taxados como de menor potencial ofensivo, nos moldes da Lei nº 9.099/95, dentre outros.

É importante destacar que o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), diferentemente do que alguns sustentam, constitui sim uma ferramenta de investigação policial preliminar, limitada à atribuição da polícia judiciária, sendo nada mais, nada menos, do que um procedimento simplificado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Superada essa questão correlata ao que vem a ser outro procedimento de polícia judiciária, nos cumpre afirma que o principal instrumento de materialização de toda e qualquer apuração de crimes ainda é o inquérito policial, pelo qual o Delegado de Polícia busca delinear da forma mais fidedigna possível os fatos criminosos praticados.

Este instrumento pode ser conceituado como um conjunto de diligências preliminares, presididas pelo Delegado de Polícia, que tem por finalidade o esclarecimento de infrações penais, através da coleta de

elementos probatórios que definam a autoria delitiva, as circunstâncias do fato, a sua motivação e a materialidade do crime, contribuindo de maneira essencial para a propositura da ação penal em face do agente delituoso, ou para o seu arquivamento em face do agente inocente.

Desse modo, o presidente da investigação policial consegue propiciar a responsabilização penal de uns, e demonstrar a inocência de outros, prezando sempre pelo cumprimento dos princípios básicos de um Estado Democrático de Direito.

Percebe-se, portanto, que uma das funções primordiais do inquérito policial é buscar a verdade real dos fatos, sem deixar de lado a sua essência de apontar o autor de um fato criminoso, pautada na segurança da ação penal e do próprio agente de não se ver processado por um ato precipitado e despido de qualquer elemento probatório.

Nesse sentido, esse caráter bidirecional do inquérito policial deve se fazer presente na apuração de toda e qualquer infração penal, devendo o órgão investigador preservar tanto a ação penal quanto o próprio agente investigado, pois essa instrução prévia, que reúne todos os elementos probatórios preliminares, permite apontar com certa convicção a ocorrência de um crime e sua devida autoria.

Isso permite o processamento do verdadeiro autor do fato criminoso e a consequente preservação de pessoas inocentes, inicialmente ventiladas como suspeitas, revelando-se, assim, a função preservadora do inquérito policial, que busca coibir eventuais instaurações de processos criminais de forma temerária, sem elementos probatórios razoáveis.

Para tanto, o caráter inquisitivo do inquérito policial, uma de suas características de extrema relevância, também merece ser preservada. Por meio desta característica, se dispensa a obrigatoriedade do exercício do contraditório e da ampla defesa, presentes na fase processual. Com isso, resta garantida a eficácia da investigação, pois, caso as diligências dependessem de prévia comunicação à defesa do agente, sem sombra de dúvidas haveria um grande comprometimento na apuração dos fatos, geralmente marcada por elementos de surpresa.

Nessa linha, seria estranho imaginarmos a obrigatoriedade do Delegado de Polícia de comunicar previamente à defesa do agente a realização de uma diligência de busca domiciliar, por exemplo, a fim de apreender objetos relacionados ao crime investigado.

Inobstante a desnecessidade do exercício do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação policial, a legislação vigente garante ao advogado do investigado o direito de assistir aos seus clientes na fase de investigação policial, sendo-lhe permitido, sobretudo, a apresentação de razões e quesitos, sob pena de nulidade absoluta daquele ato e dos demais subsequentes.

Note-se que existem contornos acusatórios na fase inquisitiva, porém, o inquérito policial, como um instrumento de garantias fundamentais, não perdeu e nem deve perder o seu aspecto inquisitório, sob pena de restar esvaziada a eficácia investigativa.

Nesse sentido, é seguro afirmar que existe o exercício do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação policial, porém, este é dispensável, ou seja, a presença do advogado é uma faculdade do investigado, não constituindo uma obrigatoriedade.

Uma outra característica importante do inquérito policial é o seu caráter sigiloso, decorrente da sua própria natureza inquisitiva, visando não só preservar as investigações, mas também a intimidade do investigado, o que reforça a já mencionada função bidirecional.

Destarte, a fase investigativa não comporta publicidade dos atos que integram o procedimento de apuração, configurando uma exceção, pois "a regra no sistema brasileiro é a publicidade dos atos, conforme previsões trazidas pelo próprio Código de Processo Penal, que está em consonância com a Constituição da República e com o Pacto de São José da Costa Rica".[1]

[1] DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.160.

Por fim, há de ser observada a discricionariedade do Delegado de Polícia na presidência das investigações, o qual deve atuar com liberdade na condução das diligências e de acordo com as peculiaridades de cada caso, buscando sempre as medidas mais eficientes para a ocasião, porém, sempre observando os limites legais.

Essa discricionariedade desobriga o Delegado de Polícia de seguir um rito, uma sequência predeterminada de atos investigativos, pois, "afinal, não haveria sentido em se engessar a investigação que, no mais das vezes, não ostenta necessariamente linhas comuns". [2]

3. MECANISMOS INVESTIGATIVOS

No que se refere ao desempenho da investigação policial, a legislação vigente prevê diversos mecanismos e diligências investigativas que podem ser realizadas de forma discricionária pelo Delegado de Polícia, as quais podem ser

divididas em medidas ordinárias e extraordinárias.

Nesse linha, ao Delegado de Polícia, no desempenho das investigações policiais, cabe realizar diretamente diversas diligências ordinárias ou requisitar a quem detenha toda e qualquer informação relevante para elucidação dos fatos tidos como criminosos, além de representar por diversas medidas extraordinárias, cuja Constituição da República conferiu cláusula de reserva de jurisdição, as quais dependerão de uma prévia autorização judicial para sua efetiva execução.

As diligências pertinentes, as quais chamamos de ordinárias, inseridas dentro do poder geral de polícia, estão previstas, em regra, nos artigos 6° e 7° do Código de Processo Penal, que estabelecem providências necessárias a serem adotadas pelo Delegado de Polícia, logo que tiver conhecimento da prática de um crime. Por outro lado, as diligências

[2] DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.160.

extraordinárias, em sua maioria, encontram-se previstas em legislações extravagantes e, em geral, estão protegidas por cláusula de reserva de jurisdição, como nos casos das representações por medidas cautelares, as quais podem ser de natureza pessoal, probatória ou assecuratória.

As medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas relacionadas à pessoa do investigado, tendo o objetivo de salvaguardar as investigações policiais, sempre que houver possibilidade de interferência por parte do agente no curso normal das diligências policiais. Estas medidas podem ser de

Caráter prisional (prisão temporária e prisão preventiva) ou não prisional (medidas cautelares diversas de prisão).

Por outro lado, as medidas cautelares de natureza probatória são aquelas relacionadas ao fato e a sua autoria delitiva, tendo por objetivo a busca de elementos probatórios relevantes e que venham atestar a autoria ou participação do investigado no crime que se encontra sob apuração. São exemplos dessas medidas: a interceptação das comunicações telefônicas; a quebra de sigilo de dados telefônicos, bancários e fiscais; a busca e apreensão domiciliar; a infiltração de agente; a ação controlada, dentre outras.

Como exemplo de medida cautelar de natureza assecuratória, temos o sequestro de bens, o qual recai sobre bens móveis ou imóveis do investigado, restringindo a sua utilização e objetivando assegurar uma posterior restituição

dos objetos adquiridos com os proventos do crime (objetos indiretos do crime).

É importante mencionar que cada fato criminoso a ser apurado possui nuances próprias, de modo a torná-lo de baixa ou de alta complexidade investigativa, devendo o Delegado de Polícia ficar atento ao caso, para adotar as medidas adequadas, seja ordinária ou extraordinária, com o fim de ter um exitoso trabalho policial.

Diversos empecilhos são encontrados no curso das investigações,

os quais atuam contra o sucesso das diligências. Além da ausência de estrutura adequada, carência de investimento público em tecnologia e da escassez de recursos humanos, a investigação policial se depara com outros variados óbices legais e extralegais que acabam dificultando e outras vezes inviabilizando o inquérito policial.

Merece destaque algumas medidas cautelares que, teoricamente, dispensaria uma judicialização, por estarem inseridas dentro do poder geral de polícia, previsto no artigo 6º, III, do Código de Processo Penal, porém, na prática, precede de uma decisão judicial para ser efetivada.

Uma dessas medidas é a quebra de sigilo dos dados telefônicos, que não se confunde com a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, esta última protegida por cláusula de reserva de jurisdição. Aquela se vincula ao conteúdo pretérito de chamadas armazenadas e documentadas pelas operadoras de telefonia, onde constam as especificações acerca da data, do horário, dos números dos terminais telefônicos, da duração das comunicações realizadas pelos investigados e estações rádio base (ERB's).

Vale ressaltar que a judicialização da quebra de sigilo dos dados telefônicos, bem como de outras medidas que não se encontram protegidas por cláusula de reserva de jurisdição, afeta a eficácia e a celeridade investigativa, trazendo um prejuízo social no efetivo combate ao crime, máxime organizado.

É importante esclarecer que a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais, conferiram ao Delegado de Polícia, no desempenho investigativo, uma série de mecanismos para viabilizar de modo satisfatório o cumprimento do seu mister, o que muitas vezes é mitigado de forma equivocada na rotina investigativa, trazendo embaraços e engessamento da atividade policial.

Cabe reprisar que mecanismos previstos no Código de Processo Penal, confere ao Delegado de Polícia o chamado poder geral de polícia, que consiste na busca direta ou por meio de requisição, de todo e qualquer elemento probatório que interessem ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

O poder geral de polícia ganhou ainda mais relevo com a edição das Leis de Investigação Criminal (Lei nº. 12.830/13) e de Organizações Criminosas (nº. 12.850/13), reafirmando o poder requisitório do Delegado de Polícia.

Por óbvio, esse poder de polícia não é e nem pode ser ilimitado, havendo diversas ocasiões em que será necessária uma autorização judicial, sempre que as informações imprescindíveis para as investigações estiverem acobertadas pela cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, apenas quando a Carta Magna ou a lei infraconstitucional exigir prévia ordem judicial para a obtenção dos elementos probatórios indispensáveis.

Nesse giro, não havendo expressa determinação legal acerca da necessidade de autorização judicial, qualquer informação relevante para a investigação policial, deverá ser fornecida por meio de requisição direta do Delegado de Polícia, de modo a garantir a celeridade e eficácia do inquérito policial.

Ademais, o acesso a qualquer informação prévia, diretamente pelo Delegado de Polícia, afasta a adoção inicial e desnecessária de medidas mais invasivas, tais como a interceptação telefônica e a busca domiciliar, que, eventualmente, pode atingir reflexamente terceiros que não estão envolvidos na prática delituosa.

É importante destacar que o poder requisitório do Delegado de Polícia não se trata de um capricho funcional, mas de um importante instrumento estatal para o bom desempenho do seu papel constitucional em prol do bem comum, especialmente em razão da expansão da criminalidade e da utilização da tecnologia em seu favor, que traz muita agilidade e facilidade na prática de crimes, em descompasso com a morosidade na atuação do aparato investigativo do Estado.

É vital a modernização e a desburocratização dos mecanismos investigativos, ante a nova forma de atuação da criminalidade, pois diversos meios e medidas investigativas que outrora eram eficientes, nos dias atuais se revelam insuficientes no combate ao crime.

4. REFLEXÕES FINAIS

Sem dúvida alguma o inquérito policial, inobstante os diversos questionamentos em torno de sua existência, é um dos instrumentos estatais que atravessou séculos sem perder o seu protagonismo como uma importante ferramenta de proteção de direitos fundamentais e produção de elementos probatórios indispensáveis para inaugurar o processo criminal.

É evidente que a mitigação ou a descentralização do poder investigativo por meio deste instrumento, que visa apurar e elucidar fatos criminosos, pautado sempre pela isenção e busca da verdade real, favoreceria apenas a criminalidade organizada, que, notadamente, a partir da edição da Lei nº. 12.850/13, começou a ser alcançada de forma mais efetiva, através de exitosas investigações policiais.

É preciso avançar ainda mais na modernização e regulamentação de ferramentas investigativas e de obtenção de provas, que possam proporcionar uma investigação imparcial e sem ingerências externas, de modo a garantir o já citado aspecto bidirecional do inquérito policial.

Outrossim, deve-se assegurar sempre o poder geral de polícia, inerente à autoridade policial, por se tratar de um mero cumprimento constitucional do dever de garantir o direito à segurança pública a todo corpo social, sem esquecer, evidentemente, dos direitos fundamentais do investigado.

Nesse aspecto, a investigação policial, tão desafiada nos últimos tempos, é o mais importante mecanismo estatal de apuração de crimes. O reconhecimento da sua fundamental importância não nos impede de identificar a necessidade da promoção de mudanças, porém, com o único propósito de modernizar e proporcionar mais celeridade na prática dos atos investigativos, sem esquecer, evidentemente, as diretrizes constitucionais.

Ao final, cabe deixar algumas reflexões, por meio das seguintes perguntas: O que devemos esperar da investigação policial nos próximos anos? A quem interessa a burocratização e a estagnação da investigação policial?

André Lucas Fernandes

RESPONSABILIDADE TRANSUBJETIVA EM DIREITO E TECNOLOGIA: MODELO PARA O DILEMA MATERIAL E PROCESSUAL DA RESPONSABILIZAÇÃO PELO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

RESPONSABILIDADE TRANSUBJETIVA EM DIREITO E TECNOLOGIA: MODELO PARA O DILEMA MATERIAL E PROCESSUAL DA RESPONSABILIZAÇÃO PELO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

André Lucas Fernandes
Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Mestre e graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Diretor do Instituto de Pesquisa em Direito e Tecnologia do Recife (IP.rec). Professor nas pós-graduações lato sensu da CESAR School e Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

RESUMO

O artigo propõe um novo caminho para lidar com a responsabilidade civil em contextos tecnológicos, notadamente a inteligência artificial: a responsabilidade transubjetiva, conceito de Pontes de Miranda. Analisa-se tanto o modelo subjetivo, centrado na culpa, quanto o objetivo, que impõe responsabilidade por ficções legais sem ato ou nexo causal. Analisa-se ademais quando há uma limitação evidente na atividade humana de desenvolvimento tecnológico que seja preciso lançar mão do recurso da objetividade e seus efeitos probatórios. A responsabilidade transubjetiva baseia-se em uma presunção fundada em fatos reais: exige a ocorrência de um ato (ainda que mediato) e a existência de dano e nexo de causalidade, sem depender de culpa. Essa abordagem busca equacionar a violência jurídica das ficções do modelo objetivo, preservando, ao mesmo tempo, a capacidade do direito de proteger vítimas de danos provocados por atividades tecnológicas. No artigo, ao invés de impor imputações automáticas pelo risco inerente às tecnologias, o direito

deve utilizar presunções mistas – presunções relativas que admitem prova em contrário – para assegurar equilíbrio entre inovação e responsabilidade. Aponta-se, ainda, que o uso da transubjetividade pode aprimorar a aplicação de leis como a Lei Geral de Proteção de Dados, e nos cenários futuros de Marcos Regulatórios de Plataformas e da Inteligência artificial, respondendo adequadamente a danos causados por algoritmos enviesados ou decisões automatizadas, sem onerar injustamente as partes.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Presunção mista. Transubjetividade.

ABSTRACT

The article proposes a new framework for addressing civil liability in technological contexts, in particular, artificial intelligence: transubjective liability, a concept developed by Pontes de Miranda. It critiques both the subjective model, which requires proof of fault, and the objective model, which imposes liability based on legal fictions without the need for a concrete act or causal link. Transubjective liability is grounded in presumptions based on real facts: it requires the occurrence of an act (even if indirect), damage, and causation, but not fault. This approach avoids the legal distortions of objective liability while maintaining the legal system's capacity to protect those harmed by technological activities. Rather than automatically assigning liability based on inherent risks of technology, the article argues for the use of mixed presumptions—rebuttable presumptions that allow for counterproof—to balance innovation and accountability. It further illustrates how transubjectivity can enhance the application of Brazil's General Data Protection Law and the future AI Legal Framework and effectively address harms from biased algorithms or automated decision-making without unfairly burdening companies. Ultimately, the article highlights the importance of historical legal analysis to support legal reasoning in the face of emerging technologies.

Keywords: Civil liability, Mixed presumption, Transubjectivity

INTRODUÇÃO

Muito se fala no debate tecnológico sobre a insuficiência do direito para regular a tecnologia, especialmente no aspecto da responsabilidade civil. De acordo com certo senso comum, a tecnologia é mais rápida do que o direito, muda com maior velocidade, tal parece ser mais real quando falamos da inteligência artificial.

A querela divide-se entre (1) os que defendem novos empreendimentos regulatórios, com o uso de novas categorias adequadas à realidade contra (2) os que advogam pela persistência das categorias tradicionais, defendendo ser mero caso de interpretação e "adequação do fato à norma" (aqui, boa parte ignora que direito não é, meramente um apanhado a priori de normas, mas um contexto histórico-fático de sentido e ação/força).

A doutrina tradicional elenca um diálogo entre duas vertentes opostas quanto à responsabilização de pela inserção de artefatos tecnológicos em iniciativas econômicas (para pensar de forma mais geral modelos de negócio e ofertas de produtos): a primeira é a noção subjetiva de responsabilidade, em que se exige culpa - com o fundamento muitas vezes de proteção à inovação, a segunda é a criação de situações de culpa presumida até se chegar à teoria objetiva – esta última toma como base a ideia de que a tecnologia/indústria levaria ao espraiamento e intensificação dos danos, sem possibilidade de pontuar culpa e efetivo nexo causal.

Parece que uma resposta possível não está nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Os que defendem o "novo", ignoraram que o melhor pode ter ficado no passado; os que defendem o "velho", fizeram questão de "pular" uma teoria que não se pode negar, em que pese a sua aridez. Contra a defesa da tradição subjetivista, ou a solução fácil do objetivismo, este artigo pretende esboçar primeiras notas sobre a "transubjetividade", como categoria à parte, proposta por Pontes de Miranda.

De onde vem a insurgência ponteana? Do mesmo método histórico de análise de fatos e dos comportamentos humanos (individuais e coletivos) que adotou em toda a sua obra, especialmente quando tentou, em vanguarda, ler a contemporaneidade para além da Idade Moderna.

A primeira distinção fundamental está no aspecto dimensional: o mundo jurídico, após a formação do fato jurídico latu sensu, está engastado como parte do mundo dos fatos/mundo total (FERNANDES, 2018, p. 113). O direito está no mundo como fenômeno tal qual a economia, a ciência e o seu produto final: a tecnologia. É na relação entre ideia e realidade que se funda o poder da eficácia jurídica.

1. O QUE É INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL?

O conceito de inteligência artificial tem uma história e essa história ao tempo em que tem raízes antiquíssimas - num debate filosófico da antiguidade, do qual a disciplina tira, ainda hoje, seus sentidos primeiros - ela também se configura como uma "ia moderna".

É no trabalho de Charles Babbage, o matemático britânico, que a IA ganha sua conformação moderna: o projeto da máquina analítica (MANZANO, 2019, p. 16). A máquina analítica, de 1834, era um projeto de máquina de calcular programável de uso geral, incorporando instruções armazenadas, memória, operação condicional e E/S automatizada. A partir dela foi possível lançar uma estrutura lógica que se transformaria nos computadores como conhecemos hoje, por isso ela é considerada uma arquitetura de Von Neumann "pré-histórica", este último como uma das matrizes da concepção moderna de computabilidade que daria a base do conhecimento da IA.

A base do construto teórico da "IA moderna" está na chamada "hipótese de sistemas de símbolos físicos" (physical symbol system hypothesis, PSSH), descrita por Alen Newell e Herbert Simon da seguinte forma: um sistema de símbolos físicos possui os meios necessários e suficientes para uma ação inteligente geral. Traduzindo em miudos: um sistema formal (o sistema de símbolos físicos) é um

conjunto de entidades, estas chamadas símbolos que podem ser combinadas em estruturas (expressões) de modo a produzir novas estruturas (expressões).

Stuart Russel parte da noção de inteligência para falar sobre o que é IA. De acordo com ele, a inteligência é essencial (guardemos essa perspectiva para quando chegarmos ao capítulo 4) para definir o humano, de modo que dela extrai-se o nome catalogado da nossa espécie, homo sapiens. Inteligência é um atributo dos seres humanos "na medida em que suas ações sejam capazes de atingir seus objetivos" (RUSSEL, 2021, p. 18), e as máquinas seriam inteligentes "na medida em que suas ações sejam capaz de atingir seus objetivos" (RUSSEL, 2021, p. 19).

A disciplina da IA, hoje, se confunde com os computadores. Rich (1983, p. 1) em manual clássico afirma que "Inteligência artificial (IA) é o estudo sobre como fazer que computadores desempenhem coisas que, até o momento, as pessoas fazem melhor". Apesar de querer fugir do debate filosófico sobre "artificial" ou "inteligência", ao elencar as atividades que a IA poderia se debruçar, a cientista da computação afirma que elas eram consideradas, em algum momento, "exibições de inteligência" - esse processo do que seria considerado "inteligente" mudou com o tempo, ao menos a leitura de alguns. Atividades especializadas como "diagnóstico médico" vem sendo, desde a década de 80, suplantadas em domínios específicos que sejam, por sistemas de IA, na forma de expert systems.

E, de acordo com Russel (2021, p. 39): "dispositivos construídos para computação, desde as primeiras calculadoras mecânicas, sempre pareceram, para seus inventores, o lugar natural da inteligência". Essa inteligência estaria atrelada ao software, muito mais do que ao hardware, afinal, modelos algoritmos1 falhos podem rodar em máxima, e sempre superada, velocidade e, ao final, eles só vão chegar mais rápido aos mesmos resultados equivocados (RUSSEL, 2021, p. 43).

[1] "O que é um modelo? Um modelo é uma especificação de uma relação matemática (ou probabilística) entre diferentes variáveis" (GRUS, 2021, p. 157)

Luger (2013, p. 1) define IA como "o ramo da ciência da computação que se preocupa com automação do comportamento inteligente". E traça uma importante genealogia do conhecimento e da disciplina.

Tratando da inteligência, o autor alerta sobre o evidente dissenso científico sobre o que ela significa propriamente, mas se pautando na mesma hipótese exposta por Simon e Newell defende que a IA, embarcada num computador, "oferece um meio e um banco de ensaio para teorias da inteligência: essas teorias podem ser indicadas na linguagem de programação de computadores e podem, consequentemente, ser testadas e verificadas pela execução desses programas em um computador real" (LUGER, 2013, p. 2).

Mas basta de definir a inteligência artificial. Qual o problema dela ante sua aplicação indiscriminada na sociedade e o surgimento de danos que ensejam a responsabilidade?

2. O PROBLEMA FILOSÓFICO DE BASE: DA ABSTRAÇÃO À FICÇÃO

A responsabilidade objetiva não é apenas, e como sói ser descrita2, a responsabilidade pela "abstração" do elemento culpa da equação de responsabilização – como se a regra afastasse ou extraísse um elemento de dentro do suporte fático. Também não é próprio associar de forma linear a "objetividade" ao risco (risco proveito, risco integral, risco criado). Afinal, para quem assim entende, se há risco, há direta responsabilidade – uma flagrante contradição quando se pensa

[2] Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 325) aponta a "abstração": "A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) [caso da responsabilidade subjetiva] assenta na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo."

que a responsabilidade objetiva também comporta, para essa parte da doutrina, exceções em contrário.

Para estes autores, as vantagens e desvantagens são divididas, sendo que a desvantagem é inerente à atividade (está dentro da atuação dos entes, como na indústria, ou por ser da natureza das coisas). A ideia "moderna" posta na doutrina é distribuir os danos das atividades industriais e tecnológicas. Tal distribuição ocorreria numa cadeia evolutiva de fatos e conceitos, com a responsabilidade, para o que nos interessa, do empregador, da indústria e do empresário tecnológico.

O cerne do debate entre objetivistas e subjetivistas é o de que não se fala em culpa, apenas se imputa a responsabilidade por um dito "terceiro elemento" (o risco, por exemplo) que estaria "dentro" da atividade. A dita "presunção" que liga "terceiro" à causalidade, dando força social à relação jurídica, desaparece (é abstraída, dizem) por imperativo legal tautológico: "é responsável por que é responsável".

Mas, na verdade, não se trata de "abstrair", muito menos de presumir – etimologicamente pode ser uma pressuposição, um "colocar algo por debaixo". Abstrair é extrair e separar algo de outra coisa. É um movimento de arrancar algo de outro algo. Presumir é hipótese diante de algo. Contudo o que constitui a responsabilidade objetiva é justamente a ficção por força da regra de direito – não se tira uma coisa, se insere algo, uma ficção posta dentro do agir, ou, por baixo, como fundamento.

A pressuposição é ficta. Ficto é o que é criado, a invenção por baixo da realidade. O real, contudo, não é equivalente ao ficto. O real pode ser moldado/modelado/modulado sem, contudo, ser uma criação "do nada" e inserida, como ocorre na teoria objetiva. A responsabilidade objetiva apresenta três negativas e diante delas impõe uma ficção (não há ato, não há culpa, não há causação), mas ainda assim há responsabilidade – quem ficciona pela responsabilidade objetiva cria uma relação de responsabilidade ab ovo.

O campo da ficção só aceita uma regra expressa conforme a própria base posta da ficção. Em outros termos, ao ficcionar uma

relação social jurídica abre-se margem para o exercício amplo do poder criador da norma que terá que sofrer aplicação no caso concreto. Ainda que incidência e aplicação se separem na lógica, elas antropologicamente são aproximadas, com uma influência reversa da aplicação sobre a incidência, algo que seria defeso na forma como Pontes de Miranda explica este processo. Repita-se: responsabilidade objetiva é imputação com base na negativa tripla de elementos: (1) ato, (2) culpa e (3) causação.

Para Pontes de Miranda, por outro lado, a ação de presunção deve se dar com base em indução dos dados de realidade (MIRANDA, 1966, T. 53, p. 150). Presunção é estar "diante da realidade" e conjecturar algo dela (modelar uma hipótese). Antecipa-se uma ideia por outra, ou mesmo, suprime-se uma ideia pela prevalência de outra ("é, pois, preferencialmente, deve sê-lo; ou, "x" sobre "y", em virtude de sua importância). A presunção surge dos próprios fatos e encobre parte desses fatos para imputar uma consequência normativa.

A responsabilidade objetiva é uma escolha política violenta em virtude da incontinência de danos tão violentos quanto ela, portanto só há prova em contrário quando a própria regra, sem base fática, instaura a hipótese. Essa análise entretanto é ahistórica se se considerar que sempre foi assim. A responsabilidade objetiva já foi expediente cujo "lançar mão" foi dado em contextos em que os pressupostos simbólicos-epistemológicos acerca do direito não diferenciavam os entes na natureza - assim o animismo que a norma instaurava, punia-se a pedra que soterrou uma pessoa ou animal.

Mas esse é o argumento para englobar a responsabilidade objetiva e suas respectivas exceções – é a leitura equivocada feita das hipóteses de exceção fechadas na lei (veja-se o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo).

Em termos de teoria do fato jurídico, a responsabilidade objetiva provoca incidência "desconforme" os fatos, mas ainda incidência, pois pautada em regra - especialmente na forma posta no animismo da antiguidade. A lei cria a moldura (seleção de hipótese) e a lei gera, no mundo do pensamento/jurídico, o suporte fático – por

isso ficto. É pré-juízo apriorista – faz surgir o suporte fático por força da regra, no lugar de colorir o suporte fático existente diante de regra (hipótese normativa que cria fato e não hipótese normativa que reconhece/revela fato).

Não é que isso seja proibido, mas cria uma tensão dentro do sistema. A ponto de CASTRO JR. (2009, p. 138) alertar para que estas soluções tomam o campo lógico como uma metodologia metafórica para compreender o direito

Modernamente, desconsiderado o animismo antigo, a responsabilidade objetiva é a inserção (e não ab-extração) de um nexo normativo contra as relações estabelecidas no mundo dos fatos – cria contradição violenta onde não deveria existir, pois o mundo jurídico é dimensão desse mesmo mundo dos fatos. Por isso que, analisando as presunções correspondentes a tal nexo normativo violento, Pontes de Miranda (1954, T. III, p. 447) afirma que:

> [...] as ficções são mais que presunções legais, ainda absolutas. A ficção enche de artificial o suporte fáctico; a presunção legal apenas tem como acontecido, ou não acontecido, que talvez não aconteceu ou aconteceu. A ficção tem no suporte fático elemento de que não se poderia induzir a situação que ela prevê. (grifo nosso)

A responsabilidade subjetiva, por outro lado, apresenta três afirmativas e delas extrai uma afirmação conclusiva (há ato, há culpa, há causação, portanto, há responsabilidade). Porta-se a nível de constatação, não há criação. A incidência aqui é o efetivo colorir de elementos de fato: "A" gerou (ato) [psicofisicamente] "algo" (dano) que enseja responsabilização.

De um lado, o suporte abstrato que veicula o elemento ideativo formador do fato jurídico, de outro lado o suporte concreto que induz a adaptação sobre a realidade.

Conclui-se com isso que os danos decorrentes das hipóteses não devam ser tutelados, caindo-se na teoria subjetiva pura? Também não, pois a realidade reage!

As atividades ditas "de risco" geram danos já afirmados e cuja existência está fora de disputa teórica (ČERKA, GRIGIENĖ, SIRBIKYTĖ, 2025). É o tratamento granular, na regulação da tecnologia, que desafia a interpretação da lei posta e criação da lei futura.

Tal risco inclusive pode advir de concepções equivocadas sobre a materialidade dos fatos e dos pressupostos epistemológicos que está à base de processos de treinamento de modelos (data pipeline, model pipeline) como bem apontam (ANDREWS, SMART, BIRHANE, 2024).

3. DA TRANSUBJETIVIDADE APLICADA AOS EFEITOS NEGATIVOS DE EMPREENDIMENTOS TECNOLÓGICOS: A IMPORTÂNCIA DA REGRA DE SOBREDIREITO SOBRE PRESUNÇÕES

Podemos pensar num terceiro caminho proveitoso. A responsabilidade transubjetiva apresenta uma presunção ou imputação mediata, e não imediata. Quem presume está diante da realidade e, exatamente por ela, afirma uma coisa sobre a outra, em juízo antecipado – não ficciona. Há ato, não há culpa (a subjetividade antijurídica, ideativa) ou presume-se culpa (o que, em termos fáticos, é o mesmo que dizer que o ato psicofísico não ocorreu, mas ali é considerado como ideação) e há causação.

A diferença é patente. Na transubjetividade, há âncora-fática (o ato) ligado à relação social jurídica ou pode-se negar (melhor dizendo, presumir) a culpa, mas sempre diante deste ato-âncora. Imputa-se a responsabilidade sem apelar para expediente de maior gravidade (como acontece na teoria objetiva). Em termos ponteanos, seria expediente, dentro do processo jurídico, instalador de menor quantum despótico (MIRANDA, T.1, 1972).

Se há causação, também há laço de energia social que embasa e conforma a relação jurídica. Nessa esteira, pela transubjetividade, podemos fundamentar os danos sem criar uma relação social artificial (o ficto é o artificial, o presumido não) – conforme análise e evolução dos conceitos e princípios jurídicos. A responsabilidade transubjetiva exige um "ato", evento ocorrente no mundo, que fundamente, junto à causação, uma imputação de responsabilidade.

"Trans" é uma preposição latina que se refere ao movimento de "para o outro lado" e "para além de algo". Para além do fato imediato, há um fato lato sensu (um evento) que causa dano. Por isso trans-sujeito. É requisito do pedido e da decisão apontar o ato mediato, o dano e a causação.

No caso dos empregadores, ou seja, da "culpa pela má escolha ou pela não vigilância", há, pois, "culpa própria" de "A" por ato mediato seu (não-vigilância, má escolha) associado, de maneira imediata, ao fato lato sensu do dano a "C". Não há ato imediato de A contra C – nem se usa de expediente despótico como na objetividade que ficciona essa imediatidade.

Culpa aí ou se entende como própria (pelo ato mediato, não em nexo com o dano) ou elidida (ante o ato mediato), pois não pode haver, efetivamente, culpa (a subjetividade antijurídica), elemento do complexo ato-vontade o qual, psicofisicamente, A não gerou.

Por haver ato de A (mediato) ligado ao fato (imediato) relacionado a B (o dano) pode-se presumir a responsabilização. Põe-se "x" antes de um "y": o seu ato mediato, pela presunção, está em "nexo psicofísico de causação" com o dano, mas não há ligação ato imediato-causação-dano. O que define a transubjetividade é uma intermediariedade.

A relação jurídica criada de forma contrária aos fatos, por outro lado, cobra sua consequência. Criar, no mundo jurídico, por ficção, é dar força à violência. Modelar no mundo jurídico, por presunção, é dar maior efetividade a norma, sem por a perder o sistema, assim como as garantias e demais direitos – é possível portanto tutelar as situações

em que uma atividade de empresa tecnológica cause dano, sem impor o ônus da teoria objetiva.

No caso da responsabilidade por eventos tecnológicos (exemplo: danos causados por inteligência artificial, por produto de Internet, por mecanismos de automação), falar em responsabilidade objetiva é ficcionar que todo dano com relação à tecnologia, qualquer que seja, deverá ser distribuído aos agentes, sob a justificativa de que eles atuam com proveito, ou a sua atividade é inerentemente perigosa, ou que é impossível achar o ato e o nexo. O argumento não somente é tentador, como é plausível, especialmente dada a assimetria dos atores envolvidos (empresas x consumidores).

Exemplos concretos: é fato específico e mediato, gerador de dano imediato, que forma o suporte fático da responsabilidade do agente de tratamento ante às sanções postas na Lei Geral de Proteção de Dados. Não há uma pressuposição de culpa pela ocorrência de dano, há presunção de culpa diante da própria atividade de tratamento, do dano (constatado, não pressuposto) e do nexo imposto a partir destes elementos.

Quanto aos produtos baseados em inteligência artificial, imaginemos os problemas de "decisão errada em perfilhamento de crédito" ou "vieses em algoritmo ou conjunto de dados": aqui a responsabilidade trans-sujeito liga a falta de acurácia constatada no sistema ou o erro flagrante, por ignorância inescusável, ao dano decorrente. O ato é o manejo da técnica equivocada, do algoritmo enviesado. O dano é constatado no caso concreto. O nexo é imposto. É mediata a relação (agir – dano) e a culpa que se trata como hipótese dos fatos cotidianos, não imediata – quando então se cairia no espaço da subjetividade.

Outros exemplos podem ser mencionados: o uso de sistemas de vigilância automatizada com reconhecimento facial em espaços públicos. A constatação de erro na identificação de um indivíduo, que leva, por exemplo, à sua detenção indevida, decorre de um evento técnico concreto: a falha do sistema em discriminar adequadamente rostos em razão de limitações algorítmicas ou enviesamentos no

conjunto de treinamento. O ato aqui é o uso acrítico ou negligente de uma técnica estatística sobre uma população real e diversa. O dano é concreto, individualizado e juridicamente relevante. A imputação da responsabilidade não se ancora na periculosidade da tecnologia em abstrato, mas na hipótese, sustentada por evidência, de que houve manejo incorreto ou despreparo no uso da técnica. A responsabilidade, portanto, é transubjetiva: não exige dolo ou culpa stricto sensu, mas decorre da configuração fática e da constatação de desvio técnico relevante.

Consideremos também o uso de sistemas automatizados em diagnósticos médicos assistidos por inteligência artificial. Se um modelo supervisionado por deep learning erra uma classificação de imagem, por exemplo, ao não identificar um tumor em estágio inicial, e esse erro se converte em um diagnóstico tardio com consequências graves ao paciente, temos um evento tecnicamente localizado (o erro de classificação), um dano quantificável (agravamento da condição clínica) e um nexo que pode ser reconstruído mediata e indutivamente a partir da conduta técnica adotada.

Não se trata de impor uma responsabilidade objetiva como ficção jurídica, mas de presumir responsabilidade com base no manejo de técnica imprecisa ou de confiança excessiva em sistemas não auditáveis. O erro não se resolve pela dicotomia entre culpa e ausência de culpa, mas por uma hipótese fundada de que a conduta técnico-operacional foi falha em termos exigíveis no contexto do desenvolvimento científico da tecnologia.

Deve-se pensar, assim, em transubjetividade, pois há sempre um ato (há um evento no mundo) a fundamentar o nexo psicofísico, ainda que como hipótese. Não há, nestes casos, contrariedade a direito objetiva ou subjetiva: na primeira não importa ato algum, na segunda importa ato imediato antijuridicamente considerado, é a culpa.

A atividade perigosa, ou o proveito, nos casos de atividades tecnológicas, deve ser encarada a partir da presunção (hipótese ante os fatos) e não da ficção por força da regra jurídica (ou pressuposição, quando se coloca algo debaixo da realidade, falsificando-a para

distribuir os ônus). Ou não há culpa ou a culpa se faz presente, por presunção, por hipótese.

A diferença reside: (1) na possibilidade do polo suficiente de eventual relação (em contraposição ao hipossuficiente) fazer prova liberatória e excepcional; (2) no fato de se poder determinar o elemento factual e mediato que gera a responsabilidade, para, a um só tempo, tutelar hipóteses de dano e afastar casos em que não se pode imputar tal responsabilidade.

Assim sendo, tais atividades são passíveis de serem alcançadas e devidamente tuteladas sem a disposição direta do modelo objetivo. Em termos retóricos, o modelo objetivo é tão capaz que superdimensiona a questão, transbordando o potencial de controle dentro da sociedade.

A medida transubjetiva, se acolhida na lei ou em releitura doutrinária, no conjunto total das fontes do direito, pode ser uma alternativa a equacionar a proteção dos direitos individuais e coletivos e, ao mesmo tempo, não obstar processos de inovação em campos "estado da arte". Complementada por medidas de incentivo e "experimento em caixa de areia" (sandbox) tal sistema pode mostrar o maior grau de adequação para a realidade.

Suficiente, a transubjetividade também adverte contra, em sua hermenêutica, os excessos trazidos na forma de consequências sociais relevantes pelos "otimismos acríticos" (hypes) na adoção de tecnologias, especialmente a inteligência artificial.

Há ainda, para terminar, uma dimensão processual importante desta discussão que, em boa parte, correu dentro do campo material. O tema merece análise a partir da distinção ponteana entre presunções iuris tantum, iuris et de iure e mistas (MIRANDA, 1974, T. 4, p. 234).

No regime de responsabilidade subjetiva, o aspecto probatório está orientado pela exigência de demonstração direta da culpa: ato, dano e nexo causal devem ser provados por quem alega. Isso impõe ao lesado o ônus de produzir prova do comportamento culposo do agente, bem como do vínculo entre esse comportamento e o resultado danoso.

Nesse modelo, a presunção de veracidade é excepcional e limitada.

Em geral, tal dinâmica está restrita a presunções iuris tantum relativas à veracidade de documentos ou à regularidade de comportamentos presumidamente lícitos. Não há deslocamento do ônus da prova: este permanece com a parte que alega o ilícito, o que, em contextos tecnicamente opacos como os que envolvem inteligência artificial, torna a responsabilização quase inatingível para o polo hipossuficiente.

Já no regime de responsabilidade objetiva, o ordenamento ficciona a existência de culpa ou mesmo prescinde dela (veja-se o exemplo animista acima), substituindo a prova da conduta culposa por um juízo legal de imputação automática.

A consequência disso, no plano probatório, é o uso de presunções iuris et de iure quanto ao nexo entre o exercício da atividade de risco e o dano produzido. A atividade é considerada, por definição normativa, fonte de risco anormal, e o agente responde independentemente de qualquer demonstração de dolo ou negligência. O ônus da prova desloca-se radicalmente: o lesado precisa apenas demonstrar o dano e o nexo material, enquanto o agente não pode rebater o fundamento da responsabilidade, mas apenas demonstrar excludentes de causalidade ou de responsabilidade objetiva. A vantagem dessa estrutura está na celeridade e previsibilidade, mas sua desvantagem é justamente a rigidez que pode gerar injustiça em casos atípicos ou manipuláveis pelo discurso técnico.

A proposta da responsabilidade transubjetiva, inspirada na discussão material em Pontes de Miranda, busca um ponto de equilíbrio entre esses dois polos. Nela, a imputação de responsabilidade não se dá por pura ficção jurídica nem por presunção de culpa no sentido corrente doutrinário, mas pela hipótese fundada de que o dano resulta de um ato técnico mediato, verificável em sua materialidade e em sua estrutura causal.

No plano probatório, isso significa reconhecer que há um evento no mundo, um erro algorítmico, uma falha sistêmica, um desvio

estatístico, cuja autoria é atribuível, não ao sujeito psicológico da ação, mas ao manejo inadequado da técnica - ou seja, ainda assim um nexo psicofísico.

Assim, opera-se, no sentido processual, com uma presunção mista: iuris et de iure quanto ao nexo entre o manejo da técnica e o risco criado (não se admite prova de que a atividade não era arriscada); iuris tantum quanto à possibilidade de o agente demonstrar que adotou salvaguardas técnicas suficientes e diligentes. O resultado é uma estrutura que impõe o dever de cuidado técnico-objetivo e admite, sem interditar, a autodefesa.

Essa transição da subjetividade para a transubjetividade implica uma mutação na função das presunções no direito material: deixam de ser simples instrumentos de economia probatória ou estabilização formal, e passam a operar como mecanismos estruturantes de imputação normativa, moldando o que se entende por "ato" e por "responsabilidade" na era técnica.

Presume-se que há um campo factual verificável, normativamente relevante, no qual o agente técnico opera, e cujo desvio responde por danos constatáveis. Trata-se, portanto, de uma modelização jurídica intermediária, na qual a presunção não nega o fato, mas o organiza juridicamente a partir de critérios de imputação coerentes com a complexidade tecnológica e a necessidade de inovação.

4. CONCLUSÃO

Por mais que o significado de um conceito possa mudar, é importante lembrar que ele tem história. A modificação, quando acontece por uma artificialidade política, encontra resistência na história - que é o que este artigo tenta apontar. Partir da história para a dogmática é um caminho analítico importante na busca pelo aspecto científico do conhecimento jurídico.

Essa resistência não é apenas cronológica (ainda que o histórico não se reduza apenas à cronologia), mas epistemológica: ela revela que os conceitos jurídicos, mesmo os mais técnicos, estão enraizados em

formas de vida e categorias construídas por experiências compartilhadas.

Quando categorias como "pessoa", "responsabilidade" ou "ato" são reconfiguradas para acomodar fenômenos técnico-normativos contemporâneos (como a inteligência artificial ou a automação decisória), não basta impô-las por ficção jurídica ou substituição semântica arbitrária. É preciso reconhecer que tais categorias são modeladas por um campo de disputas que envolve gramáticas, instituições e estruturas históricas que não se deixam dobrar por injunção normativa, e modelam/são modeladas pelo fazer a regra e dizer o direito.

Por isso, a análise dogmática precisa dialogar com a genealogia das formas jurídicas, com os usos linguísticos que constroem suas fronteiras e com os limites da analogia como instrumento de expansão conceitual. A artificialidade, quando não reconhece a historicidade dos conceitos, desestabiliza mais do que inova.

O que se propõe, portanto, é uma reconstrução crítica e tecnicamente informada, que, em vez de abandonar as categorias jurídicas frente à complexidade tecnológica, reconheça seus limites e atualize suas formas com atenção à realidade factual, à prudência institucional e à memória conceitual que a linguagem jurídica carrega.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Mel; SMART, Andrew; BIRHANE, Abeba. **The reanimation of pseudoscience in machine learning and its ethical repercussions**. Patterns, [S.l.], v. 5, n. 9, e01027, 13 set. 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.patter.2024.100027>. Acesso em: 5 jul. 2025.

CASTRO JR. Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos na dogmática privatista**. São Paulo: Noeses, 2009.

ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by artificial intelligence**. Computer Law & Security Review,** [S.l.], v. 31, n. 3, p. 376–389, 2015. Elsevier BV. ISSN 1873-6734. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2015.03.008>. Acesso em: 5 jul. 2025.

FERNANDES, André Lucas. **Entre sistema e tratado: o pensamento de Pontes de Miranda e a modelização da sociedade global** Curitiba: CRV, 2018.

LUGER, George F. Inteligência artificial / George F. Luger; tradução Daniel Vieira. **Revisão técnica Andréa Iabrudi Tavares** 6. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

MANZANO, José Augusto N. G. **Algoritmos**: lógica para o desenvolvimento de programação de computadores / José Augusto N. G. Manzano, Jayr Figueiredo de Oliveira. 29. ed. São Paulo: Érica, 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 3. – Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Tomo 53. – Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito.** T. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** T. 4. São Paulo: Forense, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil** / Caio Mário da Silva Pereira; Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de

Janeiro: Forense, 2018. [edição digital]

RICH, Elaine. **Artificial intelligence**. New York: McGraw-Hill Book Company, 1983.

RUSSEL, Stuart. **Inteligência artificial a nosso favor: como manter o controle sobre a tecnologia** / Stuart Russel; tradução Berilo Vargas. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

Bruno Campos Silva

DEVER PROBATÓRIO ENDEREÇADO ÀS PARTES

DEVER PROBATÓRIO ENDEREÇADO ÀS PARTES?[1]

Bruno Campos Silva

Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pelo CEU-SP (atual IICS). LL.M em Proteção de Dados: LGPD & GDPR com dupla titulação pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Mercado de Carbono pela Proenco-SP. Professor de Direito da Universidade Federal de Uberlândia–UFU-MG. Membro da Comissão de Processo Civil da OAB-MG. Diretor de Publicações da UBAA (União Brasileira da Advocacia Ambiental). Membro do IBDP, da ABDPro, do CEAPRO, da ACADEPRO. Membro do Conselho de Redação da RBDPro (Revista Brasileira de Direito Processual). Membro do Conselho Editorial das revistas Fórum de Direito Urbano e Ambiental e da Magister de Direito Ambiental e Urbanístico. Autor e coordenador de obras jurídicas. Advogado e consultor jurídico. Autor da obra "Sistematização da tutela inibitória e o Código de Processo Civil de 2015", publicada pela editora Fórum, em 2021. E-mail: brunocamposadv@outlook.com.

Resumo: O presente estudo traz aspectos relevantes ao direito à produção da prova endereçado às partes e terceiros, enquanto o Estado-juiz possui o dever de zelar e garantir a ampla produção da prova, com imparcialidade e fundamentação, exercitado a valoração e valorização da prova. A prova de ofício produzida pelo juiz agride o Estado Democrático de Direito. É preciso, com emergência, apartar os sujeitos processuais, cada qual em seu quadrado (parte é parte – juiz é juiz – situações jurídicas distintas), com a distinção de suas funções no exercício do contraditório, sobretudo em sua dimensão material.

Abstract: This study brings relevant aspects to the right to the production of evidence addressed to the parties and third parties, while the State-judge has the duty to ensure and guarantee the ample production of evidence, with impartiality and reasoning, exercising the valuation and

[1] O presente estudo foi publicado em edição especial da *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 32. Belo Horizonte: Fórum, n. 126, p. 65-78 (abr./jun 2024).

appreciation of evidence. Judge-made evidence undermines the democratic rule of law. It is necessary, in an emergency, to separate the procedural subjects, each in their own square (party is party - judge is judge - different legal situations), with the distinction of their functions in the exercise of the adversarial process, especially in its material dimension.

Palavras-chave: Dever e ônus. Direito probatório e texto constitucional. Valoração e valorização da prova. Direto à produção da prova. Sujeitos parciais e imparciais. Liberdade das partes e dever de garantia do Estado-juiz. Produção da prova e contraditório. Imparcialidade e impartialidade. Prova de ofício.
Keywords: Duty and burden. Evidentiary law and the constitutional text. Valuation and appreciation of evidence. Right to the production of evidence. Partial and impartial subjects. Freedom of the parties and the judge's duty to guarantee it. Production of evidence and adversarial proceedings. Impartiality and impartiality. Ex officio evidence.
Sumário: Introdução 1. Necessária distinção entre dever e ônus 2. Ônus probatório induz à obrigatoriedade de produzir provas? 3. Direito de produzir provas x dever de zelar pela efetiva produção de meios probatórios 4. Produção da prova – liberdade das partes e dever de garantia de produção do Estado-juiz 5. Valoração e valorização da prova e (alegações finais) à construção do ato decisório 6. Dilema decisório – sujeito imparcial x prova de ofício 7. Conclusão 8. Referência bibliográfica.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por base palestra proferida no Encontro Anual da ABDPro, cuja temática foi "Prova e Verdade", com as devidas e necessárias adequações, acréscimos e renovadas reflexões.

De início, fizemos necessária distinção entre dever e ônus, com destaque para pontos de suma relevância à atenção de que o próprio texto constitucional deverá ser o porto seguro ao direito probatório.[2]

[2] Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves: "Encontra-se na doutrina uma forte tendência na defesa da natureza constitucional do direito à prova, que, embora não esteja

Na realidade, não há qualquer obrigatoriedade às partes no que tange à produção da prova, muito pelo contrário, há sim, um direito constitucional à produção da prova que deverá ser garantida pelo Estado-juiz.

Enfim, cada sujeito (parcial ou imparcial) "dentro de seu quadrado", ou seja, a parte com o direito à prova e ônus, e o juiz (sujeito imparcial) com a responsabilidade de garantir e zelar pela produção da prova, fundamentando suas decisões de maneira a permitir que os jurisdicionados possam antever o resultado final, sem quaisquer surpresas avessas ao devido processo legal, especialmente à garantia do contraditório.

1. NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE DEVER E ÔNUS

A doutrina (em sua maioria) e o texto legal, em verdade, provocam inconteste "baralhamento", com o devido respeito, já que não conseguem apartar "com precisão" as devidas funções de cada sujeito (parciais e imparcial) dentro do procedimento. E isso, por certo, traz mais dúvidas do que certezas acerca da existência de deveres e ônus das partes e do próprio Estado-juiz.

Rennan Thamay, com base nas lições de Arruda Alvim, afirma que há "diferença importante entre ônus, obrigação e dever. De fato, 'a distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo

expressamente previsto no Texto Maior, seria decorrência da moderna visão do princípio da *inafastabilidade da tutela jurisdicional*, previsto no art. 5º, XXXV, da CF ('a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito'), atualmente analisado à luz do acesso à ordem jurídica justa (...). Dentro dessa nova visão do princípio constitucional, visivelmente preocupada com a qualidade da prestação jurisdicional, encontra-se o direito à prova, que garantirá o efetivo exercício do *devido processo legal*, em especial o respeito ao *contraditório*. A garantia do devido processo legal e do contraditório, ambos garantidos de forma expressa por nossa Constituição Federal, alçam o direito à prova no processo civil ao patamar constitucional" (Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 718).

sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não cumprir sofrerá, pura e simplesmente, em regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente. Outra distinção importante que cabe fazer entre ônus e obrigação é a circunstância de esta última ter um valor de poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus. Há, ainda, uma terceira figura, a do dever (stricto sensu). Além de não ser conversível em pecúnia, tem como característica básica a 'perpetuidade', ao contrário do ônus e da obrigação, que se esgotam com o seu cumprimento".[3]

No Encontro Anual da ABDPro tivemos a oportunidade de colocar alguns "pingos nos is", e, expor posicionamento de que há, com urgência, extrema necessidade de se apartar as funções dos sujeitos dentro do procedimento quando do pleno exercício do contraditório (verdadeira "divisão funcional de trabalho entre partes e juiz" – nos dizeres de Diego Crevelin de Sousa), a fim de não se misturar alhos com bugalhos, ou melhor, o que decorre da quadra constitucional não se enquadra como dever para a parte, mas sim, direitos, e aqui, direito constitucional à produção dos meios probatórios e espécies idôneos, adequados, lícitos, moralmente legítimos.

De acordo com Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a noção de contraditório carrega em sua estrutura um quadrinômio:

> "A nosso ver, contudo, essas noções ainda se revelam incompletas, pois o que deve ser instaurado na dinâmica do procedimento é o quadrinômio estrutural do contraditório (e não binômio ou

[3] Thamay, Rennan. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 311-312. E arremata: "**Destarte, não há um *dever* de provar, há um simples ônus**, no sentido de que, se a parte não provar suas alegações, assumirá o risco de perder a causa. Considerando isso, o art. 373 do CPC prevê que **o ônus da prova** *incumbe*: (i) **ao *autor*, quanto ao fato constitutivo de seu direito, pois indispensável para a eventual procedências dos pedidos**; (ii) **ao *réu*, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor**, que, seguramente, poderá encerrar com aquilo que pretende o autor" (Idem, p. 312).

> trinômio), ou seja – informação – reação – diálogo – influência – como o resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais".[4]

Deveres existem, e para a funcionalidade do acervo probatório, o Estado-juiz tem o dever de zelar, garantir a plena produção de determinado meio probatório postulado pela parte, notadamente se já houve sua análise, admissibilidade e deferimento, senão, estar-se-á diante de nítido "procedimento sanfona" inconcebível num Estado Democrático de Direito.

Ônus probatório – para as partes – no sentido de implicar prejuízo, desvantagem, uma consequência processual, caso não seja produzido determinado meio probatório e sua espécie diante de um determinado fato alegado. Se a parte não provar o fato, estará em desvantagem com relação à parte contrária. Ônus não equivale a dever, e muito menos a obrigação! Decorre do texto constitucional, sendo um direito do jurisdicionado.

Nesse sentido Camilla Mattos Paolinelli, adotando posicionamento de Fazzalari, afirma:

> "Para Fazzalari, não existe um 'dever de prova' (ou uma 'obrigação de provar) para a parte (nem perante a parte contrária, nem perante o Estado), mas um direito conferido àquela no processo, consistente na faculdade de produzir e no poder de propor provas. Estes, por sua vez, quando não exercidos, de modo consciente e deliberado, convertem-se em ônus para o seu titular. O ônus da prova, portanto, em Fazzalari, é manifestação da liberdade das partes, nunca uma imposição estatal. Trata-se da própria sucumbência, desvantagem

[4] Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo constitucional e estado democrático de direito. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 133.

> processual ou consequência processual atribuída à parte onerada por sua omissão probatória voluntária".[5]

O que ocorre, na perspectiva do efetivo contraditório em sua dimensão material (efetiva participação e influência na decisão),[6] é a delimitação dos sujeitos e suas respectivas posições dentro do processo,

Cada um com os seus deveres, poderes, faculdades, sem misturar funções – "parte é parte" (liberdade de produzir provas); "Estado-juiz é Estado-juiz" (poder de decisão – dever de garantir a plena produção das provas solicitadas pelos sujeitos parciais). *Juiz não é parte* e *parte não é juiz*, simples assim!

Diego Crevelin de Sousa aponta:

> "Nos termos do parágrafo único do art. 1º da CRFB, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Deriva daí que os destinatários dos provimentos estatais têm direito de participar dos seus respectivos processos de produção. (...) Os destinatários dos provimentos jurisdicionais (partes, sobretudo) participam diretamente dos seus processos de produção (a rigor, por meio de seus advogados, *ex vi* do art. 133, CRFB). Em suma, o processo (eleitoral, legislativo, jurisdicional etc.) é *locus* de participação democrática que confere legitimidade aos provimentos estatais. (...), deixando de ser meros destinatários para se tornarem coautores dos

[5] Paolinelli, Camilla Mattos. O ônus da prova no processo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 88.

[6] Segundo Diego Crevelin de Sousa: "Influência envolve falar, ser ouvido e respondido; convencimento exige persuasão pela qualidade dos argumentos no contexto. Como o contraditório deve ser assegurado a ambas as partes e não é possível que todas vençam, ele só pode garantir influência, nunca convencimento. (...) A parte só pode influenciar se tiver a oportunidade de se manifestar sobre todos os assuntos relevantes para a decisão, sejam incidentais ou principais, de admissibilidade ou de mérito, fático-probatórios ou de direito, cognoscíveis mediante provocação ou *ex officio*" (Sousa, Diego Crevelin de. Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Coordenação da coleção por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2021, v. 2, p. 74 e 80).

> provimentos estatais, preservados os papéis distintos de cada um deles: no caso dos provimentos jurisdicionais, os cidadãos participam como articuladores-construtores e o juiz, como aplicador-julgador. (...) Se o processo é o espaço discursivo legitimador do provimento jurisdicional, a garantia que assegura, por excelência, essa participação das partes é o contraditório em sua dimensão material ou dinâmica".[7]

2. ÔNUS PROBATÓRIO INDUZ À OBRIGATORIEDADE DE PRODUZIR PROVAS?

O ônus probatório tido por desvantagem ou consequência processual (no esquema fazzalariano citado por Camilla Mattos Paolinelli) não induz à obrigatoriedade de produzir determinado meio probatório (de quaisquer espécies – documental, oral, pericial), no máximo submete a parte a uma posição desfavorável dentro do procedimento.

As partes possuem o direito constitucional de produzir provas, e não dever ou obrigação.[8]

Segundo Camilla Mattos Paolinelli:

> "Sem vínculos de exigibilidade, as partes não podem exigir ou serem obrigadas à prática de quaisquer atos

[7] Sousa, Diego Crevelin de. Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Coordenação da coleção por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2021, v. 2, p. 65-67.

[8] Para Camilla Mattos Paolinelli: "Importante lembrar que o poder de indicar e propor provas, bem como a faculdade de participar de sua produção, decorrem (são espécies), no contexto brasileiro, do direito constitucional à prova. Trata-se de prerrogativas concedidas por lei às partes e que jamais podem ser confundidas com deveres, consoante já dito. Isso porque, vale repetir, na proposta do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, as partes são livres para propor provas e realizar atos instrutórios no processo, de acordo com seus interesses (mas sempre dentro dos limites legais). Ninguém pode obrigá-las a participar da instrução ou compeli-las a fornecer provas, sob ameaça de sanção. É por isso que toda vez que as partes livremente se omitirem de produzir provas, restará a elas o dano, consubstanciado no prejuízo, na imposição de sucumbência contra quem a decisão favorável surtiria efeitos" (Paolinelli, Camilla Mattos. O ônus da prova no processo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 90-91).

> processuais. São livres para escolher e converter suas faculdades ou poderes em ônus processuais, porque se movimentam no espaço procedimentalizado em contraditório de acordo com seus próprios interesses. (...) A figura do ônus, segundo o esquema fazzalariano, surge toda vez que há consequências legais desfavoráveis ao titular do ato, ligadas à ausência de exercício dos poderes e faculdades. (...) Os ônus processuais, em Fazzalari, nada mais são que as consequências processuais
>
> desfavoráveis impostas à parte a quem incumbe a prática de determinada faculdade ou poder, quando esta, voluntária e livremente, decide não os praticar. Sempre que houver uma consequência desfavorável ou desvantajosa ligada ao não exercício de determinada faculdade, poder ou dever processual, haverá ônus, nunca sanção, de acordo com Fazzalari".[9]

Se a parte não quiser, por conta própria, produzir determinado meio de prova e sua espécie, arcará com as consequências processuais desfavoráveis (negativas), pois, os fatos x, y ou z deixarão de ser delimitados e fixados, não produzindo qualquer reflexo direto no ato decisório a ser proferido pelo Estado-juiz, e, no mais das vezes, direcionará para a improcedência de seu pedido (caso seja o autor) ou procedência do pedido do autor (caso seja o réu – e deixou de produzir a prova).

Portanto, a inércia do sujeito parcial (não produção da prova – ausência de prática – verdadeira omissão) provoca a sua desvantagem, a partir do momento em que deveria praticar o ato e deixou de fazê-lo, não há qualquer vínculo (obrigação ou dever), pelo contrário, a parte possui liberdade.

[9] Paolinelli, Camilla Mattos. O ônus da prova no processo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 84-86.

3. DIREITO DE PRODUZIR PROVAS X DEVER DE ZELAR PELA EFETIVA PRODUÇÃO DE MEIOS PROBATÓRIOS

As partes (sujeitos parciais) possuem "direito" (do quadrante constitucional) de produzir as provas necessárias à fixação e confirmação de determinados fatos levados ao conhecimento do Estado-juiz.

O Estado-juiz não deverá impor à parte dever ou obrigação de produzir determinado meio probatório,[10] e nem mesmo o fazê-lo de ofício, haja vista a sua condição *imparcial* e *impartial*, já que do contrário, estar-se-á colocando verdadeira "Espada de Dâmocles" na cabeça do jurisdicionado em contrariedade ao texto constitucional. Aqui, um destaque: o magistrado deverá garantir e zelar pela produção do meio probatório e sua espécie e não se aventurar em produzi-lo para uma das partes como se fosse advogado ou a própria parte, guardião da prova.

Nem mesmo, a desculpa de "oportunizar" o contraditório daria ao Estado-juiz o poder de produzir prova de ofício que, no final das contas, sempre prestigiará um dos sujeitos parciais. Se estivesse correto o mencionado raciocínio, haveria a confirmação de que o magistrado em prol de uma das partes (a menos favorecida) lançaria mão de seu "poder-instrutório" em desfavor da outra parte (a mais favorecida) – disso, chega-se à incontornável conclusão de que a *imparcialidade* abriu caminho para a *parcialidade* tão prejudicial ao Estado Democrático de Direito.[11]

---

[10] Cassio Scarpinella Bueno afirma que "ao direito da parte (ou do terceiro) de produzir provas não segue o dever de o magistrado determinar sua produção". Entretanto, o referido autor admite a produção de ofício da prova pelo juiz, nos casos em que as partes ou terceiros "não o façam voluntariamente..." (Bueno, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, volume 2, p. 208-209).

[11] Em sentido contrário, Daniel Amorim Assumpção Neves defende a possibilidade de o juiz produzir prova *ex officio*, desde que garantido o contraditório, e, com isso, afirma que "a atividade instrutória do juiz não contamina sua indispensável imparcialidade, até mesmo porque o juiz não tem condições de determinar *a priori* o resultado da prova, sendo incorreto imaginar que a determinação da produção de prova possa beneficiar autor ou réu. Na realidade, se a prova efetivamente convencer o juiz, seu resultado beneficiará o titular do direito material, sendo esse o objetivo precípuo da atividade jurisdicional. Por outro lado, não seria parcial o juiz que deixa de produzir prova quando possível, beneficiando a parte que

E mais, por óbvio, que se o Estado-juiz tomou partido e ordenou a produção da prova de ofício, num papel de justiceiro (fazer justiça) rompe às garantias inerentes ao devido processo legal, colocando em xeque a própria jurisdição.

A partir do momento em que o magistrado determina a produção oficiosa da prova antevê o resultado favorável ou desfavorável a uma das partes. Aqui, também, de suma importância, agregar o ingrediente da "previsibilidade" em prol da segurança jurídica e efetivo e necessário equilíbrio entre os sujeitos parciais (partes, terceiros).

Caso a parte tenha postulado a realização de determinado meio probatório com sua espécie materializada, caberá ao Estado-juiz (tão somente) garantir que seja produzido. Por isso, defendemos a existência, nesse ponto, de uma preclusão consumativa (alguns autores falam em preclusão *pro judicato*) para o magistrado justamente para se evitar surpresas e garantir a previsibilidade relativa àquela espécie probatória já admitida e em vias de produção.[12]

Ao Estado-juiz não é dada a "brecha" para relativizar a preclusão e os seus respectivos efeitos, nem em prol de um ainda persistente e incompreensível "livre convencimento motivado". A preclusão garante o "avançar" com segurança jurídica para a efetiva entrega do bem da vida com o pronunciamento final. O perigo está em ultra relativizar (flexibilizar) tudo em nome de um interesse público!

---

não tinha o ônus de provar? Juiz imparcial não é juiz neutro e tampouco juiz desinteressado na qualidade da prestação jurisdicional. A imparcialidade do juiz não se garante ao impedi-lo de produzir prova de ofício, mas ao exigir o respeito ao contraditório em sua produção e a motivação de suas opções no tocante ao aspecto fático da demanda" (Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 733).

[12] Verificar o texto de Luís Gustavo Reis Mundim que estabelece verdadeiro diálogo com as ideias aqui desenhadas: Mundim, Luís Gustavo Reis. Prova ex officio e preclusão: a volta dos que não foram. https://www.contraditor.com/prova-ex-officio-e-preclusao-a-volta-dos-que-nao-foram/. Acesso em 30 de abril de 2024. Conferir, ainda: Silva, Bruno Campos; Thamay, Rennan. Preclusão consumativa, aplica-se ao juiz? Acesso em 30 de abril de 2024 (publicado também no Conjur – seção Opinião). E: Gouveia Filho, Roberto P. Campos. Preclusão consumativa e a questão de sua previsão normativa ou o porquê de o art. 200, CPC, não poder ser invocado para sustentá-la. https://juridicamente.info/preclusao-consumativa-e-a-questao-de-sua-previsao-normativa-ou-o-porque-de-o-art-220-cpc-nao-poder-ser-invocado-para-sustenta-la/ Acesso em 30 de abril de 2024.

Luís Gustavo Reis Mundim, ao tratar do que chamou de "camuflagem" do livre convencimento motivado, afirma que "não adianta expurgar a palavra *livremente* do CPC/2015, se outros mecanismos – poderes instrutórios – continuam a dar embasamento para decisões pautadas apenas em critérios subjetivistas e extralegais dos julgadores, razão pela qual ainda não há o fim do livre convencimento motivado".[13]

Se ao magistrado é exigida a plena fundamentação de suas decisões, não há qualquer espaço para garantir-lhe "liberdade" no ato decisório. Aliás, o juiz não é livre – e sim – vinculado ao ordenamento jurídico, com respeito e observância às suas normas, em especial à Constituição Federal, portanto, inconcebível qualquer ato oficioso contrário à "liberdade" das partes.

Humberto Theodoro Júnior adverte:

> "Sem a garantia da prova, anula-se a garanta dos próprios direitos, já que 'todo direito resulta de norma e fato'. Portanto, sendo a existência ou o modo de ser do fato (origem do direito controvertido) posto em dúvida, não há como se possa fazer valer o direito sem a produção de prova".[14]

4. PRODUÇÃO DA PROVA – LIBERDADE DAS PARTES E DEVER DE GARANTIA DE PRODUÇÃO DO ESTADO-JUIZ

As partes (em sua posição subjetiva) possuem liberdade para a produção de meios probatórios com suas espécies, por óbvio, desde que sejam lícitos, idôneos, moralmente legítimos e pertinentes ao alegado no curso procedimental.

Os sujeitos processuais (parciais – v.g., partes) exercitam importante papel a partir do contraditório, no momento em que

[13] Mundim, Luís Gustavo Reis. Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 93.
[14] Theodoro Júnior, Humberto. Curso de direito processual civil - teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I, p. 851.

efetivamente influenciam na construção da decisão do Estado-juiz, com os meios probatórios aptos a qualificarem os fatos a ele endereçados.

A liberdade das partes está intimamente relacionada com o "processo" (garantia), ou melhor, é por intermédio dele que passam a controlar e limitar a função jurisdicional, com a garantia de efetiva participação na edificação do ato decisório. E, como já afirmado, o Estado-juiz possui o "dever de garantia", no sentido de possibilitar a ampla produção probatória, nunca o dever de produzir provas, que é direito constitucional das partes.

O processo não é para atingimento da verdade, nem a prova o é, nem mesmo por "cooperação".

Para Fernanda Gomes e Souza Borges, não deve haver uma "incessante busca" da verdade, pois cada um possui a sua própria versão daquilo que entenda como verdadeiro, e também, acabaria por incentivar o solipsismo do magistrado.[15]

A busca frenética pela verdade virou desculpa para ampliação dos poderes-instrutórios do Estado-juiz, o que não se pode concordar.

Com isso, pode-se afirmar que o juiz não produz prova, nem mesmo de ofício. Nesse sentido Luís Gustavo Reis Mundim embasado nas lições de Eduardo José da Fonseca Costa, compreende que a "quebra da imparcialidade e da imparTialidade se dá quando a prova de oficio acaba por privilegiar e favorecer a parte que tinha o ônus de provar, e não o fez, motivo pelo qual o julgador acaba por assumir uma postura de parte. Nesse sentido, o juiz, 'ao ordenar oficiosamente a produção de uma prova, deixaria de atuar como terceiro funcionalmente neutro para agir como parte, praticamente atos de privilegiamento'".[16]

[15] Borges, Fernanda Gomes e Souza. A prova no processo civil democrático. Curitiba: Juruá, 2013, p. 72 e 73.
[16] Mundim, Luís Gustavo Reis. Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 96.

5. VALORAÇÃO E VALORIZAÇÃO DA PROVA E (ALEGAÇÕES FINAIS) À CONSTRUÇÃO DO ATO DECISÓRIO

As partes (sujeitos parciais) participam e influenciam o ato decisório, e, um dos momentos marcantes para delimitação da cognição do magistrado é justamente a (valoração e valorização) da prova.

Carlos Henrique Soares afirma que o "juiz de, no momento, de decidir empreender duas atividades sobre as provas, quais sejam: a ***valoração*** e ***valorização da prova***. Valoração da prova significa perceber/indicar a existência do elemento de prova nos autos do procedimento. Valorização da prova significa atribuir valor **à** prova produzida. Assim, deve o juiz, ao decidir, indicar todos os elementos de prova e atribuir valor a tais provas, justificando-as, com bases racionais e legais, os motivos que o levaram a deferir ou indeferir o direito das partes".[17]

O Estado-juiz tem o dever de valorar e valorizar os meios probatórios, e nessas atividades, as partes podem influenciar a ponto de demarcar fatos relevantes à valoração e valorização das provas.

Em relação à valoração e valorização da prova, Rosemiro Pereira Leal leciona:

> "A *valoração* da prova é, num primeiro ato, perceber a existência do *elemento* de prova nos autos do procedimento. Num segundo ato, pela *valorização*, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequivocidade material e formal. Assim, a sensorialização ou percepção dos elementos de prova não é suficiente para o observador decidir. É necessário que o observador se encaminhe para a *valorização* da prova, comparando os diversos elementos de prova da estrutura procedimental, numa escala gradativa de relevância, fixando sua convicção nos pontos do texto probatício que a lei indicar como preferenciais a quaisquer outros argumentos ou articulações produzidas pelas partes".[18]

[17] Soares, Carlos Henrique. Lições de direito processual civil. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 548-549.

[18] Leal, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 15. ed. Belo Horizonte:

E arremata, com senso crítico:

> "Não basta valorar os elementos de prova, dizer que eles existem na estrutura procedimental, é imperioso que sejam valorizados (comparados em grau de importância jurídica) pelos pontos legalmente preferenciais. A valoração é ato de apreensão intelectiva do elemento de prova e a valorização é ato de entendimento legal dos conteúdos dos elementos de prova. O que mais se lamenta, na prática, é o julgador escusar-se de valorar a prova, isto é, sequer dizer que viu a prova nos autos, motivando interposição de embargos de declaração que, muitas vezes, também não são lidos pelo julgador ou são interpretados como procrastinatórios, mesmo se sabendo que cientificamente a parte precisa pré-questionar aspectos dúbios do procedimento para lhe ensejar a devolutividade recursal das questões ao conhecimento dos níveis superiores de jurisdição, embora o CPC/2015 não cogite de tais aspectos. Em linhas gerais, o NCPC/2015 teratologicamente aboliu a preclusão." [19]

As partes devem participar, e o magistrado permitir que influenciem na edificação de sua decisão. Por exemplo, as alegações finais têm um papel decisivo demarcador da valoração e valorização, haja vista que as partes lançam pontos cruciais, como se fossem *flashes*, dos momentos em que a prova produzida elucidou (*rectius*: fixou) fato x, y ou z. Nesta altura procedimental, podem influenciar e convencer o julgador de que realmente a prova cumpriu a sua finalidade, qual seja, delimitar e fixar os fatos.[20]

Fórum, 2021, p. 202.

[19] Leal, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 15. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 202.

[20] Com base em Francesco Carnelutti, Rosemiro Pereira Leal afirma que a "*prova*, como *instituto jurídico*, para cumprir sua finalidade de 'fixação dos fatos no processo', enuncia-se pelos conteúdos lógicos de aproximação dos seguintes princípios: a) *indiciariedade* (caracterizada pelos *elementos* integrativos da realidade objetivada no espaço); b) *ideação* (exercício intelectivo da apreensão dos elementos pelos *meios* do pensar no tempo); c) *formalização* (significa a *instrumentação* da realidade pensada pela *forma* legal)" (Leal, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 15. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 197).

6. DILEMA DECISÓRIO – SUJEITO IMPARCIAL X PROVA DE OFÍCIO

O sujeito (imparcial e impartial – o julgador) ao decidir com base em prova produzida de ofício, com certeza, deixou de lado a sua condição de sujeito imparcial (enviesado), comprometido com apenas uma versão dos fatos (de uma das partes), já que determinou a produção *ex officio* da prova em favor de um dos sujeitos parciais em detrimento do outro. Típica ruptura do devido processo legal.

Mateus Costa Pereira faz importante crítica à obra (tese) de Michele Taruffo com auxílio de contrapontos em Susan Haack, Juan Montero Aroca e Lenio Streck, exatamente no sentido de que para a premissa de Taruffo o processo seria o palco racional ao descobrimento da verdade e o juiz exerceria a função (papel) principal na busca pela verdade, o que, a nosso ver, infelizmente, contribui (a tese de Taruffo) para o fortalecimento dos poderes-instrutórios do juiz e a possibilidade dele produzir prova de ofício = quebra da imparcialidade.[21]

Na medida em que decide produzir prova para uma das partes cria-se verdadeiro "dilema", pois a imparcialidade condicionante da jurisdição sai literalmente "pela janela", dando lugar a uma decisão de conveniência que abrange e contempla apenas uma das versões fáticas fixadas pela prova, exatamente aquela oficiosamente ordenada pelo Estado-juiz, em total desequilíbrio entre os sujeitos parciais.

O Estado-juiz, ao produzir prova de ofício, parte do pressuposto de que uma das partes estaria mais fragilizada do que a outro, ou seja, problema relativo à (des)igualdade processual, o que, por certo, não justificaria a ampliação de seus poderes-instrutórios.

[21] Pereira, Mateus Costa. Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Coordenação da coleção por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, v. 1, p. 237 a 255.

Segundo Eduardo José da Fonseca Costa:

> "A *pretensão fundamental ao processo* habita a zona das *liberdades civil e políticas* [direitos fundamentais de *primeira* dimensão], não dos direitos sociais, econômicos e culturais [direitos fundamentais de segunda geração]. Sua função axial é resguardar *liberdade* às partes, não promover igualdade entre elas. Segundo FERMÍN CANTEROS, a desigualdade socioeconômica, a qual pode tornar uma parte mais forte que a outra, <<*por más que duela em la alma, no puede ser purgada por el processo*>> (*Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*. Rosario: Juris, 2012, p. 33). No entanto, imersa em desigualdade aviltante, a liberdade se arruína. Não pe livre que é subjugável. Logo, para que o procedimento civil seja método efetivo de livre debate, é primordial que se abandone o niilismo e que as partes possam estar, na medida do possível, em <<paridade substancial de armas>>. Enfim, o ideal é que o autor e o réu tenham iguais recursos de tempo, dinheiro e habilidade (cf. p. ex., HAACK, Susan. Justice, truth and proof: not so simple at all. RBDPro 99, p. 15-41....)".[22]

Os sujeito imparcial e impartial (juiz) não deve produzir prova de ofício, já que esse modo de agir, solipsista, acaba por quebrar as bases inerentes ao "direito à prova" (pertencente às partes) oriundas do texto constitucional, assim, por conseguinte, a oficiosidade do ato decisório agride o Estado Democrático de Direito, com inconteste rompimento do devido processo legal e corrosão das bases democráticas do processo.

7. CONCLUSÃO

O presente estudo, antes de se rotular apenas como "crítica por crítica", possui função de alertar para a imprescindível necessidade de se compreender as posições e funções dos sujeitos parciais e do juiz (sujeito imparcial e impartial) no processo (cada qual no seu quadrado), quando do efetivo exercício do contraditório, sobretudo em sua dimensão material.

Nesse contexto, sobressai o "direito à produção de prova", constitucionalmente garantido e dirigido à partes, com a compreensão de

[22] Costa, Eduardo José Fonseca da Costa. Processo e garantia. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 109-110.

que cabe ao Estado-juiz o dever de garantir e zelar pela ampla produção da prova, sem surpresas e com previsibilidade.

A parte *não possui dever de produzir prova*, mas ônus com consequências negativas (prejuízos) advindas de sua inércia voluntária no que tange à produção de determinada prova em relação à delimitação e fixação de determinado fato x, y ou z.

Além disso, procurou-se estabelecer a importância da valoração e valorização dos meios e espécies probatórios, em especial a participação e influência das partes nessas atividades para a construção do ato decisório.

Por fim, pode-se depreende que a *imparcialidade* não convive com a oficialidade estatal, em especial para produzir provas que não tenham sido produzidas pelos sujeitos parciais.

8.REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Borges, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013.

Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, volume 2.

Costa, Eduardo José Fonseca da Costa. **Processo e garantia**. Londrina, PR: Thoth, 2021.

Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito.** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

Fazzalari, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

Gouveia Filho, Roberto P. Campos. **Preclusão consumativa e a questão de sua previsão normativa ou o porquê de o art. 200, CPC, não poder ser invocado para sustentá-la.** https://juridicamente.info/preclusao-consumativa-e-a-questao-de-sua-previsao-normativa-ou-o-porque-de-o-art-220-cpc-nao-poder-ser-invocado-para-sustenta-la/ Acesso em 30 de abril de 2024.

Leal, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 15. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

Mundim, Luís Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

Mundim, Luís Gustavo Reis. **Prova ex officio e preclusão**: a volta dos que não foram. https://www.contraditor.com/prova-ex-officio-e-preclusao-a-volta-dos-que-nao-foram/. Acesso em 30 de abril de 2024.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – volume único. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

Paolinelli, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Pereira, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Coordenação da coleção por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, v. 1.

Silva, Bruno Campos; Thamay, Rennan. **Preclusão consumativa, aplica-se ao juiz?** https://juridicamente.info/preclusao-consumativa-aplica-se-tambem-ao-juiz/ Acesso em 30 de abril de 2024.

Soares, Carlos Henrique. **Lições de direito processual civil**. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

Sousa, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**. Coordenação

da coleção por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2021, v. 2.

Thamay, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

Thamay, Rennan; Silva, Bruno Campos. **Preclusão consumativa, aplica-se ao juiz?** https://juridicamente.info/preclusao-consumativa-aplica-se-tambem-ao-juiz/ Acesso em 30 de abril de 2024.

Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I.

Diogo Erthal Alves da Costa
Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira

CRIPTOATIVOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

CRIPTOATIVOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS[1]

Diogo Erthal Alves da Costa

Mestre em Raciocínio Probatório pela Universidade de Girona. Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa. Investigador avançado certificado pela TRM Labs e Chainalysis. Membro do Grupo de Trabalho sobre criptoativos criado pelo U.S. Department of Justice. Professor convidado do IERBB/MPRJ e da EMERJ/TJRJ. Promotor de Justiça no MPRJ.

Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira

Especialista em Direito Processual Penal pelo Instituto Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Investigador avançado certificado pela TRM Labs e Chainalysis. Membro do Grupo de Trabalho sobre criptoativos criado pelo U.S. Department of Justice. Professor convidado do IERBB/MPRJ e da EMERJ/TJRJ. Promotor de Justiça no MPRJ.

RESUMO

O presente artigo foi elaborado com base em palestra, na qual foram destacados a origem e relevância atual dos criptoativos; conceitos indispensáveis para compreensão do tema; atos normativos já existentes no ordenamento brasileiro e aspectos práticos mais relevantes na prestação jurisdicional envolvendo ativos virtuais.

Palavras-chave: Blockchain. Criptoativos. Prestadores de serviços de ativos virtuais.

[1] Este artigo é fruto de palestra ministrada no Congresso Nacional de Direito Penal e Processual Penal, promovido pela Escola Judicial de Pernambuco – ESMAPE. Diante da rica oportunidade de debates sobre temas atuais e relevantes, da primorosa organização e da acolhida impecável, agradecemos aos queridos amigos do TJPE, Exmos. Desembargadores Ricardo Paes Barreto, Daisy Maria de Andrade Costa Pereira, Jorge Américo Pereira de Lira e Mauro Alencar de Barros, e Exmos. Juízes Drs. Edmílson Cruz Júnior, Mirna dos Anjos Tenório de Melo Gusmão e Luiz Carlos Figueiredo.

1. INTRODUÇÃO

Desde 2008, quando o documento fundante da pioneira rede Bitcoin foi publicado[2], o valor do mercado de criptoativos experimentou imensa expansão, superando a marca de 3 trilhões de dólares[3]. O emprego dos ativos virtuais está disseminado por todo o globo, tendo alcançado mais de 150 diferentes nações[4]. O Brasil tem papel de destaque, figurando entre os 10 países com maior índice geral de adoção de criptoativos, sendo o líder na América Latina[5].

Os desafios são grandiosos. O Fundo Monetário Internacional (FMI) alertou que os ativos virtuais podem chegar a substituir moedas correntes oficiais, assim como causar graves impactos nas políticas monetária e fiscal das nações[6]. Por conta de algumas de suas características, em especial a inexistência de barreiras geográficas para seu emprego, a descentralização da rede, o pseudoanonimato, a velocidade das transações e sua irreversibilidade, os baixos custos e a incipiente regulamentação, os criptoativos atraíram agentes criminosos[7]. Em 2024, o equivalente a mais de 50 bilhões de dólares foram transacionados por meio de endereços na rede vinculados a atividades ilegais[8]. O Grupo de Ação Financeira (GAFI/FATF) apontou a necessidade de contínuo monitoramento e engajamento dos atores para enfrentar e mitigar os riscos associados a este mercado, em especial no que concerne às providências contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, sendo o mau uso de tais ativos um instrumento para graves violações dos direitos humanos[9].

---

[2] O chamado Bitcoin Whitepaper (Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System) pode ser acessado em https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.
[3] Conforme https://www.reuters.com/technology/crypto-market-capitalisation-hits-record-32-trillion-coingecko-says-2024-11-14/.
[4] The 2024 Global Crypto Adoption Index, Chainalysis.
[5] The 2024 Global Crypto Adoption Index, Chainalysis.
[6] Conforme https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2023/07/18/crypto-needs-comprehensive-policies-to-protect-economies-and-investors.
[7] Evandro Weisheimer et al., Criptolavagem e compliance: tipologias de lavagem de dinheiro por meio de criptoativos e sua prevenção. São Paulo: Rideel, 2022, pp. 54-57.
[8] The 2025 Crypto Crime Report, Chainalysis.
[9] Conforme <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Guidance-rba-virtual-assets-

Entretanto, apenas uma pequena fração, inferior a 1% (um por cento) deste universo de trilhões de dólares, está relacionada à atividade delitiva[10]. Cada vez mais os criptoativos estão inseridos na economia, compondo patrimônio lícito e fazendo parte da rotina dos cidadãos e Estados. Todos os meses a Receita Federal do Brasil recebe declarações de milhões de contribuintes sobre suas operações com criptoativos[11]. O Banco Central do Brasil, por sua vez, está desenvolvendo criptoativo próprio, o Drex[12], assim como trabalhando na regulação das áreas de tokenização[13] e de prestadoras de serviço de ativos virtuais[14].

Tal cenário demonstra a relevância alcançada pelos criptoativos, que tem claros reflexos no sistema de justiça, aportando aos tribunais questões relacionadas ao seu emprego em atividades criminosas, assim como conflitos cada vez mais comuns em que são objeto de disputa judicial entre as partes.

Diante da urgência em qualificar todos os operadores de Direito, na esteira do fundamental Congresso Nacional de Direito Penal e Processual Penal promovido pela Escola Judicial de Pernambuco, no qual tivemos a oportunidade de ministrar palestra sobre o tema, apresentamos o estudo que segue, com exposição de conceitos essenciais, regulamentação vigente no Brasil e alguns aspectos práticos da atuação jurisdicional envolvendo criptoativos.

2021.html>.

[10] The 2025 Crypto Crime Report, Chainalysis.

[11] Conforme https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/criptoativos/arquivos/criptoativos_dados_abertos_20250115.pdf.

[12] Conforme https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/drex.

[13] Conforme https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/690/noticia.

[14] Conforme https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/20433/nota.

2. CONCEITOS ESSENCIAIS

Antes de adentrar a regulamentação e os aspectos práticos relacionados aos criptoativos, é indispensável trazer à lume algumas informações básicas sobre a tecnologia relacionada às redes blockchain. Não se pretende descer a minúcias técnicas ou cuidar de nuances, mas apenas dotar o leitor do ferramental indispensável para compreender o funcionamento do sistema.

O primeiro conceito essencial neste universo refere-se à blockchain, que pode ser compreendida como uma rede descentralizada, utilizada para registro sequencial (em cadeia) e imutável de transações de ativos virtuais, as quais permanecem totalmente públicas e acessíveis para consulta por qualquer interessado. Cada transação envolvendo criptoativo recebe um registro próprio na respectiva blockchain, com indicação de data e horário, valor, origem e destino do ativo, gerando um código hash igualmente exclusivo, o que garante a fiabilidade das informações.

A blockchain se assemelha a um grande livro razão público que armazena, em ordem cronológica, todo o histórico de transações de determinado ativo virtual, desde sua origem. Os dados são armazenados em blocos sequencialmente conectados entre si, cuja inalterabilidade é garantida por criptografia.

O próximo conceito relevante é o de ativos virtuais, que foi definido em lei, conforme artigo 3º da Lei n.º 14.478/2022, in verbis:

"(...) considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento".

Além do conceito positivo acima apresentado, o legislador também especificou ativos específicos que, para os fins desta legislação, não são reconhecidos como ativos virtuais, em especial:

"I - moeda nacional e moedas estrangeiras; II - moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013; III -

instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; e IV - representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros" (art. 3º, incisos I a IV, da Lei n.º 14.478/2022).

Partindo desta definição legal de ativos virtuais, temos que o conceito não se restringe às criptomoedas, e muito menos à primeira e mais conhecida moeda virtual, o Bitcoin, mas alcança uma infinita gama de ativos com características e finalidades distintas, não havendo uma classificação padronizada na doutrina especializada sobre o tema.

Seguindo a classificação que usualmente adotamos, temos neste universo de ativos virtuais a categoria específica das criptomoedas, caracterizadas por serem uma moeda digital e descentralizada, cuja emissão, registro e transação são protegidos por criptografia e ocorrem por meio de redes de tecnologia de registro distribuído (DLT), como a blockchain. Como moeda digital, as criptomoedas podem ser utilizadas como meio de troca, reserva de valor ou unidade de conta, sem a necessidade de uma autoridade central para sua validação.

Dentro da categoria de criptomoedas, a primeira delas e a mais conhecida é o Bitcoin (BTC), criado em 2008, que teve sua primeira transação registrada na respectiva blockchain em 2009. Para além do referido ativo, há enorme gama de outras criptomoedas, doutrinariamente denominadas Alternative Coins, ou simplesmente Altcoins, conceito que engloba todas as criptomoedas diversas do Bitcoin (ex.: ETH, TRX etc). Outra classe de criptomoedas muito comentada atualmente é a formada pelas Stablecoins, que se caracterizam por terem sua cotação vinculada diretamente a um ativo do mundo real, como o Dólar ou o Euro, por exemplo, e foram criadas para resolver o problema da grande volatidade dos ativos virtuais (ex.: USDT, USDC etc).

Há, ainda, o conceito de token, uma representação digital de um bem ou direito, que pode ter valor econômico, utilidade ou função específica dentro de uma rede blockchain. Os tokens podem representar desde criptomoedas até ativos do mundo real, como ações, imóveis e contratos. Note, portanto, que os conceitos de ativos virtuais e tokens, apesar de correlacionados, não são sinônimos, podendo determinado token representar tanto ativos virtuais, quanto outros bens e direitos que não se enquadram no conceito legal de ativo virtual, como um valor mobiliário tokenizado, por exemplo, a teor do artigo 3º, inciso IV, da Lei n.º 14.478/2022.

Os tokens usualmente são classificados sob dois critérios principais, o primeiro deles quanto à sua finalidade e o segundo quanto à sua fungibilidade.

Quanto à finalidade, a doutrina especializada classifica os tokens em: (i) tokens de pagamento, que são utilizados como uma moeda digital, precipuamente servindo como um meio de troca (ex.: Bitcoin, Ether etc); (ii) tokens de utilidade (utility tokens), que garantem acesso a produtos e serviços dentro de um ecossistema virtual; (iii) tokens de segurança (security tokens), que representam direitos sobre ativos financeiros ou valores mobiliários; e (iv) tokens de governança (governance tokens), que garantem direito de decisão em protocolos e projetos (ex.: UNI no ecossistema Uniswap).

Já sob o aspecto da fungibilidade, os tokens são classificados em: (i) tokens fungíveis (fungible tokens), que são aqueles que podem ser trocados entre si sem perda de valor, pois cada unidade é exatamente idêntica à outra da mesma classe, sendo o padrão técnico mais aceito para esta modalidade o ERC-20, utilizado na rede Ethereum (ex.: ETH, USDT, USDC etc); (ii) tokens infungíveis (non-fungible tokens), conhecidos como NFTs, que são criptoativos únicos e indivisíveis, representando um ativo digital ou físico específico, garantindo sua autenticidade, propriedade e escassez por meio da tecnologia blockchain. Diferente dos tokens fungíveis, os NFTs não podem ser trocados por equivalentes de igual valor, pois cada um possui

características exclusivas. Seguem padrões como o ERC-721 (rede Ethereum) e são amplamente utilizados em arte digital, colecionáveis, jogos e representações de ativos do mundo real (Real World Assets-RWA); e (iii) tokens semifungíveis (semi-fungible tokens), que são ativos digitais que podem mudar de estado ao longo do tempo, se comportando inicialmente como um token fungível, intercambiável com outros tokens idênticos, mas após determinado evento ou condição perde sua fungibilidade e passa a ser um token único, tornando-se infungível (ex.: ingressos de eventos tokenizados, que se mostram fungíveis antes do evento representado, mas se tornam um item colecionável único após referido evento; itens de jogos em blockchain etc). O padrão técnico mais conhecido para este tipo de token é o ERC-1155.

Igualmente relevante é a compreensão dos conceitos de chaves públicas e privadas, diretamente relacionados com a forma como ocorrem as transações de ativos virtuais e seu registro em uma blockchain, tendo reflexo na implementação de ordens judiciais de indisponibilidade e apreensão.

Chave pública é uma sequência alfanumérica derivada da chave privada, por meio da qual são gerados os endereços onde será registrada a titularidade de um criptoativo. Fazendo uma analogia, o endereço público seria como o número da conta bancária de alguém, que é informado a terceiros para realização de depósitos.

Chave privada, por sua vez, é uma sequência alfanumérica que efetivamente garante a propriedade de um ativo virtual, sem a qual não se realiza sua transferência para terceiros. Analogicamente, seria como a senha de uma conta bancária, que permite que o seu detentor transfira recursos para terceiros, assinando uma transação. Sem as chaves privadas não é possível realizar transferências de criptoativos, o que deu azo à expressão popular "not your keys, not your coins", indicando que apenas terá controle sobre um ativo virtual quem detiver a respectiva chave privada.

Importante, também, compreender o conceito de wallet, cuja tradução literal induz o leitor a erro[15]. Não se trata de um dispositivo de guarda e armazenamento efetivo de ativos virtuais, os quais permanecem registrados em blockchain, mas uma ferramenta utilizada para armazenar as chaves privadas do usuário, bem como para permitir sua interação com as redes blockchains, realizando atividades como a indicação dos saldos de ativos virtuais ostentados e a assinatura de transações que permitem transferir estes ativos para terceiros.

Em linhas gerais, temos duas espécies de wallets, a primeira delas denominada cold wallet, que são ferramentas não conectadas à internet (paper wallets, que são manuscritos ou impressões contendo as respectivas chaves, por exemplo), e a segunda delas denominada hot wallet, que são ferramentas conectadas à internet, servindo ambas, em síntese, aos mesmos propósitos, diferindo essencialmente em sua forma de funcionamento e na segurança oferecida ao usuário.

Uma wallet se assemelha muito mais a um chaveiro do que a uma carteira propriamente dita, podendo a má compreensão deste conceito conduzir a erros procedimentais irreversíveis, como a apreensão física de uma hard wallet sem a correlata transferência dos ativos ali representados para a carteira do Estado, no cumprimento de uma ordem de busca e apreensão de criptoativos, viabilizando que terceiros possam consumar esta transferência para outros endereços desconhecidos, bastando dispor de cópia das mesmas chaves inseridas na wallet fisicamente apreendida, tornando inútil este dispositivo para o cumprimento da referida ordem judicial.

Ainda relacionado às wallets, as seed phrases, ou frases sementes, são usualmente compostas por uma sequência de 12 ou 24 palavras-chave de segurança (podendo ostentar outros formatos), normalmente escritas em inglês e em letras minúsculas (mas que podem estar em outros idiomas), geradas quando da criação de uma

[15] Wallet é uma palavra em inglês que se traduz como carteira para o português, ou seja, um dispositivo voltado ao armazenamento de valores.

carteira. As seeds phrases permitem a reconstrução de carteiras e a recuperação das respectivas chaves privadas, o que torna a compreensão deste conceito essencial em procedimentos de busca e apreensão de ativos virtuais.

Prosseguindo, os prestadores de serviços de ativos virtuais são um gênero, do qual figuram como espécies as populares Exchanges, o qual também está previsto na Lei n.º 14.478/2022, em seu artigo 5º, in verbis:

"Art. 5º Considera-se prestadora de serviços de ativos virtuais a pessoa jurídica que executa, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais, entendidos como:

I - troca entre ativos virtuais e moeda nacional ou moeda estrangeira;

II - troca entre um ou mais ativos virtuais;

III - transferência de ativos virtuais;

IV - custódia ou administração de ativos virtuais ou de instrumentos que possibilitem controle sobre ativos virtuais; ou

V - participação em serviços financeiros e prestação de serviços relacionados à oferta por um emissor ou venda de ativos virtuais".

A adequada compreensão do papel desempenhado por estes prestadores de serviços no mercado de ativos virtuais é de suma relevância para a atuação jurisdicional nesta seara, impactando no rastreamento de criptoativos, tema a ser abordado em uma outra oportunidade diante de sua profundidade e especificidade, bem como na forma de cumprimento de ordens judiciais de indisponibilidade e apreensão, o que será discutido mais adiante neste artigo.

Por fim, temos a figura popularmente conhecida como smart contract (contrato inteligente), ainda pendente de densidade regulatória, e que pode ser compreendido como programações computacionais que executam automaticamente termos e condições

preestabelecidos, sendo registrados e implementados em uma blockchain, o que garante transparência, segurança e imutabilidade aos referidos termos e condições.

Os contratos inteligentes eliminam a necessidade de intermediários, pois sua execução é automatizada e ocorre quando as condições previamente acordadas são atendidas, tratando-se de instrumento que tende a potencializar a usabilidade do ecossistema dos ativos virtuais, com aplicação prática na vida diária das pessoas.

Apenas para ilustrar a utilidade de um smart contract, imaginemos um empreendimento imobiliário novo sendo lançado por uma renomada rede internacional de hotéis, que para captar recursos para a construção decide abrir a oportunidade para investidores de qualquer lugar do mundo participar do negócio, recebendo em contrapartida o direito de propriedade sobre este empreendimento, na proporção de seu investimento. Visando facilitar a participação neste negócio a interessados que fisicamente estão baseados ao redor do mundo, o desenvolvedor do projeto decide representar cada cota parte deste investimento em tokens digitais (procedimento conhecido como tokenização), os quais serão negociados em uma blockchain, podendo o investidor adquirir cada token por uma determinada quantia predeterminada de ETH, por exemplo, a moeda nativa da rede Ethereum. Assim, será criado um smart contract que automaticamente permitirá que o investidor envie a quantidade definida de ETH e receba em contrapartida o token que representa sua cota parte no empreendimento, dispensando a necessidade de corretores ou outros intermediários, sendo a transação garantida pela segurança da blockchain. Em um segundo momento, este investidor inicial poderá transferir seu token de investimento a qualquer outro interessado no planeta, caso decida não prosseguir no empreendimento, sem a necessidade de confiança entre as partes ou da participação de intermediários, utilizando-se do mesmo sistema de smart contract, sendo evidentes os benefícios desta forma de se negociar, em especial o aumento da liquidez dos investimentos diante da possibilidade de

pessoas que não se conhecem transacionarem com segurança entre si, além da redução de custos de intermediação.

Ainda que o universo dos ativos virtuais apresente inúmeros outros conceitos relevantes à sua plena compreensão, os acima apresentados já atendem ao propósito principal deste artigo, que visa tão somente introduzir o operador do Direito nesta temática, abrindo as portas para posterior aprofundamento na medida das necessidades individuais de cada profissional.

3. REGULAMENTAÇÃO VIGENTE

A atualidade do tema tratado neste artigo, assim como sua ampla difusão nos principais veículos de comunicação, tende a obscurecer a compreensão do quão incipiente ainda se mostra a regulação dos ativos virtuais pelos poderes competentes, não apenas no Brasil, mas em outras nações.

Neste cenário, identificamos as mais variadas abordagens regulatórias ao redor do mundo, desde países que proíbem a realização de transações com ativos virtuais, até os que adotam algumas espécies de criptoativos como moedas oficiais. A maioria, entretanto, tenta encontrar soluções longe destes extremos.

O primeiro ato normativo nacional acerca do tema pode ser considerado a Instrução Normativa n.º 1.888, publicada pela Receita Federal do Brasil no ano de 2019, que "disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB)".

Além de trazer alguns conceitos deste ecossistema, algo essencial e absolutamente inovador ao tempo de sua publicação, a IN n.º 1.888/2019 estabelece obrigações de índole tributária, em especial o dever das Exchanges nacionais de reportar à Receita Federal todas as transações com ativos virtuais realizadas por seus clientes, bem como o dever do contribuinte, pessoa física ou jurídica, de pessoalmente

reportar suas transações realizadas através de Exchanges estrangeiras ou sem a intermediação de Exchanges, quando os respectivos valores mensais ultrapassarem o limite de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) (artigos 5º e 6º da IN n.º 1.888/2019).

Posteriormente, foi publicada a Lei n.º 14.478, de 21 de dezembro de 2022 e com vacatio legis de 180 dias, conhecida como a Lei dos Criptoativos, que estabelece as diretrizes gerais a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais, assim como na regulamentação das atividades destas prestadoras no mercado brasileiro.

Em síntese, podemos destacar os principais pontos desta legislação nacional:

i. Art. 2º- exige prévia autorização do órgão ou entidade federal competente para que prestadores de serviços de ativos virtuais possam funcionar no Brasil;
ii. Arts. 3º e 5º- trazem, respectivamente, os conceitos legais de ativos virtuais e de prestadores de serviços de ativos virtuais;
iii. Art. 4°- apresenta as principais diretrizes que nortearão as regulamentações futuras deste mercado, destacando-se a adoção de medidas para prevenção à prática de ilícitos penais em alinhamento com os padrões internacionais;
iv. Art. 6º- atribui a Ato do Poder Executivo a indicação do órgão ou entidade federal que irá disciplinar o funcionamento e supervisionará as prestadoras de serviços de ativos virtuais;
v. Art. 7º- define as atribuições gerais do órgão ou entidade referidos no artigo anterior;
vi. Art. 10- cria a figura típica do art. 171-A do Código Penal, que versa sobre fraudes com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros;
vii. Art. 11- equipara prestadores de serviços de ativos

virtuais à instituição financeira, para os fins da Lei n.º 7.492/1986;

viii. Art. 12- promove alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/1998), prevendo causa de aumento de pena nos crimes nela tipificados, bem como incluindo as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol dos agentes obrigados à determinados padrões que visam prevenir a ocorrência de atos de lavagem de dinheiro.

Após a edição da Lei n.º 14.478/2022, foi publicado o Decreto n.º 11.563/2023, que atribuiu ao Banco Central do Brasil as funções de agente regulador e fiscalizador das atividades envolvendo ativos virtuais, integrando as disposições da referida Lei Federal, em especial seu artigo 6º.

Por fim, importante mencionar o Parecer de Orientação n.º 40/2022, editado pela Comissão de Valores Mobiliários-CVM, que trouxe conceitos e entendimentos sobre as normas aplicáveis aos criptoativos que forem enquadrados como valores mobiliários.

Registre-se que, na data da redação deste artigo, o Banco Central do Brasil segue exaustivamente trabalhando na regulamentação de diversos aspectos relacionados ao mercado de ativos virtuais, submetendo questões variadas a consultas públicas, denotando que em breve este cenário normativo deverá passar por substanciais modificações.

4. ASPECTOS PRÁTICOS DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL ENVOLVENDO CRIPTOATIVOS

O Bitcoin foi inspirado pelas ideias dos cypherpunks contra o sistema financeiro tradicional, para substituir as moedas emitidas pelos governos. Foi desenvolvido para ser um ativo virtual vinculado a uma rede descentralizada, transferível diretamente entre os interessados

(peer-to-peer), sem qualquer intermediação de entes centralizadores, como instituições bancárias[16]. Cada usuário pode criar por conta própria endereços para receber e enviar os ativos, sem a intervenção de ente centralizador. Tais endereços são completamente desvinculados da identidade do usuário, o que confere o chamado pseudoanonimato às transações realizadas na blockchain.

Entretanto, diante da inexistência do ente centralizador, a confiança no sistema depende de sua transparência e de funções matemáticas. Ao efetuar uma transação, esta é transmitida para toda a rede. Depois de verificada sua validade, a transação é confirmada e registrada de modo inalterável, graças ao emprego da criptografia. Assim, apesar de não ser possível vincular um determinado endereço a um usuário apenas com os dados existentes na blockchain, todas as transações são públicas.

Tal circunstância faz com que informações como os endereços envolvidos, quantidades e natureza dos ativos transferidos e data e hora das transações estejam disponíveis em fonte aberta, podendo ser consultadas por qualquer pessoa com acesso à internet[17]. Assim, a obtenção de tais dados e sua utilização como prova em processos não demanda autorização judicial prévia, posto que voluntariamente disponibilizadas pelos usuários ao público quando optaram por transacionar em redes desta natureza.

Quanto à cadeia de custódia da evidência digital, é certo que entre os dados disponibilizados para ampla consulta na internet, está o código hash de cada uma das transações, garantia de sua imutabilidade. Para verificar a fiabilidade das provas relacionadas à

[16] Evandro Weisheimer et al., Criptolavagem e compliance: tipologias de lavagem de dinheiro por meio de criptoativos e sua prevenção. São Paulo: Rideel, 2022, pp. 36-

[17] Basta simples pesquisa em buscadores para encontrar inúmeros exploradores de redes, como, por exemplo, https://www.blockchain.com/pt/explorer e https://blockchair.com/pt/explorers.

movimentação de criptoativos, basta que as partes interessadas e o julgador consultem a transferência nos inúmeros exploradores de cada rede.

Apesar da ideia que inspirou sua criação, a evolução deste ecossistema não ficou imune à centralização. Atualmente, grande parte das transações de criptoativos é feita por meio de intermediários, como os prestadores de serviços de ativos virtuais. Nessa hipótese, é possível que o usuário não crie endereço na rede, mas, baseado em relação contratual com o prestador de serviços, negocie criptoativos sob sua intermediação. Nesse caso, é o prestador de serviços quem detém o controle sobre os endereços e, por consequência, sobre os ativos a eles vinculados. O usuário ostenta mero saldo contábil referente a estes ativos junto ao prestador.

Não é possível consultar na rede as transações do usuário por intermédio da prestadora, pois, desde que garantido o saldo contábil de seu cliente, a prestadora de serviços pode utilizar os ativos que estão sob seu controle para movimentações desvinculadas das ordens de seu cliente. Por exemplo, quando o usuário solicita a compra de um ativo, não há necessariamente a transferência de um endereço para outro na rede. A prestadora de serviço pode deduzir o ativo do saldo de um cliente que queira vender e acrescentar ao saldo de outro que ordenou a compra, sem qualquer transação na rede.

Os dados contábeis, referentes às transações feitas pelo cliente junto à prestadora de serviços de ativos virtuais que não estejam na rede, gozam de proteção (artigo 4º, inciso III, da Lei nº 14.478/2022). Apesar de tais prestadores não constarem do rol do artigo 1º, §1º, da Lei Complementar nº 105/2001, em razão da natureza dos ativos e da equiparação destas entidades às instituições financeiras (Lei nº 14.478/2022, artigo 11), a obtenção de tais dados demanda ordem judicial, nos moldes da exigida para afastamento do sigilo de dados bancários.

As prestadoras de serviços de ativos virtuais podem deter outros dados protegidos legalmente. É o caso dos registros de conexão às suas plataformas. O acesso a tais dados também demanda prévia autorização judicial, nos termos do disposto no artigo 10 da Lei nº 12.965/14.

Ressalte-se, entretanto, os meros dados cadastrais dos clientes, que podem ser obtidos pelo Ministério Público ou autoridade policial com base no poder de requisição, tipificado em diversos diplomas legais, como, por exemplo, artigo 26, inciso II, da Lei nº 8.625/93; artigo 17-B da Lei nº 9.613/98; artigo 2º, §2º, da Lei nº 12.830/13; artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 12.850/13; e artigo 10, §3º, da Lei 12.965/14.

Outro aspecto prático relevante diz respeito às formas de apreensão de criptoativos. A Resolução nº 288/2024, do Conselho Nacional do Ministério Público, de modo bastante didático, expõe as providências que devem ser adotadas pelos membros do Parquet, servindo de guia para a implementação de tais medidas.

A apreensão demanda ordem judicial prévia e pode incidir tanto sobre ativos custodiados em prestadoras de serviços, quanto sobre os vinculados a endereços cujas chaves privadas estejam sob o controle do alvo da medida.

Na primeira hipótese, a ordem deve ser enviada para a prestadora de serviços, que será a responsável por tornar indisponíveis os ativos objeto da medida constantes do saldo contábil do cliente, impedindo qualquer movimentação. Atualmente, os ofícios são enviados por email ou portais disponibilizados pelas prestadoras. Com lastro em acordo de cooperação técnica firmado entre o Conselho Nacional de Justiça e a ABcripto – Associação Brasileira de Cripto[18], em breve as ordens serão remetidas às prestadoras por meio de sistema próprio disponibilizado ao magistrado, semelhante ao que ocorre com as ordens destinadas às instituições bancárias.

[18] Acordo de cooperação técnica nº 133/2024, conforme https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/09/sei-1938669-acordo-de-cooperacao-tecnica-n-133-2024.pdf.

Caso os ativos estejam vinculados a endereço cuja chave privada esteja sob o controle do alvo da medida, será necessário descobrir tal chave ou as palavras-semente (seed phrases) necessárias para recriação da carteira, de modo a permitir a ágil transferência dos ativos para endereço controlado pelo Estado. Nas redes como o Bitcoin, não há ente centralizador apto a implementar uma medida constritiva. Recorde-se que os ativos não possuem existência física e a indisponibilidade somente pode ser garantida com sua efetiva transferência para endereço vinculado ao Estado. Para que a transferência seja possível, é necessário que, antes da diligência, seja providenciada a criação de endereços destinados a receber cada um dos ativos eventualmente apreendidos e que a ordem judicial autorize a imediata transferência, tão logo sejam localizados. Diante das dificuldades técnicas e dos riscos envolvidos, a determinação do CNMP é que tais endereços sejam providenciados junto à uma prestadora de serviços de ativos virtuais, evitando-se a utilização da autocustódia.

Diante da alta volatilidade, que pode culminar em rápida depreciação do valor dos criptoativos, a resolução do CNMP determina que seja pleiteada a rápida conversão dos ativos apreendidos em moeda fiduciária, medida que encontra lastro no disposto no artigo 120, §5º, do Código de Processo Penal; artigo 4º, §1º, da Lei n.º 9.613/98; e artigo 852, inciso I, do Código de Processo Civil.

5. CONCLUSÃO

O exponencial crescimento do mercado de ativos virtuais abarca o Brasil, seguindo a tendência verificada em todo o mundo. Verifica-se adoção cada vez maior de criptoativos, gradativamente inseridos nas atividades cotidianas lícitas, assim como nas criminosas.

O reflexo deste cenário em processos judiciais é claro, tornando indispensável que todos os operadores do Direito tenham adequada compreensão deste ecossistema, para eficiente funcionamento do Sistema de Justiça.

Sem pretensão de esgotar as inúmeras questões jurídicas e técnicas inerentes à matéria tratada, inicialmente apresentamos sua relevância atual expressada no crescente número de conflitos de interesses surgidos na sociedade, abordando, em seguida, conceitos básicos essenciais deste universo e os principais atos normativos que o regulamentam no Brasil, encerrando com a análise de aspectos práticos da atuação jurisdicional envolvendo criptoativos.

Espera-se que as breves linhas deste artigo sejam suficientes para despertar o interesse dos operadores do Direito, abrindo as portas para aprofundamento progressivo neste campo do conhecimento, o que certamente trará incremento na qualidade dos serviços ofertados aos jurisdicionados.

6. REFERÊNCIAS

Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 288, de 2024**. Estabelece procedimentos para a apreensão de criptoativos.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. **Parecer de Orientação nº 40, de 2022.**

_____. **Decreto nº 11.563, de 2023.** Atribui ao Banco Central do Brasil as funções de agente regulador e fiscalizador das atividades envolvendo ativos virtuais.

_____. **Lei Complementar nº 105, de 10 de março de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

_____. **Lei nº 8.625, de 22 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização da Polícia Federal e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e dá outras providências.

_____. **Lei nº 12.830, de 9 de julho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal, o inquérito policial e o auto de prisão em flagrante.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Dispõe sobre o tratamento dos grupos criminosos organizados e dá outras providências.

_____. **Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013**. Dispõe sobre as instituições de pagamento e dá outras providências.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Dispõe sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (Marco Civil da Internet).

_____. **Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre a prestação de serviços de ativos virtuais e dá outras providências.

_____. Receita Federal. **Instrução Normativa nº 1.888, de 2019**. Dispõe sobre a prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos.

CHAINALYSIS. **The 2024 Global Crypto Adoption Index.**

_____. **The 2025 Crypto Crime Report**.

WEISHEIMER, Evandro; et al. **Criptolavagem e compliance**: tipologias de lavagem de dinheiro por meio de criptoativos e sua prevenção. São Paulo: Rideel, 2022.

Geovana Faza da Silveira Fernandes
Fernando Gama de Miranda Netto

SACRIFÍCIO RELIGIOSO DE ANIMAIS E A INTERPRETAÇÃO DA GARANTIA À LIBERDADE RELIGIOSA NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

SACRIFÍCIO RELIGIOSO DE ANIMAIS E A INTERPRETAÇÃO DA GARANTIA À LIBERDADE RELIGIOSA NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

RELIGIOUS SACRIFICE OF ANIMALS AND THE INTERPRETATION OF THE GUARANTEE OF RELIGIOUS FREEDOM IN THE DEMOCRATIC FRAMEWORK

Geovana Faza da Silveira Fernandes[1]

Fernando Gama de Miranda Netto[2]

RESUMO

O presente trabalho analisa a interface da liberdade religiosa com a autodeterminação da consciência, a liberdade de manifestação do pensamento e a manifestação cultural. O estudo é contextualizado a partir da decisão do STF no RE 494.601/2006, que entendeu pela constitucionalidade da lei gaúcha que permitiu o abate sacrificial de animais no exercício da liberdade religiosa. Tem por objetivo analisar a importância da liberdade de religião e seus desdobramentos em um cenário democrático, abordar a essencialidade do rito sacrificial para vertentes religiosas de matriz africana e de sua proteção para a garantia da liberdade religiosa e de culto de seus adeptos. Trata-se de abordagem qualitativa, partindo de revisão bibliográfica, de coleta de informações diretamente com praticantes e sacerdotes de religiões de matriz africana de maior expressão no Brasil para concluir que a liturgia de algumas correntes ligadas a religiões de matriz africana se preocupa em evitar o sofrimento do animal, havendo preparação ritualística para o abate, conforme dogmas religiosos, e que, portanto, tais manifestações religiosas

[1] Doutora em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Doutora em Direito pela UNESA-RJ. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. geovanafaza@gmail.com.

[2] Prof. Associado de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (UFF, campus Niterói). Líder do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (UFF). Membro do Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em Direito (PPGD-UFF); e em Sociologia e Direito (UFF). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Membro da Comissão de Garantismo Processual da OAB/RJ. E-mail: fernandojuris@yahoo.com.br.

devem ser resguardadas em um cenário democrático, sob pena de vulnerar-se seu núcleo essencial.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade religiosa; sacrifício religioso de animais; proteção à fauna.

ABSTRACT

This work analyzes the interface of religious freedom with self-determination of conscience, freedom of thought expression and cultural manifestation. The study is contextualized from the STF decision in RE 494.601/2006, which declared the constitutionality of the Gaucha's law that allowed the sacrificial slaughter of animals in the exercise of religious freedom. It aims to analyze the importance of religions freedom and its consequences in a democratic scenario, address the essentiality of the sacrificial rite for religious aspects of African matrix religions and its protection to ensure religious freedom and worship of its adherents. It is a qualitative approach, starting from a bibliographic review, collecting information directly from practitioners and priests of African-based religions of greater expression in Brazil to conclude that the liturgy of some currents of these religions currents is concerned with avoiding the suffering of the animal, with ritualistic preparation for slaughter, according to religious dogmas, and that, therefore, such religious manifestations must be protected in a democratic scenario, under penalty of violating their essential core.

KEYWORDS: religious freedom; religious animal sacrifice; fauna protection.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Contextualização do debate - 3. Da liberdade religiosa e de culto no paradigma democrático - 4. Dever do Estado em proteger e garantir a liberdade religiosa - 5. Reflexões sobre alguns aspectos das religiões de matriz africana - 6. Direito ao meio ambiente equilibrado e proteção dos animais - 7. Conclusões - 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, em março de 2019, reconheceu a constitucionalidade da Lei do Rio Grande do Sul que permitiu o sacrifício de animais em rituais religiosos de matriz africana. A importância em se abordar essa temática reside no fato de que ela alberga questões constitucionais essenciais à democracia, como liberdade religiosa, liberdade de convicção, proteção à dignidade humana, garantia de manifestação cultural, proteção ao patrimônio cultural, pluralismo, racismo, direito ao meio ambiente equilibrado, proteção à fauna.

O presente artigo pretende discorrer sobre o tema do sacrifício religioso em um ambiente democrático constitucional que deve proteger a liberdade religiosa e, também, o meio ambiente equilibrado e a fauna. Pergunta-se, então: o sacrifício religioso de animais está protegido pelo núcleo do direito à liberdade religiosa?

Para proporcionar uma análise crítica sobre essa questão, o artigo parte do caso julgado pelo STF para, assim, traçar um panorama acerca dos princípios e direitos envolvidos na controvérsia e tratar do dever do Estado em proteger o direito à liberdade religiosa e seus desdobramentos. Em seguida, lança reflexões sobre alguns aspectos de religiões de matriz africana com maior expressão no Brasil, desviando um pouco do campo jurídico com o fim de trazer luzes para a compreensão do papel do abate sacrificial para essas vertentes. Ainda traz considerações acerca do direito ao meio ambiente equilibrado, da proibição do tratamento cruel aos animais, a partir de reflexão sobre a proteção a esses direitos que seja condizente com a garantia à liberdade religiosa.

Trata-se de pesquisa qualitativa, utilizando-se como técnica preponderante a revisão bibliográfica, como fonte de dados, lançando mão de doutrina sobre a liberdade religiosa e trabalhos realizados sobre religiões afro-brasileiras, especialmente no que diz respeito aos ritos sacrificiais de animais. A pesquisa, também, utiliza representações de sacerdotes e adeptos de religiões de matrizes africanas, colhidas por meio de conversas e entrevistas informais, com o objetivo de trazer informações obtidas diretamente com quem vive e participa dos ritos tratados.

2. Contextualização do debate

No âmbito jurídico, o debate centrado nas religiões brasileiras de matriz africana vem ao palco com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 494.601/2006, no qual questionou-se dispositivo do Código Estadual do Rio Grande do Sul de proteção aos animais que permitiu o sacrifício de animais por considerá-lo livre exercício dos cultos e liturgias de matriz africana.

A Lei do Rio Grande do Sul n. 11.015, de 21/05/2003, versando sobre a tutela dos animais, visa a compatibilizar "o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental", ao proibir condutas ofensivas aos animais, estabelecendo, em seu art. 16, regras sobre o abate. Posteriormente, a Lei 12.131/2004 acrescentou um parágrafo ao artigo 2º, excetuando do rol dessas condutas ofensivas aos animais as práticas religiosas de sacrifício nos cultos de matriz africana.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, alegando inconstitucionalidade formal e material da referida lei estadual. O TJRS afastou a tese de inconstitucionalidade formal, entendendo caber ao estado-membro legislar sobre questões ambientais e decidiu pela constitucionalidade material e formal da lei. Desta decisão foi interposto Recurso Extraordinário.

No RE 494.601, o STF também refutou a tese da inconstitucionalidade formal, ao argumento de que, nos termos do art. 24, VI, da Constituição Federal, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Ainda, decidiu que "é constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões africanas". (BRASIL, 2019).

No julgamento, as Ministra Rosa Weber e Carmen Lúcia e os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffolli, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux negaram provimento,

integralmente, ao recurso, entendendo que a lei gaúcha é compatível com a Constituição. Vencido em parte o **Ministro Marco Aurélio, que consignou** que se deveria condicionar a constitucionalidade da lei ao afastamento de maus-tratos e ao aproveitamento da carne (BRASIL, 2019, p. 76).

O STF ancorou sua decisão em diversos argumentos, como a importância em se proteger a liberdade de religião como direito fundamental, incumbindo ao Estado garanti-la; o reconhecimento da prática como patrimônio cultural (BRASIL, 2019, p. 26-27); a relação do tema com a questão de racismo religioso e racial, devendo tal proteção ser estendida às demais religiões que também adotam práticas sacrificiais (BRASIL, 2019, p. 71-72); impossibilidade de invocação do princípio da laicidade; que os dogmas e preceitos religiosos não preveem tratamento cruel aos animais (BRASIL, 2019, p. 34-35).

Por essa breve contextualização do julgado, pode-se dizer que foi conferida uma interpretação adequada da liberdade religiosa e condizente com a historicidade dessa proteção e dos condicionamentos históricos ligados às religiões que não professam a crença da maioria da população brasileira. Entende-se, pois, que esse entendimento do STF impacta a compreensão da liberdade religiosa, estabelecendo uma interpretação condizente com o Estado Democrático e com a coerência do Direito, contribuindo para combater diversas formas de discriminação (GITIRANA; BACH; BAGGIO, 2019, p. 45).

3. Da liberdade religiosa e de culto no paradigma democrático

Falar de fé e de religião não é fácil. São temas afetos a uma busca por um bem viver. Nesse sentido, Dworkin reflete que cada pessoa tem o direito e a responsabilidade inatos de buscar um sentido e uma importância para a vida e de fazer com que sua vida seja bem-sucedida, aceitando suas responsabilidades éticas consigo e suas responsabilidades morais com os demais (DWORKIN, 2019, p. 11). Assim, a fé e a religião se inserem nessa busca, fazendo parte inescapável das dimensões da vida

humana: "a biológica e a biográfica", servindo ao significado intrínseco da vida e à consideração da beleza da natureza, independentemente de atitudes teístas e ateístas. Isso porque a religiosidade, que não se confunde com religião, faz parte do ethos do ser humano, envolvendo a personalidade inteira e permeando a existência, sendo esse um mistério da vida (DWORKIN, 2019, p. 11-12).

No entanto, a humanidade ainda está longe de convergir para uma postura religiosa em comum e para assentar padrões "aceitos para o raciocínio moral ou outras formas de raciocínio sobre o valor. Pelo contrário, discordamos profundamente sobre o que seja a bondade, o direito, a beleza e a justiça", nos dizeres de Dworkin (2019, p. 17). E essas divergências levam a antagonismos, caso se pretenda impor uma crença em detrimento de outras, desacreditar sistemas de valores, entre outros. As divergências, guerras e perseguições religiosas, que demonstram que a questão "de quais deuses adorar" é de "transcendente e especial importância para bilhões", fazem parte da própria constituição da comunidade humana. O problema reside nas pretensões de eliminar determinadas crenças, perseguir certos grupos, erradicar culturas religiosas, situações que a história é rica de exemplos. O pathos religioso foi, então, a causa das terríveis guerras de religião na Europa, que tornaram absolutamente necessária, nesse continente, a tolerância religiosa. (DWORKIN, 2019, p. 93).

Tantas foram as disputas religiosas e as afrontas à dignidade humana por conta de argumentos religiosos que, hodiernamente, tem-se observado um esforço de muitas nações e de organismos internacionais a erigir a liberdade religiosa como um dos fundamentos dos Estados Democráticos. Por isso, o mundo "teve e continua tendo essa razão para garantir a liberdade de religião em suas constituições políticas e convenções internacionais". (DWORKIN, 2019, p. 93). Essa liberdade, então, passou a figurar em constituições e convenções de direitos humanos, na cartela de direitos civis e políticos que preconizam a liberdade do indivíduo perante o Estado. Pode-se afirmar, portanto, que a liberdade religiosa, a liberdade de culto e liturgia encontram-se no cerne da formação histórica

dos próprios direitos humanos.

Essas liberdades, inclusive, estão previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que busca estabelecer vetores para o reconhecimento e garantia da igualdade e da liberdade a todas as pessoas. Em seu artigo 2º, garante a todos o gozo dos direitos estabelecidos pela declaração, sem qualquer espécie de distinção, vedada expressamente a manipulação da categoria religião como fator restritivo de direitos e liberdades. No artigo 18, estabelece que "Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto, e pela observância, em público ou em particular" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Aqui, tem-se uma tríade importantíssima à proteção dos seres humanos e à sua emancipação: liberdade de pensamento, liberdade de consciência e liberdade de religião. Esta última refere-se não só à escolha da crença, mas também a seu livre exercício e manifestação.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos também prevê a mesma garantia, nos dispositivos de seu artigo 9, acrescentando que a liberdade de manifestar a religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituam disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e da moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem (EUROPA, 2010).

No Brasil, o art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal, preceitua ser inviolável "a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". Portanto, entende-se que todo esse movimento de proteção à liberdade religiosa, plasmado em documentos internacionais e em Constituições democráticas, tem repercussões políticas importantes (DWORKIN, 2019, p. 90): eles proíbem os governos de penalizar a opção religiosa, a participação em cultos, convencionais ou não, ou a não participação em qualquer corrente religiosa. Assim, pretende-se

garantir a liberdade e a faculdade dos indivíduos em escolher qual religião seguir, ou não seguir nenhuma, em busca de uma vida que tenha sentido.

A positivação da liberdade religiosa em diversos ordenamentos decorre, então, do reconhecimento da importância em se proteger a dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão, sendo este referente ao âmbito íntimo e também público de formação de valores, convicções, opiniões, e esses âmbitos devem estar livres de interferências estatais em sociedades democráticas. Pode-se dizer, com segurança, que essas liberdades decorrem da proteção à dignidade da pessoa humana. A escolha da religião está incorporada ao substrato do ser humano, assim, desrespeitar essa liberdade é atentar contra a própria dignidade.

No tocante à dignidade, recorrendo às lições de Jack Donnelly (2013, p. 29), tem-se que ela é o conceito fundamental dos direitos humanos, é o valor último que lhes dá coerência. Nesse sentido, a Declaração de Viena de 1993 proclamou, em seu preâmbulo, que "todos os direitos humanos derivam da dignidade e do valor intrínseco de cada pessoa humana". Por se um direito fundamental, o Estado tem o dever constitucional, legal e assentado em diplomas internacionais, de garantir e proteger essa prerrogativa, para que seja respeitada e cumprida, como pressuposto de um Estado verdadeiramente democrático, afastando qualquer colocação de que essa liberdade é apenas um "constructo jurídico útil" (DWORKIN, 2019, p. 94).

Dworkin também interpreta a liberdade religiosa como um direito geral à independência ética, e esse reconhecimento protege o núcleo histórico da liberdade religiosa, condenando qualquer discriminação ou oficialização explícita que pressuponha "que uma variedade de fé religiosa é superior às outras quanto à sua veracidade ou à sua virtude". A independência ética protege as convicções religiosas ao colocar na ilegalidade qualquer restrição que, mesmo que "aparentemente neutra, pressuponha em sua estrutura uma subordinação direta ou indireta". (DWORKIN, 2019, p.114).

Desse modo, a necessidade de proteção à liberdade religiosa, considerando a trajetória histórica da humanidade e tensões ainda verificáveis nos dias de hoje por conta de questões ligadas a crenças, é incontestável, não só para a manutenção da paz, que seria um argumento político, mas, principalmente, com vistas à proteção dos cidadãos em uma sociedade democrática e à garantia de liberdade de autodeterminação e expressão de sua identidade.

Tal liberdade traduz-se na autonomia moral-prática do indivíduo, na faculdade de "autodeterminar-se no que tange aos padrões éticos e existenciais, seja da própria conduta ou da alheia – na total liberdade de autopercepção, seja em nível racional, mítico-simbólico e até de mistério" (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2020, p. 191). Aqui, fica clara a importância da proteção do núcleo da liberdade religiosa como fator de proteção identitária.

Mas a liberdade de religião não se reduz à autonomia para escolher ou não uma religião, para seguir ou não um ou mais deuses, ou nenhum. A liberdade de religião, como independência ética, nos dizeres do Dworkin, ou como direito complexo, engloba em seu núcleo essencial a liberdade de ter, de não ter ou deixar de ter religião, desdobrando-se em várias concretizações: liberdade de crença (art. 5º, 2ª parte do inciso VI, da CF/88), as liberdades de expressão e informação em matéria religiosa (art. 5º, inciso VII) e outros direitos fundamentais relacionados, como o de reunião e associação e a privacidade, com as peculiaridades que a dimensão religiosa acarreta (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2020, p. 191).

A importância desses desdobramentos decorre do fato de que as religiões reconhecidamente impõem deveres e responsabilidades a seus adeptos, não somente deveres de culto, mas também responsabilidades sociais, preceitos individuais, obrigações para com o grupo. Não adiantaria garantir, na Constituição, o direito à liberdade de religião se, na prática, não se garante e protege seus desdobramentos. Nesse sentido, Dworkin (2019, p. 96), no tocante à fundamental garantia do exercício de culto, liturgia, manifestação e demais desdobramentos do direito em questão, frisa que "um Estado que proíbe seus cidadãos de respeitar esses deveres

insulta profundamente a dignidade deles e o respeito que têm por si mesmos".

Refletindo sobre a centralidade da garantia à liberdade religiosa e seus desdobramentos, entende-se que, com a finalidade de serem compatibilizadas a ampla e livre convicção com a tolerância, o pluralismo, o multiculturalismo, a igualdade, a liberdade e a justiça social, valores basilares de um regime democrático, deve o direito constitucional proteger a autodeterminação pessoal, na faceta da liberdade de crença e manifestação, como constitutivos da dignidade humana, em seu aspecto identitário (SARLET, WEINGARTNER NETO, 2020, p. 189).

Ainda é importante salientar que a liberdade de culto inclui um aspecto individual, interno, subjetivo, e um aspecto público, que diz com a liberdade de expressão de sua crença, com a participação em cultos, manifestações de opinião, hábitos e práticas. Essa face pública demanda do Estado proteção e também a garantia de que os indivíduos e coletividades não sofram restrições por parte do Poder Público e também de ter o direito protegido contra atos contrários à sua manifestação. A liberdade de culto, por sua vez, significa a livre manifestação da crença pela prática de cerimônias características da religião, locais de realização, estrutura organizativa, liturgia e outros aspectos essenciais à liberdade religiosa (RESENDE, 2017, p. 289-290; ROTHENBURG; STROPPA, 2020, p. 301).

A densificação desse direito, portanto, tem ligação indissociável com reconhecimento e o respeito à diferença, consectários da igualdade material entre os membros da comunidade humana. A liberdade religiosa, nesse contexto, deve ser considerada como direito subjetivo que permite a autodeterminação dos sujeitos frente à interferência do Estado e de eventuais atores privados, "de modo a possibilitar a formação e o exercício confessional no âmbito das comunidades de fé" (ROTHEMBURG; STROPPA, 2020, p. 300). Como direito fundamental subjetivo, impõe deveres ao Estado, que deve coibir práticas discriminatórias. Por um lado, o Estado deve garantir o ambiente democrático para o exercício da liberdade e igualdade entre os indivíduos e grupos, para que possam viver de acordo

com sua religiosidade e sua autodeterminação. Mas, ao mesmo tempo, deve manter uma postura neutra e imparcial, sendo essa a faceta negativa da liberdade religiosa, condizente com a liberdade de escolhas íntimas, de adoção de visões de mundo, de crenças, ideologias, devendo ser garantida a não intervenção do Estado na esfera externa de exercício da práxis religiosa.

Mas essa proteção e o dever de neutralidade do Estado não se equacionam sem tensões, sobretudo quando se reconhece que é ínsita à ideia de democracia a garantia de condições para que os cidadãos possam exercer seus direitos e suas convicções filosóficas, políticas, morais e religiosas. No entanto, mesmo reconhecendo que o direito à liberdade religiosa não seja absoluto, como qualquer direito fundamental, é necessário ter em conta que, nas democracias, esse direito possui um núcleo que deve ser preservado, sob pena de abrir-se brechas para políticas que o vulnerem e esvaziem, sob o pretexto de ordem pública, segurança nacional, moralidade. Ações tendentes a relativizar o direito podem, muito bem, escamotear vieses racistas, preconceituosos e discriminatórios de minorias.

4. Dever do Estado em proteger e garantir a liberdade religiosa

A inserção no texto constitucional do direito à liberdade religiosa impõe, inexoravelmente, obrigações para o Estado, demandando uma atitude passiva (de neutralidade, de respeito e não intervenção) e uma atitude ativa, visando a garantir e proteger esse direito. Advogar o contrário é negligenciar e vulnerar a força normativa da Constituição. Ainda, é reforçar a ideia de que a liberdade resta garantida pela simples inação do Estado. Pelo contrário, a ação positiva do Estado é imprescindível no que diz respeito a criar condições para a realização do direito material e para garantir sua tutela jurisdicional, sendo essa atuação central para a proteção aos direitos civis e políticos e para a implementação de ações visando a realizar o valor subjacente da igualdade (DONNELLY, 2013, p. 35).

E nem se diga que a atuação positiva do Estado estaria violando a sua laicidade. A laicidade não quer dizer que o Estado não deve agir para garantir a liberdade religiosa e proteger uma minoria ou indivíduos que se veem restritos ou até proibidos de manifestar e viver suas crenças. Essas ideias não se coadunam com um Estado Democrático que deve garantir e resguardar a isonomia, a liberdade de autodeterminação ética, a dignidade de seus cidadãos.

Laicidade quer dizer que o Estado possui o dever de não favorecer e nem prejudicar a prática de qualquer religião, culto ou crença, bem como de garantir essa liberdade, nos termos da lei. Essa concepção de laicidade, conforme acentua Streck, "não pode ser vista como uma 'contrarreligião'; antes disso, a laicidade é condição de possibilidade para o pluralismo" (STRECK, 2012, grifo no original). As confissões religiosas, então, devem andar apartadas da formatação político-jurídica do Estado Democrático, porém isso não significa indiferença estatal (BRASIL, 2019).

A laicidade quer dizer que o Estado não pode beneficiar determinada crença, outorgando-lhe privilégios, e que também não pode discriminar confissões minoritárias, por exemplo, cabendo-lhe proteger a livre circulação de ideias religiosas, em regime de igualdade de oportunidades entre as religiões. Essa igualdade, ao menos formalmente, pode ser garantida pela ausência de favorecimentos a um credo específico, à proteção à livre manifestação das religiões minoritárias que, histórica e socialmente, sofrem preconceitos e violências, ao tratamento isonômico e, se for o caso, de atuação positiva, no sentido de permitir a acomodação da religião pelo poder público, de modo a evitar a sobrecarga para minorias (dever de acomodação razoável). Ainda, a cláusula de secularização do Estado (art. 19, I, da CF/88) "não permite a supressão de rituais religiosos, especialmente no tocante a religiões minoritárias ou revestidas de profundo sentido histórico e social, como ocorre com as de matriz africana". (STF, 2019, p. 14). Como frisou o Ministro Marco Aurélio: "O Supremo há de atuar com prudência, evitando que a tutela de um valor constitucional relevante aniquile o exercício de um direito fundamental". (BRASIL, 2019, p. 115). Ou seja, entendeu-se que o Estado estaria atuando

desproporcionalmente caso impedisse todo e qualquer sacrifício religioso de animais, "aniquilando o exercício do direito à liberdade de crença de determinados grupos, quando diariamente a população consome carnes de várias espécies" (BRASIL, 2019, p. 15).

E a liberalidade em se realizar as práticas de sacrifício animal não sobrecarrega outros grupos, minorias e a maioria que professa vertentes do cristianismo, como acontece no Brasil. Portanto, aqui não há que se falar em sobrecarga nem para o Estado, nem para outros grupos. Desse modo, a atuação do Estado em proteger e garantir o exercício das religiões de expressão minoritária em solo pátrio, além de não causar sobrecarga, ainda evita o desaparecimento dessas religiões e a ofensa à dignidade dos indivíduos que seguem essas crenças. Em verdade, a atuação positiva estatal tem sido necessária para a manutenção da igualdade, da liberdade religiosa, da dignidade desses grupos, da manifestação cultural e proteção identitária.

Nesse sentido, Seyla Benhabib, sobre polêmicas acerca a expressão da liberdade religiosa no contexto dos mulçumanos, mas que muito bem podem ser transpostas para o caso em estudo, reflete que, por meio desses antagonismos, a dialética de direitos e identidades é mobilizada em processos dialógicos democráticos, porquanto somente quando novos grupos minoritários reivindicam a pertença a um grupo destinatário de um direito do qual tinham sido excluídos no contexto inicial é que se passa a compreender a limitação da reivindicação de direitos individuais em uma tradição constitucional. Assim, segundo a autora, o diálogo democrático e o hermenêutico jurídico são potencializados por meio da rearticulação de direitos nas esferas públicas das democracias liberais, sendo que, em uma democracia liberal vibrante, pluralista e multicultural, o conflito político-cultural não deve ser sufocado por manobras legais ou políticas, ou, então, por meio de negociações estratégicas, uma vez que pode haver aprendizado por meio do próprio dissenso. Em alguns casos, inclusive, os processos políticos podem ser soterrados pelo legalismo ou mesmo o próprio povo pode rechaçar direitos das minorias em nome de algum discurso totalizante. A autora, ainda nessa senda, frisa que a política

jurisdicional não é uma política de teologia, no entanto, deve permitir que o debate sobre diferenças religiosa-culturais emerja na esfera pública, viabilizando a absorção de novos contextos semânticos, novas reinvindicações e argumentações sobre o significado dos direitos, o que areja a democracia (BENHABIB, 2011, p. 182-183).

Por conseguinte, conclui-se, nesse ponto, que o Estado tem o dever de resguardar as manifestações religiosas, em atenção ao princípio democrático e aos direitos fundamentais, à força normativa da Constituição. Vale relembrar Dworkin, que defende que a limitação ao exercício da liberdade religiosa somente deve ocorrer quando sua manifestação afrontar direito de outrem. Frisa-se, "de outrem", em observância à própria tradição histórica na qual se fundamenta e a partir da qual foi construída a concepção de liberdade religiosa, que merece ser garantida e resguardada em uma ordem democrática. Portanto, advoga-se que, para se descobrir se as condutas que estão enfaixadas no direito à liberdade religiosa e nos fatos da norma, que seja verificado se a conduta não está definida como crime (BRANCO, 2000, p. 190). Se a conduta não estiver tipificada, nos termos da lei penal, não se pode utilizar de um conceito aberto como "crueldade" para abarcar prática religiosa, passando a defini-la, via interpretação ampliativa, como crime.

Nessa via, principalmente em se tratando de garantia às liberdades previstas na Constituição, da qual decorre o princípio da legalidade na seara penal e o devido processo legal e também o direito de culto, é preciso ter cuidado com visões consequencialistas e teleológicas do Direito. Não se pode criar limitações ao direito constitucional ao arrepio da própria Constituição e nem prever tipos penais que a lei deixou de fora de sua incidência.

5. Reflexões sobre alguns aspectos das religiões de matriz africana

Compreender a importância do rito de sacrifício animais no âmbito de algumas religiões passa, necessariamente, por uma ampliação de olhar para se despir de preconceitos e ideias erroneamente plantadas e

replicadas por uma concepção cristã de religiosidade, que impera desde a formação da sociedade brasileira. As religiões afro-brasileiras passaram a ser reprimidas desde o período escravocrata, sendo frequentes representações a seu respeito como sendo manifestação religiosa inferior, atrasada, rudimentar (ROTHENBURG; STROPPA, 2020, p. 303).

O preconceito é fruto do desconhecimento e da repetição de ideias sem que haja um verdadeiro senso crítico e uma análise honesta quanto à formação da identidade brasileira e da importância em se proteger manifestações culturais e religiosas. Portanto, faz-se necessário revisitar literatura e colher experiências para trazer à luz alguns aspectos ligados à identidade de algumas religiões inspiradas em crenças de origem africana, mesmo que reinterpretadas culturalmente e, assim, contribuir para o debate proposto.

Tendo em vista a vastidão do tema, limitar-se-á a analisar o papel dos sacrifícios de animais a partir de algumas representações de adeptos e sacerdotes, sem ater-se a nenhuma vertente específica e partindo do pressuposto de que, em geral, elas adotam similar panteão de divindades. A religião afro-brasileira mais conhecida é o candomblé, que se reveste de particularidades a depender da região do Brasil, do grupo praticante, não havendo homogeneidade de práticas e liturgias.

Há, visivelmente, um constructo histórico negativo atribuído às religiões de matriz africana na sociedade brasileira, expresso em falas preconceituosas, em manifestações violentas contra locais de culto (terreiros), violações de espaços públicos, de imagens associadas às crenças, expressões ritualísticas da religiosidade africana, demonstrando a existência de um racismo religioso manifesto. O desconhecimento relativo às religiões afro-brasileiras, conforme salientado nos votos dos Ministros do STF, muito está ligado ao preconceito.

O sacrifício de animais (imolação ou sacralização) representa um rito milenar para muitas crenças, e não somente de matriz africana. Aquelas religiões cuja gênese remonta às tradições tribais africanas, dentre as quais pode-se citar: candomblé, quimbanda, ifá nigeriano, santeria, etc. possuem

liturgia pouco compreendida pelas religiões de origem abraâmica. Nem todas as linhas fazem uso do rito sacrificial, mas, para aquelas que dele se utilizam, a prática é tida como um dos preceitos fundamentais da crença, dogma necessário à liturgia e aos rituais para as divindades (nesse sentido, cf. COELHO; OLIVEIRA; LIMA, 2016, p. 60).

As narrativas sustentadoras de religiões de matrizes africanas que adotam o panteão dos Orixás são recheadas de referências a deidades pedindo "comida" e, inclusive, rejeitando as oferendas caso não sejam dadas de acordo com sua vontade, que, em algumas tradições, é consultada por meio de jogos oraculares. Assim, a comida deve ser feita, preparada, assim como o sacrifício, seguindo preceitos rígidos e apontados pela divindade, nos termos das mensagens passadas pelos Oráculos (GAMA, 2009).

A comida, pois, tem forte componente simbólico, ligado à proteção, ao fortalecimento interno e do vínculo entre os homens e as divindades. Outras subjetividades também podem estar implicadas, como lógicas penitenciais, dever de gratidão por graça, sacralização dos alimentos e até de ações cotidianas. Há mitos em relação ao tipo de relação existente entre os orixás e seus filhos, vínculo esse que, para permanecer fortalecido, depende da troca de elementos materiais estabelecidos entre o iniciado e seu Orixá de cabeça, ou sua divindade pessoal ou outros Orixás.

Em algumas vertentes, a consulta ao Ifá, jogo divinatório que estabelece a comunicação com seus deuses, é mediada através do orixá mensageiro. Para algumas crenças, é Exu que restabelece entre os humanos as práticas de sacrifício de animais, das quais se obtém o sangue, que é a principal fonte de alimento das divindades. O sangue, portanto, é elemento-chave para algumas linhas religiosas, ocupando lugar de destaque nas manifestações simbólicas produzidas em seus rituais (GAMA, 2009).

Existem animais específicos para serem imolados e os rituais são sagrados e rígidos, havendo cuidados especiais com os animais que serão

ofertados às entidades. Animais doentes, maltratados, sofridos não podem ser ofertados. Além do que o animal é considerado sagrado e sua oferta é realizada observando-se rituais que seguem regras e tradições passadas de geração em geração.

Para essas religiões, o sacrifício dos animais compõe aspecto essencial de seu ethos, sendo manifestação de sua crença na necessidade de troca energética entre o mundo material e o espiritual; a necessidade de criação de vínculo com o "Orixá"; o oferecimento de alimento a este; a necessidade do sangue para muitos "trabalhos espirituais", como forma de condensação energética, entre outros. Desse modo, o abate e a utilização, seja do sangue, seja de partes dos animais para oferendas e mesmo alimentação do grupo são condutas que assumem relevância estrutural para a prática e a existência dessas vertentes religiosas, e, nos dizeres de Weingartner Neto (2018, p. 272), "sua supressão significaria erosão do conteúdo essencial da religião professada, com reflexos no conteúdo em dignidade humana". Assim, proibir o sacrifício dos animais nesses contextos inviabilizaria a prática dos cultos, e a impossibilidade de vivência prática da liturgia leva, por conseguinte, à extinção daquela religião que depende do ritual sacrificial. De acordo com reflexão de Rothemburg e Stroppa (2020), o grau de afetação do direito de religião seria insuportável.

Ilustrando a importância do ritual sacrificial para o candomblé, recorre-se a representação colhida de adepto da umbanda e candomblé, Lucca Ribeiro Baptista,[3] aluno de psicologia e estudioso de religiões de matriz africana, em entrevista informal:

> 1) O papel do sacrifício animal dentro das religiões de matriz afro-brasileira tem o papel de se utilizar das propriedades energéticas vitais contidas no sangue do animal, com a finalidade, de acordo com a crença, de potencializar o efeito magístico dos rituais. Além de ser usado nas sacralizações de alguns instrumentos religiosos e também nas iniciações dos neófitos.

[3] A menção ao nome do entrevistado foi expressamente por ele autorizada. Representação colhida em 22 de junho de 2021.

2) Dentro do culto são usados animais específicos como frangos, porcos, caramujos, peixes. Animais que geralmente são utilizados para consumo da carne no dia a dia. 3) O animal a ser sacrificado é somente manejado por sacerdotes ou pessoas de cargo de conhecimento alto no culto, pois os mesmos são treinados e instruídos para realizar o ato, e a carne no final não é descartada, e sim servida como alimento as pessoas da religião. O animal em circunstância alguma é submetido ao sofrimento, pois de acordo com a crença o sofrimento do animal desprende energias poluentes e negativadas que não tem utilidade dentro do ritual. Portanto, na hora do sacrifício a pessoa que o realiza tem pleno conhecimento de como proceder da forma correta, sem causar dor ao animal. 4) Dentro do culto é comumente usado dentro das iniciações e em alguns tipos de tratamento espiritual, fora isso, somente em casos extremos em que se faça necessário este elemento animal. 5) O prejuízo mais evidente seria na ritualística dos cultos, mas dentro de um viés sociocultural, uma lei que fosse aprovada para criminalizar este ato só agravaria no aumento da proliferação do preconceito, racismo e ataques por parte da população aos cultos que utilizam do sacrifício animal. 6) Eventual proibição, na minha opinião, seria uma afronta à liberdade religiosa e à dignidade dos seguidores, pois a lei legitima a indústria da carne a realizar seu monopólio com métodos extremamente cruéis da preparação da carne, como engordas e utilização de componentes químicos nos animais de forma abusiva, mencionado também a forma de execução do produto vivo que é realizada de forma mecânica, desumana e fria. Ao contrário do que é feito em um sacrifício animal, sendo numa perspectiva de " roça", a carne do animal é utilizada para alimentar, a diferença é que ela é sacralizada e comida com respeito e gratidão pelos fiéis. 7) Acredito que essa discussão seja muito mais além do poder e não poder do uso de sacrifício animal, e sim da visão da Lei e da sociedade estruturante moldada em uma ótica cristã e seu preconceito as religiões afro. Sendo evidente o racismo estrutural por se tratar de um culto primordial

> dos negros e da ignorância da sociedade, que em sua maioria consome carne diariamente. (BAPTISTA, 2021).

Christian Levi Curioni, adepto do Ifá de matriz nigeriana, psicólogo, conhecedor de religiões de matriz africana, reforça que os animais que comumente são sacrificados em rituais são aqueles que podem ser consumidos. Inclusive, para muitas vertentes de religiões que remontam a práticas africanas de culto aos Orixás, o abate tem como elemento comum a finalidade alimentar, ou seja, os animais encaminhados ao sacrifício são, em regra, servidos como alimento para a comunidade, por isso, o "animal tem que estar bem e feliz" (CURIONI, 2021). Se os animais utilizados são consumidos, o abate sacrificial recai sobre animais que são comercialmente utilizados pelos brasileiros para alimentação. Por isso, não se abate animais silvestres ou domésticos.

Para Christian (2021), no Brasil, é difícil generalizar as religiões de matriz africana. Isso porque em razão da extensão territorial brasileira e das próprias características dos africanos que vieram para cá nos tempos da escravidão, as práticas religiosas tomaram formas diferenciadas, criando ritos próprios, muitas vezes afastados da filosofia africana de panteísmo e ligação com a natureza. Essa fragmentariedade confere matizes diferenciados à variedade de vertentes que se unem sob a designação de candomblé, de quimbanda etc. Sendo que a umbanda não por ser dita como uma religião de matriz africana, por ser eminentemente brasileira, criada em 1908, seguindo liturgia sincrética, com imagético greco-romano e com a mesclagem de elementos diversos não presentes em religiões verdadeiramente africanas (CURIONI, 2021). No que toca ao tema, ele também esclarece que

> para as religiões verdadeiramente africanas, não existe a ideia de um Deus que pede sacrifício. Aqui no Brasil, a questão do sacrifício, em verdade, foi uma releitura baseada na cultura judaico-cristã, que bem conhece a face do Deus que pede sacrifício, a exemplo de *Iavé* (para os

> judeus) e do Deus que pede a Abrãao que sacrifique seu próprio filho em prova de sua fé. (CURIONI, 2021).

Essa releitura, para Christian, "levou à inserção do elemento sacrificial nas religiões 'criadas' pelos escravos, como parte de um imaginário do sacrifício cuja narrativa vai passando de geração a geração, e vai virando verdade absoluta", isso porque "a matriz africana já não veio pura para o Brasil e, aqui, ainda se misturou com a religiosidade dos índios e com elementos judaico-cristãos" (CURIONI, 2021). Por isso, hoje em dia, é muito difícil tentar compreender as religiões brasileiras com base na filosofia e religiosidade africanas, principalmente aquelas presentes na Nigéria e em Benin, países que ainda mantiveram muitas tradições milenares, não obstante a massificação islâmica no continente africano. Nesses países, a ligação dos religiosos com a natureza é uma das características centrais, sendo os animais sacralizados antes de abatidos para alimentação do grupo. O abate é para a alimentação: em muitos casos, a cabeça é oferecida ao Orixá, porque ela é o receptáculo do sagrado, da sabedoria, do cérebro, e, após o ritual, às vezes enterrada, para retornar para a natureza. O resto do animal vira comida para a comunidade e/ou remédios. Assim, o animal todo é aproveitado. (CURIONI, 2021). No Brasil, repisa-se, é difícil dizer que todos os terreiros de candomblé seguem os mesmos preceitos, uma vez que as práticas sofreram diversas influências regionais e até dos dirigentes das casas religiosas, sendo, também, atravessadas pela mística judaico-cristã, segundo Christian (2021).

De todo o modo, independentemente da diversidade e fragmentação da tradição e das ritualísticas, os religiosos reforçam a necessidade de se respeitar a crença de determinado grupo, uma vez que a questão do sacrifício animal é elemento-chave de sustentação da liturgia de muitas vertentes religiosas, que podem exigir o ritual como forma de iniciação, ou mesmo como mística central para dar a vida, conferir vitalidade, para fazer magias, para cultuar certas divindades com o uso do sangue, "trazer ao sagrado, sendo o sangue símbolo de vida e fluxo",

conforme palavras de Christian (2021). O culto, para ele, não é "devoção e nem sacrifício, mas é a integração que importa, é a reconexão que importa. É conectar, transformar em sagrado, integrar com o seu sagrado". Daí, se se acredita que essa integração e transformação dependem do ritual do sacrifício como elemento para se conferir teluricidade, ele deve ser protegido, assumindo-se, pois, uma particular posição prudencial e equilibrada pelo Estado e mesmo pela sociedade civil quanto ao equacionamento de eventuais tensões e conflitos com interesses, direitos e bens jurídicos.

Conforme também salientado no julgamento do RE 494.601, e como se depreende da representação acima, essas religiões sacrificam apenas animais de consumo regular, como galinhas, galos, carneiros, porcos. O respeito ao sacrifício, pois, é necessário, por ser um dogma ainda vigente e central em diversas liturgias. É necessário, eis que não há, segundo a crença religiosa de muitos sacerdotes e praticantes, um meio menos gravoso que o substitua em efeitos; é proporcional, em sentido estrito, uma vez que o sofrimento do animal é evitado, sendo seu bem-estar assegurado até o abate, em comparação com "a inviabilidade total que a proibição do sacrifício de animais significa para o exercício das religiões afro-brasileiras". (ROTHENBURG; STROPPA, 2020, p. 313). E outro argumento que reforça a proteção da prática advém justamente da coerência do próprio ordenamento jurídico, devendo ser a imolação sacrificial considerada na moldura de uma sociedade democrática que autoriza o abate religioso e mulçumano para comércio sem questionar eventual crueldade. Portanto, uma leitura balizada do abate religioso não pode desconsiderar a necessidade de respeito à integridade do sistema (GITIRANA; BACH; BAGGIO, 2019, p. 74).

Desse modo, se o abate em frigoríficos é permitido, não haveria razão suficiente para não se permitir o abate religioso: se aquele se "difere do realizado nos terreiros é simplesmente por ser quantitativamente maior e qualitativamente menos respeitoso" (ORO; CARVALHO; SCURO, 2017, p. 247).

> Outro argumento que se pode erigir aqui é que religiões de matrizes africana são minoria na população brasileira, e que essa "fatia" da religiosidade brasileira ainda sofre mais divisões dentro da própria designação. Assim, nem se diga que eventual permissão para o abate causaria danos ao meio ambiente equilibrado. Por todos os argumentos até aqui expostos, reconhece-se que essa prática deve ficar fora do campo penal, devendo ser protegida pelo Estado. E, ainda, nos dizeres de Christian (2021),
> precisamos olhar para essa questão do sacrifício animal e da liberdade religiosa com lucidez, de dentro para fora. Porque ir para o caminho da proibição é, de alguma forma, estimular a prática, e dominar o campo das discussões com argumentos cristãos baseados, muitas vezes, na ideia de poder, de que há um mal que precisa ser tratado, o que acaba levando a discussão para um campo de argumentação teocrática e baseada em fundamentalismos religiosos. A questão então não é o sacrifício do animal, mas sim matar o deus do outro. Porque o que, em verdade, se quer, não é proteger o animal, mas matar o deus do outro por uma questão de domínio e de poder.[4]

6. Direito ao meio ambiente equilibrado e proteção dos animais

A preocupação com o meio ambiente equilibrado, nas últimas décadas, passou a ser incluída nas pautas políticas e sociais, alcançando a sociedade civil. A necessidade de se considerar os problemas ambientais emerge, mais precisamente, na década de 1970, com os movimentos ativistas em prol da preservação e não agressão, colimando políticas internacionais plasmadas em Conferências e em Tratados de Direito Internacional.

[4] Representação colhida no dia 02 de julho de 2021, por meio de entrevista informal realizada pela pesquisadora com o sacerdote, psicólogo, psicanalista, professor Christian Levi Curioni em Juiz de Fora/MG. Citação do nome e qualificação mediante expressa autorização do entrevistado.

No Brasil, a proteção ao meio ambiente equilibrado foi alçada a dever constitucional: do Estado, da sociedade, dos indivíduos. A Constituição Federal destinou um capítulo inteiro à proteção ambiental e à sustentabilidade, promovendo o direito ao meio ambiente equilibrado a direito fundamental coletivo. Essa previsão direcionou a produção legislativa para garantir a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável.

Nessa esteira, assiste-se a uma tendência do direito brasileiro em reconhecer os animais como sujeitos de direitos. Desse modo, em breves linhas, pode-se dizer que, a partir da Constituição de 1988, da incorporação de Tratados Internacionais e de leis infraconstitucionais, o ordenamento pátrio abraçou a ideia de valor intrínseco dos elementos não humanos da natureza e da ideia de dignidade da própria, sendo essa postura consequência do dever de proteção da vida em geral, decorrente da própria noção ecológica de dignidade da pessoa humana (RESENDE, 2017).

A Constituição Federal, em seu artigo 225, *caput*, prevê ser dever do Poder Público e da coletividade a defesa e preservação do meio ambiente equilibrado. E no parágrafo 1º, dispõe que incumbe ao Estado proteger a fauna e a flora, "vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade" (inciso VII). Em atenção a essas disposições, o legislador infraconstitucional, na Lei 9.605/1998, previu ser crime "matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida" (art. 29) e praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, sendo a pena aumentada se ocorrer a morte do animal (art. 32, *caput* e § 2º).

O art. 15 dispõe que são circunstâncias agravantes, quando não constituem ou qualificam o crime, ter o agente cometido a infração: para obter vantagem pecuniária; afetando ou expondo a grave perigo a saúde pública ou o meio ambiente; atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas a regime especial de uso; com o emprego de métodos

cruéis para abate ou captura; atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais, entre outros.

Pela leitura desses dispositivos, percebe-se que em nenhum momento o legislador citou o abate religioso e nem inseriu como elemento de tipificação penal animais criados para o fim específico de abate e/ou consumo alimentar. Outra questão: fala-se aqui em abuso, maus-tratos, mutilação, ferimentos de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Ainda, trata do emprego de métodos cruéis para abate.

No julgamento do RE 494.601, o Ministro Marco Aurélio consignou que não cabe "potencializar a operação de enquadramento do fato à regra e alargar o alcance do tipo previsto na legislação federal, com o objetivo de vedar o sacrifício de animais em ritual religioso", sendo necessário reconhecer que a União "não legislou sobre a imolação de animais", (BRASIL, 2019, p. 13), o que pode ser feito pelos estados-membros em razão de sua competência concorrente para editar normas gerais sobre meio ambiente, nos termos do parágrafo 3º, do art. 24 da CF. Ante a inexistência específica de tipo penal de imolação, não pode o intérprete alargar o campo da norma incriminadora prevista na Lei 9.605/1998 e nem ao legislador estadual prever tipo penal nesse sentido, por faltar-lhe competência constitucional.

E, como visto, as religiões que praticam sacrifício animais rechaçam práticas de maus-tratos, sofrimento, crueldade, abuso, mutilação e, repisa-se, os animais utilizados em rituais não se enquadram em nenhuma categoria legalmente delimitada para os fins da lei penal e da proteção ao meio ambiente equilibrado.

Ainda, não se está isentando os praticantes dessas religiões de penas, o que se está considerando é que o direito à liberdade religiosa protege o exercício do culto e da liturgia, porque a liberdade constitucional de realizar o ritual sacrificial não significa um "alívio em relação ao rigor da lei", nos dizeres de Dworkin, quando reflete sobre o tema de limitação de práticas religiosas (2019, p. 116), e essa liberdade não afronta qualquer

política pública voltada à proteção ao meio ambiente ou aos animais. Ela resguarda a dignidade dos adeptos que professam a religião em busca de respostas para "os enigmas da condição humana". Ela protege a manifestação da identidade, sendo um direito-chave para a proteção da dignidade humana.

Com efeito, a interpretação de conceitos constitucionais básicos, como a liberdade religiosa e até a proteção ao meio ambiente equilibrado, não pode depender do senso comum e nem das definições léxicas constantes nos dicionários. Segundo Dworkin, liberdade, igualdade, dignidade, religião e outros conceitos interpretativos em uma democracia formam o "núcleo dos ideais políticos. Usamo-los para decidir quais direitos humanos e constitucionais proteger, e devemos defini-los de modo que tenham sentido ao desempenhar sua função crucial" (DWORKIN, 2019, p. 92). Assim sendo, a liberdade religiosa, mesmo em cotejo com a proteção ambiental e os direitos dos animais, deve ser interpretada de modo a garantir sua função, qual seja, de componente do alicerce de uma sociedade democrática.

7. Conclusões

Pode-se concluir, pois, que o estatuto da dignidade implica uma leitura dos direitos ambientais contextualizada e coerente com o princípio de proteção da dignidade dos seres humanos. Nessa confluência é que se encontra o debate sobre a proteção à liberdade religiosa dos indivíduos e comunidades que seguem ritualísticas que utilizam o sacrifício animal como parte de seus dogmas e liturgia.

Defender uma adaptação dos cultos com a extirpação do sacrifício animal redundaria na extinção dessas matrizes religiosas, o que, por óbvio, vulnera profundamente a dignidade, impede o exercício da liberdade religiosa, uma vez que o sacrifício animal é, para muitas religiões, elemento-chave de sua ritualística, ofende a liberdade de culto, de manifestação de pensamento e livre convicção, extingue manifestação cultural de importância singular para a conformação identitária brasileira,

sendo considerada patrimônio imaterial. Além dessas ofensas, ainda reforçaria o preconceito e intolerância contra as religiões de matriz africana que, no fundo, reflete um preconceito racial, tão arraigado no Brasil.

Assim, uma noção vazia de crueldade não pode ser associada automaticamente ao ato de abater animais nos ritos religiosos. Nesse sentido, cabe observar que o artigo 37 da Lei n. 9605/98 afasta expressamente a tipificação de condutas que abatem animais por motivos justificáveis socialmente. Se se considerar que o abate, por si próprio, configura ato de crueldade, essa interpretação deve ser estendida ao abate feito pelos matadouros e frigoríficos, além de demonstrar total ignorância do papel desempenhado pelo abate sacrificial nos ritos de matriz africana. Ainda, essa interpretação reflete um viés preconceituoso, porquanto inviabilizaria o próprio exercício religioso, levando à extinção dessas manifestações identitárias. Pode-se dizer que ela ainda desconsidera que a liberdade de crença – e aqui da crença na importância do sacrifício animal para uma ideia de religiosidade, proteção, bem-estar, liga-se, indissociavelmente, à dignidade humana, ao direito à personalidade e manifestação da própria identidade e autodeterminação.

Essa interpretação não descura do mandamento constitucional de proteção ao meio ambiente e à proteção à fauna, o que se quer salientar é que, como regra, deve ser admitido o sacrifício animal no âmbito de ritualísticas religiosas e que casos excepcionais de comprovada crueldade e tratamento devem ser analisados em concreto, e, se comprovados um ou outro, há que incidir a lei protetiva dos animais.

A interpretação sistemática e conforme a Constituição conduz, portanto, à necessidade do resguardo da liberdade religiosa, da igualdade, da liberdade de consciência e do não preconceito, ao mesmo tempo que se preza pela proteção à fauna, no sentido de se coibir comportamentos que extrapolem os limites da lei, causando sofrimento ao animal antes do ritual sacrificial. Isso porque, conforme demonstrado, a liturgia das correntes majoritárias ligadas a religiões afro no Brasil se preocupa em evitar o sofrimento do animal, havendo toda uma preparação ritualística para o abate, que é feito por meio de pessoas especialmente encarregadas

e iniciadas nas leis da religião para realizar o ato sacrificial e para que o sacrifício ocorra de modo aceitável "pela espiritualidade". Desse modo, fica demonstrado que a forma ritualística sacrificial tem uma preocupação em evitar o menor atingimento ao bem-estar dos animais.

Uma leitura harmônica, coerente, histórica, que preze pela proteção à dignidade humana, à isonomia, à cultura, à liberdade de autodeterminação, leva à conclusão da necessidade, inclusive, de se proteger a manifestação religiosa das vertentes africanas. Principalmente quando se leva em conta os constantes ataques violentos que têm sofrido. Essa leitura é condizente com um Estado garantidor dos direitos humanos, do princípio democrático e respeitador do pluralismo.

8. Referências bibliográficas

BENHABIB, Seyla. *Dignity in Adversity*. Cambridge: Polity Press, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In:* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. P. 103-197.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no 494.601***.** Supremo Tribunal Federal. Relator: Marco Aurélio Mello, Segunda Turma, DJE No 81, Brasília, 16.04.2019. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/ detalhe.asp?i . Acesso em: 29 mai. 2021.

COELHO, Carla Jeane Helfemsteller; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; LIMA, Kellen Josephine Muniz de. Sacrifícios ritual de animais não-humanos nas liturgias religiosas de matriz africana: "medo do feitiço" e intolerância religiosa na pauta legislativa. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 22, pp. 53-82, mai-ago 2016. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/17665/11524. Acesso em: 27 jul. 2021.

DONNELLY, Jack. Universal human rights in theory and practice. New York: Cornell, 2013.

DWORKIN, Ronald. Religião sem Deus. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

EUROPA. European Convention on Human Rights. 2010. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

GAMA, Lígia Barros. Kosi Ejé Kosi Orixá: simbolismo e representações do sangue no candomblé. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal de Pernambuco. 2009. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/1116/1/arquivo9420_1.pdf. Acesso em: 20 mai. 2021.

GITIRANA, Júlia Heliodoro Souza; BACH, Gabriel Henrique Espiridião; BAGGIO, Roberta Tom. Entre o Axé e o direito dos animais: o conflito aparente de normas constitucionais e a convivência intercultural e pluriversal. Revista de Direito FAE-RDF, v. 1, n. 1, 2019, p. 43-80. Disponível em: https://revistadedireito.fae.edu/direito/article/view/35. Acesso em: 12 jun. 2021.

WEINGARTNER NETO, Jayme. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 dez. 2020.

ORO; Ari Pedro; CARVALHO, Erico Tavares de; SCURO, Juan. O sacrifício de animais nas religiões afro-brasileiras: uma polêmica recorrente no Rio Grande do Sul. Revista Religião e Sociedade, 37, v. 2. Dez. 2017, pp. 229-253. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rs/a/WBN34d6m7tZkgQjdKVTSzPk/?lang=pt. Acesso em: 15 mai. 2021.

RESENDE, Augusto César Leite de. Liberdade de culto e o sacrifício de animais em cerimônias religiosas afro-brasileiras: uma análise à luz da Constituição do Brasil.

Revista de Direito Brasileira. São Paulo, v. 20, n. 8, p. 287-304. Mai./Ago. 2018. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3249/0. Acesso em: 10 jun. 2021.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPA, Tatiana. Sacrifício ritual e crueldade contra animais: um caso de sustentabilidade cultura. Veredas do Direito. Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 295-322. Jan/Abr. 2020. Disponível em: http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1626. Acesso em: 6 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. Notas sobre a liberdade religiosa ao ensejo de um diálogo trans(oceânico) em intercurso jurisprudencial. In: Jean Lauand & João Relvão Caetano (orgs.). Pensar, Ensinar e Fazer Justiça. vol. 2. 2020. p. 187-210. Disponível em: http://repositorio.unilasalle.edu.br/bitstream/11690/1493/1/Notas%20sobre%20a%20liberdade%20religiosa.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. Como assim, a "inconstitucionalidade" de Deus. Conjur. 22 de novembro de 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus. Acesso em: 12 mai. 2021.

Igor Raatz
Natascha Anchieta

COOPERAÇÃO PROCESSUAL COMO FACETA DO MODELO INQUISITORIAL DE PROCESSO

COOPERAÇÃO PROCESSUAL COMO FACETA DO MODELO INQUISITORIAL DE PROCESSO

Igor Raatz[1]
Natascha Anchieta[2]

RESUMO

O presente ensaio pretende mostrar que a chamada "cooperação processual", doutrinariamente defendida no Brasil e objeto de previsão legislativa no art. 6.º do Código de Processo Civil brasileiro, não passa de uma faceta do modelo inquisitorial de processo, sendo equivocado considerá-la uma novidade na perspectiva da estruturação do procedimento civil. Para tanto, partindo do método histórico e bibliográfico, são exploradas as origens da cooperação processual na ÖZPO de Franz Klein, bem como a nítida recepção de elementos visão autoritária de processo do modelo processual do império austro-húngaro na doutrina que serve de alicerce para a cooperação processual no Brasil. Por fim, defende-se a tese de que é impossível a extração de deveres de cooperação do art. 6.º do Código de Processo Civil, situação que, em tese, não seria sequer endossa pela doutrina portuguesa que serviu de base para a incorporação da cooperação processual no direito processual brasileiro.

[1] Pós-doutor, doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em processo civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Vice-Presidente da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Presidente do Instituto Panamericano de Derecho Procesal – Capítulo Brasil. Professor em cursos de pós-graduação em Direito. Advogado.

[2] Doutora (summa cum laude) e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito pela Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS. Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do IPDP – Instituto Panamericano de Direito Processual. Professora em cursos de pós-graduação e extensão em Direito. Advogada.

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Sobre como as bases doutrinárias da cooperação processual no Brasil revelam que o modelo cooperativo de processo não passa do velho e conhecido modelo inquisitorial; 3 Da ausência de base normativa para fundamentar a existência de deveres de cooperação do juiz para com as partes; 4 Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O que significa falar em modelo cooperativo de processo? Trata-se de um modelo novo ou de um modelo intermediário entre os clássicos modelos inquisitoriais e adversariais de processo? A grande verdade é que, mesmo sem tocar, necessariamente, o ponto, parcela considerável da doutrina brasileira vem defendendo tanto a adoção de um modelo cooperativo de processo pelo Código de Processo Civil de 2015, quanto a supremacia do referido modelo em relação aos modelos clássicos. Diante desse quadro, o presente ensaio apresenta-se numa vertente crítica à ideia de um modelo cooperativo de processo.

Antes de tudo, é necessário destacar que a expressão "modelos processuais" costuma ser empregada em diferentes sentidos pela doutrina. Conforme profícuo estudo de Máximo Langer, os termos "modelo inquisitorial" e "modelo acusatório" de processo, no âmbito dos estudos comparativos de procedimento penal, têm sido utilizados em, pelo menos, cinco diferentes perspectivas: (i) tipos ideais-descritivos; (ii) sistemas históricos ou sociológicos que se encontram presentes em sistemas processuais contemporâneos ou do passado; (iii) interesses ou valores contrapostos que coexistem em todo o processo penal; (iv) funções do processo penal e, por fim, (v) modelos normativos.[3] Contudo, aglutinando essas diferentes perspectivas a fim de obter maior precisão conceitual acerca do que significa um "modelo

[3] LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista brasileira de direito processual penal*, v. I, n. 1, 2015, p. 13.

processual", podemos perceber, até mesmo pelo seu uso corrente na doutrina, a pretensão de identificar um conjunto de características, presentes em determinado sistema normativo processual, correspondentes à delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, bem como a coordenação de suas atividades e ordenação dos respectivos procedimentos.

Um "modelo processual" diz respeito, portanto, àquilo que muitos preferem chamar de "formalismo processual"[4]. Por conseguinte, salvo a hipótese de um modelo processual construído cientificamente mediante pura abstração, "modelos processuais" refletem ideologias e opções políticas vertidas em textos normativos de um determinado Estado no tempo e no espaço. Essas opções político-ideológicas dizem respeito, por sua vez, às relações entre o Estado (órgão jurisdicional) e o indivíduo (partes de um procedimento judicial), sendo que, em Estados onde a Constituição é dotada de supremacia, é justamente o texto constitucional que alberga essas escolhas fundantes sobre o exercício e a limitação do poder – no caso, o poder jurisdicional.

Sob essa perspectiva, o estudo dos "modelos processuais" visa, a partir da revelação de traços marcantes de um determinado sistema de direito positivo, identificar a quem compete o domínio das atividades a serem desenvolvidas no bojo do procedimento: se ao Estado-juiz ou às partes. A escolha realizada nesse sentido, que se dá, antes de nada, no plano político-constitucional, reflete elementos que antecedem o fenômeno processual – mas que com ele se interrelacionam diretamente –, como é o caso da relação entre Estado, indivíduos e sociedade. Desse modo, é muito provável que um modelo autoritário de Estado prefira dar mais poderes ao juiz a conferir garantias contrajurisdicionais às partes. Outrossim, em Estados

[4] Nesse sentido, o "formalismo processual" diz respeito, portanto, à organização do processo e a distribuição das atividades e posições dos sujeitos processuais. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. Sobre o tema, ver também SATTA, Salvatore. Il formalismo nel processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958.

caracterizados por valores liberais, é provável que a liberdade do indivíduo esteja acima do poder do Estado, razão pela qual a tendência é que o modelo processual seja construído em prol das partes, e não do Estado-juiz. Portanto, ao contrário do que à primeira vista possa parecer, o estudo de "modelos processuais" não é uma tarefa simples, uma vez que, embora dependa, principalmente, de elementos extraídos do direito positivo de um determinado Estado, também envolve questões relacionadas, pelo menos, à ciência política e à ideologia em sentido estrito (compromisso com o poder ou sua luta)[5].

Diante dessa complexidade, o mais comum é o estudo do tema a partir de "modelos ideais", ou seja, de modelos que levam em consideração certas características, as quais, caso presentes no direito positivo objeto de análise, seriam suficientes para adjetivá-lo. Nessa perspectiva, dois modelos costumam fazer frente à questão: os modelos inquisitorial e dispositivo (também chamado de adversarial ou acusatório).

Do ponto de vista de uma "teoria unitária do processo" – que não diferencia, do ponto de vista constitucional (do ponto de vista da processualística), as garantias contrajurisdicionais penais, civis, trabalhistas, etc. –, o estudo dos modelos processuais deve partir da Constituição, sendo, ademais, inconcebível, que o procedimento civil possua um "modelo processual", distinto, por exemplo, do procedimento penal. Entendimento contrário nos conduziria inevitavelmente à equivocada premissa de que os "modelos processuais" devem ser construídos pelo legislador infraconstitucional sem, necessariamente, pagar tributo à Constituição[6]. Essa premissa

[5] Para um aprofundamento da noção de ideologia em sentido amplo e estrito com vistas a compreensão do fenômeno processo, ver PEREIRA, Mateus Costa. Processo e ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual. *Revista brasileira de direito processual – RBDPro*. Ano. 26, n. 103, jul./set. 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 283-296.

[6] Há quem entenda o contrário. Fredie Didier Jr., por exemplo, considerada que existem diversos modelos de direito processual e que "todos eles podem ser considerados em *conformidade* com o princípio do devido processo legal". Desse

somente seria verdadeira em casos nos quais a Constituição nada diz sobre o processo e deixa livre ao legislador infraconstitucional a tarefa de construir os diversos procedimentos nos quais as partes e o Estado-juiz atuam. Porém, esse não é o caso da maior parte das Constituições democráticas na atualidade. Não é o caso, portanto, da Constituição brasileira.

Conforme lição de Franco Cordero, os adjetivos "inquisitório" e "acusatório/dispositivo" costumam ser usados em, pelo menos, dois sentidos: no primeiro sentido, os termos sublinhariam a diferença entre os procedimentos instaurados de ofício pelo Estado-juiz (no caso, o modelo inquisitorial) e aqueles nos quais o início do procedimento pressupõe um pedido de tutela jurisdicional formulado pela parte (no caso, o modelo dispositivo ou adversarial). Justamente por isso, se costuma dizer que o processo pautado pelo modelo dispositivo, ao

modo, tudo dependeria "do que se entende por *devido processo legal*, que, como visto, por se tratar de cláusula geral, é texto cujo conteúdo normativo variará sobremaneira a depender do espaço e do tempo em que seja aplicado" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Vista, ampliada e e atualizada. Volume 1. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 121). Subjacente ao pensando de Didier Jr. Está, no entanto, uma compreensão de que a Constituição consagra uma série de normas que podem ser ponderadas pelo Poder Judiciário e, ao que tudo indica, pelo legislador, dando a este uma maior liberdade na construção de sistemas processuais distintos. Desse modo, o elemento de direito positivo suficiente para a identificação de um modelo processual seria a legislação infraconstitucional, e não a Constituição, o que é bastante coerente com o pensamento de Fredie Didier Jr., para quem "nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o "princípio dispositivo" e, em relação ao outro, o "princípio inquisitivo". E aí reside outro problema: se as expressões "princípio dispositivo" e "princípio inquisitivo" são – como veremos adiante – máximas utilizadas para identificar as opções políticas utilizadas pelo legislador para construir um determinado sistema procedimental, elas não constituem escolhas legislativas que antecedem o fenômeno político e, portanto, as razões políticas e ideológicas em sentido estrito que levaram o legislador por dar maior ou menor ênfase aos poderes do juiz. Na verdade, somente é possível falar em princípio dispositivo ou inquisitivo para catalogar e explicar um determinado sistema de direito positivo.

contrário do inquisitorial, seria um processo de partes[7].

Esse primeiro sentido, gradualmente, passou a ter menor importância, justamente porque os sistemas processuais modernos reservaram a um órgão do Estado diverso do órgão jurisdicional, no caso, o Ministério Público, a tarefa da dar início ao procedimento no âmbito penal e no âmbito civil – nas causas em que a lei lhe confere legitimidade extraordinária para a defesa de interesses difusos e direitos coletivos.

O segundo sentido, que é o que mais nos interessa, configuraria dois modos diametralmente opostos de compreender o que acontece no processo: no modelo inquisitivo, confere-se ao juiz um crédito ilimitado, dando-se menor importância à participação das partes, ao passo que, no modelo adversarial, a gestão da causa recai nas partes. Nesse sentido, Jacinto Coutinho diz que a principal diferença entre os dois modelos estaria na gestão da prova, que no modelo inquisitório ficaria a cargo do juiz, ao passo que, no modelo adversarial ficaria a cargo das partes. Por isso, é comum se referir que no sistema inquisitório seria possível, ao juiz, decidir e depois sair à cata da prova necessária ou suficiente (sempre na sua visão) para a condenação ou absolvição. Com isso o juiz tornar-se-ia senhor do processo[8].

A distinção entre os dois modelos (dispositivo vs. inquisitorial) não se restringe, porém, à gestão da prova. Ela pode ser ampliada para a gestão lato sensu da causa, o que nos permite identificar como inquisitoriais sistemas processuais nos quais a direção do processo pelo

[7] CORDERO, Franco. Linhas de um processo acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: estudos sobre a reforma do CPP no brasil. Volume 4. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018, p 18.

[8] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Democracia e sistema inquisitório: a farsa do combate à corrupção no Brasil. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil.* V. 4. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018, p. 112-113.

juiz (em sentido formal e até mesmo material) encontra-se presente em diversas opções legislativas. Modelos inquisitoriais de processo caracterizam-se, portanto, pela noção de que o processo é coisa do juiz (sache der richter, chose du judge), o qual dele se serve para o atingimento de diferentes escopos, sejam eles jurídicos, sejam eles meta-jurídicos. A acentuação do papel do juiz pode, assim, servir à justiça do caso concreto, à descoberta da verdade, à formação de precedentes, à educação das partes, à pacificação social, etc. Em linhas gerais, tem-se, no modelo inquisitorial do processo, o abandono da concepção segundo a qual a finalidade do sistema judiciário é a resolução de disputas inter partes.[9]

Parte da doutrina contemporânea refuta a possibilidade de identificação, no mundo real, modelos puramente adversarias ou inquisitoriais. Conforme Damaŝka, somente o significado básico da oposição permanece razoavelmente certo, de modo que, no modelo adversarial, o processo surge de uma disputa e se desenvolve com o compromisso de dois adversários perante um juiz relativamente passivo, cujo dever primordial consiste em ditar um "veredito" para o caso. Assim, ao passo que, no modelo adversarial, o desenvolvimento do processo compete às partes, no modelo inquisitorial a maior parte das ações são levadas a cabo pelos funcionários encarregados de administrar a justiça[10]. Contudo, mesmo aqueles que entendem que os dois modelos não se encontram de modo puro nos diversos sistemas processuais, não negam a possibilidade de visualizar uma relação entre a finalidade do processo, o papel do juiz e o modelo de Estado. Nesse sentido, é bastante conhecida na doutrina a contraposição realizada por Mirjan Damaŝka entre modelos de processo em Estados ativos (nos quais o processo serve para colocar em vigor a política estatal) e

[9] JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 176.

[10]DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere*: analisi comparatistica del processo. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002, p. 13.

reativos (nos quais o processo serve à resolução de disputas)[11].

A controvérsia sobre os dois modelos processuais clássico acabou gerando a defesa de um modelo intermediário, o qual se adequaria ao modelo de Estado contemporâneo. Por um lado, não há como negar que a configuração de um processo integralmente remetido à autônoma iniciativa individual dos particulares, e no qual a intervenção do juiz como longa manus do Estado é reduzida ao mínimo, tem fácil correspondente nas legislações liberais do século XIX, as quais consagravam a "ideologia liberal-burguesa" no processo civil[12]. As partes eram, desse modo, quase que "donas do processo" (o processo era coisa das partes - sache der parteien). Por outro lado, é inegável que a passagem do modelo liberal clássico de processo – caracterizado como um processo de feições dispositivas – para o modelo social-publicista de processo no final do século XIX e início do século XX deu lugar a um processo concebido como coisa do juiz (sache der richter), o qual veio a espelhar um lugar no qual se exprimia a autoridade do Estado, com o escopo não somente de tutelar os interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da

[11] Com efeito, o Estado reativo teria como única tarefa fornecer uma estrutura na qual os cidadãos perseguem os escopos que eles mesmos escolhem. Os seus instrumentos devem libertar as forças espontâneas da autogestão social. O Estado não conhece noções de interesse distinto dos interesses sociais e individuais (privados): não se trata de problemas tipicamente estatais, mas somente problemas sociais e individuais. Deste Estado "minimalista" se diz que o papel do Estado se restringe a somente duas coisas: proteger a ordem e construir um fórum para a resolução dos conflitos que não podem ser suavizados pelos próprios cidadãos. O Estado ativo, por sua vez, assume ou persegue uma teoria global das condições ideais de vida, e tenta utilizá-la como base de programas para o melhoramento moral e material dos cidadãos. Ao contrário da atitude reativa, em que o Estado está inundado de ceticismo, o Estado ativo é repleto de otimismo. A sua missão postula a capacidade intelectual de distinguir finalidade digna de ser perseguida e de formular corretamente diretivas idôneas para atingi-la (DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della gistizia e del potere*: analisi comparatistica del processo. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991, p. 136-147).

[12] TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, pp. 67-68.

administração da justiça[13]. A ideia de um meio termo entre os extremos do Estado liberal clássico e do Estado social, levou a doutrina a falar de um modelo misto, também denominado de cooperativo, no qual o processo, conforme Loïc Cadiet, deve ser visto como "chose des parties et chose du juge"[14].

Em primeiro lugar, a visão limitada à contraposição entre Estado liberal clássico e Estado social é, em alguma medida, incompleta. Isso porque o modelo inquisitorial de processo, aqui sintetizado na fórmula processo como coisa do juiz, não se resume apenas à ideia de Estado social. Estados absolutistas pré-liberais e Estados autoritários (independente da ideologia política que os fundam) também se caracterizam por uma concepção inquisitorial de processo.

Em segundo lugar, o denominado "modelo cooperativo" de

[13]TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 188.

[14] CADIET, Loïc. JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 8a ed. Paris: LexisNexis, 2013, p. 328. Para uma melhor precisar essa ideia cabe transcrever a seguinte lição de Loïc Cadiet: "le modèle du procès coopératif entend dépasser l'opposition entre la conception accusatoire du procès, conçu comme la chose des parties, et la conception inquisitoire du procès, conçu comme la chose du juge, de même que l'opposition entre common law et civil law. Dans la conception du modèle coopératif, le procès n'est ni la chose des parties, ni la chose du juge, mais à la fois la chose des parties et la chose du juge, car les parties et le juge sont nécessairement conduits à coopérer afin d'aboutir dans un délai raisonnable à la solution équitable et efficiente de l'affaire. Le procès est la chose des parties car c'est toujours l'intérêt des parties qui est en cause, même dans le procès pénal, mais c'est aussi la chose du juge, car la justice est un bien public dont les parties ne peuvent pas librement disposer: rendre la justice est une question d'intérêt général qui met en cause le respect des lois et la paix sociale. En outre, la saisine du juge met en oeuvre une institution publique dont le fonctionnement, financé par l'impôt national, ne peut pas être laissé à la seule initiative privée. Le budget de la justice n'est pas indéfiniment extensible et la justice ne doit pas seulement être rendue dans l'absolu du cas particulier dont le juge est saisi; elle doit l'être dans la totalité des affaires qui lui sont soumises et entre lesquels les moyens de la justice publique doivent être équitablement répartis" (CADIET, Loïc. Pour une "Théorie générale du procés". In: *Ritsumeikan Law Review*. n. 28. Kyoto: Ritsumeikan University, 2011, pp. 143-144).

processo longe está de ser um modelo intermediário. Trata-se, na verdade, conforme a feliz expressão do professor Luís Correia de Mendonça, de uma "maquilhagem cosmética do princípio inquisitório", no qual, ainda segundo o professor português, radicam as raízes da cooperação processual[15]. Seguindo essa linha de abordagem, desenvolveremos os tópicos seguintes.

2. SOBRE COMO AS BASES DOUTRINÁRIAS DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO BRASIL REVELAM QUE O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO NÃO PASSA DO VELHO E CONHECIDO MODELO INQUISITORIAL

Menções a respeito de "condutas cooperativas" entre as partes e o juiz no processo civil brasileiro podem ser encontradas em doutrinas da primeira metade do século XX, como é o caso de Alfredo Araújo Lopes da Costa, que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, defendia a possibilidade de o juiz "intervir nas alegações, na indicação das provas, para fazer esclarecê-las ou completá-las", na perspectiva de "uma colaboração entre as partes e o juiz, para o fim comum de chegar-se à descoberta da verdade dos fatos e da consequência jurídica que deles possa resultar"[16]. No entanto, foi somente a partir da década de 80 que começaram a aflorar as discussões a respeito da "colaboração processual" sob a ótica do que se passou a denominar problema da "divisão de trabalho entre o juiz e as partes".

Ainda no final da década de 80 e durante a década de 90, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao tratar do tema da "divisão de trabalho

[15] MENDONÇA, Luís Correia de. A cooperação processual civil à sombra do inquisitório. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, ano 29, n. 113, jan./mar. 2021, p. 50-51.
[16] LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Direito processual civil brasileiro (Código de 1939). V. 1. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, p. 431-433.

entre o juiz e as partes", já propugnava uma ideia de colaboração entre as partes e o juiz, diante da ausência de uma nítida e rígida repartição de funções entre as partes e o órgão judicial: "ao contrário, da análise do que realmente se passa, transparece claramente o entrelaçamento de ambas atividades, com mútua colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, possibilitada apenas pelo permanente diálogo entre os sujeitos processuais, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles"[17]. Aqui, cabe de pronto, fazer uma advertência: a defesa da "colaboração processual" nasceu já contaminada com uma leitura bastante restrita da garantia da imparcialidade judicial, olvidando, mesmo que inconscientemente, da chamada imparcialidade objetiva, da garantia da terceiridade, da noção de que o juiz não pode exercer poderes próprios das partes. Por isso, condição de não-parte ou, para usar a celebre expressão de Werner Goldschmidt, impartialidade[18].

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira retomou a temática da "colaboração processual" em 1998, com sua defesa do redimensionamento do princípio do contraditório, a partir da recuperação do valor essencial do diálogo na formação do juízo, "fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo"[19]. Em 2003, em escrito de maior fôlego sobre o tema, Alvaro de Oliveira encampou a bandeira de uma visão cooperativa de processo, com expressa alusão ao direito português e à máxima da cooperação (Kooperationsmaxime) do direito alemão. Nessa perspectiva, argumentava que "a ideia de

[17] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. v. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9.

[18] A propósito, ver GODLSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso (la partialidad y la parcialidad). Discurso leído en el Instituto Español de derecho procesal. Disponível em http://www.academiadederecho.org. Acesso em 04 de março de 2019.

[19] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Ajuris*: revista da associação dos juízes do Rio Grande do Sul. n.74. Porto Alegre: AJURIS, 1988, p. 107.

cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio". Para a consecução desse objetivo, defendeu o "fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes"[20].

Durante toda a década de 80, José Carlos Barbosa Moreira, de forma menos direta que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, foi responsável por uma série de artigos nos quais se poderia entrever elementos para a construção de um "modelo cooperativo de processo". Em um desses escritos, o professor carioca chegou a afirmar, em favor de um modelo processual fundado na colaboração das partes e do órgão judicial, que o "princípio da cooperação" estaria "fadado a resolver, em acorde harmonioso, a tradicional contraposição entre o modelo 'dispositivo' e o modelo 'inquisitivo' do processo civil"[21]. Grosso modo, a cooperação processual seria o alicerce de um modelo processual misto, capaz de harmonizar elementos de um modelo dispositivo e de um modelo inquisitório de processo. Nada muito diferente daquilo que Chiovenda já tinha defendido no início do século XX ao prescrever que, na prática, nem o "princípio dispositivo", nem o

[20] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Revista da *AJURIS:* Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. v.30, n.90, (jun. 2003). Porto Alegre: AJURIS, 2003, p. 63.

[21] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a "participação" do juiz no processo civil. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. Nesse mesmo sentido, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Dimensiones sociales del proceso civil. *Revista de processo*. São Paulo, v.12, n.45, p. 137-144, jan. 1987. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de processo*. São Paulo, v.14, n.53, p. 122-133, jan. 1989. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte, v.12, n.49, p. 51-68, jan. 1986. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

"princípio inquisitório" tinham aplicação de modo absoluto[22].

Embora Alvaro e Barbosa Moreira tenham buscado inspiração no direito alemão para escrever seus seminais ensaios sobre a "colaboração processual", a principal fonte de inspiração da doutrina brasileira que seguiu o pensamento dos referidos juristas foi, sem dúvida, o direito português. Para ser mais preciso, as lições de Miguel Teixeira de Sousa escritas diante das reformulações do Código de Processo Civil português de 1939, operadas pelos Decretos-Leis n.ºs 329-A/95 e 180/96. Foi com base no pensamento de Teixeira de Sousa que, no Brasil, foram sendo incorporados os chamados "deveres de cooperação do juiz para com as partes". A seguir voltaremos à análise dos referidos "deveres"; porém, desde já, é importante fazer a seguinte advertência: os deveres de cooperação do juiz para com as partes careciam de base normativa quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, realidade que persiste sob a égide do atual CPC, na medida em que é impossível extrair diretamente do art. 6.º específicos deveres de cooperação, pois estes dependeriam, no mínimo, de mediação legislativa.

A doutrina brasileira, animada pelas novidades introduzidas no direito português, procurou, por diversos caminhos, justificar um novo modelo de processo, vindo a denominá-lo de processo colaborativo, cooperativo ou comparticipativo. As três expressões, no final das contas, chegam ao mesmo lugar, mesmo que nem sempre os seus defensores sigam o mesmo percurso teórico.

Dierle José Coelho Nunes, partindo de uma leitura habermasiana do processo, deu ênfase a uma leitura do contraditório como garantia de influência e à existência de um dever de consulta do juiz para com as partes[23] - propostas já presentes no pensamento de

[22] CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azione. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium". *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Volume primo. Milano: Giuffrè, 1993, p. 174.

[23] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 226-227.

Alvaro de Oliveira nos seus escritos sobre contraditório que remontam à década de 90 –, para defender um modelo comparticipativo de processo. O pensamento de Dierle Nunes pode ser compreendido na ideia final de seu livro, da qual consta que "no pêndulo pró-juiz, de um lado, e pró-parte e advogado, do outro, a comparticipação e o policentrismo buscam o dimensionamento e o equilíbrio de concepções liberais e sociais em face das nuanças de aplicação normativa", o que contribuiria para uma possível democratização processual[24].

Logo após a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil brasileiro, Dierle Nunes, em obra de fôlego, escrita em coautoria com Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Melo Franco Bahia e Flavio Quinaud Pedron, reconhecendo a influência do modelo reformista português, defendeu textualmente a adoção de um "modelo processual comparticipativo/cooperativo". Chama a atenção, no ponto, a afirmação no sentido de que "desde as reformas dos anos 1990 e no recente Novo CPC daquele país [Portugal], há um afastamento em parte das tendências reformistas de caráter social, ou seja, da submissão do processo ao controle judicial como forma de afastar os inconvenientes do processo liberal". Nessa linha, com citações diretas de Miguel Teixeira de Sousa, referidos autores defendem que o atual CPC teria contemplado deveres de prevenção, esclarecimento, assistência das partes e de consulta, o que também estaria em conformidade com a reforma alemã de 1976[25].

Sucede que esse suposto afastamento das tendências reformistas de caráter social, embora desejável, é exatamente o oposto daquilo que é reiteradamente defendido por Miguel Teixeira de Sousa nos seus "Estudos sobre o Novo Processo Civil", obra plasmada nas

[24] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 251.

[25] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82-83.

novidades introduzidas pela reforma processual portuguesa ocorrida na década de 90[26]. Não é de se estranhar, portanto, que na própria exposição de motivos do Decreto 329-A/95 o legislador português tenha, em diversos momentos, defendido um juiz mais interventor, com amplos poderes de direção do processo, a fim de perseguir a "verdade material" e a justa composição do litígio. Tudo isso, para o legislador reformista, estaria ligado a uma ponderação entre os princípios dispositivo e da oficiosidade, em termos razoáveis e adequados, de modo que o princípio da cooperação seria uma espécie de compensação diante da previsão de um poder mais interventor do juiz.

Ao contrário do que defendem os "cooperativistas" que seguem a linha de Dierle Nunes, o modelo português – que inspirou a doutrina brasileira – é, sim, um modelo alicerçado no chamado socialismo processual. Miguel Teixeira de Sousa, chega a considerar que as reformas processuais dos anos noventa – pautadas pela "garantia da prevalência do fundo sobre a forma e, portanto, a orientação pela verdade material, que se procura alcançar através da concessão ao juiz de um papel mais interventor e da submissão da actuação do tribunal e das partes a um princípio da cooperação" – seriam o primeiro esforço de ruptura com algumas das tradições napoleônicas e liberais do processo civil nacional, especialmente quanto "ao âmbito de disponibilidade das partes sobre o processo e ao predomínio da discussão escrita sobre a oral, e de uma primeira actualização segundo as modernas 'correntes do tempo e do espírito no processo'", com referência direta ao pensamento de Franz Klein[27]. Nesse sentido, Miguel Teixeira de Sousa considera que a reforma representaria a consagração, em Portugal, das soluções do processo

[26] Registre-se que, no *direito português*, o *"princípio da cooperação"* começou a ganhar destaque desde que veio a ser mencionado nas *"Linhas Orientadoras da Reforma do Processo Civil"*, publicadas em 1993. Nesse sentido, MENDES, Armindo Ribeiro. As sucessivas reformas do processo civil português. *Julgar*. N. 16. Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 82.

[27] SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 27.

civil de característica do Welfare State[28], e que "a tarefa de assegurar, através da actividade assistencial do juiz, uma igualdade substancial entre as partes é uma preocupação oriunda do socialismo jurídico oitocentista, especialmente defendida, na área processual, pelo social-democrata austríaco Anton Menger e transposta pelo grande reformador Franz Klein para a Zivilprozeβordung austríaca de 1895"[29].

No Brasil, ao que tudo indica, a obra de Miguel Teixeira de Sousa somente foi citada naquilo que era conveniente para sustentar um "modelo cooperativo de processo". O pano de fundo do pensamento do jurista português permaneceu velado. Com isso, nossa doutrina consegue sustentar a "cooperação processual" e, ao mesmo tempo, insurgir-se contra o socialismo processual, como se fosse possível ficar com o melhor dos dois mundos! Diversas seriam as passagens da obra de Miguel Teixeira de Sousa que poderiam ser citadas para desnudar os compromissos ideológicos (temática levantada pelo próprio autor) da reforma processual portuguesa que serviu de base para a introdução da "cooperação processual" entre nós. No entanto, para não ser fastidioso, entendemos que a seguinte passagem, suficientemente, deixa claro que, para os reformistas portugueses, o interesse do Estado está acima do interesse dos indivíduos e que uma postura ativa e interessada dos tribunais estaria em atenção ao sentimento da população:

> O processo jurisdicional não pode deixar de reflectir essas preocupações sociais e de ser impregnado por uma concepção social: a solução dos conflitos não é uma matéria de mero interesse dos litigantes e estes não devem ser tratados como titulares abstractos da situação litigiosa, mas antes como indivíduos concretos com necessidades a que o direito e o processo devem dar resposta. Como referia com notável visão Franz Klein, ao sentimento popular é mais estranha a indiferença do tribunal perante a ameaça da ofensa ou a

[28] SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 28.
[29] SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 29.

> violação do direito de um indivíduo do que um maior empenhamento do tribunal na resolução do litígio[30].

Como se pode ver, a reforma processual portuguesa não buscou equalizar um modelo liberal e social de processo, mas, sim, introduzir um modelo social fortemente inspirado em autores como Anton Menger, Franz Klein, Giuseppe Chiovenda e, igualmente, José Alberto dos Reis – doutrinador responsável pelas principais legislações processuais da primeira metade do século XX em Portugal, cuja influência no Brasil é referida na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939. Não por acaso, para o próprio Miguel Teixeira de Sousa, a reforma processual da década de 90 se enquadraria completamente na linha evolutiva iniciada pela revisão da legislação processual encetada por José Alberto dos Reis[31]. Ainda que em tom especulativo, ao que tudo indica a reforma do processo civil português teria contribuído para dar continuidade aos elementos publicistas existentes no direito processual português desde a primeira metade do século XX. Seria, pois, uma espécie de gattopardismo processual, como diria Glauco Gumerato Ramos, inspirado na célebre frase "se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi" de Giuseppe Tomasi di Lampedusa.

Alguém poderia objetar as críticas formuladas ao background da cooperação processual em Portugal, buscando apoio em outros ordenamentos jurídicos. Afinal de contas, na Inglaterra, na França e, antes desses países, na Alemanha, a doutrina também fala em um "princípio da cooperação". Porém, o fato de a "cooperação processual" existir na legislação de outros países não faz dela um modelo supra-positivo. Além disso, um estudo superficial do direito estrangeiro já seria suficiente para mostrar que a compreensão da "cooperação

[30] SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 61.
[31] SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 29.

processual" e os seus limites normativos não é igual em todos esses países. Logo, por que no Brasil as coisas deveriam ser diferentes? Ou estaríamos a admitir que qualquer opção legislativa oriunda de países europeus seria melhor que o nosso próprio direito positivo? Aqui, a advertência muitas vezes feita pelo antes citado José Carlos Barbosa Moreira, a respeito do mal vezo de acharmos a grama do vizinho sempre mais verde, viria muito bem a calhar.

Na Alemanha, assim como em Portugal[32], a "cooperação processual" não é unanimidade. Isso sem contar que, também no direito alemão, a "cooperação processual" foi uma criação de correntes sociais do processo, normalmente voltadas a encontrar um equilíbrio entre o Dispositionsmaxime e o Inquisitionsmaxime. Nesse sentido, pode-se mencionar o excelente ensaio de Ronaldo Kochem, "Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)", publicado no volume 251 desta revista, no qual é realizada uma análise panorâmica do pensamento de Karl August Bettermann (1972), Peter Gillis (1977), Rudolf Wassermann (1978) e Bernhard Hahn (1983) a respeito da máxima da cooperação[33]. Em todos esses autores se verifica, em alguma medida, que a Kooperationsmaxime estaria ligada a uma concepção social de processo e uma possível atenuação do Dispositionsmaxime, quando não uma tentativa de encontrar o "caminho do meio" entre o modelo dispositivo e o modelo inquisitório de processo. Não muito diferente é a observação contida no famoso Zivilprozessrecht, de Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald, no sentido de que a reforma processual de 2001 teria enfatizado o significado do impulso

[32] Nesse sentido, pode-se mencionar as excelentes crítica formuladas em MENDONÇA, Luís Correia de. A cooperação processual civil à sombra do inquisitório. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, ano 29, n. 113, jan./mar. 2021. MENDONÇA, Luís Correia de. Vírus autoritário e processo civil. *Revista julgar*. Disponível em http://julgar.pt. Acesso em 22/02/2019.

[33] KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de processo*. v. 251. Janeiro de 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

processual material e intensificado o dever judicial de aconselhamento (§139, ZPO), vislumbrado como manifestação do Estado Social de Direito e mecanismo de gerenciamento do processo[34].

Embora a doutrina brasileira diga, assentada no modelo social de processo defendido por Rudolf Wassermann, que a cooperação processual se propõe a uma autorresponsabilização de todos os sujeitos processuais[35], tal entendimento é rechaçado em uma das obras de maior prestígio no direito processual alemão, o Zivilprozessrecht de Othmar Jauernig e Burkhard Hess. Para os referidos autores, a autorresponsabilidade das partes é mantida pelo princípio dispositivo, não havendo nenhum sentido em substituí-lo pelo chamado "princípio da cooperação". No entanto, conforme afiançam os referidos autores, na maioria das vezes a utilização do "princípio da cooperação" acentuaria a despedida do princípio da alegação da parte, com o fortalecimento do judiciário a partir do "princípio da verdade material". Assim, a noção de comunidade de trabalho seria preocupante na medida em que o processo é caracterizado por interesses contrapostos. Nessa linha, o "princípio da cooperação", na verdade, abriria mão da primazia da autorresponsabilidade das partes[36]. Vale dizer, o

[34] O § 139, 1, ZPO, prescreve que "o tribunal deve esclarecer as relações de fato e litigiosa, e, na medida que for necessário, as questões de fato e de direito com as partes, de modo a esclarecê-las e realizando perguntas. Ele precisa fazer com que as partes, de forma oportuna e completa, manifestem-se sobre fatos relevantes, em especial esclarecimentos insuficientes sobre fatos invocados no intuito de complementá-los para descrever os meios de prova e para interpor as petições que se adequem à causa". Com se verifica na obra citada, há quem entenda que "mandamentos de conselhos e perguntas não violam o dever de neutralidade judicial, mas se destinam a contribuir para garantir às partes um direito à prestação jurisdicional efetivo". No entanto, caso o direito positivo brasileiro contivesse dispositivo semelhante, necessário, ainda, seria delimitar o espaço desse "dever de esclarecimento", que, para Rosenberg, Schwab e Gottwald mais corretamente compõem deveres de questionar, aconselhar e argumentar. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 18. Aufl. München: C. H. Beck, 2018, p. 430-431.

[35] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 83.

[36] JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht*: ein Studienbuch. 30. Aufl. München: C. H. Beck, 2011. p. 104.

entendimento dos autores mencionados é totalmente oposto àquele defendido pela doutrina brasileira entusiasta da "cooperação processual".

As coisas não se passam de modo muito diferente, quando analisada a "cooperação processual" em outros ordenamentos jurídicos europeus, como é o caso da Inglaterra e da França. Em linhas gerais, os dois países introduziram, em seu sistema normativo, disposições a respeito da cooperação processual com o propósito de combater características de um modelo adversarial de processo – embora isso fique muito mais acentuado na Inglaterra do que na França[37].

Embora na França a "colaboração processual" não seja visualizada como um elemento central para a superação de um modelo adversarial de processo, tal como ocorre na Inglaterra, não há dúvida de que se trata de uma forma de, pelo menos, mitigar referido modelo, atribuindo-se maiores poderes ao juiz, sob uma perspectiva publicista na qual o processo passa a ser visto não somente como coisa das partes, mas como coisa do juiz e das partes[38]. Por isso, os franceses preferem falar da cooperação processual como uma alternativa tanto ao modelo adversarial (dispositivo) quanto ao modelo inquisitorial. A cooperação processual seria o milagroso remédio conciliatório que permitiria a defesa do melhor dos dois mundos.

Não por acaso, Cadiet refere que o princípio da cooperação seria a base de uma renovação da tradicional questão dos papéis das partes e do juiz, notadamente no âmbito da gestão do processo – o qual, cada vez mais, se encontraria sujeito a pressões econômicas e a uma retórica da qualidade –, garantindo um equilíbrio permanente entre eficiência e exigência de equidade[39]. Isso fica bastante evidente

[37] O tema foi desenvolvido com mais fôlego em RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. *Temas de garantismo processual*: ensaios sobre o processo jurisdicional como garantia da liberdade. Londrina, PER: Thoth, 2024.

[38] CADIET, Loïc. JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 8a ed. Paris: LexisNexis, 2013, p. 328 Também, CADIET, Loïc. Pour une "Théorie générale du procés". In: *Ritsumeikan Law Review*. n. 28. Kyoto: Ritsumeikan University, 2011, p. 143-144.

[39] CADIET, Loïc. Quelle procédure civile pour quelle société civile? Point de vue

nos três primeiros artigos do code de procédure civile, os quais, ao mesmo tempo em que incumbe às partes o ônus de conduzir o processo, com responsabilidade pela prática de todos os atos, na forma e tempo necessário, atribuem ao juiz o dever de garantir o bom andamento do processo, gerindo o tempo e ordenando as medidas necessárias[40]. O domínio das partes quanto ao processo seria contrastado pela concessão de poderes de iniciativa ao órgão julgador. Com efeito, o principe de coopération du juge et des parties seria o elemento definidor das disposições contidas no capítulo intitulado principes directeurs du procès[41].

Enquanto na Inglaterra a "colaboração processual" marca uma tentativa de superação do modelo adversarial de processo em favor de um discurso favorável a um modelo inquisitorial, na França a doutrina parece ser um pouco mais comedida, enxergando na "colaboração processual" um ponto de equilíbrio entre os dois modelos. Se, por um lado, a defesa de uma espécie de modelo misto – que os franceses preferem chamar de modelo pautado pelo princípio da colaboração – não constitua nenhuma novidade, o que mais interessa saber é o seguinte: o direito processual brasileiro, historicamente, padece de um "excesso de elementos adversariais" capaz de justificar, pela via da "colaboração processual" a construção de um modelo "menos adversarial", como se defendeu na Inglaterra, ou de um modelo "equilibrado" ou misto, tal como defendido pela doutrina francesa? Ou ainda, por que as soluções do direito estrangeiro, necessariamente, serviriam para nós?

---

français. In: RHEE, C.H. van. HERBAUT, D. STORME, Marcel. The French Code of civil procedure (1806) after 200 years. The civil procedure tradition in France and abroad. Mechelen, Belgium: Kluwer, 2008, p. 369.

[40] FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011, p. 67.

[41] CADIET, Loïc. Quelle procédure civile pour quelle société civile? Point de vue français. In: RHEE, C.H. van. HERBAUT, D. STORME, Marcel. The French Code of civil procedure (1806) after 200 years. The civil procedure tradition in France and abroad. Mechelen, Belgium: Kluwer, 2008, 370.

Ao contrário do que possa parecer – e aqui não se pretende fazer nenhum juízo a respeito de possíveis erros e acertos das opções tomadas no direito inglês e no direito francês –, o fato é que, no Brasil, padecemos de um excesso de inquisitoriedade, e não o contrário. Sobre o ponto, a leitura do minucioso relatório a respeito do chamado case management no Brasil, elaborado por Teresa Arruda Alvim, Guilherme Peres de Oliveira e Rodrigo Barioni, é bastante elucidativa, pois, com diversos exemplos, revela que nosso sistema é inquisitorial, contendo diversos dispositivos tendentes a conferir amplos poderes aos juízes e tribunais[42].

3. DA AUSÊNCIA DE BASE NORMATIVA PARA FUNDAMENTAR A EXISTÊNCIA DE DEVERES DE COOPERAÇÃO DO JUIZ PARA COM AS PARTES

Corroborando a afirmação de que a "cooperação processual" não passa de um slogan que esconde uma visão inquisitorial de processo, nossa segunda linha de abordagem crítica do tema reside na ausência de uma base normativa para fundamentar a existência de deveres de cooperação do juiz para com as partes. É bem verdade que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou-se a defender que tais deveres decorreriam diretamente do artigo 6.º do referido diploma procedimental. Contudo, tal argumento é merecedor de uma série de observações. Destacaremos cinco pontos.

A existência de deveres de cooperação do juiz para com as partes costuma ser defendida, no Brasil, a partir de diferentes pontos de partida. Um deles, é a defesa de um "princípio da cooperação", o qual tem status normativo, no mínimo, duvidoso. O que autorizaria dizer que a cooperação processual é um princípio? De onde ele arranca

[42] ALVIM, Teresa Arruda. OLIVEIRA, Guilherme Peres de. BARIONI, Rodrigo. Case management: brazilian report. *Revista de processo*. vol. 282. Agosto de 2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, *passim*.

a sua normatividade? Há algum dispositivo constitucional que serve de alicerce para dele se extrair um princípio da cooperação? Se a cooperação é decorrência do direito fundamental ao devido processo legal ou do direito fundamental ao contraditório – estes, sim, expressos na Constituição – como funcionaria o movimento de derivação de um princípio de outra norma de direito fundamental? Estariam os cooperativistas a reescrever um princípio expresso na Constituição para, extrapolando os limites semânticos do texto normativo, criar um "novo princípio"?

Alguém poderia dizer que o princípio da cooperação está previsto no art. 6.º do atual CPC. Ora, se isso é verdade, então seria necessário admitir que antes de 2015 o princípio da cooperação processual sequer existia. Ademais, questionável seria a força normativa do referido "princípio" diante de outros princípios de status constitucional[43]. Afinal de contas, como se daria o conflito entre o

[43] Por sinal, não é incomum na doutrina brasileira a catalogação de princípios em diferentes graus normativos. Com efeito, para Moacyr Amaral dos Santos, cada sistema processual se calca em princípios que se fazem presentes em todos os sistemas, com aplicação mais ou menos intensa, e em princípios outros que lhe são próprios, que o caracterizam. Os princípios gerais de cada sistema permitiriam ao legislador a criação de novos institutos e, ao intérprete, dar a inteligência dos que no sistema se estruturam, o sentido e a aplicação das normas legais que os disciplinam, propiciando, assim, a colaboração da ciência jurídica na obra incessante do aprimoramento do processo, visando sua adaptação às circunstâncias ocorrentes com as transformações dos fenômenos sociais (SANTOS, Moacyr Amaral. Novas linhas de direito processual. 2º volume, 23ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 73). Apesar de trabalhar numa postura bem mais arrojada, Cássio Scarpinella Bueno também distingue os princípios constitucionais do processo dos princípios informativos ou fundamentais (por ele denominados infraconstitucionais do processo), fazendo uma distinção entre as duas figuras (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. v.1: teoria geral do direito processual civil. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 444). A mesma distinção pode ser visualizada em Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, os quais distinguem os direitos fundamentais processuais (contraditório, igualdade, motivação, etc.) das "normas jurídicas estruturantes do processo civil, as quais seriam compostas por outros princípios (segurança, efetividade, dispositivo, inquisitório, impulso processual, demanda, conhecimento oficioso do direito, adequação, colaboração, duplo grau de jurisdição, oralidade, preclusão e economia

"princípio da cooperação" – um "princípio infraconstitucional" – com princípios constitucionais (normas de direitos fundamentais), como o contraditório, a imparcialidade, a igualdade, etc. Seria então a cooperação processual uma forma de fazer prevalecer normas infraconstitucionais frente à Constituição? Por sinal, como bem demonstrou Diego Crevelin na mais completa crítica que a "cooperação processual" já recebeu no direito brasileiro, o chamado "dever de auxílio" ou não é propriamente um dever de auxiliar, mas manifestação do dever estatal de prestar tutela jurisdicional às partes, ou é inconstitucional por explicitar funções típicas de parte e/ou de advogado exercitável pelo juiz[44].

Não fosse tudo isso, é comum ver entre "cooperativistas" a afirmação de que, sendo um princípio, a cooperação estabelece um estado ideal de coisas como a exigência de que o ambiente processual se forme em torno de uma comunidade de trabalho e que o juiz coopere com as partes[45]. Mas como se estabelecem esses "deveres" de cooperação do juiz para com as partes? Qual a dimensão normativa desse dever? Quais as consequências da ausência de cooperação? Quando e como se dá a "aplicação" do princípio da cooperação? Os argumentos a favor de um "princípio da cooperação" esbarram em questões elementares de teoria do direito, de direito constitucional e de metodologia jurídica, que, por serem tantas, precisariam ser

processual) ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

[44] CREVELIN, Diego. O caráter mítico da cooperação processual. *Empório do direito*. Disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa. Acesso em 06/12/2017.

[45] Essa posição é bastante recorrente entre os "cooperativistas". Para uma síntese a respeito do tema, sob o olhar "cooperativista", ver PIMENTA, Henrique de Souza. A cooperação no CPC-2015: colaboração, comparticipação ou cooperação para o processo. Dissertação (mestrado em direito processual). Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Dissertação defendida em 2018.

desenvolvidas em artigo dedicado exclusivamente ao tema. Nessa linha, quando a doutrina afirma, por exemplo, que a violação do dever de cooperação pelo juiz importa em violação ao "direito ao processo justo"[46] parte-se de uma premissa de que o "direito fundamental ao processo justo" (rectius, direito ao devido processo legal)[47] seria a base normativa do "princípio da cooperação" e que, portanto, da "cláusula do devido processo" seria possível, ao gosto de correntes doutrinárias específicas, criar deveres e obrigações, tanto para as partes quanto para o juiz. Logo, se alguém experimentasse afirmar que é possível extrair da cláusula do devido processo legal o princípio da não-cooperação, também não seria possível rechaçá-lo.

Também não é incomum o argumento de que o juiz tem o dever de cooperar para com as partes e que isso pode ser demonstrado a partir de dispositivos legais específicos, como é o caso daqueles que prescrevem o direito da parte à emenda da petição inicial, com o esclarecimento dos pontos a serem corrigidos (art. 321, CPC), o direito a que seja expedido ofício para órgãos públicos, a fim de obter informações a respeito, por exemplo, do local em que domiciliado o réu (art. 319, §1.º), o direito da parte corrigir eventuais vícios de modo a evitar a extinção do processo (art. 317, CPC). Como as regras a partir das quais se costuma "extrair" a normatividade[48] do "princípio da

[46] Nesse sentido, dentre outros, MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 55-68, abr. 2011.

[47] Para uma crítica ao slogan do "processo justo", ver o capítulo 5 do nosso *Temas de Garantismo Processual*,

[48] Por sinal, também é bastante comum a utilização do termo "princípio" entre os processualistas para designar generalizações extraídas de um conjunto de regras. A propósito, pode-se mencionar o pensamento de Peyrano, para quem a chave para saber quando se está frente a um legítimo princípio processual reside em comprovar se o propugnado explica satisfatoriamente as soluções aportadas por um setor, mais ou menos amplos, de normas processuais. Desse modo, princípio seriam espécies normativas extraídas de regras jurídicas expressas. Nesse sentido, Peyrano procura definir os princípios processuais como "construcciones normativas jurídicas de índole subsidiaria, producto de la más cuidadosa decantación técnico-sistemática de las normas que regulan un processo civil dado; no excluyentes, en

cooperação" já existiam no antigo CPC – é o caso, por exemplo, dos artigos 340, I, 342, 282, 283, 355, 360, 475-B, §3.º, todos do CPC de 1973 – seria forçoso admitir que a "cooperação processual" sempre esteve presente na legislação brasileira e que, na verdade, faltava alguém descobri-la, identificá-la e nominá-la.

E mais, nessa mesma linha, os "cooperativistas" teriam que admitir que a existência de deveres de cooperação depende de regra jurídica específica – vale dizer, uma regra específica para cada dever imposto ao juiz ou as partes para adotar condutas "cooperativas". Sendo assim, e tendo em vista que em nenhum dos dispositivos utilizados pelos "cooperativistas" exista previsão de que o juiz está auxiliando, prevenindo, consultando, etc., referidos deveres cumpririam apenas a função de identificar com etiquetas certos deveres judiciais. Consequentemente, a cooperação não seria uma norma jurídica, mas apenas uma espécie de "princípio explicativo", uma máxima utilizada para explicar de forma didática um conjunto de regras jurídicas, como é o caso daquilo que nossos processualistas costumam chamar de princípios informativos. É o exemplo dos "princípios" da oralidade e da escritura, os quais carecem de qualquer normatividade.

Portanto, a ausência de específicos deveres de cooperação processual no Código de Processo Civil brasileiro, reduz drasticamente a normatividade do próprio artigo 6.º, cuja intenção normativa não passa, efetivamente, de uma proposta de mudança cultural que, quando muito, poderia ser compreendida como um desejo de condutas cooperativas pelas partes, a serem alcançadas por meio da

---

general, de sus antítesis lógicas o de las consecuencias de éstas; que contribuyen a integrar los vacíos que presente la regulación normativa donde ven la luz; pero cuya primera misión es la de servir de faro para que el intérprete, sea juez, legislador o tratadista, no equivoque el camino y olvide que toda solución procedimental propuesta debe harmonizar con ellas, so pena de introducir la incoherencia allí donde resulta más nefasta; es decir, em el ámbito del proceso" PEYRANO, Jorge W. El proceso civil: princípios y fundamentos. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 49. Sobre o tema, consultar o capítulo 8 do nosso *Temas de Garantismo Processual*.

autocomposição e da celebração de negócios jurídicos processuais. Nada mais que isso. No ponto, não é demais lembrar que nem mesmo em Portugal a doutrina tem admitido uma aplicação per saltum do "princípio da cooperação", do qual somente seria possível extrair situações jurídicas previstas em regras legais expressas concretizadoras do referido "princípio"[49]. Ainda assim, diz Miguel Teixeira de Sousa que, se o dever de cooperação "resultar de uma previsão 'aberta', deve entender-se que a determinação da situação que o impõe cai no âmbito da discricionariedade do tribunal, pelo que a sua omissão não produz qualquer nulidade processual"[50].

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se verificou nos itens precedentes, a defesa de um "modelo cooperativo de processo" costuma estar associada (i) às tendências sociais de processo – o que é expressamente defendido por Miguel Teixeira de Sousa e por boa parte da doutrina alemã responsável pela difusão da "máxima da cooperação" –; e, também, (ii) a uma espécie de mitigação do "modelo adversarial de processo" – o que pode ser verificado no discurso reformista inglês.

Na verdade, a defesa de um "princípio da cooperação processual", cujo status normativo imediato somente poderia ser encontrado no art. 6.º do Código de Processo Civil – isso, obviamente, para aqueles que defendem a existência de um "princípio da cooperação" em tese dotado de força normativa –, representa um modo de conciliar características dignas de um "modelo dispositivo" com características de um "modelo inquisitorial", centrado, portanto, na figura do juiz e sem pagar tributo à Constituição – até porque se é

[49] Nesse sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. Um reclamo aos processualistas civis, um alerta aos processualistas penais. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Processo e garantia*. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 89.
[50] SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 68.

o CPC que determina o "modelo cooperativo de processo" praticamente todos os cooperativistas brasileiros precisariam defender que, antes do atual CPC estavam errados ao afirmar a existência de um "modelo cooperativo de processo".

A maneira com a qual os "cooperativistas" derivam da cláusula do devido processo legal o "modelo cooperativo de processo" ainda é um mistério, especialmente quando se admite que, em um modelo cooperativo, a garantia da imparcialidade (em sentido objetivo e subjetivo) parece ter menos importância que outros direitos fundamentais. Seria o modelo cooperativo somente uma forma mais arrojada de tratar da garantia do contraditório?

Ao que tudo indica, a discussão sobre a existência de um "modelo cooperativo de processo" tem status Constitucional. Do mesmo modo, a falta de um olhar constitucional é o que tem justificado críticas rasteiras ao "garantismo processual", ao ponto de ser tratado como uma espécie de "neoprivatismo processual" ou de uma doutrina que somente se sustenta numa perspectiva estritamente liberal – o que foi rechaçado, com maestria, por Eduardo José da Fonseca Costa no ensaio Garantismo, Liberalismo e neoprivatismo[51]. Poderíamos tornar o debate mais frutífero partindo, primeiramente, da noção que "cooperativistas" têm da Constituição, se uma "ordem de valores" ou uma "ordem-quadro". Pela primeira opção, de que a Constituição é uma ordem de valores, os quais seriam passíveis de ponderação, talvez seja possível compreender a relativização de certas garantias contrajurisdicionais – como é o caso da imparcialidade – em prol de outros "valores". Adotando a noção de Constituição como "ordem-

[51] Nesse sentido, "o garantismo é uma teoria *jurídico-dogmática*: procura refundar o processo como uma instituição garantística de direito *público* material constitucional e, com isso, proteger os jurisdicionados contra eventuais abusos cometidos pelos exercentes da função jurisdicional. Já o liberalismo processual é um modelo *político-ideológico*, que projeta as suas ideias-força sobre o processo, plasmando um modelo *privatista*, mandevilliano e, portanto, adversarial" (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Garantismo, liberalismo e neoprivatismo. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Processo e garantia*. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 116).

quadro", forçadamente teríamos que discutir os limites da moldura constitucional a que estaria adstrito o legislador e se a inserção de cláusulas gerais acerca da cooperação processual na legislação infraconstitucional (CPC) seria suficiente para a construção de um "modelo cooperativo de processo"52.

Por mais que se diga que o embate entre os modelos dispositivo e inquisitório esteja superado, o fato é que referida discussão sempre acaba vindo à tona quando se fala em um "modelo cooperativo". Em Portugal, por exemplo, não somente Miguel Teixeira de Sousa defendeu a cooperação processual ao lado da concessão de poderes de intervenção do juiz, como também autores como Antônio Geraldes Santos Abrantes, para quem as propostas cooperativistas seriam uma exceção ou abrandamento do "princípio dispositivo", de modo que o diálogo franco entre todos os sujeitos do processo permitiria soluções mais justas sem perder de vista a natureza publicística do processo, a qual implica que a sua direção pertence ao juiz[53]. Com isso, ao criticar o "modelo cooperativo de processo" não estamos defendendo que o juiz tenha quer ser um "dois de paus" ou um "juiz fantoche" como diziam os críticos do modelo liberal clássico de processo. A questão reside justamente no modo como os "cooperativistas" toleram a concessão de amplos poderes ao juiz, seja no âmbito probatório, seja no manejo de cláusulas gerais que tornam o processo um instrumento a seu dispor, sempre com uma constante quebra da imparcialidade. Daí a observação no sentido de que o

[52] O debate acerca do sentido da Constituição, se uma ordem de valores ou uma ordem-quadro advém do constitucionalismo alemão, sendo possível visualizar a crítica à noção de ordem de valores em BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Die methoden der verfassungsinterpretation* - Bestandsaufnahme und Kritik. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 58.

[53] GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Vol. 1. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 88.

modelo cooperativo do processo não passa de uma versão mitigada do modelo inquisitorial. A defesa da cooperação no direito estrangeiro, a propósito, não nos permite chegar a outra conclusão.

Da nossa parte, entendemos ser impossível extrair da Constituição brasileira um modelo cooperativo de processo. Afinal de contas, referido modelo é repleto de feições inquisitoriais, acarreta quebras constantes da imparcialidade judicial na medida em que permite ao juiz praticar atividades próprias das partes e, ainda, cria poderes judiciais sem base normativa, afrontando, pelo menos, a garantia da legalidade. Por tudo isso, e considerando toda a historicidade em que está imersa a garantia do devido processo legal – já compreendido como direito fundamental de defesa – não é possível imaginar que o art. 5.º, LIV da CF sirva de base para a chamada "cooperação processual".

Consequentemente, se entendermos, como fazem os cooperativistas, que é possível extrair do art. 6.º do CPC deveres de cooperação do juiz para com as partes, bem como deveres de cooperação das partes com o juiz, seremos obrigados a considerá-lo inconstitucional (pelo menos a interpretação atribuída ao referido dispositivo, própria dos "cooperativistas" que, sem amparo legal, cria poderes judiciais com feições nitidamente inquisitoriais e contrárias à garantia da imparcialidade). Ao que tudo indica, a expressão "cooperar entre si" presente no art. 6.º do CPC reflete – de forma bastante ruim e insuficiente, no máximo – uma opção legislativa no sentido de prestigiar práticas em que se verifica uma atuação conjunta das partes, como, por exemplo, a autocomposição e a celebração de negócios jurídicos processuais. Obviamente que, se limitarmos o art. 6.º do CPC a isto, ele não será taxado de inconstitucional. Porém, nesse caso, já estaríamos falando de "outra coisa" e não mais daquilo que boa parte da doutrina brasileira entende por "cooperação processual". Em linhas gerais, o que se tem denominado de "cooperação processual" não passa de um novo rótulo para um modelo inquisitorial e arbitrário de processo que teima em se manter vivo entre nós.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da AJURIS**: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. v.30, n.90, (jun. 2003). Porto Alegre: AJURIS, 2003.

_____. A garantia do contraditório. **Ajuris**: revista da associação dos juízes do Rio Grande do Sul. n.74. Porto Alegre: AJURIS, 1988.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de processo**. v. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ALVIM, Teresa Arruda. OLIVEIRA, Guilherme Peres de. BARIONI, Rodrigo. Case management: brazilian report. **Revista de processo**. vol. 282. Agosto de 2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Sobre a "participação" do juiz no processo civil. **Temas de direito processual:** quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Alguns problemas atuais da prova civil. **Revista de processo**. São Paulo, v.14, n.53, p. 122-133, jan. 1989.

_____. Dimensiones sociales del proceso civil. **Revista de processo**. São Paulo, v.12, n.45, p. 137-144, jan. 1987.

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista brasileira de direito processual.** Belo Horizonte, v.12, n.49, p. 51-68, jan. 1986.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Die methoden der verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik. In:

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Staat, Verfassung, Demokratie. **Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

CADIET, Loïc. JEULAND, Emmanuel. **Droit judiciaire privé**. 8a ed. Paris: LexisNexis, 2013.

_____. Pour une "Théorie générale du procés". In**: Ritsumeikan Law Review.** n. 28. Kyoto: Ritsumeikan University, 2011.

_____. Quelle procédure civile pour quelle société civile? Point de vue français. In: RHEE, C.H. van. HERBAUT, D. STORME, Marcel. **The French Code of civil procedure (1806) after 200 years.** The civil procedure tradition in France and abroad. Mechelen, Belgium: Kluwer, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azione. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium". **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937).** Volume primo. Milano: Giuffrè, 1993.

CORDERO, Franco. Linhas de um processo acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil:** estudos sobre a reforma do CPP no brasil. Volume 4. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Garantismo, liberalismo e neoprivatismo. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**. Londrina, PR: Thoth, 2021.

_____. Um reclamo aos processualistas civis, um alerta aos processualistas penais. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia.** Londrina, PR: Thoth, 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Democracia e sistema inquisitório: a farsa do combate à corrupção no Brasil. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil:** estudos sobre a reforma do CPP no Brasil. V. 4. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018.

CREVELIN, Diego. **O caráter mítico da cooperação processual. Empório do direito**. Disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa. Acesso em 06/12/2017.

DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere**: analisi comparatistica del processo. Edizione originale: The faces of justice and State Authority. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Vista, ampliada e e atualizada. Volume 1. Salvador: JusPodivm, 2016.

FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011.

GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da reforma do processo civil.** Vol. 1. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

GODLSCHMIDT, Werner**. La imparcialidad como principio básico del proceso (la partialidad y la parcialidad).** Discurso leído en el Instituto Español de derecho procesal. Disponível em http://www.academiadederecho.org. Acesso em 04 de março de 2019.

JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. **Zivilprozessrecht:** ein Studienbuch. 30. Aufl. München: C. H. Beck, 2011.

JOLOWICZ, John Anthony. **On civil procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). **Revista de processo**. v. 251. Janeiro de 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LANGER, Máximo**. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo**. Revista brasileira de direito processual penal, v. I, n. 1, 2015.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil brasileiro (Código de 1939).** V. 1. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946.

MENDES, Armindo Ribeiro. **As sucessivas reformas do processo civil português**. Julgar. N. 16. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

MENDONÇA, Luís Correia de. A cooperação processual civil à sombra do inquisitório. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, ano 29, n. 113, jan./mar. 2021.

_____. Vírus autoritário e processo civil. **Revista julgar**. Disponível em http://julgar.pt. Acesso em 22/02/2019.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 55-68, abr. 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba, Juruá, 2009.

PEREIRA, Mateus Costa. Processo e ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual. **Revista brasileira de direito processual – RBDPro**. Ano. 26, n. 103, jul./set. 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEYRANO, Jorge W. **El proceso civil**: princípios y fundamentos. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 49. Sobre o tema, consultar o capítulo 8 deste livro.

PIMENTA, Henrique de Souza. **A cooperação no CPC-2015: colaboração, comparticipação ou cooperação para o processo**. Dissertação (mestrado em direito processual). Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Dissertação defendida em 2018.

RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. **Temas de garantismo processual:** ensaios sobre o processo jurisdicional como garantia da liberdade. Londrina, PER: Thoth, 2024.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter.

Zivilprozessrecht. 18. Aufl. München: C. H. Beck, 2018.

SATTA, Salvatore. Il formalismo nel processo. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,** 1958.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi**. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Larissa Pinheiro Quirino

A IMPORTÂNCIA DE FREAR O CAPITALISMO FINANCEIRO PARA MINIMIZAR A DESIGUALDADE SOCIAL: UMA ANÁLISE DA REALIDADE BRASILEIRA

A IMPORTÂNCIA DE FREAR O CAPITALISMO FINANCEIRO PARA MINIMIZAR A DESIGUALDADE SOCIAL: UMA ANÁLISE DA REALIDADE BRASILEIRA

Larissa Pinheiro Quirino
Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Procuradora Municipal. Advogada

RESUMO

O artigo tem como objeto a análise de como o atual capitalismo financeiro, aliado a um sistema tributário regressivo, concorre para a acentuação de uma situação de desigualdade social; além de propor mecanismos que poderiam vir a frear a concentração da riqueza decorrente do sistema econômico e tributário atual no Brasil. O marco teórico principal deste estudo serão os trabalhos desenvolvidos pelo economista Thomas Piketty, bem como as pesquisas realizadas pelo seu orientando, Marc Morgan. Foi utilizado o método hipotético-dedutivo, desenvolvendo-se uma pesquisa qualitativa, onde se revisou dados previstos em documentos legais e em estatísticas apresentadas pelo World Inequality Database, além de ter sido feita uma revisão bibliográfica. Com o estudo realizado, conseguimos confirmar a hipótese de que o aumento da carga tributária sobre os bens e rendas de capital, incidindo mais severamente sobre os que ocupam o topo da pirâmide social, mostra-se como um meio indispensável para se conseguir alcançar uma justiça fiscal.

Palvras-Chave: Capitalismo Financeiro. Desigualdade Social. Sistema Tributário Regressivo. Progressividade Fiscal. Justiça Fiscal

ABSTRACT

The article has as its object the analysis of how the current financial capitalism, allied to a regressive tax system, contributes to the accentuation of a situation of social inequality; It also proposes mechanisms that could curb the concentration of wealth resulting from the current economic and tax system in Brazil. The main theoretical framework of this study will be the work developed by economist Thomas Piketty, as well as the research carried out by his student, Marc Morgan. The hypothetical-deductive method was used, developing a qualitative research, which revised data provided in legal documents and statistics presented by the World Inequality Database, as well as a literature review. With the study, we can confirm the hypothesis that increasing the tax burden on capital goods and income, focusing more severely on those who occupy the top of the social pyramid, proves to be an indispensable means to achieve a tax justice.

KeyWords: Financial Capitalism. Social Inequality. Regressive Tax System. Tax Progressivity. Tax Justice

1. INTRODUÇÃO

O capitalismo encontra-se hoje em uma fase em que as instituições financeiras comandam o mercado, e as pessoas que se inserem nas camadas mais altas da pirâmide social procuram gerar e acumular riquezas através de investimentos financeiros; deste modo, o crescimento das riquezas de capital, em regra, não são riquezas que geram benefícios sociais, como a criação de indústrias, aumento de postos de trabalhos, dentre outros. Essa nova fase do capitalismo será denominada de capitalismo financeiro.

Aliado a esta nova fase do capitalismo, encontramos mundialmente uma lógica tributária que pouco se preocupa em desconcentrar riqueza, diferente do que aconteceu em países como os

Estados Unidos e o Reino Unido, no período entre guerras, e no pós Segunda Guerra, onde as alíquotas do tributo sobre as rendas, patrimônio e herança, podiam chegar até 70% ou 80%.

As consequências advindas do capitalismo financeiro, aliado com um sistema tributário regressivo, é sentida de forma mais dramática em países como o Brasil, que foi considerado o país mais desigual do mundo - tendo em conta a concentração de riqueza existente dentro dos 1% mais ricos (centésimo superior) -, de acordo com a Pesquisa Desigualdade Mundial de 2018.

É neste cenário de extrema desigualdade social, que procuramos buscar soluções para o atual contexto de concentração de renda, que gera uma situação desumana e injusta para quem se insere nas classes mais baixas da pirâmide social.

Primeiramente, este artigo irá tratar sucintamente das fases do capitalismo, e procurar delimitar uma caracterização para o capitalismo em que vivemos atualmente, denominado de capitalismo financeiro. Utilizaremos lições de Afrânio Mendes Catani e Luiz Carlos Bresser-Pereira neste particular.

Posteriormente, iremos procurar explicar a relação entre o capitalismo financeiro e os níveis de desigualdade social; buscando mostrar como o avanço desenfreado da fase atual do capitalismo, aliado a um sistema tributário ineficiente e injusto, pode gerar consequências terríveis para uma sociedade, em especial a brasileira. Neste momento, iremos mostrar estudos encabeçados por Marc Morgan e Thomas Piketty, analisando como a desigualdade de renda se mostra no Brasil, para entendermos por que o sistema tributário brasileiro é considerado regressivo.

Num terceiro momento, iremos adentrar no ponto chave deste estudo, que será propor mecanismos que evitem o avanço da concentração de riqueza no Brasil, através de análise das lições do economista Thomas Piketty, e das legislações pátrias.

2. DAS FASES DO CAPITALISMO: ENTENDENDO O CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO

O Capitalismo pode ser definido, de acordo com Afrânio Mendes Catani[1], através de duas perspectivas doutrinárias. A primeira corrente, representada por Max Weber, procura explicar o Capitalismo por fatores externos à economia, o qual se constituiria através da herança de um modo de pensar as relações sociais. Esta corrente doutrinária baseia-se na ideia de extrema valorização do trabalho, da prática de uma profissão, na busca da salvação individual. A segunda corrente, que teria Karl Marx como seu expoente, adota uma perspectiva histórica, e considera capitalismo como um modo de produção de mercadorias, que teria sido gerado no início da Idade Moderna, encontrando sua plenitude no intenso processo de desenvolvimento industrial inglês[2], mais conhecido como Revolução Industrial.

Não é a pretensão deste trabalho definir o que seria o capitalismo, mas vamos considerá-lo, diante das abordagens acima exploradas, como um meio de produção que tem por objetivo central a acumulação de riquezas por uma parcela da população, parcela esta detentora dos meios de produção. Este movimento, que se mostra com um viés inicialmente econômico, acaba disseminando-se por todos os ramos da sociedade, influenciando no sistema político e na própria organização social.

Não obstante essa tentativa didática inicial de trazer uma certa conceituação ao capitalismo, estamos atentos ao fato de que este fenômeno econômico passou por diferentes fases, não se podendo defini-lo de forma unívoca e estanque.

Autores como Luiz Carlos Bresser-Pereira afirmam que, a rigor, existem apenas duas fases da história humana: "uma fase pré-

[1] CATANI. Afrânio Mendes. **O que é capitalismo.** São Paulo: Brasiliens, 2014, pp. 10-11.
[2] Ibidp. p. 17.

capitalista, na qual se sucederam e coexistiram a comunidade primitiva, os impérios antigos escravistas, o feudalismo, as sociedades aristocráticas letradas do absolutismo, e a fase capitalista"[3]. Para referido economista, o capitalismo apresentaria as seguintes fases: a) capitalismo comercial (com início no século XIV, perdurando até o século XVIII); b) capitalismo clássico (iniciado após a revolução industrial, e perdurando até a revolução organizacional de 1900[4]); c) capitalismo profissional (iniciado com a revolução organizacional, e tendo como subfases o Fordismo; os 30 Anos Gloriosos e os 30 Anos Neoliberais)[5].

Giovanni Arrighi divide a história do capitalismo em quatro grandes ciclos de acumulação: "o ciclo genovês, do século XV ao início do século XVI; ciclo holandês, do fim do século XVI até meados do século XVIII; o ciclo inglês, da última metade do século XVIII até o início do século XX; e o ciclo americano, durante o século XX"[6].

Das construções doutrinárias acima apresentadas e da revisão

[3] BRESSER-PEREIRA. Luiz Carlos. **As duas fases da história e as fases do capitalismo**. São Paulo: FGV, 2011, p. 7.

[4] Sobre a Revolução Organizacional, Luiz Carlos Bresser-Pereira explica: "A revolução organizacional está relacionada à segunda revolução industrial que ocorre no último quartel do século XX, e, em decorrência, a três fatos históricos novos que têm lugar na primeira metade do século XX: a produção e o consumo de massa; o fato de o capital ter-se tornado abundante e deixado de ser o fator estratégico de produção sendo substituído pelo conhecimento; e a transição da produção realizada diretamente por famílias ou por empresas familiares para produção realizada em organizações. A sociedade continuou capitalista, porque orientada para o lucro e baseada na acumulação de capital, mas deixou de ser possível se falar em um capitalismo "puro", ou melhor, no capitalismo clássico do século XIX, porque agora o conhecimento passava a ter um papel decisivo na administração da sociedade, porque ele passava a garantir poder e privilégio para aqueles que detivessem o conhecimento técnico, comunicativo e principalmente organizacional e, assim, fossem capazes de administrar as grandes organizações privadas e públicas." In: BRESSER-PEREIRA. Luiz Carlos. As duas fases da história e as fases do capitalismo. Escola de Economia de São Paulo. **Textos para Discussão 278.** Mai. 2011. São Paulo: FGV. p. 11.

[5] Ibid. p. 10.

[6] ARRIGHI, Giovanni. **O Longo Século XX**. São Paulo: UNESP, 1994

bibliográfica realizada sobre a histórica dos acontecimentos mundiais, em relação ao desenvolvimento do capitalismo, pode-se dividi-lo didaticamente nas seguintes fases: Capitalismo Comercial; Capitalismo Industrial e Capitalismo Financeiro[7].

O Capitalismo Comercial pode ser conhecido como a primeira fase do capitalismo, que surgiu de forma discreta no final do século XIV e início do século XV, marcado pelas trocas envolvendo mercadorias, intensificando-se com o desenvolvimento do comércio internacional, havendo uma busca por controle de matérias-primas e metais preciosos (metalismo).

Posteriormente a esta fase inicial do capitalismo, encontramos o acontecimento histórico que se mostrou como marco para a sua efetiva sedimentação no contexto econômico e social (inicialmente da Europa), qual seja a Revolução Industrial. Nesta segunda fase, viu-se um capitalismo marcado pela fomentação da indústria, com a criação de diversos postos de trabalho (não obstante sabermos das condições de exploração do trabalho nessa época).

Finalizando essa digressão histórica, temos a fase do capitalismo financeiro, fase esta que será o objeto deste trabalho.

2.1 - Do capitalismo financeiro

O capitalismo financeiro surge, em meados do século XX, com a chamada Terceira Revolução Industrial[8], e se caracterizaria por

[7] A classificação a ser adotada neste trabalho considerará a divisão do capitalismo nas fases: comercial, industrial e financeira. No entanto, tem-se conhecimento que, de acordo com Manuell Castells (In: CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999), haveria uma nova fase do capitalismo: o capitalismo informacional. Fase esta que não será explorada neste trabalho, por não ser seu objeto de estudo, que se concentrará no capitalismo financeiro.

[8] Terceira Revolução Industrial (ou Revolução Informacional) é caracterizada pelo momento em que a eletrônica aparece como verdadeira modernização da indústria, o que ocorre após a Segunda Guerra Mundial. Sobre o tema: FARAH

apresentar as instituições financeiras como os principais agentes atuantes nesse período, com destaque para as especulações financeiras e para o papel da bolsa de valores (esta entendida como termômetro para medir a economia de um determinado em país num período, e onde ocorrem as principais transações comerciais do capital financeiro).

Conforme percebemos, ao analisarmos informações contidas em documentários como "O Fim do Sonho Americano", interpretado por Noam Chomsky[9] e "Salvando o capitalismo", interpretado por Robert Reich[10], o capitalismo financeiro muda o foco da sistemática capitalista clássica; de modo que, nas fases anteriores se buscava acumular capital para fins de investir no comércio (Mercantilismo) ou na indústria; e na conjuntura hodierna, os detentores do capital, buscam tão somente acumular capital financeiro, para cada vez mais investir em bolsas de valores, adquirir bens de capital e influenciar no jogo político.

Diferentemente do que ocorreu nas duas primeiras fases do capitalismo, tratadas por este estudo, onde, com a fomentação do comércio e da indústria, verificou-se historicamente uma criação de postos de trabalho (mesmo que as condições iniciais não fossem as mais adequadas); a nova fase do capitalismo financeiro traz uma série de desserviços para sociedade mundial. Isto porque, na nova fase do capitalismo, os detentores dos meios de produção encontram-se numa busca incessante de acumular riquezas de capital apenas por acumular,

---

JÚNIOR. Moisés Francisco. A Terceira Revolução Industrial e o Novo Paradigma Produtivo: Algumas Considerações sobre o Desenvolvimento Industrial Brasileiro nos Anos 90. Curitiba **: Revista FAE**. v.3. n.2. p.45-61. maio/ago. 2000.

[9] REQUIEM FOR THE AMERICAN DREAM. Direção: Peter Hutchison, Kelly Nyks e Jared P. Scott. Intéprete: Noam Chomsky. Gênero: Documentário. Estados Unidos. 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_FtpgDvWjkQ&t=215s. Acesso em: 29 jul. 2019.

[10] SAVING CAPITALISM. Direção: Sari Gilman e Jacob Kornbluth. Intérprete: Robert Reich. Gênero: Documentário. Estados Unidos. 2017. Disponível em: https://www.netflix.com/watch/80127558?trackId=13752289&tctx=0%2C0%2C6fe4c59853125a9c3d57c3db750a1b10989176d3%3Ac60be94260b3f5f0f0a8b54fec35ec124e041ea7%2C%2C. Acesso em: 29 jul. 2019.

não havendo investimentos na indústria ou comércio de uma país, não gerando postos de empregos, não havendo qualquer viés solidário ou de fomentação de avanço social. Pelo contrário, apresenta um cunho cada vez mais egoísta e de facilitação de acumulação de riqueza e de aprofundamento de desigualdade social; situação social esta que é agravada, inclusive, com a intensa influência dos detentores do capital financeiro sobre o processo político e as decisões dos "representantes do povo".

Parafraseando Piketty, é preciso criar novos instrumentos que retomem o controle de um capitalismo financeiro que enlouqueceu[11].

É neste cenário de constatação, que procuramos desenvolver este trabalho, que visará analisar como o capitalismo financeiro tem se mostrado - em especial no Brasil -, e quais os mecanismos que podemos (senão devemos) adotar para frear os efeitos danosos desta fase do capitalismo.

3. A DESIGUALDADE SOCIAL E O CAPITALISMO FINANCEIRO

De acordo com Thomas Piketty, pode-se analisar a desigualdade de renda através de três dimensões:

a) desigualdade de renda do trabalho;

b) desigualdade da propriedade de capital e das rendas de capital;

c) relação entre as duas primeiras dimensões[12].

Ainda acompanhando as lições do referido economista francês, percebemos que a desigualdade de renda - e, por conseguinte a desigualdade social - ainda é muita grande, apresentando-se mais

[11] PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Trad.: MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE. Rio de Janeiro: Intrínseca. Edição digital: 2014. Não paginado.
[12] Ibid. Não paginado

discreta em relação às disparidades de renda decorrentes do trabalho; isto porque, com relação às diferenças existentes entre as rendas de capital, a diferença é gritante. Por exemplo, encontramos nos estudos de Piketty - no Livro " O Capital no Século XXI"-, em relação às rendas decorrentes de trabalho, nos países escandinavos nos anos de 1970 e 1980 (considerados pelo autor como alguns dos países de menor desigualdade), que os 10% mais ricos (décimo superior) concentravam 20% do volume total da renda de trabalho; enquanto os 50% mais pobres detém 35% da renda do trabalho, e os 40% da classe média, ganhavam 45% da renda trabalho. Já com relação às rendas de capital, nesses países, o décimo superior concentrava em média 60% da renda de capital, enquanto os 50% mais pobres detinham apenas 5% desse tipo de renda[13].

A realidade brasileira mostra-se ainda mais assustadora.

Nos estudos desenvolvidos pelo economista irlandês Marc Morgan, orientado por Thomas Piketty, verificou-se que o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo. De acordo com a Pesquisa Desigualdade Mundial 2018, coordenada, entre outros, por Piketty, encontramos no Brasil a maior concentração de renda do mundo entre os 1% mais ricos (centésimo superior), de modo que essa faixa social concentrava 28,3% da renda nacional em 2015, considerando a renda antes da incidência da tributação, o que podemos verificar no gráfico apresentado pelos dados contidos no site world inequality database[14.]

No mesmo diapasão, a Pesquisa Desigualdade Mundial 2018, aponta que os 10% mais ricos no Brasil concentram 55% da riqueza do país[15].

Mas o que todos esses dados têm a ver com o capitalismo

[13] Ibid. Não paginado

[14]Disponível em: https://wid.world/world#sptinc_p99p100_z/US;FR;DE;CN;ZA;GB;WO/last/eu/k/p/yearly/s/false/5.487/30/curve/false/country. Acesso em: 29 jul. 2019.

[15] Dados disponíveis em: https://wir2018.wid.world/files/download/wir2018-summary-english.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

financeiro?

Bem, muito mais do que podemos imaginar.

A desigualdade social é um fator que desencadeia uma série de consequências negativas para uma sociedade. Em especial na realidade brasileira, entendido como o país mais desigual do mundo - considerando a concentração de renda no centésimo superior da pirâmide social -, pela Pesquisa Desigualdade Mundial 2018, verificamos que essa desigualdade é uma das causas (senão a principal) do aumento da criminalidade; da existência de uma plutocracia que vemos no poder político - onde os "representantes" do povo, na verdade representam os interesses de uma classe privilegiada -; do descaso com os serviços públicos básicos, dentre tantos outros problemas sociais.

O capitalismo financeiro e a deficiência de se pensar responsavelmente num sistema tributário justo, tem um papel fundamental para se conseguir a sedimentação deste modelo nefasto e desumano que vivenciamos hoje de desigualdade social.

Em primeiro lugar, a lógica do capitalismo financeiro beneficia a concentração de riqueza nas mãos de poucos, haja vista que é caracterizado: a) pela união de grandes empresas (por isso também conhecido como capitalismo de monopólio) para dominar um mercado; b) pelo crescimento do papel das instituições financeiras no mercado; c) pela instigação das pessoas em investir em bolsas de valores, de modo que se gera uma riqueza pela riqueza, sem haver uma contribuição social efetiva.

Noutro giro, considerando a lógica tributária do Brasil, que é o que nos interessa neste trabalho, verificamos um sistema tributário completamente regressivo, de modo que encontramos uma alta carga tributária sobre o consumo, e uma tributação pesada sobre as classes mais baixas da pirâmide social; enquanto se verifica uma diminuição de incidência de carga tributária à medida em que se sobe na pirâmide social. Vejamos:

De acordo com estudos de Marc Morgan[16], em 2016 a carga tributária brasileira ficava na média de 32,38% do PIB, estando no 23º lugar em relação aos países da OCDE. Quando se observou o percentual de tributação sobre o consumo, verificou-se que desse percentual, 15,8% incide sobre o consumo; de modo que, aproximadamente, 50% de toda a carga tributária brasileira, incide sobre o consumo.

Agora considerando a tributação sobre a renda decorrente de trabalho, e aquela sobre a renda decorrente de bens de capital, em 2015, o Brasil ficava em último lugar entre os países da OCDE no que diz respeito à tributação sobre a renda, lucro e ganho de capital[17], com um percentual de discretos 5,9% de carga tributária. E em relação à incidência de tributação sobre a folha de salários, o Brasil apresenta um percentual de 8,4%, ocupando o 20º lugar entre os países da OCDE neste particular. Para finalizar, o percentual apontado pelo estudo de Morgan, para tributação de propriedade, chega a ser um insipiente 1,4% da carga tributária[18].

Analisando esses dados trazidos, podemos inferir que, no Brasil, a carga tributária é completamente regressiva, mostrando-se muito pesada sobre o consumo, que afeta toda a população, e principalmente as pessoas que ocupam a faixa do bottom 50% (que estão na base da pirâmide social), a quais gastam a maior parte de sua renda (senão a totalidade) com consumo. Além disso, temos uma tributação mais

[16] Dados disponíveis em: http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.
[17] Dados disponíveis em: http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.
[18] Dados disponíveis em: http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

expressiva sobre a renda decorrente do trabalho, enquanto em relação aos bens e rendas de capital, mostra-se completamente insipiente.

Considerando que as pessoas que ocupam o décimo e o centésimo do topo da pirâmide social, são aquelas que possuem as maiores rendas/bens decorrentes de capital, é forçoso afirmar que, quando mais rico se é, menos tributo se paga. Lembrando ainda que no Brasil, a Lei Federal nº 9.249/1995[19] instituiu uma isenção tributária para a renda advinda da repartição de lucros e dividendos.

É neste ponto que encontramos uma das maiores (senão a maior) incongruência e injustiça do Brasil. Onde verificamos claramente que a maior parte da carga tributária incide sobre os mais pobres; enquanto os ricos, além de se beneficiarem por uma lógica desumana do capitalismo financeiro (de produzir dinheiro pelo dinheiro, sem trazer nenhum benefício social), pagam pouco (ou nenhum) tributo, pelas suas transações financeiras.

Com essa constatação, adentramos no ponto chave desse estudo, a fim de apresentarmos a hipótese levantada neste trabalho, de que a reforma do sistema tributário brasileiro é fundamental para, ao menos, minimizar as distorções geradas em boa parte pelo capitalismo financeiro, e frear a gritante desigualdade social que vivenciamos nos dias atuais.

4. COMO FREAR O CAPITALISMO FINANCEIRO E A DESIGUALDADE QUE ASSOLA O BRASIL

Acredito que muitas pessoas, em especial as que buscam se informar sobre a situação econômica, financeira e social do Brasil, já tenham se questionado: como podemos melhorar nosso país? O que podemos fazer para diminuirmos as desigualdades sociais que

[19] BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de Dezembro de 1995. Disponível em: **http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm.** Acesso em: 29 jul. 2019.

presenciamos? Acredito também que, muitas delas se viram numa pergunta retórica, por pensarem que não se poderia chegar a uma resposta satisfatória para tais questionamentos, diante da atual situação político-econômica do nosso país.

Confesso que, por um tempo, compactuei com este pensamento. Mas só até ter buscado mais conhecimento e ter percebido que, diante de pesquisas realizadas, existe uma resposta satisfatória àquelas perguntas.

Conforme as hipóteses levantadas anteriormente, as quais, em minha pesquisa, foram comprovadas, percebemos que a desigualdade social no Brasil apresenta, ao menos como umas das causas (estamos seguros de que existem outras), o capitalismo financeiro desenfreado e a atual conjuntura de um sistema tributário injusto e que favorece o avanço dessa nova face do capitalismo.

Mais uma vez, utilizamos Thomas Piketty como marco teórico para podermos pensar em uma forma de responder àqueles questionamentos, e verdadeiramente desenvolvermos um estudo que busque achar caminhos para minimizar a desigualdade social do Brasil.

De acordo com a pesquisa realizada, pensar em melhoria da condição do país, enfrentando a desigualdade social, é pensar efetivamente em PROGRESSIVIDADE FISCAL. Não apenas nos termos da implantação da progressividade do tributo sobre a renda, mas, principalmente, a implantação de uma tributação mais severa sobre os bens e rendas de capital.

4.1. Da Necessidade de uma tributação mais efetiva sobre o capital

Usando as palavras de Piketty, "o imposto [tributo] não é uma questão apenas técnica, mas eminentemente política e filosófica, e sem dúvida a mais importante de todas. Sem impostos, a sociedade não

pode ter um destino comum e a ação coletiva é impossível."[20].

Com essas palavras, verificamos, sem sombra de dúvidas, que a tributação tem um papel fundamental para a organização social e para consecução de uma realidade mais igualitária, pois, é através dela que se pode financiar o Estado, para que ele assuma um papel de Estado Social, além de se mostrar como uma aliada ferramenta para desconcentrar renda.

No entanto, da mesma forma, a tributação pode ser uma manobra útil na mão de alguns representantes políticos para acentuar uma situação de desigualdade social e de distanciamento do Estado em relação às necessidades sociais.

Infelizmente o que vemos no Brasil (e em outros países do mundo), é a utilização da tributação como meio de aumentar uma situação de disparidade social e de abandono de assistência pelo Estado.

Como a proposta deste trabalho é tentar mostrar caminhos para reverter esse quadro, vamos analisar como o estudo sobre a implantação de uma tributação efetiva sobre o capital pode ser a melhor saída para uma mudança no quadro social do país e para se alcançar um pouco mais de justiça fiscal.

Estamos certos de que a tributação do capital não é a única medida a ser tomada para minimizar o grau de desigualdade no Brasil e no mundo, tendo-se a consciência da necessidade de outras mudanças no sistema tributário nacional, como uma maior progressividade em relação ao imposto sobre a renda (com um número maior de alíquotas), por exemplo. Mas, no nosso entender, é a medida de maior justiça fiscal que os Estados poderiam adotar para procurar minimizar o problema da desigualdade social.

[20] PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Trad.: MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE. Rio de Janeiro: Intrínseca. Edição digital: 2014. Não paginado.

4.2. Da necessidade de um reestruturação do sistema tributário brasileiro

Nós já verificamos, através da análise dos estudos de Marc Morgan, como o Brasil tem um sistema tributário regressivo, em muito devido à ausência ou insipiência da tributação sobre o capital.

Essa realidade advém de um movimento que se iniciou mundialmente na década de 1980, e vem se agravando, em especial, nos países em desenvolvimento como o Brasil.

Analisando a história, verificamos que no período entre guerras, e também logo após a Segunda Grande Guerra, alguns países europeus e os Estados Unidos da América elevaram sobremaneira as taxas superiores incidentes sobre as rendas e os patrimônios. Observava-se uma progressividade efetiva, que, para tentar minimizar as discrepâncias sociais, chegava quase a ser confiscatória.

Os exemplos mais emblemáticos desse período são os casos das alíquotas que os Estados Unidos e o Reino Unido impuseram sobre as rendas e, posteriormente, sobre as heranças. Nos Estados Unidos, nos anos de 1919 a 1939, encontravam-se alíquotas máximas sobre a renda em torno de 70% (setenta por cento), e alíquotas máximas sobre herança num importe de 70% a 80%[21]. Essa postura mostrava que o país norte-americano estava preocupado em financiar o Estado, a fim de diminuir as disparidades sociais e poder dar uma maior assistência ao maior número de cidadãos.

A tributação severa sobre o patrimônio, nos Estados Unidos, deveu-se a uma realidade de uma "an undemocratic distribution of wealth", como afirmou Irving Fischer (presidente da American Economic Association, Irving Fisher)[22], quando, em seus discursos presidenciais analisou o estudo realizado por Willford King, onde se

[21] Ibid. Não paginado.
[22] Ibid. Não paginado.

constatou que 2% (dois por cento) da população norte americana concentrava mais de 50% da riqueza do país, enquanto os dois terços da população não possuíam quase nada[23].

Desse modo, vemos que, nos Estados Unidos, entre as décadas de 1920 e 1930, prezava-se por tributar mais severamente o patrimônio e as rendas que não eram geradas por meio do trabalho (o que ia de encontro com o ideal do capitalismo de produção), e que eram consideradas excessivas e estéreis para a economia e para a sociedade, pois não geravam empregos, indústrias ou outros benefícios sociais e econômicos.

Mas este movimento de forte tributação sobre as rendas e o patrimônio de quem se insere no topo da pirâmide social não durou por muito tempo.

A partir da década de 1970 verificou-se uma diminuição mundial nas alíquotas superiores dos tributos sobre as rendas, os patrimônios e as heranças. Sobre esse tema:

> Se examinarmos o conjunto dos países desenvolvidos, constataremos que a magnitude da queda da taxa marginal superior do imposto sobre a renda, observada desde os anos 1970 até os anos 2000-2010, está estreitamente ligada à magnitude da alta da participação do centésimo superior na renda nacional ao longo do mesmo período. Existe uma correlação quase perfeita entre esses dois fenômenos: os países que mais baixaram suas taxas superiores são também aqueles onde as rendas mais elevadas — sobretudo as remunerações dos executivos das grandes empresas — aumentaram com mais força; por outro lado, os países que baixaram pouco suas taxas superiores viram suas rendas elevadas progredirem de forma muito mais moderada.[24]

[23] King, W. I. **The Wealth and Income of the People of the United States**. Nova York: Macmillan, 1915.
[24] Op. Cit. Não paginado.

Na análise de Piketty, esse fenômeno foi (e é) altamente nocivo para a sociedade como um todo, isto porque, acompanhado da diminuição das alíquotas máximas sobre as rendas elevadas e bens de capital, veio a elevação astronômica das rendas dos executivos, os quais, nos anos de 1950 nos Estados Unidos, por exemplo, não tinham grande interesse de receber altas quantias de lucros, diante da alta taxação desses valores. No entanto, verificando-se alíquotas irrisórias sobre as rendas elevadas, compensaria aos top 10% income e ao centésimo superior aumentar consideravelmente sua renda. E aí, assistimos ao germe que veio a gerar uma desigualdade cada vez maior.

No Brasil, onde a realidade é ainda pior, verificamos que a insipiência e/ou ausência de tributação sobre a renda e bens de capital apresenta-se como uma política desumana e que acentua as disparidades que assolam nossa sociedade.

Em nosso país, encontramos a dura realidade de heranças serem tributadas com alíquotas máximas de 8% (oito por cento)[25], mas que, na realidade, são tributadas, em média, com alíquotas bem inferiores quando o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação é instituído pelos Estados Federados. Tomemos como tenebroso exemplo, a Lei Estadual nº 10.705/200026, do Estado de São Paulo, que prevê uma alíquota única de 4% (quatro por cento) sobre os bens herdados e doados. Completamente em dissonância com qualquer ideal de justiça fiscal, primeiro por não prever nenhum tipo de progressividade; segundo, por prever uma alíquota totalmente insipiente e que visa ajudar a perpetuar a concentração de riqueza de geração em geração; o que enfraquece o furado discurso da

[25] BRASIL. Resolução do Senado nº 09, de 06 de maio de 1992. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/590017/publicacao/15785996. Acesso em: 29 jul. 2019.
26 SÃO PAULO. Lei nº 10.705, de 28 de Dezembro de 2000. Disponível em: http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-sp-10705-2000.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

meritocracia.

Nessa mesma onda, encontramos uma legislação federal que isenta de tributação a distribuição de lucros e dividendos. A Lei nº 9.249/95, em seu art. 10, prevê que o imposto sobre a renda não incidirá sobre os lucros e dividendos auferidos a partir do mês de janeiro de 1996[27]. Esta norma permitiu que, em 2018, acionistas de bancos como o Itaú, Santander e Bradesco - os três maiores bancos privados do Brasil -, distribuíssem um média de trinta e três bilhões de reais aos seus acionistas, a título de lucros e dividendos[28], sem que incidisse sobre esse valor qualquer tipo de tributação.

O que podemos perceber nitidamente é que, quem pouco tem sofre demasiadamente com a carga tributária; enquanto, quem ganha bilhões, não é submetido a nenhum tipo de tributação, ou submete-se a uma tributação irrisória.

Aí encontramos a maior distorção da realidade brasileira.

Piketty, um dos economistas da atualidade que mais se preocupa com os dados da desigualdade social, defende a criação de mecanismos para se controlar o capitalismo atual, que ele denomina de capitalismo patrimonial globalizado. Para ele a principal criação, capaz de frear essa nova versão do capitalismo, e procurar minimizar a desigualdade social, seria a instituição de um imposto mundial e progressivo sobre o capital, com ampla transparência financeira

[27] "Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior". BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de Dezembro de 1995. Disponível em: **http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm.** Acesso em: 29 jul. 2019.

[28] Notícia disponível em: https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2019/02/06/bancos-aumentam-pagamento-de-dividendos-aos-acionistas.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

internacional[29]. Não obstante se mostrar uma ideia utópica - assim reconhecida pelo próprio economista -, de fato, a instituição de um tributo progressivo sobre o capital é a maneira mais justa e eficaz de tentar se reverter o atual quadro de crescente desigualdade.

Sabe-se que, conforme apontado pelo próprio Piketty, criar um tributo mundial sobre o capital é praticamente impossível e se mostra inviável, diante das dificuldades de se instituir através de um consenso entre todas as nações, de se conseguir a adesão dos países, dentre tantos outros "inconvenientes" que, com certeza, seriam levantados pelos países. No entanto, Piketty nos mostra que esta ideia é uma utopia útil:

> O imposto mundial sobre o capital é uma utopia: seria difícil acreditar que as nações do mundo pudessem concordar com essa ideia, estabelecer um cálculo de tributação para ser aplicada a todas as fortunas do mundo e depois redistribuir harmoniosamente essas receitas entre os países. Entretanto, considero-a uma utopia útil, por diversas razões. Em primeiro lugar, mesmo que uma instituição ideal não se torne realidade num futuro previsível, é importante tê-la como ponto de referência, a fim de avaliar melhor o que as soluções alternativas oferecem ou deixam de oferecer. Veremos que, na falta de uma solução dessa natureza — que para ser completa exigiria um nível muito elevado e sem dúvida pouco realista de cooperação internacional no médio prazo, mas que pode ser realizada de maneira gradual e progressiva para os países que a desejarem (desde que sejam numerosos o suficiente, como na Europa) —, é provável que prevaleçam diversas formas de reações nacionalistas.

Nossa pretensão com este trabalho é muito menos pretensiosa do que a sugerir a criação de um tributo mundial sobre o capital, como fez Piketty. A ideia a ser retratada no nosso estudo, diante das pesquisas realizadas, é mostrar a necessidade de o Brasil investir numa real reforma tributária, com a instituição de tributos incidentes sobre o

[29] PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Trad.: MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE. E-ISBN: 978-85-8057-582-8. Rio de Janeiro: Intrínseca. Edição digital: 2014. Não paginado.

capital e sobre as grandes fortunas (que geralmente são produzidas através de investimentos financeiros).

Essa tributação efetiva sobre o capital e as grandes fortunas poderia ser representada por institutos como: a instituição do imposto sobre grandes fortunas, previsto no art. 153, VII, da Constituição Federal[30], com alíquotas com representassem uma real tributação a ser sentida pelos ocupantes do centésimo superior da pirâmide social; o fim da isenção sobre lucros e dividendos, prevista na Lei nº 9.249/95; a criação de maior número de alíquotas do imposto incidente sobre a renda - a fim de haver uma efetiva progressividade -, inclusive criando alíquotas mais severas sobre rendas altas que decorressem do investimento no mercado financeiro.

Deste modo, se tentaria frear o avanço voraz do novo capitalismo financeiro, inibindo a geração de dinheiro pelo dinheiro; e, do mesmo modo, procurar diminuir a concentração de riqueza que gera uma desigualdade social desumana e uma plutocracia que é comandada pela elite, e comanda em prol dessa elite.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo trabalho desenvolvido podemos compreender que o a nova face do capitalismo, juntamente com um sistema tributário injusto, que pouco se preocupa com a desconcentração de renda, são elementos que fomentam a desigualdade social no mundo inteiro.

O estudo de economistas como Piketty e Marc Morgan nos faz ter um panorama mundial sobre essa desigualdade, que não é própria do Brasil.

Apesar dessa constatação, o que podemos verificar é que, no Brasil, os problemas decorrentes da voracidade do capitalismo financeiro, bem como de um sistema tributário regressivo, são muitos

[30] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

mais graves, porque neste país, a desigualdade social apresenta números alarmantes, a ponto de ele ser considerado o país mais desigual do mundo, quando observado o centésimo superior da pirâmide social - que concentra quase 30% de toda a riqueza nacional. De modo que, os 1% mais ricos do Brasil, são mais ricos que os 1% mais ricos de qualquer lugar do mundo.

Enquanto isso, os 50% mais pobres do Brasil concentram apenas 12% do total da riqueza nacional[31].

É nessa conjuntura que procuramos pensar em mecanismos que pudessem frear o avanço do capitalismo financeiro e tentar minimizar a desigualdade social, dentro da realidade brasileira.

Encontramos como resposta para os questionamentos levantados, a necessidade de se fazer uma séria reforma tributária, tendo como principal fundamento a reversão de um sistema regressivo para um sistema altamente progressivo; criando tributos com incidência mais severa sobre os bens e rendas decorrentes de capital, de modo a fazer os que ocupam o topo da pirâmide social, sintam a maior parte da carga tributária nacional; e não o inverso, como acontece hodiernamente.

Sabemos a dificuldade de se chegar a esse tipo de reforma tributária, diante da constatação "chomskyana" da existência de um ciclo vicioso de poder, em que o poder econômico controla o poder político e boa parte de suas decisões.

Temos a consciência de que este é apenas um ensaio do que se pode produzir academicamente sobre mecanismos de buscar uma desconcentração de renda do Brasil. Mas não podemos nos furtar de produzir conhecimento e informar às pessoas que existe saída para o horror social em vivemos, onde há muita desigualdade social, um aumento de políticas de austeridade, e pouca vontade política de se

[31] Dados constantes nos estudos feitos pela Wid.World.Disponível em: https://wir2018.wid.world/. Acesso em: 30 jul. 2019.

chegar, verdadeiramente, a uma justiça fiscal.

6. REFERÊNCIAS

ARRIGHI, Giovanni. **O Longo Século XX**. São Paulo: UNESP. 1994.

BRESSER-PEREIRA. Luiz Carlos. As duas fases da história e as fases do capitalismo. São Paulo: FGV, 2011.

CASTELLS, Manuel**. A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CATANI. Afrânio Mendes. O que é capitalismo. São Paulo: Brasiliense, 2014.

FARAH JÚNIOR. Moisés Francisco. A Terceira Revolução Industrial e o Novo Paradigma Produtivo: Algumas Considerações sobre o Desenvolvimento Industrial Brasileiro nos Anos 90. In: **Revista FAE**, v.3, n.2. maio/ago., Curitiba, 2000, pp. 45 – 61.

KING, W. I. The Wealth and Income of the People of the United States. Nova York: Macmillan, 1915.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Trad.: MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE. . Rio de Janeiro: Intrínseca. Edição digital: 2014. Não paginado.

7. DOCUMENTÁRIOS

REQUIEM FOR THE AMERICAN DREAM. Direção: Peter Hutchison, Kelly Nyks e Jared P. Scott. Intéprete: Noam Chomsky. Gênero: Documentário. Estados Unidos. 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_FtpgDvWjkQ&t=215s. Acesso em: 29 jul. 2019.

SAVING CAPITALISM. Direção: Sari Gilman e Jacob Kornbluth. Intérprete: Robert Reich. Gênero: Documentário. Estados Unidos. 2017. Disponível em:https://www.netflix.com/watch/80127558?trackId=13752289&tctx=0%2C0%2C6fe4c59853125a9c3d57c3db750a1b10989176d3%3Ac60be94260b3f5f0f0a8b54fec35ec124e041ea7%2C%2C. Acesso em: 29 jul. 2019

8. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.249, de 26 de Dezembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. **Resolução do Senado nº 09, de 06 de maio de 1992**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/590017/publicacao/15785996. Acesso em: 29 jul. 2019.

SÃO PAULO**. Lei nº 10.705, de 28 de Dezembro de 2000.** Disponível em: http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-sp-10705-2000.htm. Acesso em: 29 jul. 2019 Disponível:.https://wid.world/world#sptinc_p99p100_z/US;FR;DE;CN;ZA;GB;WO/last/eu/k/p/yearly/s/false/5.487/30/curve/false/country. Acesso em: 29 jul. 2019.

https://wir2018.wid.world/files/download/wir2018-summary-english.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-

brasil/carga-tributaria-2016.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2019/02/06/bancos-aumentam-pagamento-de-dividendos-aos-acionistas.htm. Acesso em: 29 jul. 2019. Disponível: https://wir2018.wid.world/. Acesso em: 30 jul. 2019.

Leonardo Carneiro da Cunha

A PROPOSITURA DE DEMANDA JUDICIAL PARA DISCUTIR A DÍVIDA COMO CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA

A PROPOSITURA DE DEMANDA JUDICIAL PARA DISCUTIR A DÍVIDA COMO CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA

THE FILING OF A CLAIM TO DISCUSS THE DEBT AS A DISRUPTIVE CAUSE OF THE STATUTE OF LIMITATIONS ON CIVIL ENFORCEMENT

Leonardo Carneiro da Cunha

Professor associado e chefe do Departamento de Direito Público Geral e Processual da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela UFPE.

RESUMO

O artigo demonstra que a propositura de demanda judicial destinada a discutir a dívida consiste em causa interruptiva da prescrição da pretensão executiva. O reconhecimento da obrigação pelo devedor é uma das causas de interrupção da prescrição. Quando o devedor propõe uma demanda para discutir a dívida há o reconhecimento de que existe a obrigação, implicando a interrupção da prescrição. Isso ocorre com o ajuizamento de uma ação anulatória e, até mesmo com a propositura de uma ação rescisória.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição. Interrupção Execução. Ação rescisória. Ação anulatória.

ABSTRACT

The article aims to demonstrate that the filing of a claim to discuss the debt consists of a disruptive cause of the statute of limitations on civil enforcement. Acknowledgement of the existence of the debt by the debtor is on of the causes of the interruption of the

limitation period. When the debtor files a lawsuit to dispute the debt, he acknowledges that the obligation exists, which interrupts the limitation period. This occurs when the debtor files an annulment action and even if he files an motion to set aside judgment.

KEY-WORDS: Statute of limitations. Disruptive cause. Civil enforcement. Rescissory action. Annulment Action.

SUMÁRIO: Apresentação – 1. A prescrição como encobrimento da pretensão – 2. Da interrupção do prazo de prescrição – 3. Das causas interruptivas da prescrição – 4. Reconhecimento do direito pelo devedor como causa interruptiva da prescrição – 5. A propositura de demanda judicial para discutir a dívida como causa interruptiva da prescrição – 6. Relembrando o conteúdo do art. 202, VI, do Código Civil – 7. Os arts. 969 e 784, § 1º, do CPC: situações iguais tanto no caso de título judicial como no de extrajudicial – 8. Eficácia dos arts. 969 e 784, § 1º, do CPC – 9. A certeza da obrigação reconhecida no título executivo – 10. Voltando ao art. 202, VI, do Código Civil – 11. A situação de incerteza decorrente da propositura da ação rescisória ou da ação anulatória: a litigiosidade da coisa decorrente da citação (CPC, art. 240) – 12. A litigância responsável como reforço à interrupção da prescrição – 13. Retomada da contagem do prazo prescricional interrompido – Conclusão – Referências.

APRESENTAÇÃO

No presente texto, pretende-se demonstrar que a propositura de demanda judicial destinada a discutir a dívida consiste em causa interruptiva da prescrição da pretensão executiva.

Para tanto, será demonstrado que a prescrição apenas atinge a eficácia da pretensão e da ação. Também será demonstrado que o art. 202 do Código Civil enumera os casos em que se opera a interrupção

da prescrição. As causas interruptivas da prescrição decorrem de atos praticados por uma das partes envolvidas na relação obrigacional.

Se o título executivo for extrajudicial, a propositura de ação anulatória ou declaratória de inexistência de relação jurídica (CPC, art. 784, § 1º) interrompe a prescrição para a pretensão executiva. Tratando-se de título. Judicial, é a ação rescisória que se oferece como causa interruptiva da pretensão executiva.

Nesses casos, o comportamento do devedor ou obrigado consiste em reconhecer a subsistência do direito do credor, interrompendo a prescrição da pretensão executiva. Eis o objeto do presente ensaio.

1. A prescrição como encobrimento da pretensão

Tradicionalmente, entre os doutrinadores brasileiros estabeleceu-se o critério segundo o qual a prescrição consistiria na perda ou extinção do direito de ação[1]. Na verdade, a prescrição apenas atinge a eficácia da pretensão e da ação.

A prescrição não consiste na perda ou na extinção do direito de ação, sendo, isto sim, o encobrimento da *pretensão*, atingindo, por conseguinte, a ação. A prescrição serve à segurança e à paz pública,[2] sendo um limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. Ela é, segundo Clóvis Beviláqua, "uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade da certeza das relações jurídicas".[3] Nas

[1] LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 22; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil.* 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 288.

[2] MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil.* Coimbra: Almedina, 2011. v. 5, § 18, n. IV, p. 161; SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência e início dos prazos: doutrina e jurisprudência em harmonia. *Direito civil:* diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. Luis Felipe Salomão; Flávio Tartuce (coords.). São Paulo: Atlas, 2018, p. 105-110.

[3] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944. v. 1, n. 1, p. 459.

palavras de Pontes de Miranda, prescrição é "a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação".[4]

A prescrição, segundo Menezes Cordeiro, tem por finalidade relevar o devedor da prova, pois, à medida que o tempo passa, ele irá ter crescente dificuldade em fazer prova do pagamento que tenha efetuado[5].

O direito a uma prestação tem como correlativo o dever jurídico. Se esse último não for cumprido espontaneamente, no tempo e modo determinados, surge para o titular do direito a *pretensão*, que é o poder de *exigir* do devedor o cumprimento de sua obrigação.

A prescrição não alcança o direito, mas a *pretensão* e, consequentemente, a ação. Os prazos prescricionais não destroem o direito, não cancelam nem apagam as pretensões. Apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por muito tempo a exigibilidade[6]. A prescrição serve ao interesse público, garantindo a segurança jurídica e descongestionando os tribunais que deixam de enfrentar questões relacionadas a situações muito antigas, de comprovação remota[7].

O *direito*, a partir de quando passa a ser exigível, dá origem à *pretensão*. De fato, a partir da *exigibilidade* do direito, surge ao seu titular o poder de exigir do obrigado a sua realização, caracterizando a *pretensão*[8]. Tal exigência, contudo, não comporta qualquer ação, de

[4] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. VI, § 662, n. 2, p. 100.
[5] MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil.* Coimbra: Almedina, 2011. v. 5, p. 160.
[6] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. VI, § 662, n. 2, p. 101.
[7] TUHR, A. Von. *Tratado de las obligaciones.* Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. 2, n. 79, p. 175.
[8] "Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. V, § 615, n. 1, p. 451).

modo que ao exercer pretensão o sujeito não age contra ninguém; apenas exige a realização do direito, limitando-se a aguardar a satisfação por parte do destinatário[9].

Enquanto o exercício da *pretensão* faz supor que o devedor, premido, atenda ao seu dever jurídico, a *ação*, uma vez exercida, consiste na prática de atos materiais voltados contra o sujeito passivo, independentemente do seu comportamento[10]. Em outras palavras, no exercício da *pretensão*, o titular do direito apenas exige seu cumprimento, aguardando o correlato atendimento pelo obrigado. Já na *ação*, não há tal atitude passiva de espera do cumprimento, despontando, isto sim, a prática de atos conducentes à realização ou concretização do direito.

Há casos em que o direito, a pretensão e a ação surgem ao mesmo tempo. Existem, por outro lado, hipóteses em que tais fenômenos ocorrem em momentos diferentes. Adquirido o direito, quando este se torna exigível, surge a pretensão. Exercida, mas não cumprida, a pretensão, passa-se a ter ação. Tornado exigível o direito, configura-se a chamada actio nata, momento a partir do qual tem início o prazo previsto em lei para seu exercício.

Não exercida a pretensão ou a ação no prazo previsto em lei, opera-se a prescrição. Com efeito, consumada a prescrição, encobre-se a eficácia da pretensão e da correspondente ação. O direito subjetivo mantém-se incólume, mas não pode mais ser exigido da parte contrária, visto que encoberta a pretensão, com a consumação da prescrição[11].

---

[9] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. *Curso de processo civil.* 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. v. 1, p. 59-90; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 207-208; ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações.* 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 71-78.

[10] ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações.* 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 76.

[11] SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência e início dos prazos: doutrina e jurisprudência em harmonia. *Direito civil:* diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. Luis Felipe Salomão; Flávio Tartuce (coords.). São Paulo: Atlas,

Nos termos do art. 189 do Código Civil, "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".

A referência à pretensão no referido dispositivo não é correta, justamente porque ela não nasce da violação do direito, consistindo, isto sim, na fase em que o direito passa a ser exigível[12]. A pretensão surge da simples possibilidade de se exigir o direito, e não da violação deste[13].

Em suma, a pretensão é o poder jurídico conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação (conduta), que pode ser um fazer, um não fazer ou um dar – prestação essa que se divide em dar dinheiro e dar coisa distinta de dinheiro. Os direitos a uma prestação – dos quais surgem a pretensão e a consequente ação – relacionam-se com os prazos prescricionais que, como prevê o art. 189 do Código Civil, começam a correr do inadimplemento ou não cumprimento pelo sujeito passivo de sua obrigação.

O direito a uma prestação precisa ser concretizado no mundo físico; a sua efetivação ou satisfação é a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, ocorre o inadimplemento ou a lesão à pretensão. Como a autotutela é, em regra, proibida, o titular desse direito, embora tenha a pretensão, não tem como agir, por si ou de mão própria, para efetivar o seu direito. Deve, então, recorrer ao Poder Judiciário, buscando essa efetivação, que, como visto, ocorrerá com a concretização da prestação devida.

2018, p. 114.

[12] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. § 37, n. 1, p. 181, n. 362.

[13] GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PEREIRA, Mateus Costa. Ação material e tutela cautelar. Eduardo José da Fonseca Costa; Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coords.). *Teoria quinária da ação:* estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 564-565.

A prescrição não alcança o direito, mas a pretensão.

Para que se consume a prescrição, é preciso que haja: (i) a titularidade de um direito, de uma pretensão (e, eventualmente, de uma ação de direito material); (ii) a inércia do titular do direito; e, (iii) a passagem do tempo estabelecido em norma jurídica[14].

A prescrição constitui matéria de interesse público, razão pela qual não se admite que os sujeitos modifiquem seu regime ou alterem os prazos previstos em lei. Significa que a prescrição não pode ser negociada, devendo ser prevista em lei, e não em negócio jurídico.

Consumada a prescrição, o direito não pode mais ser exigido. A prescrição encobre a eficácia da pretensão e, por consequência, da ação. A prescrição é um contradireito que encobre a pretensão[15].

2. Da interrupção do prazo de prescrição

O prazo de prescrição pode não chegar sequer a iniciar ou, ainda, ser atingido durante seu curso. A lei prevê hipóteses que obstam o início da contagem da prescrição ou obstam o prosseguimento da prescrição já em curso. Se o obstáculo for anterior ao termo inicial do prazo, há um impedimento; sendo durante o curso do respectivo prazo, há suspensão ou interrupção da prescrição.

---

[14] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Três problemas sobre a prescrição no direito brasileiro: primeiro esboço. Fabíola Santos Albuquerque; Alyson Rodrigo Correia Campos (orgs.). *Do direito civil I*. Recife: Nossa Livraria, 2013. v. 1, p. 819.

[15] Há uma interessante discussão sobre a natureza da prescrição, se objeção, defesa ou exceção. A propósito, vale consultar: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Exceções no Direito Civil: um conceito em busca de um autor? *Prescrição e decadência:* estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho. Daniel Gomes de Miranda; Leonardo Carneiro da Cunha; Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 412-417. Para mais detalhes sobre esse ponto, conferir, com proveito: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado:* parte geral. Atual. Otávio Luiz Rodrigues Junior; Tilman Quarch; Jefferson Carús Guedes. São Paulo: RT, 2023, v. 6.

As causas que impedem a prescrição são as mesmas que a suspendem, se já iniciada (Código Civil, arts. 197 a 199). Diferentes dessas hipóteses, são os fatos previstos em lei como motivos de interrupção da prescrição. Enquanto as causas suspensivas apenas paralisam a continuidade do prazo, sem desfazer o tempo já transcorrido, as causas interruptivas eliminam totalmente o lapso de tempo já vencido.

Na suspensão, não se despreza o tempo corrido e conta-se, depois de cessada a suspensão, apenas o restante do tempo da prescrição. Por sua vez, na interrupção, o tempo consumido é desconsiderado, de maneira que, cessada a interrupção, começa-se nova contagem do prazo prescricional (Código Civil, art. 202, parágrafo único).

Interromper é, no caso da prescrição, inutilizá-la, apagando todo seu efeito produzido até o momento em que se verifica o fato interruptivo. Só se interrompe o que já está acontecendo e que ainda não se findou. Se o prazo de prescrição ainda não começou a correr, não há o que ser interrompido. Não se interrompe, portanto, a prescrição antes que a pretensão tenha surgido ou nascido, ou seja, antes do vencimento da obrigação ou do início da contagem de seu prazo. Nem se pode considerar interrompida uma prescrição já consumada.

A interrupção da prescrição é o evento, previsto em lei, que inutiliza a prescrição em andamento. A interrupção apaga, destrói, desconsidera, elimina, por completo, a prescrição já iniciada. O fundamento da interrupção é o exercício do direito, posto em atividade, de forma judicial ou extrajudicial, com que se faz cessar a inércia do titular da pretensão.

As causas interruptivas da prescrição são fatos subjetivos, provocados e determinados diretamente pelas partes.

3. Das causas interruptivas da prescrição

O art. 202 do Código Civil enumera os casos em que se opera a interrupção da prescrição. As causas decorrem de atos praticados por uma das partes envolvidas na relação obrigacional. São, portanto, causas subjetivas, podendo ser classificadas em virtude da parte que provoca a interrupção, em dois grupos:

atos do titular da pretensão, contra quem corre a prescrição (art. 202, I a V);

atos do obrigado, em favor de quem corre a prescrição (art. 202, VI).

Quando a interrupção decorre de ato praticado pelo credor, seu ato corresponde a alguma forma de exercício do direito: ele faz, de alguma forma, atuar a pretensão dali derivada ou exige diretamente que o obrigado cumpra a prestação devida. Já quando a interrupção parte do obrigado, observa-se que seu comportamento consiste em reconhecer a subsistência do direito do credor.

Como já se acentuou no item anterior, não se interrompe a prescrição antes que a pretensão tenha nascido, nem se pode considerar interrompida uma prescrição já consumada. Por isso, todas as causas interruptivas previstas no art. 202 do Código Civil somente têm sua eficácia quando ocorridas no intervalo entre o vencimento da obrigação e o vencimento do prazo prescricional.

4. Reconhecimento do direito pelo devedor como causa interruptiva da prescrição

De acordo com o art. 202, VI, do Código Civil, a prescrição interrompe-se "por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor".

Ao praticar um ato, em juízo ou fora dele, que implique reconhecimento do direito do credor, o devedor propicia a interrupção

do prazo prescricional. Essa interrupção não se sujeita a qualquer exigência de forma, e não precisa configurar em negócio jurídico, nem é preciso que o reconhecimento se dê literalmente em relação ao débito. Basta que, de modo inequívoco, a vontade expressada pelo devedor corresponda ao reconhecimento do direito do credor[16].

Para que se interrompa a prescrição, não é necessário que o reconhecimento seja direto e expresso, podendo dar-se de forma indireta e tácita. O que se deve observar, no ato de vontade do devedor, é que ele admite, pressupõe, considera que há um direito do credor. Efetivamente, a interrupção decorre do reconhecimento da obrigação pelo devedor, e não de qualquer intenção sua. Não importa se ele teve ou não a intenção de interromper a prescrição. É suficiente que ele admita, demonstre ciência, considere haver o direito do credor. Essa admissão é um reconhecimento inequívoco da existência do crédito, causando a interrupção da prescrição em curso[17].

O que se exige, enfim, é apenas "o enunciado de conhecimento, de convicção, sobre a existência da obrigação."[18] Nem mesmo a forma escrita é exigida; basta que o devedor, de modo inequívoco, reconheça a obrigação que assumiu ou o direito do credor, podendo esse seu reconhecimento ser comprovado, até mesmo, por testemunhas[19].

[16] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil.* Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II, n. 361, p. 274.
[17] CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. *Da prescrição e da decadência.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, n. 140, p. 205-206.
[18] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. VI, § 686, n. 1, p. 219.
[19] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. VI, § 686, n. 1, p. 220.

5. A propositura de demanda judicial para discutir a dívida como causa interruptiva da prescrição

O devedor pode defender-se com a propositura de ações autônomas em que se discute o título executivo ou a dívida.

A ação rescisória da sentença, a ação de anulação ou de revisão de um negócio jurídico, a ação de consignação em pagamento, a ação declaratória de inexistência de relação jurídica, a ação de anulação de auto de infração são exemplos de demandas que podem ser propostas pelo devedor com o objetivo de discutir o título executivo ou a dívida. A essa forma de defesa dá-se o nome de defesa heterotópica (porque exercida fora do ambiente do procedimento executivo)[20] do executado ou defesa do executado por meio de ação autônoma de impugnação. Em todos esses casos, essas ações (defesas heterotópicas) são prejudiciais à execução[21].

Em todos esses casos, o executado reconhece a obrigação. Ao propor uma demanda judicial para discutir a dívida, para desfazer o título, para revisar o valor, para declarar a inexistência da obrigação, o devedor reconhece o direito do credor. Reconhece que existe o direito e quer que ele seja revisto, desconsiderado, desfeito, modificado... há, enfim, um ato inequívoco de reconhecimento da obrigação. A prescrição, portanto, interrompe-se com o ajuizamento da demanda.

A ação rescisória não deixa de ser um instrumento à disposição do executado. Nesse sentido, compõe o panorama dos meios do que

[20] MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica.* São Paulo: RT, 2002, n. 3.7, p. 101-105; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil.* 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2024, v. 5, p. 859-864.

[21] PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 139-406. No mesmo sentido: ALMENDRA, Matheus Leite. A utilização de defesas heterotópicas e a suspensão no processo de execução. *Revista de processo.* São Paulo: RT, n. 279, p. 175-201, maio-2018, p. 183-185.

se convencionou chamar de "defesa do executado por ações autônomas" ou "defesa heterotópica do executado": em vez de apresentar a sua reação à execução por meio de impugnação (CPC, art. 525), o executado vale-se da ação rescisória, para questionar o próprio título executivo judicial.

A impugnação não suspende automaticamente o cumprimento da sentença – nesse ponto, assemelha-se à ação rescisória. Para que a impugnação suspenda o cumprimento de sentença, é preciso que estejam presentes os pressupostos para a concessão da tutela provisória de urgência (fundamentação relevante e perigo de dano) – também aqui, há semelhança com a ação rescisória. Sucede que o efeito suspensivo da impugnação pressupõe garantia do juízo da execução com penhora, depósito ou caução – não há disposição semelhante no regramento da ação rescisória.

É bem verdade que, de acordo com o art. 969 do CPC, a "propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória". Isso, porém, não elimina o efeito de interromper a prescrição. A execução pode ser proposta, mas, se ainda não foi, a pretensão executiva, que estava em curso, interrompe-se.

Uma situação não se confunde com a outra. O ajuizamento da ação rescisória não impede que se execute a obrigação contida no título judicial. Por ser ato inequívoco de reconhecimento da obrigação, produz o efeito de interromper a prescrição da pretensão executiva.

O Superior Tribunal de Justiça entende nesse mesmo sentido: "A propositura de ação declaratória ou anulatória em que se discuta a dívida interrompe o prazo prescricional para cobrança do valor nela materializado."22 Ainda de acordo com o STJ, "É assente, nas Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, o entendimento de que 'a propositura de demanda judicial pelo devedor, seja anulatória, seja

[22] STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp 1.102.779/SP; Min. rel. Lázaro Guimarães (Des. Conv. TRF-5ª Região), *DJe* 22.8.2018.

de sustação de protesto, que importe em impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição' (REsp 1.321.610/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe de 27/2/2013)."[23]

A propositura da ação rescisória interrompe, portanto, o prazo prescricional da pretensão executiva.

6. Relembrando o conteúdo do art. 202, VI, do Código Civil

É irrelevante se o título é judicial ou extrajudicial; se há ou não coisa julgada. De acordo com o art. 202, VI, do Código Civil, a prescrição interrompe-se "por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor".

Ao praticar um ato, em juízo ou fora dele, que implique reconhecimento do direito do credor, o devedor propicia a interrupção do prazo prescricional. Essa interrupção não se sujeita a qualquer exigência de forma, e não precisa configurar em negócio jurídico, nem é preciso que o reconhecimento se dê literalmente em relação ao débito. Basta que, de modo inequívoco, a vontade expressada pelo devedor corresponda ao reconhecimento do direito do credor[24].

Para que se interrompa a prescrição, não é necessário que o reconhecimento seja direto e expresso, podendo dar-se de forma indireta e tácita. O que se deve observar, no ato de vontade do devedor, é que ele admite, pressupõe, considera que há um direito do credor. Efetivamente, a interrupção decorre do reconhecimento da obrigação pelo devedor, e não de qualquer intenção sua. Não importa se ele teve ou não a intenção de interromper a prescrição. É suficiente que ele

[23] STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 108.978/SP, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, *DJe* 11.4.2016.
[24] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil.* Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II, n. 361, p. 274.

admita, demonstre ciência, considere haver o direito do credor. Essa admissão é um reconhecimento inequívoco da existência do crédito, causando a interrupção da prescrição em curso[25].

O que se exige, enfim, é apenas "o enunciado de conhecimento, de convicção, sobre a existência da obrigação."[26] Nem mesmo a forma escrita é exigida; basta que o devedor, de modo inequívoco, reconheça a obrigação que assumiu ou o direito do credor, podendo esse seu reconhecimento ser comprovado, até mesmo, por testemunhas[27].

7. Os arts. 969 e 784, § 1º, do CPC: situações iguais tanto no caso de título judicial como no de extrajudicial

De acordo com o art. 969 do CPC, a "propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória". A ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda.

De igual modo, o § 1º do art. 784 do CPC enuncia que a "propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução". A ação relativa a débito constante de título executivo extrajudicial não impede o credor de promover a execução.

Os textos normativos acarretam regras idênticas tanto para o caso de título judicial como para o caso de título extrajudicial. Não há diferença normativa. O sistema não contempla diversidade de tratamento nesse ponto.

---

[25] CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. *Da prescrição e da decadência.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, n. 140, p. 205-206.
[26] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. VI, § 686, n. 1, p. 219.
[27] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. VI, § 686, n. 1, p. 220.

Os elementos textuais, em ambos enunciados normativos, são iguais. Não há aí um enunciado dotado de generalidade e outro de especialidade. Na lição de Natalino Irti, é comparativa a relação entre generalidade e especialidade. A relação de gênero e espécie decorre de um desenvolvimento lógico, que requer identidade e diferença, continuidade e ruptura. Não havendo diferença entre os termos do enunciado normativo, não se pode afirmar que de um decorra uma norma geral e de outro, uma especial. Se os elementos textuais são iguais, as normas daí decorrentes são as mesmas[28].

Não há defectibilidade normativa, nem equivocidade terminológica. Ambos os dispositivos estabelecem que, se o devedor discutir a dívida ou questionar a validade do título executivo, o credor não está impedido de promover sua execução.

O direito subjetivo, o crédito, o direito a uma prestação, como queira chamar, está reconhecido, tanto no título executivo judicial, como no título executivo extrajudicial. Aliás, a obrigação, contida num título executivo extrajudicial, goza da presunção de certeza, liquidez e exigibilidade (CPC, arts. 783 e 786); é nula a execução se "o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível".

A propositura de ação rescisória não impede a execução do julgado (CPC, art. 969). A propositura de ação anulatória do título executivo extrajudicial também não impede a execução do título (CPC, art. 784, § 1º). Essa não é uma regra restrita à ação rescisória, nem ao título executivo judicial.

8. Eficácia dos arts. 969 e 784, § 1º, do CPC

Já se viu – e não é ocioso repetir – que a propositura de ação rescisória contra a coisa julgada e a propositura de ação anulatória do título executivo extrajudicial não impedem a execução do título (CPC,

[28] IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 53-56.

arts. 969 e 784, § 1º). A execução, em ambas as hipóteses, somente é impedida com a concessão de tutela provisória, de urgência ou de evidência. Embora não impeçam as execuções dos respectivos títulos executivos, tais proposituras interrompem a prescrição.

9. A certeza da obrigação reconhecida no título executivo

A sentença que se encarte numa das hipóteses do art. 515 do CPC é título executivo judicial. Há ali o reconhecimento de uma obrigação. O ato ou negócio jurídico que se subsuma a uma das hipóteses do art. 784 do CPC é título executivo extrajudicial. Há ali o reconhecimento de uma obrigação.

Qualquer título executivo representa uma obrigação certa. A certeza da obrigação existe não só numa sentença transitada em julgado, que produz coisa julgada material. A certeza está presente em qualquer título executivo, inclusive nos extrajudiciais. Se não houver certeza, não é possível haver execução. A propósito, será nula a execução se a obrigação representada no título não for certa.

A diferença entre o título executivo extrajudicial e a sentença que produz coisa julgada repousa apenas no grau de estabilidade: aquele é menos estável que esta, mas ambos contêm reconhecimento de obrigação.

10. Voltando ao art. 202, VI, do Código Civil

O ato do devedor de reconhecer, por qualquer meio, a obrigação interrompe, nos termos do art. 202, VI, do Código Civil, o prazo prescricional. O que se prevê não é a necessidade de reconhecimento da obrigação pelo devedor. A hipótese de interrupção não é aquela em que não havia obrigação reconhecida, e o devedor veio e reconheceu.

A obrigação já é certa, existe, é reconhecida, está, aliás, contida num título executivo, que pode ser judicial ou extrajudicial.

A sentença que se encaixa numa das hipóteses do art. 515 do CPC reconhece a obrigação. O ato ou negócio jurídico que se encarta numa das hipóteses do art. 784 do CPC reconhece uma obrigação. Não é o ato do devedor que vai criar, constituir, formar a obrigação ou torná-la induvidosa, inquestionável. Mesmo já existente e reconhecida a obrigação (e tem de ser existente e reconhecida, sob pena de não haver actio nata e não se ter início o prazo de prescrição), o ato do devedor que implique reconhecimento, expresso ou tácito, interrompe a prescrição.

11. A situação de incerteza decorrente da propositura da ação rescisória ou da ação anulatória: a litigiosidade da coisa decorrente da citação (CPC, art. 240)

O título executivo, seja judicial, seja extrajudicial, reconhece a existência de uma obrigação. Se, porém, tal título for questionado numa demanda judicial, surge uma situação jurídica de incerteza. Todo processo judicial é um ambiente de incerteza, inclusive as ações rescisórias.

Se o credor dispõe de um título executivo extrajudicial, mas é citado numa ação anulatória do próprio título, a obrigação tornou-se litigiosa. De igual modo, se há uma coisa julgada que reconheça um crédito, mas o devedor propõe uma ação rescisória, a citação do credor torna a obrigação litigiosa.

Nos termos do art. 240 do CPC, a citação válida produz vários efeitos, entre os quais o de induzir litispendência. O termo litispendência ostenta dois significados diferentes, a saber:[29]

[29] TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione.* 2. ed. Milano:

a) pendência da causa, lide pendente ou a fluência da causa em juízo. Assim, enquanto pendente a lide, há litispendência; b) a repropositura de demanda idêntica, acarretando sua invalidade, em razão da presença de um pressuposto processual negativo (CPC, art. 337, V, §§ 1º a 3º).

No primeiro sentido, a litispendência (pendência da lide) constitui o primeiro efeito da demanda.[30] É o primeiro e fundamental efeito processual do ato de demandar[31.] Na verdade, a litispendência significa lide pendente ou demanda em curso, tal como assinalado na letra a supra. O segundo sentido atribuído ao termo constitui, em verdade, uma consequência da litispendência, sendo denominada também pelo art. 337 do CPC dessa forma. Realmente, a litispendência impede a propositura e o prosseguimento de outra demanda idêntica.[32] Havendo duas causas idênticas em curso, configura-se a litispendência nessa segunda acepção do termo. Nesta hipótese, há, na realidade, apenas uma causa só, que deu origem a dois processos. Para eliminar essa inconveniente duplicidade, é necessário fazer cessar um dos dois processos, extinguindo-o sem resolução do mérito.[33]

Giuffrè, 2002, n. 16, p. 63; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado:* artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2023, n. 36 ao art. 240, p. 442.

[30] GOLDSCHIMIDT, James. *Teoria general del proceso.* Barcelona: Labor, 1936, p. 189; LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco.* Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. § 40, p. 164; JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, § 40, p. 226.

[31] LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile.* 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1, p. 58

[32] SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil.* Trad. española de la 5ª ed. alemana. Barcelona: Bosch, 1950, § 48, p. 169; YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Luiz Guilherme Marinoni (dir.); Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero (coords.). 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, v. V, p. 143; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado:* artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2023, n. 25 ao art. 337, p. 587.

[33] ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Padova: Cedam, 1999, v. 1, p. 300; CAPONI, Remo; PROTO PISANI, Andrea. *Lineamenti di diritto processuale*

Com a propositura da demanda, já passa a haver lide pendente, ou seja, surge a litispendência. Com a citação, o réu passa a integrar a relação processual, a partir de quando também se terá litispendência relativamente ao réu. A citação, nos termos do art. 240 do CPC, também produz o efeito de tornar litigioso o direito disputado. A coisa em disputa ou o direito em liça torna-se litigioso. Há, na verdade, uma controvérsia doutrinária relativa à litigiosidade do direito ou do bem disputado: ela é efeito da citação ou da litispendência?

Para Hélio Tornaghi, "A litigiosidade não é efeito da citação, mas da litispendência. A citação é apenas o marco inicial, e o caráter litigioso da coisa é post e não proptem ccitationem"[34]. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "É evidente, portanto, que a litigiosidade não decorre nem da propositura da demanda, nem da citação, mas exatamente do fluir da demanda, da litispendência, em suma, perdurando, em razão disso, para além daqueles marcos, que são apenas determinantes do seu início"[35].

A litispendência, para o autor, surge com a propositura da demanda e, para o réu, com sua citação. Essa litispendência torna litigioso o direito em disputa.

A demanda destinada a desconstituir o título executivo (anulatória, no caso de extrajudicial; rescisória, no judicial) é um processo autônomo. Há citação própria. Os efeitos do art. 240 do CPC são produzidos, seja na ação anulatória, seja na ação rescisória.

---

civile. Napoli: Jovene, 2001, p. 89; LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile.* 15. ed. Milano: Giuffrè, 2005, § 28, p. 70-71; VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile.* 6. ed. Napoli: Jovene, 2002, v. 1, p. 89; MARCATO, Antonio Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Angélica Arruda Alvim; Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite (coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 311-312.

[34] TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 1975, v. 2, p. 156. Nesse mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp 1.293.353/DF, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 6.12.2018.

[35] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97.

Proposta a ação, anulatória ou rescisória, não importa, o título passou a ser questionado; citado o réu, a obrigação tornou-se litigiosa.

Até mesmo no caso de coisa julgada, sua imutabilidade e indiscutibilidade é, com a propositura da ação rescisória, posta à prova. É possível que a coisa julgada seja desfeita; citado o réu, há litigiosidade.

O réu da ação rescisória, que é o credor da obrigação contida no título judicial, passa a nela defender-se. Não se pode dizer que ele esteja inerte. Não há qualquer diferença entre a ação anulatória de título extrajudicial e a ação rescisória. A coisa julgada não é mais tão indiscutível e imutável; poderá ser desfeita. A questão tornou-se litigiosa. Instala-se um ambiente de incerteza.

A propositura de demanda em que se debate o próprio crédito – seja ela anulatória do título extrajudicial ou rescisória da coisa julgada – denota o conhecimento do devedor do interesse do credor em exigir seu crédito. Ademais, a atuação judicial do credor em defesa de seu crédito implica o inevitável afastamento da inércia.

12. A litigância responsável como reforço à interrupção da prescrição

Quando duas ou mais pessoas disputam o mesmo bem ou direito, podem resolver seu conflito por um dos seguintes métodos: (a) conciliando interesses; (b) submetendo a disputa a um terceiro que determinará quem tem razão; (c) adotando alguma medida que determinará quem tem mais poder[36].

A conciliação de interesses é método próprio dos meios de autocomposição. Determinar quem tem razão é o método da heterocomposição, seja pela arbitragem, seja pela justiça estatal. E determinar quem tem mais poder é o método de uma votação, de uma

[36] URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. *Resolução de conflitos.* Trad. Soares Franco. Lisboa: Actual Editora, 2009, p. 36.

guerra ou de uma greve.

Todos esses métodos sujeitam-se a riscos, a custos, a satisfação com o resultado, a efeitos que produzem na relação havida entre as partes e a recorrência conflitual.

A demanda judicial, que se situa no método heterocompositivo destinado a demonstrar quem tem razão, apresenta seus riscos, seus custos, acarretando determinado tipo de satisfação com o resultado, produzindo seus efeitos na relação existente entre as partes e acarretando ou não recorrência conflitual.

Os custos de um processo judicial não são simples de serem calculados, pois sua composição pode variar bastante. Além dos custos da contratação do advogado e das despesas processuais, há custos de deslocamento, custo de oportunidade com tempo despendido com o processo, os custos emocionais e tantos outros[37].

A litigância judicial é, enfim, uma atividade de risco, pois a parte derrotada pode suportar os ônus da sucumbência (CPC, arts. 82, § 2º, 85). Mesmo derrotada e condenada a tais ônus, se recorre, e seu recurso é rejeitado, a parte terá majorado o valor dos honorários de sucumbência a que foi condenada (CPC, art. 85, § 11).

A postura dos litigantes há de ser proba e responsável. A litigância de má-fé acarreta a imposição de multas pelo órgão jurisdicional (CPC, arts. 81, 702, §§ 10 e 11, 1.026, §§ 2º e 3º). A postura inadequada pode também acarretar a imposição de multas por haver ato atentatório à dignidade da jurisdição (CPC, arts. 77, § 2º, 334, § 8º).

O comportamento contraditório atenta contra o princípio da boa-fé (CPC, art. 5º), podendo ensejar o estabelecimento de

[37] Para uma análise mais detalhada, conferir: WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: RT, 2019, p. 163-212; PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005; COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. *Journal of Economic Literature*, 1989, v. 27, n. 3, p. 1067-1097.

consequentes judiciais destinados a restabelecer a conduta que se ajuste ao padrão ético desejável.

A propositura de uma ação anulatória de título executivo extrajudicial não impede o credor de promover sua execução (CPC, art. 784, § 1º). A propositura de ação rescisória para desfazer a coisa julgada não impede o credor de promover sua execução (CPC, art. 969).

O credor não está impedido de promover sua execução, mas o prazo prescricional está interrompido.

A essa altura, convém lembrar que o ordenamento jurídico, por essência, deve manter unidade e coerência38. Constituindo o Direito um sistema, deve manter as qualidades de ordenação e de unidade, na medida em que todo sistema contém uma ordem e uma unidade39.

A existência de um conjunto de normas que assegura a litigância responsável e permite aos sujeitos protegerem-se dos riscos inerentes às demandas judiciais é compatível com a ideia de que o credor não está obrigado a expor-se a um risco, podendo aguardar o desfecho do processo em que se discute a validade do título executivo que lhe permitiria propor a execução.

Proposta ação anulatória ou rescisória, o credor pode, como se viu, propor sua execução, mas há o risco de a ação anulatória ou rescisória ser acolhida e ele ter de ressarcir ao executado (autor da ação anulatória ou rescisória) os danos que este sofreu (CPC, art. 776).

Logo, se o devedor propõe qualquer ação – qualquer uma, inclusive a rescisória destinada a desfazer a coisa julgada – há ato de reconhecimento da obrigação, a ensejar a interrupção do prazo

[38] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 71-74.

[39] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, § 1º, p. 9-23.

prescricional. O credor não está inerte; muito pelo contrário, estará agindo, defendendo-se para manter o título executivo e poder, então, promover a execução.

Ele já poderia promover a execução, é evidente, mas não deveria, não está obrigado a tanto. A prescrição está interrompida.

Em termos sistêmicos, é o que ocorre com o cumprimento provisório da sentença: interposto o recurso sem efeito suspensivo, a parte vitoriosa pode já promover o cumprimento da sentença, nada a impede. Mas pode não querer assumir o risco de eventual modificação ou revogação da decisão que lhe reconheceu o direito, preferindo, então, aguardar o trânsito em julgado para promover o cumprimento definitivo da sentença.

Ajuizada ação rescisória para desfazer a coisa julgada, o credor pode promover a execução, mas a prescrição está interrompida. Essa é a interpretação que se alinha à ideia da litigância responsável.

A litigância responsável tem relação com a liberdade e com a disponibilidade do direito de ação. O autor não é obrigado a litigar contra quem não queira ou em condições diversas da que havia imaginado ou planejado ou com o risco acentuado, com a coisa ou direito litigioso.

Se há uma ação rescisória proposta, a citação do réu (credor, titular do crédito) produz o efeito de tornar litigiosa a obrigação, inaugurando uma situação de risco que não existia. Antes, havia a coisa julgada, a imutabilidade, a indiscutibilidade; agora, tornada litigiosa a coisa, surge o risco.

Numa situação assim, não é possível – é antissistêmico, aliás – exigir que o credor devesse já propor sua execução e assumir um risco causado pelo devedor, que, reconhecendo a obrigação e a possibilidade de ser executado, propõe sua ação rescisória, hipótese que se encarta, evidentemente, no art. 202, VI, do Código Civil.

E nem poderia ser diferente, pois ninguém é obrigado a propor execução em situação de risco causado ou ampliado pela parte contrária.

Respeitar a liberdade, a vontade, o interesse do autor de litigar contra situação de maior risco ou de não litigar enquanto persiste a situação de litigiosidade do bem ou do direito é também decorrência da litigância responsável.

A litigância responsável é composta por um conjunto de regras que decorrem do princípio da segurança jurídica. Pode-se dizer que a litigância responsável resulta da aplicação da segurança jurídica ao processo.

Em primeiro lugar, é preciso que às partes se ofereça cognoscibilidade, ou seja, elas precisam conhecer, previamente, as fontes normativas que lhe geram risco no processo. A cognoscibilidade exige clareza, precisão e inteligibilidade dos textos normativos que repercutem nos custos e nos riscos do processo. A segurança depende, portanto, da indispensável publicidade[40], garantindo, assim, cognoscibilidade.

A partir daí, deve-se garantir estabilidade e confiabilidade. O sujeito que pretende propor uma demanda precisa confiar nas normas em vigor e nos elementos de que disponha no momento da propositura de sua demanda. O que é público, é conhecido e serve de base para que sejam calculados os riscos e as oportunidades de demandar.

Isso tudo conduz à previsibilidade, que consiste na dimensão dinâmica da segurança jurídica com vistas ao futuro. A previsibilidade relaciona-se com o planejamento, conferindo a todos a possibilidade de antever as soluções a serem dadas aos problemas que venham a

[40] GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli Editore, 2005, p. 248.

surgir[41]. Também se relaciona com o futuro a calculabilidade, dizendo respeito à capacidade de antecipação do espectro de consequências aplicáveis a atos e fatos e o espectro de tempo dentro do qual será a consequência aplicada.

A segurança jurídica exige o conhecimento prévio de quais serão as consequências jurídicas exatas dos atos a serem praticados. Se os destinatários das normas sabem, prévia e exatamente, qual a consequência de suas condutas, podem pautá-las, programando suas expectativas para a produção dos efeitos estabelecidos nas regras e nos princípios jurídicos.

A essa altura, já se percebe que o tema da litigância responsável também se relaciona com a responsabilidade. O termo responsabilidade indica a situação jurídica de um sujeito, que deve "responder" perante outros sujeitos, por uma obrigação ou por um dever dependente do seu comportamento, ativo ou omissivo.[42]

Daí a litigância responsável ter estreito liame com o nexo de causalidade. As partes respondem pelos atos a que derem causa. É preciso haver causalidade.

Se o devedor propôs ação anulatória de título extrajudicial ou ação rescisória para desfazer a coisa julgada, a situação é a mesma: a obrigação torna-se litigiosa. O credor pode promover sua execução, a não ser que tenha havido concessão de tutela provisória, de urgência ou de evidência, mas a prescrição estará interrompida, mesmo sem o deferimento da tutela provisória.

Não se pode impor à parte a exposição a um risco. As normas do sistema estabelecem que a ação rescisória não impede a propositura da execução, mas, se for proposta a execução e a rescisória vier a ser acolhida, o credor irá indenizar o devedor, além de responder pelos ônus da sucumbência no processo de execução. A obrigação, com a

[41] GOMETZ, Gianmarco. Ob. cit., p. 224.
[42] ITALIA, Vittorio. *Istituzioni di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 319.

pendência da ação rescisória, tornou-se litigiosa. O credor passou a defender-se na ação rescisória, não estando inerte. A propositura da ação rescisória é ato inequívoco de ciência do devedor quanto à exigibilidade da obrigação, interrompendo a prescrição.

13. Retomada da contagem do prazo prescricional interrompido

Interrompida a prescrição, todo o prazo até então consumido é apagado, eliminado, voltando a correr desde o princípio. O recomeço do transcurso do prazo é assim estabelecido no parágrafo único do art. 202 do Código Civil:

"Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper."

Há, como se percebe, duas formas de se retomar a contagem do prazo prescricional. Elas decorrem das diferentes maneiras de se conseguir o efeito interruptivo. Realmente, a prescrição interrompe-se (a) por ato de eficácia instantânea ou (b) por meio de processo cujo curso se prolonga no tempo. Quer isso dizer que a prescrição, uma vez interrompida, já recomeça a correr desde o início, ou somente tem seu prazo retomado depois do último ato do processo que acarretou sua interrupção.

Quando a interrupção decorre de um protesto, de uma interpelação, de uma notificação ou do reconhecimento do direito do credor, a retomada do prazo prescricional é imediata, ou seja, começa já da data em que o ato interruptivo ocorreu.

Nos casos em que o credor se vale do processo judicial para interromper a prescrição – citação em juízo ou apresentação do título de crédito em inventário ou concurso de credores – o prazo

prescricional só é retomado depois de encerrado o procedimento[43]. A retomada do prazo será do último ato do processo, em cujo âmbito foi praticado o ato que interrompera a prescrição. O último ato é, via de regra, o trânsito em julgado da decisão final.

Com o ajuizamento de uma demanda judicial para discutir a dívida, o devedor reconhece o direito do credor. Há, como visto, um ato inequívoco de reconhecimento do direito. Tal ato já interrompe a prescrição.

Normalmente, o reconhecimento do direito é ato interruptivo da prescrição de eficácia instantânea. A retomada do prazo prescrição já deveria ser imediata. Ocorre, porém, que esse reconhecimento é feito com a propositura de uma demanda judicial. Há o desencadeamento de um processo, no qual o credor é citado e passa a atuar até o final.

Embora se tenha aí a interrupção da prescrição pelo reconhecimento do direito, o prazo prescricional somente é retomado depois de encerrado o processo em que se discute a dívida ou o título executivo.

No caso sob exame, a propositura da ação rescisória interrompeu a prescrição. Esta manteve-se interrompida até o trânsito em julgado da decisão final proferida na ação rescisória. Somente depois disso foi que se pôde retomar a contagem do prazo desde seu princípio.

O Superior Tribunal de Justiça também já se debruçou sobre esse tema, mantendo exatamente esse entendimento: a propositura de demanda judicial interrompe a prescrição da pretensão executiva, mantendo-a interrompida até o trânsito em julgado de sua decisão

[43] É possível, ainda, que a prescrição retome no curso do processo judicial, desde que paralisado – por culpa da parte titular do direito – que fica inerte no processo. É o caso de prescrição intercorrente, que tem como termo *a quo* o último ato do processo, considerado *"em caso de paralisação, o derradeiro ato praticado num processo"* (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e Decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 173).

final. Somente a partir daí é que se retoma a contagem do prazo[44].

A premissa é, portanto, a de que o credor não está inerte, pois está defendendo o seu direito na ação promovida pelo devedor. Mais precisamente, o credor que se defende em sede de ação rescisória (ou em qualquer outra ação judicial proposta pelo devedor) não está inerte; ele age em defesa de seu crédito. Aquele que age não está inerte. E sem inércia, não há prescrição.

Não restam dúvida de que "o ajuizamento de ação rescisória ainda que incabível, marca a interrupção do prazo prescricional, que somente voltou a correr com o julgamento definitivo da referida ação."[45]

CONCLUSÃO

Tudo está a demonstrar, portanto, que o ajuizamento de qualquer demanda pelo devedor para discutir, impugnar, desfazer a dívida ou o título executivo – aí incluída a ação rescisória para desfazer a coisa julgada – configura reconhecimento inequívoco do direito do credor, sendo causa interruptiva da prescrição (Código Civil, art. 202, VI).

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Três problemas sobre a prescrição no direito brasileiro: primeiro esboço. Fabíola Santos Albuquerque; Alyson Rodrigo Correia Campos (orgs.). **Do direito civil I.** Recife: Nossa Livraria, 2013. v. 1.

[44] STJ, 3ª Turma, REsp 1.522.093/MS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 26.11.2015. No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 1.321.610/SP, rel. Min. Nancy Andrigui. *DJe* 27.2.2013.

[45] STJ, 1ª Turma, REsp 1.315.537/CE, rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 9.10.2012.

ALMENDRA, Matheus Leite. A utilização de defesas heterotópicas e a suspensão no processo de execução. **Revista de processo**. São Paulo: RT, n. 279, p. 175-201, maio-2018.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

ATTARDI, Aldo. **Diritto processuale civile.** 3. ed. Padova: Cedam, 1999, v. 1.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. v. 1.

BEVILÁQUA, Clóvis**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CÂMARA LEAL, Antônio Luis. **Da prescrição e da decadência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPONI, Remo; PROTO PISANI, Andrea. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 2001.

COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. **Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. Journal of Economic Literature**, 1989, v. 27, n. 3.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo.** Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil.** 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2024, v. 5.

GOLDSCHIMIDT, James. **Teoria general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936.

GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PEREIRA, Mateus Costa. Ação material e tutela cautelar. Eduardo José da Fonseca Costa; Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coords.). **Teoria quinária da ação:** estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: JusPodivm, 2010.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.

ITALIA, Vittorio. **Istituzioni di diritto pubblico**. Milano: Giuffrè, 2004.

JAUERNIG, Othmar**. Direito processual civil**. 25. ed. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco**. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962.

LUGO, Andrea. **Manuale di diritto processuale civile**. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

LUISO, Francesco Paolo. **Diritto processuale civile**. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1.

MARCATO, Antonio Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Angélica Arruda Alvim; Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite (coords.). São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTINS, Sandro Gilbert. **A defesa do executado por meio de ações autônomas:** defesa heterotópica. São Paulo: RT, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia** – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. V.5.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro**. Alienação da coisa litigiosa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise económica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. Ações prejudiciais à execução. São Paulo: Saraiva, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. V.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. VI.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral.** Atual. Otávio Luiz Rodrigues Junior; Tilman Quarch; Jefferson Carús Guedes. São Paulo: RT, 2013, v. 6.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Exceções no Direito Civil: um conceito em busca de um autor? Prescrição e decadência**: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho. Daniel Gomes de Miranda; Leonardo Carneiro da Cunha; Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013.

SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho procesal civil**. Trad. española de la 5ª ed. alemana. Barcelona: Bosch, 1950.

SIMÃO, José Fernando**. Prescrição e decadência e início dos prazos: doutrina e jurisprudência em harmonia. Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência.** Luis Felipe Salomão; Flávio Tartuce (coords.). São Paulo: Atlas, 2018.

TARZIA, Giuseppe. **Lineamenti del processo civile di cognizione**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil.** Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto**. Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 1975, v. 2.

TUHR, A. Von. **Tratado de las obligaciones**. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. 2.

URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. **Resolução de conflitos**. Trad. Soares Franco. Lisboa: Actual Editora, 2009.

VERDE, Giovanni. Profili del processo civile. 6. ed. Napoli: Jovene, 2002, v. 1.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**. São Paulo: RT, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Luiz Guilherme Marinoni (dir.); Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero (coords.). 2ª ed. São Paulo: RT, 2018.

Lúcio Delfino

COMO CONSTRUIR UMA INTERPRETAÇÃO GARANTISTA DO PROCESSO JURISDICIONAL?

COMO CONSTRUIR UMA INTERPRETAÇÃO GARANTISTA DO PROCESSO JURISDICIONAL?

HOW TO BUILD A GUARANTEE-ORIENTED INTERPRETATION OF THE JURISDICTIONAL PROCESS?

Lúcio Delfino

Pós-doutor em Direito (UNISINOS). Doutor em Direito (PUC-SP). Diretor da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Advogado.

SUMÁRIO

1. A metáfora Matrix e a depredação do processo por lentes estatólatras de compreensão. A baixa constitucionalidade e o desdém ao devido processo legal. 2. O social-liberalismo encampado pela Carta Constitucional de 1988. Ideologia política, jurisdição e processo. Os percursos escolhidos para esta breve jornada. 3. O papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito. O amesquinhamento do processo por uma compreensão enviesada decorrente da transposição de topoi político-ideológicos estranhos à sua gênese. O devido processo legal como garantia fundamental compromissada com a preservação da liberdade. 4. O artigo escrito por Eduardo José da Fonseca Costa em prol do desvelamento da gênese do processo. A pergunta pelo ser constitucional do processo como condição apriórica de possibilidade da ciência processual. O desencaminhamento promovido por correntes dogmáticas que desenraizaram o processo da Constituição. O processo em sua institucionalidade garantística e seu papel de contenção de abusos e desvios no exercício da atividade jurisdicional. 5. Considerações finais. Acepções inautênticas e generalizadas sobre o processo. O processo encarado a partir de uma leitura forte do devido processo legal.

RESUMO

O artigo aponta possibilidades para uma interpretação garantista do processo jurisdicional, em atenção ao seu ser constitucional, bem assim ao papel fundamental que desempenha (ou que deveria desempenhar) em compromisso com a preservação da liberdade das partes na arena processual.

Palavras-chaves: Garantismo processual. Devido processo legal. Liberalismo. Ciência processual. Jurisdição.

ABSTRACT

The article presents possibilities towards a guarantee-oriented interpretation of the jurisdictional process, considering its constitutional being, as well as the base role such process plays (our should play) in commitment with the preservation of the liberty of the parties in the process field.

Keywords: Guarantee oriented procedural. Due law process. Liberalism. Procedural science. Jurisdiction.

1. A METÁFORA MATRIX E A DEPREDAÇÃO DO PROCESSO POR LENTES ESTATÓLATRAS DE COMPREENSÃO. A BAIXA CONSTITUCIONALIDADE E O DESDÉM AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Há um gravíssimo vezo no domínio do direito processual notabilizado por uma espécie de miscelânea retórico-argumentativa cada vez mais comum hodiernamente. É que a construção teórica e legislativa segue sendo forjada segundo miradas cujo compromisso capital está sobretudo no apoderamento judicial, em desprezo à gênese que caracteriza mais de perto a instituição que é o processo. O estrago causado por esse tipo de postura tem se pronunciado dia a dia

na praxe forense e ajuda a desvelar por qual razão o Direito é cotidianamente depredado por arbitrariedades de toda sorte.

Não que seja uma obviedade facilmente percebível, pois desponta tão-somente a partir de um doloroso empenho de des-vivicação da própria experiência de mundo na qual todos estamos mergulhados. Por aqui há tempos o paroquialismo doutrinário fez soberano o ensino do direito processual encimado em bases publicistas (ou hiperpublicistas), cujas elaborações teórico-conceituais privilegiam exatamente uma compreensão que prima a jurisdição pela superioridade.

A diluição do processual pelo jurisdicional é um fenômeno deveras real, uma promiscuidade oriunda de pré-juízos que se enraizaram na tradição jurídica pela labuta impactante e serial da dogmática durante longo trajeto histórico, a ponto de fazer com que antevejamos o processo por uma via de pensamento profundamente aferrada à perspectiva da atividade jurisdicional e dos seus (denominados) escopos sociais, políticos e jurídicos. Grosso modo, ecoa de ponta a ponta no País o mantra: o processo é de somenos importância, ancilar e subserviente, mero instrumento a serviço da jurisdição.

Já é hora, pois, de desvelar e destruir algumas compreensões alcançadas no interior da tradição e que foram se sedimentando até constituírem o comportamento assumido de modo geral pelos profissionais do direito na atualidade. Algo como tomar "pílula vermelha", expandir a percepção a fim de enriquecer horizontes em socorro ao conhecimento do processo tal como ele é. Não por deleite teórico, vaidades ou coisas do gênero, mas porque só assim se dará o giro paradigmático, passo absolutamente necessário para salvaguardar teoria e prática processuais da baixa constitucionalidade na qual se encontram atoladas.

2. O SOCIAL-LIBERALISMO ENCAMPADO PELA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988. IDEOLOGIA POLÍTICA, JURISDIÇÃO E PROCESSO. OS PERCURSOS ESCOLHIDOS PARA ESTA BREVE JORNADA

Tenha-se em mente que o social-liberalismo é a base político-ideológica subjacente à Carta Constitucional em vigor, que ilumina o curso da ordem econômica, financeira, jurídica, educacional e assistencial. Se outrora estavam os brasileiros suspensos entre liberalismo e estatismo, hoje porém a opção manifesta é por uma convergência de ideologias.1

Não se tem, por isso, um liberalismo infenso à justiça social, e sim uma proposta político-normatizada cujo mote é o continuado balanceamento de valores liberais e sociais entremeados em diversas conjunturas: embora dotado de muitas atribuições, o Estado não é (não deve ser) exclusivista, não é seu mister monopolizar a exploração econômica, mas tão-somente regular a economia para reprimir abusos, não lhe sendo lícito operar em conflito com a livre iniciativa, salvo em hipóteses expressamente previstas na Constituição.2

De maneira pontual, os principais traços característicos do social-liberalismo são: i) o individualismo egoísta do liberalismo clássico cedeu espaço ao individualismo altruísta e progressista, que enxerga uma conexão entre os homens por laços de simpatia e atenção; ii) diante do fracasso do livre comércio e da inviabilidade da empresa privada sem restrições, o capitalismo se submeteu a uma regulação destinada a promover prosperidade, harmonia na sociedade civil e a redução das desigualdades de pontos de partida; iii) o Estado mínimo dos liberais radicais (incapaz de corrigir as injustiças e desigualdades) e o Estado máximo dos socialistas marxistas (pesado, ineficaz e

[1] REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 43-51.
[2] REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 43-51.

opressivo) cedem lugar a um Estado fiscal e ágil, a um "liberalismo de Estado" que ajuda as pessoas a se ajudarem, intervindo na economia e promovendo serviços de bem-estar social (saúde, segurança e educação); iv) a liberdade negativa dos liberais clássicos foi superada por uma liberdade positiva, isto é, pela ideia de que a liberdade também pode ser ameaçada pelas desigualdades sociais e desvantagens intensas.3

O que isso, entretanto, importa ao direito processual? Ora, ideologias políticas exercem sugestão indeclinável sobre a forma como se visualizam a organização administrativo-funcional do Estado-juiz, o modo de formularem-se as decisões judiciais, a maneira de ocupação dos cargos judiciários e de apoio, e os objetivos, as metas e as tarefas que cabem ao Estado no desempenho específico da função jurisdicional.4 Tendo isso em consideração, um pequeno esforço é suficiente para se concluir que influxos ideológicos também se mostram capazes de fomentar ingerências sobre a apreensão e manejo da instituição (processo) que legitima a atuação jurisdicional e o seu resultado.5 Indo direto ao ponto: o substrato de inúmeras concepções e construções dogmático-processuais pretensamente técnicas tem por

[3] FONSECA COSTA, Eduardo José da. Los critérios de la legitimación jurisdicional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 21, n. 82, p. 205-216, abr./jun. 2013. Vale a lembrança que esse trabalho serviu de base à palestra ganhadora do Prêmio "Humberto Briseño Sierra", proferida pelo autor, em 19 de outubro de 2012, na ocasião do *XII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*, na cidade de Azul, Argentina.

[4] FONSECA COSTA, Eduardo José. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. *In*: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Organização: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora JusPodivim, 2015. p. 171-186.

[5] Juan Montero Aroca elucida que a origem das concepções assumidas pelos estudiosos acerca do processo é de ordem política, embora muitas vezes ocultada sob o manto da técnica processual. Sobre o tema: AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritário de la buena fe procesal. *Proceso civil e ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.* 2ª. ed. Coordenador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 292-352.

fundamento reflexos oriundos da transposição de topoi político-ideológicos imperantes em determinado tempo e espaço,6 cuja difusão devotada, massiva e equivocada corroborou para calcificar camadas e camadas de compreensão que obnubilam àquilo que o processo possui de mais distintivo.7

E tudo se complica em países onde o senso comum teórico assume pela jurisdição especial afeição, tomando-a inclusive como centro gravitacional da Teoria do Processo.8 Não é a toa que a aludida

[6] FONSECA COSTA, Eduardo José. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. *In*: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Organização: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora JusPodivim, 2015. p. 171-186.

[7] Nessa linha, leciona João Maurício Adeodato que "toda dogmática jurídica é necessariamente ideológica, daí a necessidade de compreender a relativa autonomia do direito dogmático em relação à moral. O conteúdo ideológico atravessa toda a estrutura da dogmática por estar contido no próprio dogma e, como bem nota Viehweg, não se deve preterir determinada teoria jurídica sob a pecha de 'mera ideologia', haja vista uqe todo discurso dogmático segue uma linha ideológica, e não descritiva, buscando como efeito a crença, e não o conhecimento neutral de seus postulados. Mesmo assente este fato, pode-se notar uma constante preocupação de 'desideologizar' a ação social do pensamento dogmático, emprestando ao direito um conteúdo eminentemente técnico e fazendo com que o sistema jurídico e suas normas, embora elaborados a partir desta ou daquela ideologia, passem a funcionar o mais possivelmente desvinculados de seus pontos de partida, reduzindo ao mínimo o inevitável pano de fundo ideológico. 'Este mundo jurídico pode funcionar, pois, sem reflexões ideológicas; naturalmente, não porque esteja livre de ideologias e sim porque a ideologia trivial, que se pressupõe e não se discute, tenha sido dogmatizada de uma maneira tecnicamente perfeita' (Viehweg)." (ADEODATO, João Maurício. *Ética & Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 161).

[8] Nas palavras de Gumerato Ramos (tradução livre): "[d]entro desse panorama de propor a organização dos Institutos Fundamentais seguindo a ordem *jurisdição*, *ação* e *processo*, o discurso da doutrina foi sempre uniforme e legitimador do Poder estatal como o grande *dirigente* e *protagonista* da cena processual, e por isso a *jurisdição* é trabalhada como o polo metodológico preponderante. A partir daí a doutrina passou a valorizar a importância dos Institutos Fundamentais, porém sempre com o enaltecimento da *jurisdição* (=Poder) por sobre o *processo* (=Garantia) e a própria *ação* (=Liberdade). Como já assinalado, isso se verifica na forma como os livros de teoria geral do processo metodicamente organizam o assunto, de regra principiando pela exaltação/explicação sobre a *jurisdição*, sendo

transposição dos topoi políticos-ideológicos ganha ares sobranceiros no Brasil, fazendo com que técnicas legislativas sejam elaboradas e interpretadas a partir de lentes desvirtuadas de uma específica perspectiva histórico-cultural que lhes deveria servir de modelo. Entre nós, processo e direito processual surgem amesquinhados por pré-conceitos inautênticos que doutrina e prática forense gradualmente consolidaram.

Mas o que afinal torna equivocado encarar o processo com os olhos da jurisdição, qual o problema dessa cegueira epistemológica em relação ao ser processual, e precisamente que mal habita esse tipo de (im)postura hermenêutica? A resposta a essas questões demanda um trabalho de decomposição da coisa em exame voltado a desobstruir estruturas teóricas prévias já encrostadas a fim de, em última análise, demonstrar que o ativismo judicial, as correntes teóricas que o subjazem e as suas consequências corrosivas estão longe de serem autoevidentes ou sustentáveis a partir de um horizonte fundado constitucionalmente.

Conquanto diversos os caminhos segundo os quais a empreitada poder-se-ia alcançar seu desiderato, optou-se por duas vertentes: i) a histórico-ideológica, tendo-se em vista uma investigação centrada nas origens do devido processo legal; e ii) a filosófica, cuja base é um artigo de Eduardo José da Fonseca Costa, escrito sob a influência da ontologia fenomenológica de Martin Heidegger.

a *ação* e o *processo* tratados sempre após aquela." (RAMOS, Glauco Gumerato. Proceso jurisdicional, Repúplica y los Institutos Fundamentales del derecho procesal. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 22, n. 88, p. 251-272, out./dez. 2014).

3. O PAPEL DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O AMESQUINHAMENTO DO PROCESSO POR UMA COMPREENSÃO ENVIESADA DECORRENTE DA TRANSPOSIÇÃO DE *TOPOI* POLÍTICO-IDEOLÓGICOS ESTRANHOS À SUA GÊNESE. O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL COMPROMISSADA COM A PRESERVAÇÃO DA LIBERADE

Ninguém ancorado à realidade atribuiria à jurisdição hoje, pós Constituição de 1988, função restrita a ordenar e resolver os conflitos que pululam na sociedade. Seu papel segue para além disso, evidentemente. Opera também em prol da concretização do projeto constitucional, promovendo por conseguinte espécie de (re)engenharia social. O exemplo da Constituição brasileira é ideal, pois analítica que é, abrange inúmeras questões pautadas por direitos fundamentais de distintas dimensões, tradicionalmente decididas com exclusividade no âmbito político.

Parece não haver dúvida de que – parafraseando Lenio Luiz Streck – o paradigma do Estado Democrático de Direito, com enfoque no Brasil onde o coeficiente de promessas incumpridas da modernidade é muito elevado, liga-se inexoravelmente à função transformadora que o Direito e a jurisdição constitucional assumem na atualidade. A especificidade da Constituição brasileira, a qual contém um leque de direitos fundamentais-sociais com altíssimo grau de inefetividade, tornou a judicialização algo inescapável. Ou seja, frente à inércia verificada na atuação do Executivo e Legislativo na concretização de direitos fundamentais, não se pode abrir mão de certo grau de intervencionismo da justiça constitucional.[9]

[9] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão judicial.* 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113-118. É bastante conhecida a distinção feita pelo autor entre *judicialização da política* e *ativismo judicial*, a evidenciar sua

Mas considerar o valor da jurisdição nos tempos atuais não autoriza o soterramento daquilo que o processo tem de imanente, tampouco a tratá-lo com inferioridade, em desatenção às suas raízes histórico-positivas e à ideologia que o sustenta.[10] Muito pelo contrário, porquanto a valorização da atividade jurisdicional, com a sua ingerência em uma diversidade de assuntos, implica rigorosas cautelas no seu controle para impedir e debelar abusos[11] – afinal, uma jurisdição mais intervencionista traz consigo o risco de discricionariedades, ativismos e

preocupação com a atuação judicial desmedida, cujos resultados são *discricionariedades* e *decisionismos* de toda sorte. Em seus textos verifica-se claramente o combate que trava contra o ativismo judicial e as posições teóricas que encaram o Judiciário como o superego da sociedade. Sobre a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, consultar também: TASSARINI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

[10] Como demonstra Lenio Luiz Streck, "o processo constitucional, adequadamente concebido, pode representar um elemento de fundamental importância para evitar que a democracia se transforme numa judiciariocracia... O elevado grau de autonomia assumido pelo direito nesse novo paradigma acarreta responsabilidade política cada vez maior ao Poder Judiciário. Por isso, o necessário cuidado – no sentido coloquial e hermenêutico da palavra (Sorge) – que a comunidade jurídica deve ter com o modo como a jurisdição constitucional pode e deve ser desenvolvida. Afinal, tudo começa e termina no respeito ao devido processo legal. Processo: eis a questão!" (STRECK, Lenio Luiz. *In*: ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-14).

[11] Em interessante pesquisa, Ran Hirschl analisa a transferência de poder das instituições representativas para o Judiciário, fenômeno por ele designado de *juristocracia*. Uma tendência crescente, que avança do Leste Europeu para a América Latina, e atinge sistemas de tradição institucional fundada na soberania parlamentar. É a crença na legitimidade de se garantir direitos pela via judicial, mesmo que em evidente contraposição ao poder político parlamentar. Hirschl apresenta o outro lado da moeda mediante uma análise que envolve a experiência concreta de quatro países que perpassaram pela "revolução constitucional" (Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul). Segundo demonstra, hoje praticamente tudo pode ser judicializado, de maneira que juízes não eleitos pelo povo, sem responsabilização política, assumem-se dia a dia no mundo como o principal corpo decisório sobre questões importantes para a vida coletiva. (HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalismo*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2007).

decisionismos judiciais, que só fazem sedimentar intepretações afrontosas a princípios constitucionais fundantes, entre os quais a própria separação de poderes.[12] Em poucas palavras: se é inegável o fato de que a Constituição de 1988 confiou especial relevo à jurisdição no Estado Democrático de Direito, é igualmente notório o destaque não menos relevante que também atribuiu ao processo devido.

Ou seja, pensar ontologicamente o processo implica um necessário recuo na tradição em busca de suas origens. A chave está em investigar, em sua alvorada, o devido processo legal, previsto na Constituição de 1988 entre os direitos e garantias individuais e coletivas, matriz fundante do processo em particular, e da ciência processual de maneira geral.

A ideia mesma envolta no due process of law surgiu com a Magna Carta Libertatum, outorgada em 1215 pelo João "Sem Terra".[13] A expressão, porém, só mais tarde veio a ser cunhada, utilizada primeiramente no ano 1354, na Cláusula 3 do 28 Estatuto de Eduardo III, na qual se lia que "no man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law".[14] Mais: conquanto de origem anglo-saxã, seu aperfeiçoamento deu-se na América do Norte, na emergência do fenômeno de constitucionalização dos direitos humanos ali ocorrido, tendo sido inserido na Quinta (1791) e Décima Quarta (1868) Emendas da Constituição dos Estados Unidos, cujas redações serviram de modelo para a Constituição Federal de 1988.15

[12] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão judicial.* 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113-118.

[13] Como leciona Antônio Dória, "a teoria política ocidental deve inegavelmente à Magna Carta a primeira concepção de um poder politico limitado." (SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. Direito constitucional tributário e due processo of law. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 16).

[14] ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 25.

[15] Sobre o tema há ampla literatura: ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY,

Importa aqui o fato de que o due process ganhou força num contexto político-ideológico inegavelmente liberal, pois compromissado quer com a limitação das ações estatais, quer com o reforço da lei como ordem geral e abstrata. Vale dizer, o motor ideológico tinha por matriz direitos fundamentais de resistência (primeira dimensão), fruto das revoluções liberais francesa e norte-americana, por meio das quais a burguesia reivindicava o respeito às

---

Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional. Aspectos Contemporâneos.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015. CALMON DE PASSOS, Democracia, participação e processo. *Participação e processo.* Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. CATONI, Marcelo. *Direito constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. COSTA, Miguel do Nascimento. Das garantias constitucionais e o devido processo no Estado Liberal aos direitos fundamentais e o processo justo no Estado Democrático de Direito. *Revista AJURIS*. Porto Alegre, v. 42, n. 139, dezembro, 2015. DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. FONSECA COSTA, Eduardo José da. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico.* 16 de novembro de 2016. Disponível: <www.conjur.com.br>. JR, Nelson Nery. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. GOUVÊA MEDINA, Paulo Roberto de. *Direito Processual Constitucional.* 4ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. MATTOS, Sérgio Luíz Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. RAMOS, Glauco Gumerato. Proceso jurisdicional, Repúplica y los Institutos Fundamentales del derecho procesal. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 22, n. 88, p. 251-272, out./dez. 2014. SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. Direito constitucional tributário e due processo of law. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001. STREK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. TORRES, Artur. *Fundamentos de um direito processual civil contemporâneo. Parte I.* Porto Alegre: Arana Editora, 2016. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

liberdades individuais e consequentes limitações aos poderes até então absolutos do Estado. Nessa fase inaugural do constitucionalismo ocidental ansiava-se por pretensões de caráter negativo, cujos titulares eram os indivíduos.

Na contemporaneidade sabidamente o due process é encarado não apenas em sua perspectiva procedimental (procedural due processo of law), mas também sob um viés substantivo (substantive due process fo law). Esse sentido foi alavancado nos Estados Unidos em 1798, no caso Calder vs. Bull, firmando-se o entendimento de que atos normativos, legislativos ou administrativos, que ferissem direitos fundamentais, ofenderiam por conseguinte o devido processo legal, a demonstrar que o princípio tem aplicabilidade também fora dos limites processuais.[16] De um lado, salvaguarda direitos fundamentais no âmbito do procedimento (contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação e publicidade das decisões judiciais, entre outros), de outro, revela a segurança de que os direitos fundamentais do indivíduo jamais serão violentados pelo ente estatal ou por quem quer que seja.[17]

Enfim, é preciso ter claro que o devido processo legal (ou como preferem alguns, o processo legal devido) apresenta, em sua identidade essencial, o papel garantístico de preservação da liberdade do cidadão; assim foi outrora e permanece sendo ainda hoje, mesmo diante dos influxos evolutivos que recebeu ao longo das quadras pelas quais perpassou a história.

[16] ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 28.

[17] Consoante lecionam Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, a origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Já em 1798, no caso Calder *vs.* Bull, firmou o entendimento de que os atos normativos, quer legislativos, quer administrativos, que ferirem os direitos fundamentais ofendem, ipso facto, o devido processo legal e, por tal razão, devem ser nulificados pelo Judiciário (JR. Nelson Nery; ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro. Curso completo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 161).

4. O ARTIGO ESCRITO POR EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA EM PROL DO DESVELAMENTO DA GÊNESE DO PROCESSO. A PERGUNTA PELO SER CONSTITUCIONAL DO PROCESSO COMO CONDIÇÃO APRIÓRICA DE POSSIBILIDADE DA CIÊNCIA PROCESSUAL. O DESENCAMINHAMENTO PROMOVIDO POR CORRENTES DOGMÁTICAS QUE DESENRAIZARAM O PROCESSO DA CONSTITUIÇÃO. O PROCESSO EM SUA INSTITUCIONALIDADE GARANTÍSTICA E SEU PAPEL DE CONTENÇÃO DE ABUSOS E DESVIOS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

O caminho que se segue na sequência tem por alvo o desvelamento do processo a partir de uma atitude filosófica que assumidamente pretenda o retorno às coisas mesmas. Ao fim e ao cabo, o objetivo permanece idêntico àquele até então almejado: alijar a encrosta teórica que, desde há muito, oculta a gênese do ser processual. É, pois, um embate contra o senso comum teórico.

Embora difícil a empreitada, ela já teve início pelas mãos de alguns juristas, os quais ainda que apegados em bases teóricas diversas, adotam como pauta comum justamente a peleja na construção do projeto sempre inconcluso do Estado Democrático de Direito. Entre eles a escolha recaiu sobre Eduardo José da Fonseca Costa, especificamente porque recentemente elaborou, radicado à ontologia fenomenológica de Heidegger, texto teórico revelador de riquíssimo conteúdo e de proveito inconteste para esse trabalho de explicitação dogmática daquilo que realmente é o processo.[18]

[18] Esse tópico basicamente é um resumo do artigo aludido: FONSECA COSTA, Eduardo José da. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico.* 16 de novembro de 2016. Disponível: <www.conjur.com.br>.

O ponto de partida é ter em mente que a processualistica não é um livre projeto ou artifício intelectual: ainda que disponha de um sistema de categorias fortemente estruturado, é cega se antes não esclarece suficientemente o ser constitucional do processo e se não compreende esse esclarecimento como tarefa fundamental. Afinal de contas, é a Constituição que traça as linhas mestras estruturais do processo, vale dizer, é a sua plataforma de lançamento institucional, de maneira que não se pode conceber uma processualística que não se anteceda de uma constitucionalistica do processo. Implicado em todo pensamento processual há de estar um pensamento constitucional. A pergunta pelo ser constitucional do processo é a condição apriórica de possibilidade de uma ciência processual.[19]

E uma exploração, mesmo que superficial da Constituição de 1988, é mais que suficiente para identificar a institucionalidade garantística como o ser constitucional do processo.20 Processo é

[19] Nessa mesma linha, Aury Lopes Jr. aponta a necessidade de se pensar o processo penal (mas o mesmo vale para o processo civil) a partir da Constituição. Ensina que somente "a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição." Em outro trecho de sua obra, ensina que o "processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade., e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal." JR., Aury Lopes. *Direito Processual Penal.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41-45).

[20] Para uma apresentação do debate envolvendo ativismo *vs* garantismo: RAMOS, Glauco Gumerato. Activismo vs. Garantismo en el processo civil: presentación del debate. *Proceso Democrático y Garantismo Procesal*. Coordenadores: Carlos Hernique Soares, Glauco Gumerato Ramos, Guido Aguila Grados, Mónica Bustamante Rúa e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Belo Horizonte: Arraes Editores,

instituição de garantia, estando a serviço dos jurisdicionados, não é instrumento do poder jurisdicional. Enquanto a função da jurisdição é aplicar imparcialmente o direito, a do processo é garantir que essa aplicação se faça sem desvios e excessos.[21] Lembre-se: na jurislação, o direito é criado; na jurisdição, o direito é aplicado por terceiro imparcial; na administração, o direito é aplicado pela própria parte ou por terceiro não imparcial.

Na realidade, o que está a serviço da realização do direito material é a jurisdição, não o processo: ao processo cabe apenas cuidar para que essa realização não deslize em abusividades. Ou seja, o exercício da jurisdição radica no processo, é o último que legitima a primeira; não o contrário. Tanto assim é que o processo é tratado no

2015. p. 1-13.

[21] Sem dúvida que o livro Direito e Razão, de Ferrajoli, encontra lugar certo em toda biblioteca de estudiosos que seguem uma linha de pensamento garantista. Segundo o jurista italiano, são três as acepções possíveis da expressão garantismo: i) designa um modelo normativo de direito (precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos a função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos); ii) significa teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas também pela existência ou vigor das normas (a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos, tendencialmente garantistas, e práticas operacionais, tendencialmente anti-garantistas, interpretando-a com antinomia que subsiste entre a validade dos primeiros e a efetividade – e invalidade – das segundas; e iii) trata-se de uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade (o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ser e o dever ser do direito). (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal.* 2ª ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 785-788).

título da Constituição sobre direitos e garantias fundamentais, não nos títulos sobre organização do Estado. Mais ainda: processo é instituição de garantia de liberdade, pois regulado no Capítulo I do Título II, que cuida sobretudo dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Presta-se, enfim, a resguardar a liberdade das partes em relação ao Estado-juiz.

Acontece que são muitas as correntes dogmáticas desencaminhadas, que inconfessadamente desenraizam o processo da Constituição e o envolvem em sobrecargas inconvenientes, esfumaçando-lhe seu ser constitucional e, por consequência, sua institucionalidade garantística. São doutrinas de cunho ativista, apegadas a uma perspectiva utensiliar, cuja dimensão historial representa exercício renitente de esquecimento do ser constitucional do processo. O que fazem é dissolver o processo (que é garantia) na jurisdição (que é poder), como se processo fosse a própria jurisdição-funcionalmente-manifestada, fazendo-o perder a própria autonomia ôntica, dando o direito processual lugar a um disforme "direito jurisdicional". Derivam de uma processualística orgulhosa, que logrou isolar-se ou alhear-se, que escapou ao englobamento constitucionalístico, ensimesmou-se ou se prostituiu, adoecendo de si própria. Esquecem o ser constitucional do processo por indiferença, e seguem rumo como se fosse legítimo ao processual recuar para autofundar-se ou fundar-se em extrajuridicidades não constitucionais (ideologias, interesses, alienações, repressões, teologias, versões de mundo, que intrusivamente ocupam a suprema posição fundante que deveria caber à Constituição). A pior dessas doutrinas é a instrumentalidade do processo, fundada num princípio epocal mântrico sem consistência positivo-constitucional, que reduz o processo a mero "artefato para boas intenções", e tem servido como fonte de compreensão e racionalidade de qualquer manifestação no universo processual.

Somente quando a processualista "de-siste" de enclarusurar-se e "in-siste" numa constitucionalística, ela "ek-siste" como ramo dogmático legitimante autônomo. A partir dessa articulação instala-se novo ponto de apoio teórico-arquitetônico para novas terminologias, novos pressupostos operacionais, novos procedimentos metodológicos, novos modelos interpretativos. Na medida em que ser garantia define o processo em suas estruturas elementares, significativas e práticas, para além de uma analítica garantista, instalam-se também possibilidades de uma hermenêutica garantista e de uma pragmática garantista.

Mais: um dos títulos pseudo-fundantes e enganadores da processualstica ativista é a categoria pragmática da técnica. Não por acaso que por meio de uma técnica constitucionalmente desertificada, o ativista faz de tudo para eficientemente – mediante cálculo de meios e fins (utilitarismo) – mobilizar energias e transformar realidades. A técnica processual não representa um mal em si, mas é preciso religá-la ao seu chão próprio, à sua terra natal, à sua pátria original, que é a sua esquecida moldura garantístico-constitucional. Para ser direto: é hora de uma montagem técnico-processual criativa a serviço da garantia, o que é tarefa ainda irrealizada no Brasil, onde a empolgação concentra-se numa engenharia processual a serviço do autor, compromissada com a efetividade jurisdicional.

Por fim, décadas de cegamento ativista fizeram com que a maioria veja aquilo que é óbvio como estranho e o insuspeito como familiar. O que era para ser escancaramento tornou-se iniciação a uma obviedade despercebida. É o garantista um constitucionalista do devido processo legal cujo papel é reconduzir os olhares para o ser constitucional do processo. Ou seja, a empresa garantista sempre antepõe à sua processualstica uma constitucionalística especializada, navegando pelas duas numa zona de fronteira epistemológica, o que torna o garantismo uma interdogmática e o garantista um interjurista.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. ACEPÇÕES INAUTÊNTICAS E GENERALIZADAS SOBRE O PROCESSO. O PROCESSO ENCARADO A PARTIR DE UMA LEITURA FORTE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

É curioso (e sintomático) observar que, no meio popular, processo significa nada menos que autos de processo, ou ainda é encarado (o que é ainda pior) como a própria atividade jurisdicional em exercício. Meu processo não anda ... Ou julgaram meu processo ... O processo do fulano não teve o êxito esperado ... Quase ninguém em absoluto o enxerga como instituição de garantia! Afinal, ler a Constituição é um hábito ainda a ser difundido no Brasil.[22]

O advogado que se vende como processualista corre o risco de passar fome. Como é evidente, trata-se de palavra que não ingressou no vocabulário vulgar. A própria mídia a confunde regularmente. Nem desconfia o jurisdicionado que precisa ter ao seu lado um causídico suficientemente versado na ciência processual, porquanto isso, no mínimo, assegurar-lhe-á tentativas mais vigorosas para que seus direitos fundamentais processuais sejam cumpridos pelo Estado-juiz ao

[22] Por exemplo, em "conversas de esquina" não se ouvem assoberbamentos como: *... no julgamento do meu caso o juiz foi ligeiro demais, afrontou meu direito a um processo devido; ... que coisa é essa de o juiz não me permitir produzir prova pericial; cadê o devido processo legal?; ... essas justificativas nada dizem, não enfrentaram as especificidades do meu problema; não dá para engolir esta decisão, afinal o devido processo me assegura uma prestação jurisdicional fundamentada; ... estou revoltado: meu advogado me encaminhou hoje o resultado do meu caso, e nada do que consta ali, na sentença, retrata o que eu e aquele desgraçado que me causou prejuízo debatemos ao longo de dois anos; ... então eu disse para o juiz: não doutor, não admito que meu advogado saia da audiência para que o senhor, eu e o réu tenhamos uma conversa "amigável" em particular; sei perfeitamente que tenho direito a ampla defesa, e isso só vai acontecer, porque tudo aqui é técnico demais, se meu advogado permanecer ao meu lado durante o desenrolar de todo o procedimento; ... meu Deus, fui chamado para uma audiência na condição de testemunha e tive que ouvir o juiz me chamar de mentiroso; tive pena do réu, pois sua condenação estava estampada na testa daquele infeliz que vai julgar o caso e que não tem a mínima intimidade com a ideia de imparcialidade.*

longo da marcha procedimental. Doa a quem doer, mas na arena processual, vez ou outra, o adversário da parte não é apenas a contraparte, mas também o próprio julgador, que por olvidar seu papel de guardião da Constituição, arvora-se em posturas atentatórias ao devido processo legal: determina a produção oficiosa de provas, ameaça testemunhas, admoesta advogados a fim de impor sua autoridade, impede a produção probatória requerida por uma das partes, cria embaraços à publicidade processual, vira as costas solenemente para o contraditório substancial, nega aos litigantes o direito a decisões fundamentadas, não leva à sério a cláusula do juiz natural e seu dever de imparcialidade,[23] despreza a presunção de inocência, autoriza buscas e apreensões coletivas, utiliza-se de prisões preventivas como técnica para a obtenção de delações premiadas, etc. Se teoricamente já abandonamos a velha dicotomia indivíduo versus Estado, o mesmo não se deu por completo na lida nua e cura da praxe forense.

Mais grave, porém, é constatar que, entre profissionais do direito, o processo é comumente encarado como mero instrumento a serviço da jurisdição. Alguns juristas, versados em dadas especialidades do direito material, chegam a desdenhá-lo sem pudor, inclusive em

[23] Acerca da imparcialidade, esclarece Carlos Adolfo Picado Vargas: "... vemos que la doctrina entiende que un juez imparcial es aquel que aplica la ley sin tender a un fin determinado, sea propio o ajeno (acá juega la independencia) y para esto tiene vedada la realización de actividades propias de las partes (acá juega la impartialidad). La importancia de la imparcialidad judicial radica en la necesidad de su existencia para tener por configurado un proceso como debido. Y esto se justifica en la legitimidad que ella otorga al juez como tercero ajeno al litigio para resolverlo. Las partes sólo pueden concebir la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses por un tercero si este actúa en base al respeto de los derechos de ambas, actor y demandado, llevando a cabo un proceso según constitución. Consecuentemente, la afirmación de que el terceo llamado a resolver el litigio ha de ser imparcial permitió que los particulares consientan someter el conflicto a su conocimiento y permitió así que éstos se resuelvan de modo pacifico." (PICADO VARGAS, Carlos Adolfo. La independencia del juez. *Memoria XXVII Congreso Panamericano de Derecho Procesal*. Colombia: Sigma Editores, 2016. p. 213-218).

salas aulas, como se fosse nada mais que mera técnica manejável para o desenrolar da atividade jurisdicional e a aplicação do direito positivo.[24]

Noutros termos, a versão difundida, em meios populares e especializados, refere-se a algo que, com o devido respeito, em nada se relaciona ao ser constitucional do processo. Nem mesmo se pode falar em vulgata. Mais adequado é afirmar que entre nós vigora uma percepção delirante de processo. Sua função de garantia a serviço da liberdade das partes encontra-se eclipsada, vale dizer, perdeu densidade e respeito a sua feição de blindagem contra desmandos e

[24] O desrespeito ao processo como instituição de garantia colabora sobremaneira para o recrudescimento do fenômeno da depreciação do Direito, verificado pela enxurrada de decisões ativistas que recheiam as páginas dos jornais semanalmente, cuja pauta de comando assenta-se em especial no subjetivismo dos julgadores. E o mais grave é que legisladores e doutrinadores, praticando espécie de *haraquiri* institucional, por vezes alimentam o atual estado de coisas. A ordem vem dos altos escalões (leia-se: Conselho Nacional de Justiça), e é cumprida quase bovinamente: julguem, julguem, julguem; e muito! Incentivam-se magistrados com promoções por produtividade, e a cartilha é seguida à risca. Há um fetiche por números altos. A atividade jurisdicional está se matematizando. Quer-se boas estatísticas, e para obtê-las o motor legislativo é aquecido para o fabrico de numerosas técnicas: julgamento parcial de mérito, antecipações liminares de tutela com base na evidência, estabilização de tutelas provisórias, reforço dos poderes dos relatores, suplemento da autocomposição. E o senso comum teórico não fica atrás; segue a maré de bom grado... Por exemplo, o CPC-2015 reforçou nosso modelo de "precedentes". Nele cabe tudo, até súmulas. Muitos veem nisso o mecanismo do qual carecia a engrenagem judicial para que julgamentos surjam mecanizados, pré-moldados e portanto facilitados. *Enfim, o autoritarismo avançando a passos largos sobre o perfil democrático e republicano traçado pela Carta Constitucional. O trem da celeridade rolando sobre os trilhos do tempo em atropelo a coisas mais importantes, como a própria qualidade das decisões judiciais.* Muito melhor (e necessário) seria nutrir preocupação, como faz Georges Abboud, em viabilizar um modelo jurídico que possa atingir uma resposta (jurisdicional) correta e, deste modo, combater o relativismo (a ideia de que qualquer resultado é aceitável e sempre válido) e o ceticismo interpretativos, afastar a utilização estratégica do direito para perseguir fins políticos e afrontar a confiança desenfreada em valores e convicções pessoais dos magistrados. (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial. O ato administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 468).

arbitrariedades praticados pela autoridade judicial.

Há, portanto, muito a ser feito para se construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional. É um trabalho de base, cujos esforços recaem notadamente sobre as costas dos estudiosos, que precisam refletir sobre conceitos postos e sedimentados, reformulá-los se necessário, pensar sobre a legitimidade de algumas técnicas processuais hoje festejadas, seguir rumo a construção de uma ciência processual que não se ancore em particularismos e retóricas subjetivistas de tal ou qual doutrinador, e sim esteja compromissada fielmente com a Constituição. Sobretudo, é preciso compreender e interpretar o processo sempre a partir de uma leitura forte do devido processo legal[25] – "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF/88, art. 5o, LIV).

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ADEODATO, João Maurício. **Ética & Retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. 5a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

[25] Como bem ensina Alvarado Velloso, o garantismo processual pretende o irrestrito respeito à Constituição. Os autores que encampam essa via de pensamento não buscam um juiz comprometido com pessoas ou coisas distintas da Constituição, e sim uma autoridade judicial que esteja empenhada em respeitar, e fazer respeitar, a qualquer preço as garantias constitucionais. E o processo é a máxima garantia que a Constituição confere para a defesa dos direitos individuais, a começar pela própria liberdade. Afinal, "as garantais constitucionais são como o sol, que nasce para todos, sobretudo para aqueles que delas mais necessitam." (VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal.* Rosario: Editorial Juris, 2010. p. 57-58).

AROCA, Juan Montero**. Sobre el mito autoritário de la buena fe procesal. Proceso civil e ideologia**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. 2a. ed. Coordenador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 292-352.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. **Processo constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de**. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.

CALMON DE PASSOS, Democracia, participação e processo**. Participação e processo.** Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CATONI, Marcelo. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COSTA, Miguel do Nascimento. Das garantias constitucionais e o devido processo no Estado Liberal aos direitos fundamentais e o processo justo no Estado Democrático de Direito**. Revista AJURIS**. Porto Alegre, v. 42, n. 139, dezembro, 2015.
DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2a ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. Los critérios de la legitimación jurisdicional según los activismos socialista, facista y gerencial. **Revista**

Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 21, n. 82, p. 205-216, abr./jun. 2013.

FONSECA COSTA, Eduardo José. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Organização: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora JusPodivim, 2015. p. 171-186.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. O processo como instituição de garantia. **Revista Consultor Jurídico**. 16 de novembro de 2016. Disponível: <www.conjur.com.br>.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalismo**. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2007.

JR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JR. Nelson Nery; ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro**. Curso completo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. GOUVÊA MEDINA, Paulo Roberto de. **Direito Processual Constitucional**. 4.a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
MATTOS, Sérgio Luíz Wetzel de**. Devido processo legal e proteção de direitos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RAMOS, Glauco Gumerato. Proceso jurisdicional, Repúplica y los Institutos Fundamentales del derecho procesal. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro,** Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 22, n. 88, p. 251-272, out./dez. 2014.

PICADO VARGAS, Carlos Adolfo. La independencia del juez. **Memoria XXVII Congreso Panamericano de Derecho Procesal**. Colombia: Sigma Editores, 2016.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMOS, Glauco Gumerato. Proceso jurisdicional, Repúplica y los Institutos Fundamentales del derecho procesal. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 22, n. 88, p. 251-272, out./dez. 2014.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Activismo vs. Garantismo en el processo civil**: presentación del debate. Proceso Democrático y Garantismo Procesal. Coordenadores: Carlos Hernique Soares, Glauco Gumerato Ramos, Guido Aguila Grados, Mónica Bustamante Rúa e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 1-13.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. **Direito constitucional tributário e due processo of law**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão judicial**. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. **Processo constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TASSARINI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Artur. **Fundamentos de um direito processual civil contemporâneo.** Parte I. Porto Alegre: Arana Editora, 2016.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **El garantismo procesal**. Rosario: Editorial Juris, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Marcelo Pereira de Almeida
Alexandre de Castro Catharina

DECISÃO JUDICIAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: INTERSEÇÕES E PERSPECTIVAS A PARTIR DA CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

DECISÃO JUDICIAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: INTERSEÇÕES E PERSPECTIVAS A PARTIR DA CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Marcelo Pereira de Almeida

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Advogado.

Alexandre de Castro Catharina

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá. Professor Adjunto do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Nova Iguaçu. Advogado.

Resumo: O artigo tem como escopo analisar algumas perspectivas teóricas acerca da utilização de ferramentas de inteligência artificial em processos decisórios no âmbito do Poder Judiciário e a necessária observância da cláusula do devido processo legal em sua aplicação. Não há dúvidas em relação aos benefícios decorrentes do uso de IA em diversas etapas do procedimento, dinamizando a prática de atos processuais. No entanto, o uso de Inteligência Artificial na formação de decisões judiciais, em qualquer grau de jurisdição, deve observar o devido processo legal, o dever de transparência e os parâmetros éticos estabelecidos previamente para conferir legitimidade ao ato decisório. A partir da revisão de literatura e do método indutivo, o trabalho propõe uma reflexão sobre as interseções entre decisão judicial, uso de Inteligência Artificial e devido processo legal, de modo a viabilizar a construção dialógica de provimentos jurisdicionais, vinculantes ou não, e evitar a opacidade algorítmica. O resultado do estudo indica que há uma gradativa utilização de ferramentas de Inteligência Artificial nos Tribunais brasileiros, mas ainda é muito incipiente o arcabouço normativo sobre o tema controle da opacidade e parâmetros éticos, o que pode acarretar violações à cláusula do devido processo legal.

Palavras-chaves: Decisão da judicial. Inteligência artificial. Devido Processo Legal.

JUDICIAL DECISION AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: INTERSECTIONS AND PERSPECTIVES FROM THE CLAUSE OF DUE PROCESS

Abstract: The article aims to analyze some theoretical perspectives about the use of artificial intelligence tools in decision-making processes within the judiciary and the necessary observance of the clause of due process in its application. There is no doubt about the benefits arising from the use of AI in various stages of the procedure, streamlining the practice of procedural acts. However, the use of Artificial Intelligence in the formation of judicial decisions, in any degree of jurisdiction, must observe due process, the duty of transparency and the ethical parameters previously established to confer legitimacy to the decision act. From the literature review and inductive method, the work proposes a reflection on the intersections between judicial decision, use of Artificial Intelligence and due legal process, in order to enable the dialogical construction of jurisdictional provisions, binding or not, and avoid algorithmic opacity. The result of the study indicates that there is a gradual use of Artificial Intelligence tools in Brazilian courts, but it is still very incipient the normative framework on the subject control of opacity and ethical parameters, which may lead to violations of the due process clause.

Keywords: Judicial decision. Artificial intelligence. Due Processo of law.

INTRODUÇÃO

O propósito do presente texto é traçar um breve panorama sobre o uso das ferramentas de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário brasileiro e refletir sobre a complexidade que decorre da aplicação dessas ferramentas na formação de decisões judiciais. O emprego da Inteligência Artificial em processos decisórios, sem um arcabouço normativo específico que assegure a observância do devido processo legal e os seus desdobramentos no âmbito da tecnologia, como contraditório efetivo, controle dialógico da opacidade, cooperação algorítmica, entre outros, pode contribuir para potencializar decisionismos e arbitrariedades sob o pretexto de racionalizar a administração da justiça.

Por essa razão, a utilização das ferramentas de Inteligência Artificial não pode prescindir de amplo debate acerca do necessário estabelecimento de parâmetros éticos, a formulação teórica e normativa da cláusula do devido processo tecnológico e estruturação de mecanismos processuais de controle da opacidade. Diante da importância e complexidade da temática, se faz necessário ampliar os estudos não somente no âmbito da Teoria Geral do Processo, para estabelecimento de princípios específicos, como também no âmbito da incipiente Teoria da Decisão Judicial e dos Precedentes em construção no Brasil sob a vigência do CPC/15.

Considerando o escopo e os limites do artigo, o objetivo da pesquisa é abordar, de forma panorâmica, algumas perspectivas teóricas acerca do uso de inteligência artificial em processos decisórios e a descrição de algumas ferramentas que já estão sendo utilizados pelos Tribunais brasileiros. A partir da produção científica sobre o tema e os dados acerca da sua utilização na prática judiciária, o trabalho propões algumas reflexões sobre os desafios e interseções entre uso de inteligência artificial nas decisões judiciais e a observância do devido processo legal.

1. A INSERÇÃO DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM PROCESSOS DECISÓRIOS JUDICIAIS

Um aspecto importante que vem afetando intensamente o desenho da teoria da decisão judicial na contemporaneidade, com consequente interferência na construção e aplicação dos precedentes, diz respeito à utilização cada vez mais frequente de sistemas de inteligência artificial nos processos de tomada de decisão judicial. Neste sentido, Núria Belloso Martín (2019) indica que a utilização de sistemas de inteligência artificial na construção de uma teoria de decisão judicial pode ter influências positivas e negativas.

Os sistemas de inteligência artificial, na visão da autora, se mostram como ferramenta útil no processo decisório, pois possibilitam auxiliar a redução de erros humanos, melhorar a eficiência do sistema judicial e promover previsibilidade no processo de tomada de decisão (Almeida, 2022). No entanto, afirma que o emprego desses sistemas também apresenta riscos, principalmente relacionados à falta de transparência e à possibilidade de se manipular informações na programação dos algoritmos. Além disso, a utilização desses sistemas permeia questões éticas e legais relacionadas à privacidade, proteção de dados e responsabilidade por decisões automatizadas, exigindo o cuidado no uso desses sistemas no intuito de garantir que sejam bem regulamentados e transparentes em seu funcionamento (Martín, 2019).[1]

Ana Sales, Carlos Coutinho e Letícia Paraíso (2021), afirmam que a promessa da implementação da inteligência artificial no processo judicial seria de agilizar e descongestionar a fila dos processos judiciais, tendo em vista que os sistemas de inteligência artificial podem executar tarefas com eficácia e celeridade superior. Além disso, os autores destacam que a utilização de inteligência artificial como meio para resolução de litígios no Brasil constituiria uma revolução, visto que o país acumula um número expressivo de processos.

Os autores consideram algumas ressalvas para o uso desses sistemas com função total ou parcial de proferir decisões no âmbito judicial, indicando que não seria possível a inclusão das máquinas em todas as etapas de elaboração da decisão judicial. Além disso, destacam que a motivação das decisões é essencial em casos de aparente conflito de normas e nos casos de afastamento de um precedente, ou seja, todas as vezes que a compreensão plena das particularidades do caso exigir uma interpretação complexa, por causa de divergência entre normas, caberá ao magistrado definir os critérios para se adotar uma em detrimento de outra, seja por princípio ou por regra, exigindo clareza na justificação, o que revela a necessidade da atuação humana.

Para Henrique Cardoso e Flávia Pessoa (2022), a inteligência artificial pode ser utilizada para melhorar o acesso à justiça por meio do desenvolvimento de plataformas capazes de automatizar ações repetitivas e auxiliar na tomada de decisões judiciais. Essas plataformas utilizam ferramentas de inteligência artificial como mecanismos de apoio à decisão judicial. Além disso, os autores mencionam que a adoção de medidas inovadoras, como o uso de robôs assistentes de advogados, potencializa o aumento da produtividade e eficiência do serviço público e do Poder Judiciário, permitindo um andamento mais célere dos processos.

Afirmam, ainda, que o Poder Judiciário vem utilizando sistemas de inteligência artificial para promover uma maior celeridade no julgamento dos processos, desde a catalogação e organização de processos até a preparação de minutas. Dessa forma, a tecnologia poderia, segundo os autores, ser usada para tornar o processo judicial mais eficiente e acessível para todos, reduzindo o tempo de espera e aumentando a qualidade das decisões judiciais.

Por outro lado, Dierle Nunes e Otávio Morato Andrade (2023) apontam como a utilização de algoritmos no processo de tomada de decisões poderia gerar um risco da decisão das máquinas, por diversos motivos, tais como: i) Viés: Algoritmos são baseados em dados históricos e podem perpetuar preconceitos e desigualdades presentes nos mesmos. A falta de diversidade nos dados pode levar a muitos erros e tomada de

decisão problemática; ii) Falta de transparência: Os algoritmos são difíceis de entender e explicar, tornando-se opacos e com pouca clareza sobre os processos de tomada de decisão. Isso gera uma dificuldade de controle, regulação e tomada de medidas para corrigir erros e evitar consequências indesejadas; iii) Sobrecarga cognitiva: Os algoritmos podem fornecer muitas opções e variáveis aos tomadores de decisão, tendendo a sobrecarregá-los cognitivamente, levando a uma tomada de decisão de qualidade inferior; iv) Manipulação: Os algoritmos são suscetíveis de manipulação por partes interessadas, incluindo hackers, desenvolvedores mal-intencionados ou indivíduos com uma agenda particular.

Como inteligência artificial não pode tomar decisões jurídicas por conta própria, a relação entre inteligência artificial e teoria da decisão judicial, segundo Dierle Nunes, seria no sentido de que a inteligência artificial poderia ser utilizada como uma ferramenta para auxiliar os juízes a tomar decisões mais informadas. Neste sentido, a inteligência artificial permitiria contribuir na identificação de padrões em grandes conjuntos de dados jurídicos, como em um banco de precedentes, fornecer previsões de resultados, apresentar opções para solução de casos e ajudar a avaliar evidências, mas a decisão final ainda será tomada pelo juiz, levando em consideração todos os dados apresentados pela inteligência artificial e pelas partes envolvidas.

Nesta perspectiva, as possibilidades da construção de uma decisão judicial robótica incluem a maior agilidade e eficiência no processamento de casos e a redução de erros humanos associados à tomada de decisões. No entanto, também existem problemas e desafios a serem superados na construção desses sistemas, como a complexidade e subjetividade do direito, a necessidade de lidar com situações imprevistas e a falta de sensibilidade para questões emocionais e culturais que influenciam as decisões judiciais, além de outros déficits que podem surgir.

Portanto, há grande preocupação quanto ao viés e discriminação algorítmica, que podem ser introduzidos nesses sistemas, bem como à transparência e explicabilidade da tomada de decisão. Outro ponto a ser considerado é a responsabilidade legal pela decisão tomada pelos robôs,

se mostrando fundamental que os sistemas de tomada de decisão judicial robótica sejam desenvolvidos com base em diretrizes éticas e em estreita colaboração com especialistas em direito e tecnologia.

Com esses indicativos, percebe-se que a implementação de mecanismos de inteligência artificial apresenta diversos riscos para a correção e legitimidade do sistema de justiça, tendo em vista a perspectiva do devido processo constitucional. Sobre este aspecto, Dierle Nunes e Otávio Morato Andrade (2023) mencionam que se deve atentar para a crescente implementação de sistemas de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, principalmente porque há uma tendência de, gradualmente, delegar-se mais atividades para as máquinas, ante o quadro de litigância de massa e sobrecarga do Poder Judiciário[2]. Portanto, dentre os principais desafios enfrentados pela implementação de ferramentas de inteligência artificial no sistema jurídico incluem a garantia da correção e legitimidade do sistema, bem como a necessidade de equilibrar a delegação de atividades para as máquinas com a manutenção da qualidade e imparcialidade das decisões judiciais.

Nunes e Andrade (2023) sugerem algumas possíveis soluções para minimizar os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. Uma delas é a implementação de mecanismos para assegurar a transparência algorítmica, ou seja, tornar os algoritmos utilizados em sistemas de inteligência artificial mais compreensíveis e acessíveis para os usuários, de modo a permitir que se compreenda o processo de tomada de decisões dos sistemas de inteligência artificial. Outra solução mencionada é a realização de um amplo debate sobre as melhores formas de se realizar o *machine learning*, para que se reduza, ao máximo possível, o enviesamento das máquinas. Além disso, aponta que, no atual momento da tecnologia, os mecanismos de inteligência artificial no âmbito do Direito devem manter apenas funções consultivas, organizacionais e de análise da litigiosidade, porquanto o deslocamento da função decisória para as máquinas é perigoso e dificilmente atenderão aos imperativos de

accountability típicos do devido processo e de necessidade de um controle comparticipativo da formação decisória.

A transparência parece ser um dos pontos mais sensíveis em relação ao emprego da inteligência artificial nos processos decisórios, revelando que a falta de transparência em modelos de inteligência artificial representa um risco para sua aplicação em áreas sensíveis porque torna difícil entender como as decisões são tomadas e quais são os critérios utilizados pelos algoritmos. A referida fragilidade pode levar a resultados injustos ou discriminatórios, especialmente em áreas como saúde, justiça e finanças, onde as decisões automatizadas podem ter um impacto significativo na vida das pessoas. Além disso, a falta de transparência tende a dificultar a identificação e correção de vieses algorítmicos, que podem perpetuar ou ampliar desigualdades existentes na sociedade.

Segundo Dierle Nunes e Morato de Andrade (2023), uma forma de diminuir esse déficit seria com a denominada explicabilidade que, em matéria de inteligência artificial, refere-se à capacidade de entender e explicar como os modelos de inteligência artificial tomam decisões. Isso envolve a identificação dos critérios e recursos utilizados pelo modelo, bem como a compreensão de como esses critérios e recursos são ponderados e combinados para produzir uma saída. A explicabilidade se mostra importante porque permite que os usuários entendam como as decisões são tomadas e quais são os critérios utilizados pelos algoritmos, oportunizando a identificação e correção de possíveis erros ou vieses, aumentando a transparência dos sistemas de inteligência artificial e a melhora da conformidade legal dos sistemas de inteligência artificial.

Além disso, a explicabilidade tende a auxiliar a promoção de transparência dos sistemas de inteligência artificial, transformando "caixas-pretas" algorítmicas em "caixas de vidro", potencializando a confiança dos usuários e da sociedade em geral nos modelos automatizados. Assim, a explicabilidade ajudaria a melhorar a conformidade legal dos sistemas de inteligência artificial, reduzindo os riscos jurídicos associados ao descumprimento de normas regulatórias sobre inteligência artificial.

Indicam, os autores, seis técnicas principais de explicabilidade em inteligência artificial, que podem ser divididas em duas categorias: técnicas agnósticas e técnicas específicas. As técnicas agnósticas são aquelas que podem ser aplicadas a qualquer modelo de inteligência artificial, independentemente de sua linguagem de programação ou arquitetura. As técnicas específicas, por outro lado, são projetadas para modelos específicos e levam em consideração suas particularidades.

As técnicas agnósticas são: i) Explicação baseada em regras: consiste em extrair regras lógicas a partir do modelo de inteligência artificial para explicar como as decisões são tomadas; ii) Explicação baseada em instâncias: consiste em identificar exemplos específicos de dados que foram usados pelo modelo para tomar uma decisão, a fim de explicar como o modelo chegou a essa decisão; iii) Explicação baseada em importância: consiste em identificar quais recursos ou variáveis de entrada tiveram maior impacto na decisão do modelo; iv) Explicação baseada em perturbação: consiste em modificar os dados de entrada do modelo e observar como as decisões mudam em resposta a essas mudanças; v) Explicação baseada em modelo: consiste em usar informações sobre a arquitetura e os parâmetros do modelo para explicar como as decisões são tomadas; vi) Exemplificação: consiste em extrair amostras de dados análogos ou similares aos resultados gerados pelo modelo, permitindo que o usuário compreenda, por analogia, as relações e correlações encontradas pelo modelo algorítmico.[3]

Cada técnica tem suas próprias vantagens e limitações, e a escolha da técnica mais adequada depende do modelo de inteligência artificial em questão e do contexto em que ela é utilizada.

2. UTILIZAÇÃO DE FERRAMENTAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O avanço exponencial na utilização de sistemas de inteligência artificial nos sistemas judiciários, quer seja para potencializar a gestão dos processos, quer seja para auxiliar na elaboração das decisões, é digno de nota. No Brasil, o Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas produz levantamento inédito das iniciativas de inteligência artificial nos tribunais brasileiros por meio da pesquisa "Inteligência Artificial: Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro". Na 1ª edição, de 2020, foram encontrados 47 tribunais que utilizavam inteligência artificial. Na 2ª edição, em 2021, foram encontradas 64 ferramentas de inteligência artificial e incluiu o mapeamento das tecnologias utilizadas, as quais passaram a englobar a inteligência computacional/inteligência artificial e *analytics/business intelligence*. Na 3ª etapa do estudo, foram analisadas de forma mais aprofundada as ferramentas de inteligência artificial disponíveis no STF, STJ, TST, TRF1 e TJ-DF.

Nos tribunais superiores não é diferente. Atualmente, o STF utiliza dois robôs: o Victor, em operação desde 2017 para analisar temas de repercussão geral na triagem de recursos recebidos de todo o país, e a Rafa, desenvolvida para integrar a Agenda 2030 da ONU ao STF, classificando processos conforme os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecidos pelas Nações Unidas. Com o término da fase de testes e a integração da VitórIA à plataforma STF-Digital, as equipes passam a desenvolver novas funcionalidades para a ferramenta.[4]

Seguindo a mesma tendência, o Superior Tribunal de Justiça instituiu projeto-piloto por intermédio de Instrução Normativa de n° 6 datada em 12/06/2018, no intuito de utilizar sistema de inteligência artificial para solucionar o fluxo de processos com a identificação e classificação automática na fase recursal e sucessivamente, identificar dispositivos legais violados pelo recorrente em sede de recurso especial. O

procedimento se desenvolve na Secretaria Judiciária para automatizar a etapa da classificação processual, que antecede a distribuição. O sistema é capaz de ler o teor dos processos e apontar o tema com um percentual de acerto de 86%. Atualmente todos os processos que entram no STJ são submetidos a este algoritmo.

O STJ, atualmente, conta com alguns sistemas de Inteligência artificial que objetivam potencializar a agilização dos procedimentos para alcançar mais eficiência. Athos – Utilizando inteligência artificial, visa acelerar e tornar mais eficiente a triagem e identificação de processos aptos para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. A expectativa é que, com o tempo, contribua para a redução do número de processos recebidos no STJ e para a uniformização da jurisprudência através de precedentes qualificados; Sócrates – Realiza a análise semântica das peças processuais para facilitar a triagem, identificar casos semelhantes e pesquisar precedentes. Com o auxílio da inteligência artificial, também ajuda na identificação antecipada das controvérsias jurídicas em recursos especiais; Accordes – Identifica recursos com temas semelhantes que possam ser julgados como repetitivos, contribuindo para a pacificação do tema em âmbito nacional e para a uniformização da jurisprudência; E-Pet – Automatiza etapas do processamento das petições iniciais por meio do peticionamento eletrônico; Automação da Publicação – Automatiza o processo de publicação de decisões monocráticas, despachos e vistas legais, aumentando a agilidade dessas rotinas e, consequentemente, na tramitação dos processos.

No Tribunal Superior do Trabalho, o programa Bem-te-vi consolidou-se, ao longo dos últimos três anos, como uma ferramenta eficiente e estratégica no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

O Bem-te-vi, lançado em 2018 pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa (Cestp) em colaboração com a Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação (Setin), utiliza tecnologias de big data e inteligência artificial para gerenciar processos judiciais que chegam aos gabinetes, otimizando assim toda a rotina de trabalho.

3. DECISÃO JUDICIAL, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL: INTERSEÇÕES, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

O uso de ferramentas de Inteligência Artificial no âmbito dos Tribunais é uma realidade no Brasil. Com esse avanço, uma questão que gera preocupação e exige cuidado na utilização de sistemas de inteligência artificial nos processos de tomada de decisão, conforme apontado acima, diz respeito à ética. A ética na inteligência artificial consiste em problemáticas normativas ligadas à concepção, desenvolvimento, implantação e utilização dos modelos de inteligência artificial, com um grande dilema de seu nível de obrigatoriedade sistêmica. A inteligência artificial é uma ferramenta que se expande em diversos aspectos da vida humana, por isso a discussão ética é fundamental para garantir que ela sirva ao ser humano e não lhe cause prejuízo. A *Meta* e o *DeepMind* criaram equipes voltadas especificamente para a questão da ética na inteligência artificial. A ética se apresenta como uma diretriz fundante no plano regulatório (Nunes e Andrade, 2023).

Neste aspecto, Henrique Cardoso e Flávia Pessoa (2022) destacam que o uso de inteligência artificial no sistema judiciário pode apresentar implicações éticas e legais, como a possibilidade de contaminação de dados e enviesamento algorítmico em processos judiciais, bem como a possibilidade de uso dessa tecnologia com fins discriminatórios. Além disso, os autores questionam a possibilidade de a própria tomada da decisão judicial ser transferida às máquinas, o que pode gerar preocupações em relação à transparência e responsabilidade das decisões judiciais. Destacam, neste sentido, que seria importante estabelecer critérios claros e transparentes para o uso de inteligência artificial no sistema judiciário, a fim de garantir a justiça e a imparcialidade das decisões.[5]

Para Flávio Takakura e Luciana Duarte (2022), um dos mais importantes aspectos da inteligência artificial é a inevitabilidade da presença de vieses. Esses vieses podem ser causados por diversos fatores, como a falta de diversidade na equipe de desenvolvimento, a qualidade dos dados utilizados para treinar os algoritmos, entre outros. No contexto do Direito, esses vieses podem levar a decisões injustas e discriminatórias, afetando a imparcialidade e a equidade do sistema jurídico. Por isso, é importante buscar formas de mitigar esses vieses e garantir que a inteligência artificial seja utilizada de forma ética e responsável.

Para os autores, uma das formas de mitigar os vieses da inteligência artificial seria por meio da democratização do processo de criação e execução, envolvendo uma pluralidade de agentes em todas as etapas do processo, desde a coleta e seleção dos dados até a tomada de decisão final. Dessa forma, para os autores, seria possível garantir que diferentes perspectivas e experiências sejam consideradas, reduzindo a possibilidade de vieses inconscientes. Além disso, a transparência e a abertura do processo de criação e execução da inteligência artificial poderiam ajudar a identificar e corrigir eventuais vieses que possam surgir ao longo do caminho.

No Brasil, a Resolução n° 615 de 11/03/2025 do CNJ dispôs sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso da inteligência artificial no Poder Judiciário. Além de estabelecer algumas diretrizes sobre a dimensão ética do uso das ferramentas, o art. 38, III, propõe uma espécie de cooperação algorítmica, sugerindo que a formulação, revisão e ajustes nas ferramentas de inteligência artificial não é ato exclusivo do Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de uma interessante perspectiva do devido processo legal na dinâmica dos sistemas inteligentes. Há outras formas de controle democrático sobre o uso das ferramentas de Inteligência Artificial. Neste sentido, a atualização do painel do CNJ sobre os sistemas de inteligência dos tribunais é válida para um mapeamento contínuo dessas ferramentas em âmbito judiciário, como foi bem observado por Nunes e Andrade (2023).

O Centro do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (FGV) continua a monitorar os documentos éticos nacionais e internacionais publicados sobre a ética e a inteligência artificial, se propondo a sondar diversas modalidades regulatórias hábeis a dimensionar a pluralidade de desafios trazidos pelos modelos de inteligência artificial analíticas e, agora, generativas.

No intuito de criar indicativos para a utilização segura de sistemas de inteligência artificial, a Comissão Europeia propôs uma regulamentação abrangente para a inteligência artificial, que parte do conceito de inteligência artificial, dos algoritmos e do risco de contaminação dos dados, de modo a explicitar o enviesamento algorítmico. A proposta visa regular a matéria com a abrangência e a profundidade necessárias, respeitando os direitos fundamentais e fomentando o desenvolvimento das inevitáveis inovações tecnológicas (Melo; Andrade, 2022).

A proposta regulatória da Comissão Europeia tem como objetivo garantir a segurança e a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos e empresas no âmbito da União Europeia, de modo a trazer confiança no uso de soluções tecnológicas que não transgridam os direitos humanos. Além disso, visa criar um ambiente propício para o desenvolvimento de plataformas repetitivas, reforçando o investimento, a inovação e a utilização de sistemas de inteligência artificial por toda a Europa. A proposta de regulação apresentada pela Comissão Europeia trata de diversas aplicações de sistemas de inteligência artificial e não hesita em vedar a utilização de mecanismos de inteligência artificial em situações que vulneram os direitos fundamentais.

O regulamento da União Europeia propõe uma série de regras para a utilização de sistemas de inteligência artificial em decisões judiciais. A proposta regulatória estabelece que as decisões judiciais que envolvam sistemas de inteligência artificial devem ser transparentes, explicáveis e justificáveis. Além disso, prevê que os sistemas de inteligência artificial utilizados em decisões judiciais devem ser submetidos a testes de qualidade e segurança, e que os usuários devem ser informados sobre as limitações e os riscos associados ao uso desses sistemas. A proposta

também estabelece que as decisões judiciais que envolvam sistemas de inteligência artificial devem ser supervisionadas por autoridades competentes e que os usuários devem ter o direito de contestar as decisões tomadas por esses sistemas. Essas regras, embora editadas em contextos jurídicos e sociais distintos, servem como importantes parâmetros para tratamento normativo do uso de inteligência artificial em processos decisórios.

Há, portanto, interseções e desafios ente uso de inteligência artificial na formação de decisões judiciais e devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88). O processo, enquanto espaço público que reflete significativas dimensões da democracia, deve ter como estruturação elementar o contraditório efetivo (art. 10 do CPC), participação, vinculação do órgão jurisdicional à ordem jurídica, controle dos atos decisórios, entre outras garantias inerentes ao devido processo legal.

Uma dimensão importante relativa à observância do devido processo legal é a informação prévia e clara acerca de quais atos decisórios serão elaborados por ferramentas de Inteligência artificial, de modo viabilizar o efetivo contraditório e eventual controle específico pelas vias recursais. Por outro lado, a formação e revisão periódica de algoritmo é imprescindível, mas não pode ser realizada de forma unilateral. Nesse contexto, é essencial assegurar o viés democrático na formação e revisão de algoritmo (Vale, 2021).

Trata-se, pois, de alguns dos muitos aspectos que precisam ser amadurecidos na processualística brasileira para que o uso das ferramentas de Inteligência Artificial não represente retrocesso em relação aos Direitos Fundamentais no Brasil.

CONCLUSÃO

A complexidade do tema não admite uma conclusão. Ao contrário, abre uma agenda de debates, pesquisas, avanços normativos, refinamento jurisprudência e até mesmo a instituição de um Grupo de Trabalho

Permanente, com a participação de integrantes de diversas carreiras jurídicas e representantes da sociedade civil, de modo viabilização a construção coletiva de um sistema inteligente que potencialize o uso das ferramentas sem violar os Direitos Fundamentais.

Assim, toda e qualquer reflexão sobre desenvolvimento de ferramentas de Inteligência Artificial no Poder Judiciário deve ser mediada pela observância da cláusula do devido processo legal, seja na etapa de formulação, como também nas revisões e reformulações. Em outra perspectiva, é imperioso a informação prévia acerca dos órgãos que utilizam tais ferramentas de modo a viabilizar o contraditório efetivo e o adequado controle das decisões judiciais elaboradas com auxílio das ferramentas. Essas são algumas das premissas para o emprego constitucional de sistemas inteligentes na prática judiciária brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedente Judicial: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa**. 2. Ed. Curitiba: Juruá. 2022. p. 261.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Inteligência artificial e julgamento por computadores: uma análise sob a perspectiva de um acesso à justiça substancial. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba. v.5, n.72. p.75 – 101, 2022.

MARTÍN, Nuria Belloso. LOS DESAFÍOS IUSFILOSÓFICOS DE LOS USOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS SISTEMAS JUDICIALES: A PROPÓSITO DE LA DECISIÓN JUDICIAL ROBÓTICA VS. DECISIÓN JUDICIAL HUMANA. **Tool for the Prevention of frauds in European Funds with special attention to ERDF and CF, en el marco del International Research Project EUMODFRAUD** (EU proposal 878513 – Hercule III 2019 Legal Training and Studies, HERCULE-2019-LT-AG, approved in 2019, 2nd November 19 de November, 2019 (EUROPEAN

COMMISSION within the EU PROJECT H2020 and Hercules III Program).

MELO, Bricio Luis da Anunciação; ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Inteligência artificial e União Europeia: uma breve análise quanto à proposta de regulaçãp apresentada pelo Conselho Europeu. **Revista dos Tribunas**. vol. 1041/2022. p. 203 – 219. Jul/2022.

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Otávio Morato de. O uso da inteligência artificial explicável enquanto ferramenta para compreender decisões automatizadas: possível caminho para aumentar a legitimidade e confiabilidade dos modelos algorítmicos? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 18, n. 1, e69329, 2023. ISSN 1981-3694. DOI: http://dx.doi.org/10.5902/1981369469329. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/69329 Acesso em: 03 de ago. de 2025.

ROCHA SALES, Ana Débora; CABRAL COUTINHO, Carlos Marden; PARAISO, Leticia Vasconcelos. Inteligência Artificial e a decisão judicial: (Im)possibilidade do uso de máquinas no processo de tomada de decisão. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Florianopolis, Brasil, v. 7, n. 1, p. 34–54, 2021. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2021.v7i1.7882. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/7882. Acesso em: 8 ago. 2025.

TAKAMURA, Flávio Iassuo; Luciana Gaspar Melquíades Duarte. Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Revista de Direito**, | e-ISSN: 2526-0014, v. 8, p. 01 – 23, Jan/Jul. 2022.

VALE, Luís Manoel Borges do. A busca por um modelo cooperativo de construção algorítmica e o problema da aplicação automatizada de padrões decisórios vinculantes. In NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro. (Orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. Salvador: Podivm, 2021.

Mariano Aquino

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL NO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL NO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

Mariana Aquino

Juíza Federal da Justiça Militar da União lotada na 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, no Rio de Janeiro. Especialista em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Palestrante em eventos voltados ao estudo e fomento do Direito militar e da proteção jurídica à mulher. Coautora da Cartilha "Conhecendo a proteção jurídica à mulher militar", "Conhecendo a prevenção e o enfrentamento ao assédio moral sexual e discriminação na JMU", e autora da Cartilha "Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero na Justiça Militar", todas publicadas pelo Superior Tribunal Militar. Membro do Comitê de prevenção e enfrentamento do assédio sexual, moral e discriminação no Poder Judiciário, do Conselho Nacional da Justiça (CNJ), como representante da Justiça Militar da União e das Justiças Militares estaduais. Autora de livros. Professora em cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo discorrer sobre a cadeia de custódia da prova digital no crime de assédio sexual, destacando as particularidades desse crime e as dificuldades no rastreamento contínuo da prova digital, desde sua identificação e coleta até sua análise e apresentação em juízo. Parte-se da premissa que, no assédio sexual, bem como nos crimes sexuais em geral, já existe dificuldade probatória, haja vista normalmente serem praticados às escondidas – tendo, portanto, a palavra da vítima maior relevância-; assim, quando existem outros elementos de prova material, especialmente no tocante à prova digital, o texto aborda qual caminho deve ser percorrido para garantir a integridade, autenticidade e admissibilidade das evidências em investigações e processos judiciais, por meio da análise dos desafios da preservação dessas evidências, considerando a volatilidade dos dados digitais e a possibilidade de manipulação. Destaca a importância de procedimentos técnicos rigorosos e da conformidade com normas

jurídicas para assegurar que mensagens, e-mails, gravações e outros registros eletrônicos sejam confiáveis e aceitos nos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio sexual. Provas digitais. Cadeia de custódia.

ABSTRACT

This article aims to discuss the chain of custody of digital evidence in the crime of sexual harassment, highlighting the particularities of this crime and the difficulties in continuously tracking digital evidence, from its identification and collection to its analysis and presentation in court. It is based on the premise that, in sexual harassment, as well as in sexual crimes in general, there is already evidentiary difficulty, given that they are normally carried out in secret – therefore, the victim's word has greater relevance; Thus, when there are other elements of material evidence, especially with regard to digital evidence, the text addresses which path must be taken to guarantee the integrity, authenticity and admissibility of evidence in investigations and legal proceedings, through the analysis of the challenges of preserving this evidence, considering the volatility of digital data and the possibility of manipulation. Highlights the importance of rigorous technical procedures and compliance with legal standards to ensure that messages, emails, recordings and other electronic records are reliable and accepted in courts.

KEYWORDS: Sexual harassment. Digital evidence. Chain of custody.

1. INTRODUÇÃO

O assédio sexual constitui forma de abuso de poder e representa espécie de violência praticada por meio de conduta de natureza sexual não consentida, afetando a dignidade da vítima e causando consequências prejudiciais no plano laboral.

O crime de assédio sexual passou a ser tipificado na legislação penal comum por meio da Lei nº 10.224/01, que inseriu o art. 216-A no Código Penal, visando à proteção da liberdade sexual, liberdade laboral e a não discriminação no local de trabalho.

A referida conduta delitiva pode ser praticada por homens contra mulheres, mulheres contra homens, homens contra homens e mulheres contra mulheres; no entanto, verifica-se que na grande maioria dos casos o autor do crime é um homem e a vítima, mulher. Dessa forma, é importante analisar as questões de gênero que permeiam a ocorrência desse crime.

Historicamente, a construção do conceito de gênero perpassou diversas acepções, desde a mera diferenciação biológica (sexo masculino ou feminino), que serviu de base para as demais, evoluindo para o conceito de gênero baseado no estereótipo de masculinidade e feminilidade como construção social, a partir da segunda onda do feminismo, aliado à ideia de funções femininas de cuidado e maternidade, e, após, durante a terceira onda do feminismo, para um conceito relacional, que implica em relações de poder desiguais, firmadas nas performances gendradas1 que afirmam e reafirmam os papéis de ser homem e mulher na sociedade.

Segundo lição de Fernando Galvão2, gênero é um conceito que foi cunhado a partir do movimento feminista e permite refletir sobre as desigualdades existentes entre homens e mulheres na sociedade e na cultura ocidental. A noção de gênero permitiu refletir sobre como a relação entre natureza e cultura constrói justificativas para as desigualdades sociais existentes entre homens e mulheres, questionando o dogma de que existe uma relação direta entre as diferenças biológicas e as diferenças sociais que se estabelecem entre

[1] O termo "*gendrado*" é utilizado para designar o que é ''marcado por especificidades de gênero'", conforme apresenta Teresa de Lauretis, em *Tecnologias de Gênero*.
2 GALVÃO, Fernando. **O crime militar de feminicídio e seus problemas conceituais**. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, vol.3, n.2, jul.-dez.2019. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/09/29/o-crime-militar-de-feminic%C3% ADdio-e-seus-problemas-conceituais>. Acesso em 29.05.2023.

homens e mulheres. De fato, os argumentos baseados nas características biológicas, na gestação e na maternidade já não conseguem explicar de maneira satisfatória a desvalorização do papel das mulheres na sociedade, e a luta do movimento feminista ainda se mostra necessária nos dias atuais.

A psicóloga Valeska Zanello explica que, em nossa cultura, os processos de subjetivação são gendrados: para as mulheres, o caminho de subjetivação consiste no dispositivo amoroso e materno; para os homens, no dispositivo da eficácia (virilidade sexual e laborativa).

As mulheres são ensinadas, desde muito pequenas, a performarem de acordo com o esperado para o seu gênero: feminilidade, delicadeza e subserviência são descritas como características que traduzem como uma mulher deve ser e se comportar.

Frases como "bela, recatada e do lar"; "lugar de mulher é na cozinha"; "mulher no volante, perigo constante"; "mulher tem que se dar ao respeito"; "polícia é coisa para homem"; "que bom que tem mulher para enfeitar o quartel", dentre outras, são amplamente difundidas e fazem parte do cotidiano feminino, sempre calcadas na ideia de inferioridade da mulher e de seu papel na coletividade. Tais ideias refletem na prática de crimes, principalmente em crimes contra a dignidade sexual, como é o caso do assédio sexual.

Assim, a violência de gênero consiste em um fenômeno mundial no qual a mulher é subjugada pelo homem, que exerce uma dominação simbólica com apoio na sociedade machista e patriarcal que lhe concede diretos e valida suas ações, naturalizando desigualdades, que por vezes culmina na violência (seja ela física, psicológica, moral, patrimonial ou sexual), sendo o assédio sexual uma forma de expressão dessa violência. Ao analisar gênero e violência, Rita Segato aduz que:

Naturalmente, las relaciones de género y el patriarcado jueganun papel relevante como escena prototípica de este tiempo. La

masculinidad está más disponible para la crueldad porque la socialización y entrenamiento para la vida del sujeto que deberácargarel fardo de La masculinidad loobliga a desarrollar una afinidad significativa -en una escala de tiempo de gran profundidad histórica entre masculinidad y guerra, entre masculinidad y crueldad, entre masculinidad y distanciamiento, entre masculinidad y baja empatía. Las mujeres somos empujadas al papel de objeto, disponible y desechable, ya que la organización corporativa de la masculinidad conduce a los hombres a la obediencia incondicional hacia sus pares -y también opresores-, y encuentra e naquéllas las víctimas a mano para dar paso a la cadena ejemplarizante de mandos y expropiaciones[3].

Nesse giro, analisando especialmente a descrição típica do crime de assédio sexual, pode-se destacar os elementos necessários à caracterização do referido crime: a) constrangimento a alguém (mulher ou homem); b) intenção de vantagem ou favorecimento sexual, c) valendo-se o agente de sua superioridade hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Assim, verifica-se que o ambiente de trabalho e a superioridade hierárquica exercem papel central, pois são fatores que desarmam a vítima, reduzindo ou anulando uma possibilidade de reação.

Adverte a doutrina que o legislador utilizou de forma equivocada o verbo "constranger", já que este é utilizado nos tipos penais do constrangimento ilegal e estupro com o sentido de forçar, compelir, obrigar à prática de atos específicos; já no crime de assédio, não há previsão quanto ao complemento do constrangimento (ou seja, a que o sujeito ativo constrange a vítima), apenas havendo menção ao elemento subjetivo desse constrangimento (vantagem ou favorecimento sexual) e a condição de sua realização (valendo-se superioridade hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função)[4].

[3] SEGATO, Rita. **Contra-pedagogías de la crueldad**. 1.ed. Buenos Aires: Prometeolibros, 2018, p. 13.

4 AZEVEDO, André Boiani de. **Assédio sexual:** aspectos penais. Curitiba Juruá, 2012, p. 88/89.

Sobreleva notar que não é necessário a prática de atos físicos para a configuração do assédio, podendo a conduta ser praticada de maneira verbal, escrita, gestual, dentre outras.

Dessa forma, muito se discute sobre o enquadramento da conduta e se para a configuração do crime deve ser exigida a habitualidade. Infere-se que a conduta pode ocorrer de forma única ou reiterada, desde que seja sem o consentimento da vítima; pode ser praticada dentro do trabalho ou em razão dele, desde que o autor se valha de sua superioridade hierárquica ou ascendência funcional para efetuar o constrangimento com o objetivo de obter favor sexual. Nesse sentido, as palavras de Guilherme Nucci:

Assim, deve-se entender que a intenção do autor do assédio é forçar a vítima a fazer algo que a lei não manda ou não fazer o que ela permite, desde que ligado a vantagens ou favores sexuais. [...] A concessão de vantagem sexual não é, por si, ilegal, mas, ao contrário, trata-se do fruto da liberdade de qualquer pessoa. Por isso, somente quando o superior força o subordinado a prestar-lhe tais favores, sem a sua concordância livre e espontânea, termina constrangendo a vítima a fazer o que a lei não manda. Em síntese: qualquer conduta opressora, tendo por fim obrigar a parte subalterna, na relação laborativa, à prestação de qualquer favor sexual, configura assédio sexual[5].

Lembramos que é imperioso, para caracterização do assédio sexual, que haja constrangimento, ausência de reciprocidade e não consentimento da vítima – o qual deve ser interpretado da forma mais ampla possível. Destarte, não é preciso que a vítima verbalize o "não" (até porque não há como prever a reação de cada pessoa - pode ser que ela fique em estado de choque, por exemplo) -; basta que não adira à conduta do (a) assediador (a).

5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 666.

2. PROVAS NO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

Em face de ser um crime contra a dignidade sexual, que ocorre normalmente às escondidas, sem a presença de testemunhas, há certa dificuldade na comprovação da ocorrência do fato delituoso, uma vez que, normalmente, há apenas a palavra da vítima contra a do assediador.

2.1 Palavra da vítima

Esse tipo de delito, na maioria das vezes, ocorre em ambientes fechados, sem testemunhas diretas, o que faz com que a prova da materialidade e da autoria dependa, essencialmente, do depoimento da vítima, que frequentemente enfrenta resistência e questionamentos, especialmente em contextos de hierarquia, onde há um temor de retaliação ou descrédito.

Impende salientar que a jurisprudência pátria tem dado à palavra da vítima especial relevância, desde que seja coerente, firme e em harmonia com o restante do conjunto probatório.

2.2 Prova testemunhal indireta

Conforme já mencionado, o assédio sexual pode ser praticado de diversas formas, sendo da sua natureza condutas que, em muitos casos, deixam poucos vestígios físicos ou documentais, como gestos obscenos, insinuações, abordagens verbais ou mesmo pressões psicológicas para obtenção de favores sexuais.

Assim, o depoimento de terceiros que não presenciaram os fatos, mas que tomam conhecimento destes, e/ou percebam mudanças de comportamento da vítima são valorosos para corroborar o depoimento da ofendida.

Nos crimes clandestinos, que ocorrem longe dos olhos das testemunhas, o depoimento da vítima é de extrema importância e deve ser sopesado com os demais elementos constantes dos autos.

Nesse sentido, vale acrescentar que no direito americano existe a chamada Fresh Complaint Witness Rule[6], evidência obtida por meio de depoimento de pessoa a quem a vítima de um delito sexual procura para relatar o ocorrido - alguém a quem ela normalmente recorreria em busca de solidariedade, proteção e conselho-, pouco tempo depois da agressão sexual, e que pode ser chamada para testemunhar sobre a coerência e credibilidade da narrativa dos fatos apresentada pela ofendida.

Tradicionalmente, essa regra valorizava a prontidão da vítima em relatar o crime como indicativo de credibilidade. No entanto, vítimas de crimes sexuais frequentemente demoram a relatar o ocorrido devido a fatores como trauma, medo de retaliação, vergonha ou desconfiança nas autoridades. Essas descobertas levaram à reavaliação da Fresh Complaint Rule, considerando o contexto psicológico e social das vítimas[7].

Em diversos países, incluindo o Brasil, foram implementadas diretrizes e protocolos para a coleta de depoimentos de vítimas de violência sexual, visando minimizar a revitimização e respeitar o estado emocional das vítimas[8]. Nesse viés, pode-se destacar o depoimento especial, que é uma prática adotada para ouvir crianças e adolescentes vítimas de violência, realizada por profissionais capacitados em ambientes apropriados, buscando evitar traumas adicionais, que também tem sido aplicado a mulheres vítimas de violência.[9]

---

[6] Merriam-Webster.com Legal Dictionary. Disponível em: https://www.merriam-webster.com/legal/fresh%20complaint%20rule. Acesso em: 17 mar. 2025.
[7] STANCHI, Kathryn M. The Paradox of the Fresh Complaint Rule. Disponível em: https://bclawreview.bc.edu/articles/1321. Acesso em: 17 mar. 2025.
[8] CNJ. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero (Resolução CNJ 492/23)**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.
[9] TJGO. Juiz aplica depoimento especial para mulher adulta que foi vítima de estupro.

Essas iniciativas refletem uma compreensão mais profunda dos efeitos do trauma e buscam assegurar que o sistema de justiça seja mais sensível e justo em relação às experiências das vítimas de crimes sexuais.

2.3 Prova digital

No contexto dos crimes de assédio sexual, as provas digitais desempenham um papel fundamental para a para formação da opinio delict, investigação e posterior ação penal. Mensagens de texto, e-mails, áudios, vídeos, registros de chamadas e postagens em redes sociais podem servir como evidências essenciais para comprovar o comportamento do agressor e a continuidade das investidas indesejadas.

Além de corroborar o relato da vítima, as provas digitais podem demonstrar padrões de assédio, especialmente quando há um histórico de mensagens insistentes ou ameaçadoras. Esses elementos são ainda mais relevantes em casos onde não há testemunhas diretas, tornando-se uma forma objetiva de demonstrar o crime.

Dada sua importância, é essencial que vítimas de assédio sexual preservem essas evidências, evitando a exclusão de mensagens ou arquivos que possam ser utilizados no processo judicial.

3. CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL NO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

A cadeia de custódia foi introduzida formalmente no Código de Processo Penal (art. 158-A a F) por meio da Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime); todavia, o Código de Processo Penal já mencionava a

Disponível em: https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/20785-juiz-aplica-depoimento-especial-para-mulher-adulta-que-foi-vitima-de-estupro. Acesso em: 17 mar. 2025.

necessidade de preservação da prova antes da referida Lei, no art. 6°.

Nessa toada, a cadeia de custódia constitui-se em um procedimento fundamental para garantir a integridade, autenticidade e validade das provas utilizadas em investigações criminais e processos judiciais. Trata-se de um conjunto de etapas que asseguram que uma evidência foi coletada, preservada, armazenada e analisada de maneira correta, sem risco de adulteração ou contaminação, que garantem a preservação, rastreamento e integridade das provas, assegurando sua admissibilidade no processo judicial.

Com efeito, são etapas que devem ser seguidas, nos estritos termos do previsto no CPP: a) reconhecimento – a identificação do objeto ou vestígio que pode se tornar uma prova relevante para a investigação criminal; b) isolamento – o local da infração deve ser isolado para evitar contaminação da evidência, garantindo que permaneça intacta até a coleta; c) coleta – os vestígios são recolhidos por autoridades competentes, seguindo protocolos técnicos para evitar perda ou adulteração da prova; d) acondicionamento – a evidência é armazenada em embalagens seguras, devidamente lacradas e identificadas, garantindo sua preservação; d) transporte – a prova é transportada com segurança para um laboratório forense ou unidade de custódia, mantendo o controle sobre sua movimentação; e) recebimento – o responsável pela análise recebe a prova, conferindo sua integridade e registrando seu recebimento em sistema próprio; f) processamento – a evidência é analisada tecnicamente por peritos, que realizam exames laboratoriais ou digitais, conforme o caso; g) armazenamento – após a análise, a prova é armazenada em local seguro, garantindo que fique preservada até seu uso no processo judicial; h) exibição – a evidência pode ser apresentada em juízo para embasar acusações ou defesas, sempre garantindo que sua integridade foi mantida, e i) descarte: após o trânsito em julgado da ação penal, a prova pode ser descartada, restituída ao legítimo proprietário ou armazenada para eventual reexame.

A correta manutenção da cadeia de custódia é essencial para

que as provas sejam admitidas em juízo e possam servir como base para a formação da convicção do magistrado. Caso haja qualquer falha nesse processo, a defesa pode questionar a veracidade da evidência, comprometendo toda a investigação. Isso é especialmente relevante em crimes que dependem de provas periciais, como os digitais, onde a preservação dos metadados e registros eletrônicos é crucial.

Assim, no caso das provas digitais, não basta que a vítima salve o arquivo e o apresente durante a investigação ou em juízo: é preciso que essa prova respeite a cadeia de custódia, pois, do contrário, poderia ser facilmente manipulável e sua veracidade restaria comprometida. Nesse viés, para que essa prova seja aceita e tenha valor jurídico, é essencial garantir sua fiabilidade e mesmidade. Esses dois conceitos asseguram que a evidência digital seja autêntica, íntegra e não tenha sido alterada ao longo da investigação.

A fiabilidade refere-se à credibilidade da prova digital, ou seja, sua autenticidade e origem comprovada. Para que uma evidência digital seja considerada confiável, é necessário que tenha sido coletada e preservada seguindo métodos forenses rigorosos, sem qualquer tipo de manipulação indevida, sendo importante que as pessoas que tenham contato com esse tipo de evidência sejam devidamente especializadas. A utilização de ferramentas específicas e a verificação de metadados são práticas fundamentais para assegurar essa fiabilidade.

Já a mesmidade diz respeito à preservação exata da prova digital desde sua obtenção até sua apresentação no processo judicial. Isso significa que a evidência deve permanecer idêntica ao longo de todas as etapas da cadeia de custódia, garantindo que não tenha sido alterada, corrompida ou substituída. Qualquer modificação, ainda que acidental, pode comprometer sua admissibilidade em juízo.

Para os estudiosos da temática, existem três requisitos imprescindíveis – ou pressupostos de validade – para se verificar a possibilidade da utilização segura da prova digital em determinado

processo judicial: (i) a autenticidade; (ii) a integridade; e (iii) a preservação da cadeia de custódia[10]. Dessa maneira, "a falha em qualquer deles resultará na fragilidade da própria prova, tornando-a fraca e até, por vezes, imprestável ou impotente de produzir efeitos no caso concreto"[11].

Nos crimes contra a liberdade sexual, seguir a cadeia de custódia é um desafio no direito brasileiro. A uma, que esta não envolverá apenas provas técnicas, mas sim elementos que a legislação não prevê, como a saúde e o acolhimento da vítima em consonância com a coleta do vestígio; a duas, que conjuntamente com a desinformação, encontra-se o medo das vítimas. O impasse é que o início da cadeia de custódia se dá pela vítima, sendo que na maioria das vezes é violado pela própria[12.]

Grande parte dos casos de assédio sexual ocorre por meio digital. Para que as provas sejam admitidas no processo judicial, é essencial preservar a autenticidade dos elementos extraídos desses meios, como prints de conversas no WhatsApp, e-mails, interações nas redes sociais e outras formas de comunicação online.

A doutrina apresenta duas abordagens para a análise das provas digitais: a primeira refere-se a atos ou fatos jurídicos ocorridos diretamente em meios digitais, como o envio de mensagens por aplicativos, publicações em redes sociais ou a cópia de softwares e bancos de dados; a segunda envolve situações ocorridas em meios convencionais, mas que podem ser demonstradas por evidências digitais, como uma ata notarial certificando a existência de fotografias em redes sociais que comprovam encontros, viagens ou relações entre

[10] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A prova digital**: um breve estudo sobre seus conceitos, natureza jurídica, regras e ônus da prova. Rev. TST, São Paulo, vol. 88, no 2, abr/jun, 2022.
[11] THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.39-40.
[12] PAVAN, Ana Luiza Setti e WERLANG, Alejando Cesar Rayo. **A cadeia de custódia nos crimes contra a liberdade individual**. Revista Jurídica: Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea, v. 7, n. 7, 2023, p. 120-137.

pessoas[13].

Diante da ausência de uma legislação específica sobre provas digitais, sua aceitação no processo judicial deve seguir padrões técnicos reconhecidos. A Norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 estabelece os critérios essenciais para garantir a validade das evidências digitais, incluindo auditabilidade, repetibilidade, reprodutibilidade e justificabilidade. Isso significa que a prova digital deve ser identificada por métodos científicos ou técnicos que permitam sua validação, repetição dos resultados e análise detalhada do tratamento dado à evidência.

Um dos métodos tradicionais para comprovação da veracidade de conteúdos digitais é a ata notarial, na qual um tabelião certifica a existência e autenticidade de determinada informação. No entanto, com o aumento da adulteração de mensagens em plataformas como o WhatsApp, alguns cartórios passaram a recusar esse tipo de registro, dificultando sua aceitação como prova.

Para contornar esse desafio, novas ferramentas digitais têm sido utilizadas para fortalecer a credibilidade das evidências. O Verifact[14] (software privado) e o MEDI – materializador de evidências digitais e informáticas[15], desenvolvido pelo CyberGAECO do MPGO, são alternativas à ata notarial, oferecendo um meio confiável de coleta de provas digitais, com aceitação ampla na Justiça.

Esses avanços demonstram a crescente necessidade de

[13] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A prova digital**: um breve estudo sobre seus conceitos, natureza jurídica, regras e ônus da prova. Rev. TST, São Paulo, vol. 88, no 2, abr/jun 2022, p. 201. THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.32-33.

[14] VERIFACT. Verifact - Registro de provas digitais. Disponível em: https://www.verifact.com.br/. Acesso em: 21 mar. 2025.

[15] MPGO. MEDI - Materializador de Evidências Digitais e Informáticas. Disponível em: https://www.mpgo.mp.br/portal/pagina/medi-materializador-de-evidencias-digitais-e-informaticas#:~:text=O%20MEDI%20%E2%80%93%20Materializador%20de%20Evid%C3%AAncias%20Digitais%20e,MPGO%20para%20a%20coleta%20automatizada%20de%20evid%C3%AAncias%20digitais. Acesso em: 21 mar. 2025.

aprimorar os métodos de coleta e validação de evidências digitais, garantindo maior segurança jurídica no uso dessas provas em processos judiciais.

4. CONCLUSÃO

A violência de gênero é uma realidade global resultante da construção social dos papéis de homens e mulheres, na qual o feminino é considerado inferior ao masculino. Esse desequilíbrio pode levar a diversas formas de violência, incluindo o crime de assédio sexual.

Nessa prática delituosa, a produção da prova é um dos maiores desafios enfrentados pelas vítimas e pelo sistema de justiça pois ocorre, muitas vezes, em ambientes fechados e sem testemunhas diretas, o que torna difícil a obtenção de evidências que comprovem a conduta do assediador. Além disso, o medo de represálias, a vergonha e a dificuldade de reconhecimento da situação como crime fazem com que muitas vítimas não denunciem imediatamente, prejudicando a coleta de provas.

Diferentemente de crimes que deixam vestígios, o assédio sexual frequentemente ocorre sem registros visíveis, tornando fundamental a busca por provas indiretas. Prints de conversas, e-mails, gravações ambientais e testemunhos de terceiros podem ser apresentados como evidência, mas nem sempre são suficientes para sua comprovação.

Com a crescente ocorrência de assédio em meios digitais, como mensagens em redes sociais e aplicativos de comunicação, novas dificuldades surgem. É preciso garantir a autenticidade e integridade dessas provas, seguindo a cadeia de custódia e normas técnicas existentes, como a ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. No entanto, a falta de regulamentação específica sobre provas digitais pode gerar questionamentos sobre sua validade no processo judicial, e gerar insegurança jurídica.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 4939/20 visa suprir essa ausência, estabelecendo normas para a obtenção e admissibilidade de provas digitais em investigações e processos judiciais.

Outro obstáculo relevante é a possibilidade de revitimização durante a investigação e o julgamento. Muitas vítimas de crimes contra a dignidade sexual ou que envolvam questões de gênero são desacreditadas ou expostas a questionamentos invasivos e humilhantes, o que dificulta a busca por justiça. Nesse sentido, medidas como a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a inconstitucionalidade da desqualificação da vítima (ADPF nº 1.107) e a Resolução nº 492/23 do CNJ, que estabelece um protocolo de julgamento com perspectiva de gênero, são avanços importantes para a proteção das vítimas.

Para superar esses desafios, é fundamental aprimorar a regulamentação das provas digitais, investir na capacitação de profissionais e fortalecer medidas que assegurem o respeito e proteção às vítimas no sistema judiciário.

5. REFERÊNCIAS

AQUINO, Mariana; FOUREAUX, Rodrigo. Revista de Pesquisa sobre Assédio Sexual nas Instituições de Segurança Pública e nas Forças Armadas: Campanha nacional das 10 Medidas contra o Assédio Sexual. Brasília: Atividade Policial, 2020.

ASSIS, Jorge César de (org). Estatuto dos Militares Comentado: Lei 6880, de 09 de dezembro de 1980. Curitiba: Juruá, 2019, p. 115.

AZEVEDO, André Boiani de. Assédio sexual: aspectos penais. Curitiba Juruá, 2012, p. 88/89.

BIANCHINI, Alice. Crimes contra as mulheres. 2.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 215.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 16 dez. 2024.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Portaria GABAER/GC3 Nº 1.489, de 15 de agosto de 2024. Dispõe sobre os procedimentos para prevenção e enfrentamento ao assédio no Comando da Aeronáutica. Brasília, 2024.

BRASIL. Comando da Marinha. Portaria nº 244/MB/2020, de 12 de agosto de 2020. Estabelece diretrizes para a incorporação e integração da mulher nos meios operativos e as regras de conduta e convivência entre militares da Marinha. Brasília, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 116, de 12 de abril de 2021. Altera a Portaria nº 27/2021, Institui Grupo de Trabalho para colaborar com a implementação das Políticas Nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ nº 254/2020 e nº 255/2020, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. Brasília, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 27, de 02 de fevereiro de 2021. Institui Grupo de Trabalho para colaborar com a implementação das Políticas Nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ nº 254/2020 e nº 255/2020, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. Brasília, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ nº 492, de 17 de março de 2023. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do

protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília, 2023.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso: 16 dez. 2024.

BRASIL. Decreto nº 12.154, de 27 de agosto de 2024. Dispõe sobre o serviço militar inicial feminino. Brasília: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/decreto/d12154.htm. Acesso: 16 dez. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso: 16 dez. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso: 16 dez. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso: 16 dez. 2024.

BRASIL. Lei n° 10.224, de 15 de maio de 2001. Altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10224.htm. Acesso: 16 dez. 2024.

BRASIL. Lei n° 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13718.htm. Acesso: 16 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso: 16 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm. Acesso: 16 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Ofício-Circular Corregedoria nº 3645852, de 08 de março de 2024. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero - Aplicação no âmbito da Justiça Militar da União - Pedido de informação. Brasília, 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Resolução nº 319, de 09 de novembro de 2022. Institui, na Ouvidoria da Justiça Militar da União, o canal especializado para o recebimento das demandas relativas à violência contra a mulher, e dá outras providências. Brasília, 2022.

CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero (Resolução CNJ 492/23). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.

GALVÃO, Fernando. O crime militar de feminicídio e seus problemas conceituais. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, vol.3, n.2, jul.-dez.2019. Disponível em: https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/09/29/o-crime-militar-de-feminic%C3% ADdio-e-seus-problemas-conceituais. Acesso em: 29 maio 2023.

GORRILHAS, Luciano. A polícia judiciária militar e o delito de violação de recato. Disponível em https://jus.com.br/artigos/55138/a-policia-judiciaria-militar-e-o-delito-de-violacao-de-recato#:~:text=O%20crime%20de%20viola%C3%A7%C3%A3o%20de,tipifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20C%C3%B3digo%20Penal%20comum.&text=Violar%2C%20mediante%20processo%20t%C3%A9cnico%20o,%E2%80%93%20deten%C3%A7%C3%A3o%2C%20at%C3%A9%20um%20ano. Acesso em: 16 dez. 2024.

LAURETIS, Teresa de. A Tecnologia de Gênero. In: Technologies of gender, Indiana University Press, 1987.

Merriam-Webster.com Legal Dictionary. Disponível em:

https://www.merriam-webster.com/legal/fresh%20complaint%20rule. Acesso em: 17 mar. 2025.

MPGO. MEDI - Materializador de Evidências Digitais e Informáticas. Disponível em: https://www.mpgo.mp.br/portal/pagina/medi-materializador-de-evidencias-digitais-e-informaticas#:~:text=O%20MEDI%20%E2%80%93%20Materializador%20de%20Evid%C3%AAncias%20Digitais%20e,MPGO%20para%20a%20coleta%20automatizada%20de%20evid%C3%AAncias%20digitais. Acesso em: 21 mar. 2025.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Manual de direto processual penal militar. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 552.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 666.

PAVAN, Ana Luiza Setti e WERLANG, Alejando Cesar Rayo. A cadeia de custódia nos crimes contra a liberdade individual. Revista Jurídica: Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea, v. 7, n. 7, 2023, p. 120-137.

SEGATO, Rita. Contra-pedagogías de la crueldad. 1.ed. Buenos Aires: Prometeolibros, 2018, p. 13.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A prova digital: um breve estudo sobre seus conceitos, natureza jurídica, regras e ônus da prova. Rev. TST, São Paulo, vol. 88, no 2, abr/jun 2022. p. 201.

STANCHI, Kathryn M. The Paradox of the Fresh Complaint Rule. Disponível em: https://bclawreview.bc.edu/articles/1321. Acesso em: 17 mar. 2025.

THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. Provas no direito digital: conceito

da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.32-40.

TJGO. Juiz aplica depoimento especial para mulher adulta que foi vítima de estupro. Disponível em: https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/20785-juiz-aplica-depoimento-especial-para-mulher-adulta-que-foi-vitima-de-estupro. Acesso em: 17 mar. 2025.

VERIFACT. Verifact - Registro de provas digitais. Disponível em: https://www.verifact.com.br/. Acesso em: 21 mar. 2025.

ZANELLO, Valeska. Saúde Mental, gênero e dispositivos: cultura e processos de subjetivação. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018, p. 269.

Mateus Costa Pereira
Pedro Spíndola Bezerra Alves

LEVANDO O CONTRADITÓRIO A SÉRIO: DA NECESSIDADE DE COMPREENSÃO DO GIRO LINGUÍSTICO À APLICAÇÃO/INTERPRETAÇÃO DO CONTRADITÓRIO

LEVANDO O CONTRADITÓRIO A SÉRIO: DA NECESSIDADE DE COMPREENSÃO DO GIRO LINGUÍSTICO À APLICAÇÃO/INTERPRETAÇÃO DO CONTRADITÓRIO

TAKING THE RIGHT TO CONTRADICTION SERIOUSLY: THE IMPACT OF THE LINGHUISTIC TURN ON THE RIGHT TO CONTRADICTION

Mateus Costa Pereira[16]

Pedro Spíndola Bezerra Alves[17]

SUMÁRIO

Introdução. 1 O legado mínimo do giro linguístico que reclama assimilação: do ineliminável nexo interno entre significado e validade. 2 O conteúdo do direito ao contraditório na processualística brasileira. 3 À guisa de considerações finais: assimilação do giro linguístico na compreensão do contraditório. Referências bibliográficas.

[16] Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Professor Colaborador do PPGD e da graduação da Unicap. Membro Fundador e Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (Annep) e do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Advogado. matpzen@gmail.com 0000-0001-5835-0482

[17] Doutor em Ciências da Linguagem pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor. Assessor Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Pedrospindola.adv@gmail.com 0000-0003-0322-3325

RESUMO

Este trabalho analisa a importância do giro linguístico, destacando o conteúdo básico decorrente dele que deve ser assimilado por todos nós, para a compreensão e aplicação da dimensão material ou concepção dinâmica do contraditório. Delineando a derrocada do modelo dual de conhecimento a partir da virada linguística, o artigo resgata o conteúdo básico do contraditório e como, gradualmente, sobretudo pelo esforço doutrinário de Fazzalari, foi sendo formada e disseminada a ideia de que o contraditório também abrange o direito de participação na formação dos provimentos judiciais.

Palavras-chave: giro linguístico – contraditório – dimensão material – devido processo legal.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the legacy of the linguistic turn to the comprehension of the right to contradiction. After showing how the linguistic turn overcame the assumption that science was a product of a single subject assesssing an object, the paper points to the first meaning of the right to contradiction and how, gradualy, due to the influence of Fazzalari, the right to contradiction also compreheend the right to influence judges opinion.

Key-words: linguistic turn – right to contradiction – due process f law

Introdução

O giro linguístico pode ser compreendido como um desdobramento da busca por superar o paradigma da consciência (ou subjetividade) pela via da linguagem. Fundada na relação sujeito-objeto, a epistemologia moderna explicava o conhecimento e sua possibilidade de um modo que, além de ter se esgotado em seus próprios sistemas redundando em aporias, não dava conta de modo

suficiente do fenômeno da linguagem.

Buscando superar essas aporias, o pensamento ocidental encontra na linguagem um novo alicerce – em contraponto à consciência/subjetividade – e passa a se reconstruir a partir de uma reflexão que tem como cerne e entorno a própria linguagem; daí as expressões de virada, guinada, reviravolta, giro linguístico, a que se submeteu o pensamento filosófico mais influente dos últimos dois séculos.

Sendo tema já muito conhecido – com obras renomadas que o debatem, em autores como Richard Rorty e Jürgen Habermas, e aqui no Brasil com Manfredo Oliveira –, tendo seus reflexos se operado amplamente também no Direito – em autores tão diversos quanto Gustavo Just, Lênio Streck ou Gilmar Mendes –, seria ocioso descrevê-lo ou revisá-lo. O objeto deste artigo, desta forma, volta-se a extrair de modo pontual certas implicações necessárias advindas da experiência filosófica do giro linguístico para refletir suas consequências no tema do contraditório no direito processual, ilustrando na procedimentalidade civil (sem ignorar a eficácia transprocedimental das garantias processuais).[18] Como sói, a aplicação do contraditório pressupõe a sua correta compreensão.

Tradicionalmente, o direito ao contraditório, como consectário do devido processo legal – cuja historicidade demarca com grande clivagem traços profundamente característicos do que contemporaneamente compreendemos como sendo o papel do Direito –, possui como núcleo essencial a garantia das partes em serem ouvidas sobre todos os atos do procedimento.

O que se busca, singelamente, avançar nas linhas seguintes, é que a compreensão e assunção de certas implicações do legado do giro linguístico reclama(ra)m a incorporação e redimensionamento da

[18] SOUSA, Diego Crevelin de. Dever (ou Garantia) de (não) Provar contra si Mesmo?(!) O Dilema em torno do Art. 379, CPC. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** (Direito Probatório). 3. ed. Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira (coords.). Salvador: Jus Podivm, 2018, v. 5, p. 249-276.

função do contraditório no direito processual. Para além de garantir aquela oportunidade aludida, o contraditório tem a aptidão para constituir a própria compreensão (cognição) que exsurge em uma demanda, muito além de seu conteúdo inicial.

Para demonstrar isso, o presente artigo se articulará em três tópicos. O primeiro traçará qual legado mínimo do giro linguístico urge ser assimilado inteiramente em nossa práxis jurídica. O segundo descreverá o desenho institucional e procedimental que hoje assume o contraditório no direito processual, apontando alguns desdobramentos na procedimentalidade civil. E, em tópico final, será aprofundado de que modo os traços do giro linguístico destacados no primeiro tópico contribuem para aprofundar esta nova função redimensionada que se identificou no contraditório.

1. O legado mínimo do giro linguístico que reclama assimilação: do ineliminável nexo interno entre significado e validade.

O sentido proposicional da linguagem está indissociavelmente ligado às condições concretas (de validade do que é dito) em que os enunciados linguísticos são proferidos. Esta compreensão pode ser vista como um legado fundamental, consolidada na passagem da semântica à pragmática no giro linguístico.

Como mencionado à guisa de introdução, um relevante autor sobre o tema no Brasil, Manfredo Araújo de Oliveira (2006), estruturou seu livro Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea em quatro partes, após uma abertura sobre o tratamento do pensamento filosófico sobre a linguagem. A primeira parte retrata a "semântica tradicional" como primeiro passo do giro linguístico, tratando de autores como Husserl, Frege, Carnap e Wittgenstein. A segunda parte volta-se à "reviravolta pragmática", com Wittgenstein em sua segunda fase como capítulo inicial, seguido por

Austin, Searle e Heidegger (embora este último seja da tradição hermenêutico-continental, enquanto os outros situam-se na tradição anglo-saxã). A terceira parte, "reviravolta hermenêutico-transcendental", traz Gadamer, Apel e Habermas. Trazendo, finalmente, a derradeira quarta parte, sobre a "crítica à pragmática transcendental". [19]

Jürgen Habermas (1990, p. 14), posicionado por Manfredo na reviravolta hermenêutico-transcendental, reconhece o giro linguístico como um motivo de pensamento, presente nas grandes correntes filosóficas contemporâneas, ligado à "ruptura com a tradição". [20] Habermas (1990, p. 15) explica: "A partir desse momento [da (ultra)passagem], os sinais linguísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados linguísticos, uma dignidade própria".

Habermas (1990, p. 15) trata o giro linguístico como uma transformação paradigmática de ordem epistêmico-metodológica: "As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estados de coisas, substituem as relações sujeito-objeto. O trabalho da constituição do mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais". [21]

---

[19] Parte I – A semântica tradicional: A semântica de E. Husserl: concepção tradicional da linguagem expressa em termos da filosofia da consciência; F. v. Kutschera: linhas fundamentais de uma semântica realista; A semântica de Frege; Semântica de Rudolf Carnap; A semântica de Wittgenstein I: teoria da figuração; Parte II – A reviravolta pragmática; Pragmática analítica: a segunda filosofia de Wittgenstein; John Langshaw Austin: teoria dos atos de fala I; John R. Searle: teoria dos atos de fala II; Martin Heidegger: pragmática existencial; Parte III – Reviravolta hermenêutico-transcendental; H. G. Gadamer; Karl-Otto Apel: pragmática transcendental; Jürgen Habermas: pragmática universal; Parte IV – Crítica à pragmática transcendental.

[20] Em conjunto, ainda, com os seguintes motivos de pensamento, interligados (Habermas, p. 11-16): pensamento pós-metafísico, modo de situar a razão e inversão da relação teoria-prática.

[21] Habermas (1990, p. 32) descreve bem os pontos de superação do paradigma da consciência/subjetividade:
"Há quase cem anos começou-se a juntar argumentos de diferentes tipos, que sugeriram a passagem da clássica lógica do raciocínio para a lógica dos enunciados, a passagem da interpretação do conhecimento como teoria dos objetos para a teoria dos estados de

Para o aludido filósofo alemão, o giro linguístico permitiu vantagens objetivas e metódicas em relação ao paradigma da subjetividade, pois retirou o pensamento ocidental das aporias legadas pela modernidade, a contrapor idealismo ao materialismo, metafísica e antimetafísica (Habermas, 1990, p. 53).

Ludwig Wittgenstein e Martin Heidegger desempenharam papel fundamental na superação do paradigma da consciência, cada qual influenciando decisivamente a tradição em que se inseriram; o primeiro, inicialmente, seguindo as pegadas de Frege (depois o superando em sua virada pragmática), enquanto o segundo tem por solo o trabalho de Husserl. Muitos filósofos posteriores buscaram aproximar o pensamento wittgensteineano e heideggeriano, a exemplo do Apel, que influenciou Habermas (2004, p. 64) a compreender o pensamento de ambos como versões complementares do giro linguístico

De Frege e Wittgenstein, Habermas (1990, p. 77) extraiu, sobretudo, que: "Na linguagem, as dimensões do significado e da validez estão ligadas internamente.", enquanto da tradição hermenêutica a que se liga Heidegger, compreende, especialmente, que a linguagem é abertura ao mundo. Para explicar estas contribuições, Habermas adota um framework que parte de Karl Bühler, projetado à tradição analítica, e outro que parte de Wilhelm von Humboldt, a contrastar a continuidade da tradição hermenêutica pós-Kant.

Não se entenda com isso que Habermas (1990, p. 106) aceita sem mais as teorias de Bühler e Humboldt, mas antes que aproveita a

coisas, a passagem da explicação intencionalista das realizações da compreensão e da comunicação para a explicação no âmbito de uma teoria da linguagem, ou seja, em geral, a passagem da análise introspectiva dos dados da consciência para a análise reconstrutiva de realidades gramaticais publicamente acessíveis. Nesta medida existe uma assimetria entre a força explicativa da filosofia da consciência, de um lado, que toma como ponto de partida a auto-referência de um sujeito que representa e manipula objetos, e uma teoria da linguagem, de outro lado, que toma como ponto de partida as condições de compreensão de expressões gramaticais.".

sua estrutura de exposição (por possuírem intuições que as excedem e lançam espaços para desenvolvimento) para avaliar a posição das propostas teóricas mais promissoras a movimentar o giro linguístico.

Com Bühler, a linguagem possui as dimensões de expressão, comunicação e representação, todas interligadas (Habermas, 1990, p. 106). Cada dimensão dessa teria sido percebida e aprofundada por correntes promotoras do giro linguístico (Habermas, 1990, p. 78):

> [...] as três teorias do significado mais conhecidas esclarecem o aspecto global do significado a partir de uma única função da linguagem [...]. A semântica intencionalista (de Grice até Bennet e Shiffer) toma como ponto de partida fundamental aquilo que o falante pensa ou procura dar a entender ao utilizar uma expressão numa determinada situação; a semântica formal (de Frege, através do primeiro Wittgenstein até Dummett) parte das condições sob as quais uma proposição é verdadeira (ou é tornada verdadeira); e a teoria do significado enquanto uso, inaugurada pelo segundo Wittgenstein, refere tudo, em última instância, aos contextos de interação praticados, nos quais as expressões linguísticas preenchem funções práticas. Cada uma destas três teorias do significado concorre com as outras, ligando-se precisamente a um único aspecto do processo de entendimento.

Já na tradição hermenêutica, Habermas entende que Humboldt trouxe um esquema importante e uma virada relevante que supera a concepção da linguagem como representação do mundo para entender a língua como fruto do espírito do povo (Habermas, 2004, p. 66):

> [...] a fórmula da língua como 'órgão formador do pensamento' deve ser entendida no sentido transcendental da constituição espontânea do mundo. Pela semântica da imagem de mundo, uma linguagem estrutura ao mesmo

> tempo a forma de vida da comunidade linguística; em todo caso uma se reflete na outra. Essa concepção transcendental da linguagem – que inclui tanto cognição como cultura – rompe com os pressupostos básicos da filosofia da linguagem dominante desde Platão até Locke e Condillac.

Assim como Bühler fora utilizado como esquema para compreender a tradição analítica do giro, Humboldt legou à tradição hermenêutica uma arquitetônica que enxerga a linguagem com três funções (Habermas, 2004, p. 65): "... a função cognitiva de formar pensamentos e representar fatos; a função expressiva de exprimir sentimentos e suscitar sensações; por fim, a função comunicativa de comunicar algo, levantar objeções e produzir acordos.".

Em Heidegger e Gadamer, porém, o "universalismo de uma práxis do entendimento mútuo", presente em Humboldt, não teve avanço[22] (Habermas, 2004, p. 65), focando-se a tradição hermenêutica a partir de então na linguagem como abertura ao mundo.

Habermas, na esteira do empreendimento da Pragmática Transcendental de K.-O. Apel (a congregar Heidegger, Wittgenstein e Peirce), propõe a sua própria Pragmática Formal como culminância do giro linguístico (1990, p. 86; 2020, p. 489-490). Não sendo o objeto do presente artigo, depreende-se sinteticamente aqui, no entanto, que autores contemporâneos como Apel e Habermas (assim é também a compreensão do Manfredo Oliveira, como se viu da posição destes autores em sua obra) enxergam a tradição desde Wittgenstein como análise da estrutura profunda da linguagem, a resultar nos atos de fala

[22] "Humboldt não apenas estabelece uma conexão interna entre compreensão e busca do entendimento mútuo. Na práxis dessa busca de entendimento, ele vê geralmente em atividade uma dinâmica cognitiva que, mesmo quando se trata de questões puramente descritivas, contribui para uma descentração da imagem linguística de mundo e, mediante a ampliação dos horizontes, promove indiretamente perspectivas universalistas também em questões morais. Esse vínculo humanista entre abertura hermenêutica e moral igualitária perdeu-se no historicismo das visões de mundo de Dilthey e no da história do ser de Heidegger." (Habermas, 2004, p. 73).

(teorizados depois por Austin e Searle), e a tradição hermenêutica da linguagem como instância constituidora do mundo (abertura ao mundo).

Essas duas versões complementares do giro linguístico teriam proporcionado um legado, superador do paradigma da consciência, que apontam para uma compreensão não ingênua da linguagem (de seu uso): do lado da hermenêutica, não há separação entre linguagem e tradição (mundo), e do lado da tradição analítica, não há significado sem compreender a conjugação necessária (o nexo ineliminável) entre a expressão (intencionalismo), a representação (semântica formal) e a comunicação (pragmática do uso).

Este legado impede que se persista acreditando que os fatos são os mesmos independente do que se diga a respeito deles – não, a própria constituição dos fatos depende de uma pré-estrutura simbólica que lança a possibilidade de conhecê-los, e, de igual modo, o acesso a eles se dá apenas na linguagem; bem assim, impede que se acredite em significados autônomos num mundo normativo que dependem apenas de conhecimento acerca de como foram teorizados – não, o significado é a composição de uma estrutura tríplice de expressão, representação e uso.

2. O conteúdo do direito ao contraditório na processualística brasileira.

As garantias processuais do contraditório e da ampla defesa estão retratadas em conjunto no art. 5º, LV, uma das novidades da CF/1988.[23] Nada obstante as respeitáveis posições doutrinárias que, sem divisar conteúdo específico em cada uma delas, equiparam essas garantias,[24] este trabalho tem por premissa que contraditório e ampla

[23] CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63.
[24] Por todos, cf. CREVELIN, Diego. **Impartialidade:** a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 54-61. Na

defesa se complementam, têm íntima relação entre si, ou seja, cada qual com carga normativa própria. Essa proximidade não é uma particularidade do contraditório com a ampla defesa, pois o direito à contradição também possui íntimo enlace com a igualdade[25] e com a fundamentação das decisões judiciais.[26] Em verdade, há uma "zona de ambiguidade" entre as diferentes garantias processuais,[27] já que todas elas surgiram e se complementam em um arcabouço limitante do poder do Estado. Nunca é ocioso lembrar que são conquistas civilizatórias. Feito esse esclarecimento, a análise estará centrada no contraditório.

Em sua formulação originária – atual dimensão formal ou concepção estática – o contraditório é entendido como o direito de a parte ser cientificada de todos os atos processuais, somada à possibilidade de reagir aos que lhe possa causar prejuízo.[28] É o que está traduzido pelo binômio "ciência do ato + possibilidade de reação". Com provável origem na literatura grega,[29] nessa primeira formulação do contraditório fica enaltecido o direito de ser ouvido,[30] consubstanciado na parêmia audiatur et altera pars ("ouça-se também a outra parte").

Esse direito de ser ouvido é comumente designado por

esteira de Rosemiro Pereira Leal, entendemos que a ampla defesa é coextensiva ao contraditório, porquanto a amplitude de seu exercício observa os "limites temporais do procedimento em contraditório." LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 89.

[25] NERY JR., Nelson Nery. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 172.

[26] Por todos, ver: LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, *passim*.

[27] ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: RT, 2016, v. I, p. 428.

[28] NERY JR., Nelson Nery. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 170.

[29] PICARDI, Nicola. "Audiatur el altera pars: as matrizes histórico-culturais do Contraditório." IN: **Jurisdição e Processo.** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130-131.

[30] CREVELIN, Diego. **Impartialidade:** a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 62.

bilateralidade da audiência,[31] em cujo conteúdo também está presente a preocupação com a paridade. Aliás, quando a concepção do contraditório ainda estava limitada à dimensão formal, porque o procedimento penal pressupõe o chamado "contraditório efetivo", não podendo transcorrer sem a defesa técnica no Brasil, a doutrina entendia que o termo bilateralidade da audiência ilustrava melhor o conteúdo do contraditório em âmbito civil, dado sua convivência com a revelia;[32] afinal, bastaria a oitiva da parte e a oportunidade de reação para que a garantia fosse atendida.

Ocorre que essa concepção é insuficiente para promover uma estrutura dialética de procedimento,[33] pois ela é desinteressada da participação das partes na reconstrução dos fatos e na construção das decisões que possam afetar suas esferas jurídicas. Da dimensão formal não é possível extrair o dever de o órgão jurisdicional analisar os argumentos lançados pelas partes; nela, não há preocupação com a legitimidade das decisões.

Em estudo resgatando as matrizes histórico-culturais do contraditório, Nicola Picardi registra a desvalorização do contraditório na primeira metade do séc. XX, ilustrando com passagens de doutrinadores da época preconizando que a falta do contraditório não prejudicaria a atuação da lei ou a construção de uma decisão justa. Picardi aponta a culminância desse processo de desvalorização com o projeto elaborado na Alemanha ao final da década de 30, que tinha por objetivo a abolição do contraditório no procedimento civil, "absorvendo o 'processo das partes' no procedimento oficial da jurisdição voluntária." [34]

---

[31] GÁLVEZ, Juan Monroy. **Teoría geral del proceso**. 3. Ed. Lima: Communitas, 2009, p. 177.
[32] NERY JR., Nelson Nery. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 174.
[33] Em sentido diverso, falando em estrutura dialética a partir do direito de ser ouvido: TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Saraiva, 1993, p. 44.
[34] PICARDI, Nicola. "Audiatur el altera pars: as matrizes histórico-culturais do Contraditório." IN: **Jurisdição e Processo.** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130-131.

O panorama descrito por Picardi seria substancialmente alterado no período do pós-guerra.[35] É recorrente a lembrança ao pensamento de Elio Fazzalari, processualista italiano que, em meados do séc. XX, situou o contraditório no próprio conceito de processo. Fazzalari enalteceu o direito de participação dos destinatários de um ato em todos os processos de produção de normas (judiciais, legislativos ou executivos), de tal maneira que os provimentos (ato final) sejam construídos sob a simétrica participação dos sujeitos que serão afetados por eles.[36] Em Fazzalari, isso que ele situa como a passagem do procedimento ao processo, não está restrito à atividade jurisdicional, constituindo um esquema de teoria geral.[37] Desde então processo é entendido como procedimento em contraditório.

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos "interessados" (aqueles que aspiram a emanação do ato final – "interessados" em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os "contra-interessados") estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o "contraditório", faz-se mais

[35] Luigi Paolo Comoglio aponta que os traços iniciais daquilo que seria entendido como a dimensão material ou concepção dinâmica do contraditório teriam surgido na Alemanha ocidental da década de 60, posteriormente consagrada em lei, e que, paulatinamente, espraiou-se por outros países da Europa, tal como Áustria, França, Itália e Portugal. "Questioni relevabili d'ufficio e contraddittorio". **Treccani (La Cultura Italiana).** Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/ Acesso em: 16 nov. 2013. GRADI, Marco. "Il principio del contraddittorio e la nulittà della sentenza della «terza via»". In: **Rivista di Diritto Processuale,** Milão, anno LXV (Seconda Serie), n. 4, luglio-agosto, 2010; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. "A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro". **Revista de Processo,** São Paulo, v. 172, jun. 2009, p. 32-53.

[36] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 112.

[37] Ibid., p. 112.

articulado e complexo, e do genus "procedimento" é possível extrair a species "processo".[38]

Ainda no diálogo com Fazzalari:

> [...]. É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer em conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. Veja-se, por exemplo, a fase que precede uma sentença civil de condenação e na qual se recolhem os elementos com base nos quais o juiz deverá emanar tal sentença ou não: dela participam os destinados a serem beneficiários da condenação e os que são destinados a submeter-se a ela, em contraditório entre eles, isto é, desenvolvendo simétricas atividades entre eles, destinadas a fornecer ao juiz – que não poderá abster-se – elementos a favor e contrários àquela emanação.39

Sem essa estrutura e desenvolvimento dialético, em que as partes têm as mesmas oportunidades de dizer e contradizer, cujos argumentos não podem ser ignorados pelo julgador, em Fazzalari, sequer seria possível dissertar um processo.40 Conforme pontuado por Araken de Assis, ainda que não preste endosso à doutrina do

[38] *Ibid.*, p. 94.
[39] *Ibid.*, p. 119-120.
[40] *Ibid.*, p. 121.

processualista italiano, cuida-se de garantia "intrínseca à estrutura do processo – não há processo legítimo sem contraditório." [41]

As lições de Fazzalari fizeram escola no Brasil na década de 90, sobretudo pela obra de Aroldo Plínio Gonçalves ("Técnica processual e teoria do processo"), na qual concebeu o processo como procedimento em contraditório, este enxergado como participação em simétrica paridade, de modo que as partes possam influir na construção do provimento.42 Entrevendo o processo como uma garantia das partes, essa concepção abre frontal divergência com a instrumentalidade do processo de Cândido Rangel Dinamarco, que concebe o processo como instrumento político. Longe de ser um embate acadêmico, a concepção de Aroldo Plínio Gonçalves está alinhada ao art. 1º, parágrafo único, da CF/1988, ao estatuir que todo poder emana do povo.43 A concepção de Cândido Rangel Dinamarco, não.[44]

Em ensaio publicado em 1993, mas a partir de outras premissas doutrinárias, Carlos Alberto A. de Oliveira denunciava a restrição do contraditório à bilateralidade da audiência, advogando a importância de os sujeitos parciais não serem surpreendidos por matérias de fato ou de direito estranhas ao diálogo; para ele, a medida seria

[41] ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: RT, 2016, v. I, p. 418. Muito embora enalteça o contraditório, é importante situar que Araken de Assis é contra a compreensão doutrinária do processo como procedimento em contraditório. Para ele, essa conceção é insuficiente para diferenciar o procedimento administrativo e o procedimento judicial; não descarta a teoria da relação processual, mas a supõe; por fim, entende que a dissolução do processo no gênero procedimento eliminaria os atributos da jurisdição. Op. Cit., p. 307.

[42] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 191.

[43] "[...]. Deriva daí que os destinatários dos provimentos têm direito de participar dos seus respectivos processos de produção." CREVELIN, Diego. **Impartialidade:** a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 65.

[44] Ainda no limiar da década de 90, dissertando o contraditório no âmbito da prova, Ada Pellegrini Grinover aludia ao direito da parte em "preparar o espírito do juiz", (Ada Pellegrini. "Defesa contraditória, igualdade e 'par condicio' na ótica do processo de estrutura cooperatória." In: **Novas tendências do direito processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 04-10), mas sem a mesma sofisticação teórica e analítica de Aroldo Plínio Gonçalves.

indispensável à democratização processual, para coibir a opressão e o autoritarismo.[45]

Muitos outros trabalhos surgiram na esteira desses autores, mas a difusão mais ampla dessa concepção ocorreu com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), que cuidou do contraditório em variados dispositivos, a começar pelos art. 7º, 9º e 10, situados entre as "Normas fundamentais do Processo Civil". Para além disso, o conteúdo do contraditório se ramifica por múltiplas regras conformadoras da estrutura dialética do procedimento.[46]

O art. 7º explicita o dever do órgão jurisdicional em conferir igualdade de oportunidades às partes ao exercício de suas situações jurídicas processuais (direitos, deveres, faculdades e ônus), sendo complementado pelo artigo 9º que retrata o direito de ser ouvido. Já o art. 10 impede que o provimento judicial seja construído sem a efetiva participação das partes, é dizer, que seja fruto da inteligência unilateral (solipsista) do togado. É essa segunda concepção do contraditório que mais pode se beneficiar da assimilação adequada do legado do giro linguístico – na verdade, embora não seja tema deste artigo, vale a menção de que se trata de um texto legal produto de uma ambiência pós-positivista.[47]

Embora trate de função já bem compreendida antes do giro linguístico, o art. 7º também pode ser relido como atividade de construção do sentido comum do que será discutido nos autos: "Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus,

[45] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.** Porto Alegre, n. 9, p. 178-184, 1993.
[46] A título de ilustração: arts. 98, VIII; 115; 148; § 2º; 329, II; 369; 372; 432; 457, § 3º; 503, § 1º, II; 596; 628; 637; 638; 641; 722; 817; 862, §1º; 869; 872, § 2º; 874; 921, § 5º; 933; 962; 1.037, § 11 etc.
[47] É de se notar, ainda, que a partir de uma leitura pós-positivista no viés dum Peter Häberle (1997), o contraditório deve ser ainda ampliado para compreender a todos na sociedade, fomentando a construção de institutos jurídico-processuais que permitam esse acesso. No país, temos as figuras, sempre relacionadas ao Häberle (Mendes, 2009, p. 3), das audiências públicas e do *amicus curiae*..

aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.".

Ora, a oportunidade de utilizar paridade de armas e contraditar tudo o que trazido pela parte adversa, na releitura pós-giro, não diz respeito apenas à verdade das narrativas, mas, igualmente, aos sentidos jurídicos em disputa. Além de as partes estarem disputando as demarcações categoriais e conceituais relevantes para a solução do caso, estão com isto realizando uma atividade, nesse sentido, em conjunto; porquanto precisam considerar as argumentações recíprocas para oferecer interpretações que coadunem de modo mais adequado com o que é trazido aos autos.

É, no entanto, com o artigo 10 que o legado do giro linguístico mais se pode ver necessário: "Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.".

Como afirmado em linhas anteriores, desde a década de 90 que a doutrina brasileira deixou de restringir o contraditório à bilateralidade da audiência, passando a entender que ele também é composto do direito de influência ou de participação,[48] um importantíssimo fator de limitação do poder jurisdicional.[49] Destarte, está correta a lição que

[48] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "A garantia do contraditório". *In:* **Do formalismo no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227-243; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle J. Coelho. "O princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação". **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 28, p. 177/206, jan./jun. 2009.

[49]Destacando essa limitação do poder sob a perspectiva do contraditório: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239226>. Acesso em: 30 mar. 2016; DELFINO, Lúcio. "Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina." **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239633>. Acesso em: 10 mar. 2016. Com o cuidado para não incorrer em um sincretismo, há quem também defenda essa limitação sob a égide da cooperação, cf.: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. "A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro". **Revista de Processo,**

afirma "ser o direito de participação e influência no processo um limite ao poder do juiz e, como seu fenômeno correlato, a existência de um dever de debate por parte desse juiz", o que também abarca sua atividade oficiosa,[50] seja para questões de mérito ou processuais,[51] inibindo a prolação de decisões-surpresa,[52] isto é, quando estruturadas em argumentos alheios ao debate (decisões de terceira via).[53]

Por força do contraditório-influência o magistrado deixa de ser encarado como o sujeito que detém a exclusividade na formulação da norma jurídica (lembrando da superação do modelo dual de conhecimento), reconhecendo-se igual direito aos demais sujeitos processuais, os quais contribuirão com argumentos fático-jurídicos[54] –

São Paulo, v. 172, jun. 2009, p. 32-53.

[50] GRECO, Leonardo. "Contraditório efetivo". **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP,** Rio de Janeiro, v. 15, jan.-jun. 2015.

[51] Sobre o tema, censurando o entendimento jurisprudencial peruano, cf. CAVANI, Renzo. "Contra as nulidades-surpresa: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual." **Revista de Processo,** São Paulo, RT, v. 218, abr. 2013, versão digital. No Brasil, dissertando o contraditório e tangenciando o tema das nulidades, ver: THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle J. Coelho. "O princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação". **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 28, p. 177/206, jan./jun. 2009.

[52] GOUVEIA, Lúcio Grassi de. "A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro". **Revista de Processo,** São Paulo, v. 172, jun. 2009, p. 32-53; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação da sentença e do acórdão. **Revista de Processo,** São Paulo, RT, v. 168, p. 53-65, fev. 2009; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". **Revista do Processo,** São Paulo, v. 209, jul. 2012, p. 349-374; MACHADO, Daniel Carneiro. "A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões no processo democrático". **Rev. SJFR**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 69-84, dez. 2014; MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. "Da proteção contra surpresa processual e o novo CPC". *In:* **Novo CPC doutrina selecionada:** parte geral. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 466-471; ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: RT, 2016, v. I, p. 418.

[53] Sobre o tema, cf. THEODORO JR., Humberto *et al.* **Novo CPC:** fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 104 e ss.

[54] CÂMARA, Alexandre Freitas. "Dimensão processual do devido processo constitucional". *In:* **Novo CPC doutrina selecionada:** parte geral. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 254-258.

argumentos que poderão ser acolhidos ou rejeitados, mas que devem ser enfrentados pela decisão (debatidos).[55]

Em síntese, da dimensão material do contraditório decorre um dever de debate ao órgão jurisdicional, cuja não observância compromete a atividade de reconstrução fática e de construção do provimento, tanto em termos epistemológicos quanto de legitimidade democrática do exercício jurisdicional.

3. À guisa de considerações finais: assimilação do giro linguístico na compreensão do contraditório

A esta altura, as finalidades do direito ao contraditório parecem evidentes. Por um lado, o contraditório legitima, democraticamente, o desfecho do processo, pois garante às partes o direito de influenciar o convencimento do órgão judiciário. Por outro, e talvez nesse aspecto adquira esse direito fundamental processual o seu maior valor e destaque, haja vista o modelo autoritário de processo que se implantou no direito brasileiro (retro, 80), o contraditório efetivo e real é o único meio de as partes contrabalançarem os vastos e ilimitados poderes atribuídos ao órgão judiciário na direção material do processo.[56]

Viu-se no primeiro tópico que duas premissas não podem mais ser postas de lado no pensamento ocidental pós-giro linguístico: 1] as construções linguísticas [argumentativas] constituem nossa compreensão da realidade tendo sempre por referência estruturas simbólicas prévias (tradição; mundo); e 2] o significado é a composição de elementos expressivos (intenções), representativos (semânticos) e comunicativos (pragmáticos), conformados numa estrutura tríplice

[55] Não por outro motivo, ao perspectivar as múltiplas dimensões do contraditório, Brêtas fala em um *quadrinômio estrutural,* composto de informação-reação-diálogo-influência. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro,** Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239226>. Acesso em: 30 mar. 2016

[56] ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: RT, 2016, v. I, p. 423.

presente em todo ato de fala.

Assim, sumarizando algumas das conclusões:

Nada pode ser compreendido fora da tripla estrutura da fala: elemento proposicional, ilocucionário e expressivo. Quando os elementos expressivo e ilocucionário são omitidos ou esmaecidos, o que ocorre é uma abstração que faz uma referência generalizante a situações concretas evocadas habitualmente no contexto cultural em que aquele elemento proposicional é usualmente utilizado; dito de modo mais simples, a dimensão pragmática sempre existirá em conjunto com a semântica, mesmo que se a ignore no discurso. Ignorar significa diminuir a racionalidade da situação de fala.

Isto implica em considerar que quanto mais elementos se tenha para compreender determinada situação linguística, mais rica e aprofundada será a compreensão.

O contraditório, neste sentido, é a oportunidade de complementar do modo mais amplo e aprofundado estes elementos, proporcionando não apenas iguais chances de conformar os sentidos presentes no processo (art. 7), mas também na decisão (art. 10).

Acolhendo e assimilando o legado mínimo do giro linguístico e suas implicações, vê-se que o redimensionamento do contraditório que já vem ocorrendo por parte da processualística brasileira é indispensável ao progressivo incremento da racionalidade –e, portanto, possibilidade de controle – dos pronunciamentos jurisdicionais. É dizer: quanto menor engajamento discursivo de todos os envolvidos no procedimento, menor a racionalidade da decisão; quanto maior a realização concreta de contraditório, maior a racionalidade (e controlabilidade das fundamentações) da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, v. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. "Dimensão processual do devido processo constitucional". In: Novo CPC doutrina selecionada: parte geral. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 254-258.

CAVANI, Renzo. "Contra as nulidades-surpresa: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual." Revista de Processo, São Paulo, RT, v. 218, abr. 2013, versão digital.

COMOGLIO, Luigi Paolo. "Questioni relevabili d'ufficio e contraddittorio". Treccani (La Cultura Italiana). Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/ Acesso em: 16 nov. 2013.

CRETELLA NETO, José. Fundamentos principiológicos do Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUSA, Diego Crevelin de. Dever (ou Garantia) de (não) Provar contra si Mesmo?(!) O Dilema em torno do Art. 379, CPC. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Direito Probatório). 3. ed. Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira (coords.). Salvador: JusPodivm, 2018, v. 5.

CREVELIN, Diego. Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". Revista do Processo, São Paulo, v. 209, jul. 2012, p. 349-374.

DELFINO, Lúcio. "Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina." Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239633>. Acesso em: 10 mar. 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239226>. Acesso em: 30 mar. 2016.

GÁLVEZ, Juan Monroy. Teoría geral del proceso. 3. Ed. Lima: Communitas, 2009.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. "A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro". Revista de Processo, São Paulo, v. 172, jun. 2009.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes: uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Recife, Esmape, Ano 1, n. 01, jan.-jun., p. 247-273, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Defesa contraditória, igualdade e 'par condicio' na ótica do processo de estrutura cooperatória." In: Novas tendências do direito processual. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 04-10

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, n. 9, p. 178-184, 1993.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 2006.

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GRADI, Marco. "Il principio del contraddittorio e la nulittà della sentenza della «terza via»". In: Rivista di Diritto Processuale, Milão, anno LXV (Seconda Serie), n. 4, luglio-agosto, 2010.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO, Leonardo. "Contraditório efetivo". Revista Eletrônica de Direito

Processual – REDP, Rio de Janeiro, v. 15, jan.-jun. 2015.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.

HABERMAS, Jürgen. Pensamento Pós-Metafísico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
_____. Verdade e Justificação. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MACHADO, Daniel Carneiro. "A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões no processo democrático". Rev. SJFR, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 69-84, dez. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. Palestra proferida durante simpósio comemorativo ao 75º aniversário do professor e constitucionalista Peter Häberle, que ocorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Granada, na Espanha, no dia 15 de maio 2009. Publicada e disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discHaberle.pdf

MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. "Da proteção contra surpresa processual e o novo CPC". In: Novo CPC doutrina selecionada: parte geral. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 466-471.

NUNES, Dierle. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "A garantia do contraditório". In: Do formalismo no processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais". In: Leituras complementares de processo civil. Fredie Didier Jr. (org.). 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

PICARDI, Nicola. "Audiatur el altera pars: as matrizes histórico-culturais do Contraditório." IN: Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. "Contraditório (princípio do)". In: Enciclopédia Saraiva do Direito. R. Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 19, p. 119.

SILVA, Beclaute Oliveira; ROBERTO, Welton. "O contraditório e suas feições no Novo CPC". In: Novo CPC doutrina selecionada: parte geral. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo civil. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 51.

THEODORO JR., Humberto et al. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle J. Coelho. "O princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação". Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, p. 177/206, jan./jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação da sentença e do acórdão. Revista de Processo, São Paulo, RT, v. 168, p. 53-65, fev. 2009.

Maurício Ferreira Cunha
Jhonatta Braga Barros

SOBRE O TRATAMENTO DA (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SOBRE O TRATAMENTO DA (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maurício Ferreira Cunha

Juiz de Direito (TJMG). Pós-doutorando em Ciências Jurídico-Processuais (Universidade de Coimbra/Portugal). Doutor em Direito Processual (PUC/Minas). Mestre em Direito Processual Civil (PUC/Campinas). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação "lato sensu" (PUC/Minas). Membro da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual) e do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual).

Jhonatta Braga Barros

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) e especialista em Direito Processual Civil. É, também, servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, atuando nos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública como Assessor e Conciliador. Autor de livro e artigos jurídicos. Professor universitário.

INTRODUÇÃO

A crise econômica que atinge a sociedade brasileira, de forma cíclica, resulta, como consequência, no empobrecimento de uma considerável parcela da população e naquilo que podemos denominar de "constante inadimplemento", surgindo, daí, a necessidade da busca por mecanismos cada vez mais eficazes para que a tutela executiva jurisdicional, destacada como direito fundamental que é, seja entregue ao jurisdicionado.

Contudo, conquanto são procurados meios para a efetivação das tutelas, sempre sob o viés da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, da manutenção do mínimo existencial, da proteção à família e do direito social à moradia, fato é que a tutela executiva, em especial, vem comportando cada vez mais ponderações, de modo que se torna inevitável, também, o crescimento de uma preocupação para com a preservação do bem de família, matéria de intenso debate e aplicabilidade em sede doutrinária e em sede jurisprudencial.

Diante de tais fatos, o presente estudo tem o objetivo de tratar do tema da impenhorabilidade do bem de família sob a perspectiva constitucional e, principalmente, sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça, contextualizando, criticamente, as teses firmadas em seus julgados e precedentes, a fim de retratar o perfil dominante do nosso Tribunal da Cidadania.

Em suma, examinando os posicionamentos jurisprudenciais adotados sobre a aludida impenhorabilidade, busca-se estabelecer certa congruência entre os entendimentos firmados, bem como se tal compreensão tem contemplado a efetivação da tutela executiva de forma preponderante, ou não, frente tal proteção.

ASPECTOS HISTÓRICOS

Para a contextualização das linhas que virão a seguir, vale registrar que a proteção ao bem de família tem as suas primeiras sementes ainda durante a civilização romana, mormente quando a responsabilização pessoal passou a ser substituída pela patrimonial, suportando obrigações, e surgindo conceitos iniciais quanto à sua preservação.

Contudo, o bem de família, na forma como trabalhado no direito brasileiro, tem a sua origem no instituto do homestead, utilizado no Estado do Texas (EUA), ainda no período que pertencia ao território mexicano, com a sua primeira definição na Constituição Texana, datada de 1845, em que se considerava como sendo uma porção de terra

pertencente aos chefes de família e que, por tal motivo, era protegida contra a alienação judicial forçada, independentemente da origem do débito, exigindo-se apenas que tivesse sido contraído posteriormente à aquisição da propriedade.

Importante consignar que o instituto já era objeto de utilização na Europa, quando em consideração da casa como um "castelo sagrado", ao passo que, no novo mundo, tinha como principal finalidade a proteção ao colono ou ao imigrante que optou em fixar a sua moradia na República do Texas.

Por sua vez, a Constituição Texana de 1836 possibilitava a todo cidadão daquele Estado, excepcionando os negros africanos e os seus descendentes, a obtenção de uma pequena porção de terras do Estado, como requisito de que fosse chefe de família, valendo mencionar que, após a independência do Texas, o homestead foi incorporado à legislação americana.

No direito texano, para a proteção patrimonial do homestead, o valor da porção de terra não poderia ser superior a 2 (dois) mil dólares, limitada à área de 200 (duzentos) acres de terra predominantemente rural, com a destinação para residência do devedor, não sendo possível a sua alienação sem o consentimento da esposa.

Em seguimento, no ano de 1839, em razão da grave crise econômica que assolava o Estado do Texas, e do surgimento de inúmeras execuções por dívidas, promulgou-se a Lei nº 26, objetivando a proteção patrimonial dos devedores. Já em 1862, por meio de uma lei federal, passou-se a conceder gratuidade das terras de domínio público, com a isenção de penhora e execução por dívidas anteriormente à concessão da propriedade, que foi adotada por todos os Estados da Federação e formalmente implantada em todo o território americano, com validade até os dias atuais, influenciando vários países além do Brasil, como a Austrália, França, Itália, Canadá, Venezuela e Chile.

CONCEITUALIZAÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO SOCIAL

Em nosso sistema jurídico, o bem de família possui tratamento dualista, pois poderá ser constituído voluntariamente (convencional) ou legalmente. Trata-se de instituto híbrido, tendo em vista que une a proteção da pessoa humana com os direitos patrimoniais, conferindo guarida à dignidade da família.

Na concepção originária de Álvaro Villaça Azevedo, "pode-se dizer, seguramente, que o bem de família nasceu com o tratamento jurídico específico, na República do Texas, sendo certo que, no Direito Americano, desponta ele como uma pequena propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à proteção desta". Ainda nas palavras do ilustre jurista, o bem de família é "um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala o domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade".[1]

Por sua vez, Flávio Tartuce leciona que "o bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência de entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental, ou entidade de outra origem, protegido por previsão legal específica"[2].

Especificado o conceito de bem de família, resta claro que protege-se, fundamentalmente, o direito à moradia, necessário para a formação da estrutura moral da pessoa, e garante-se a inviolabilidade da casa, conforme previsto na Carta Magna, configurando, pois, verdadeira seguridade ao patrimônio mínimo essencial do indivíduo.

Nesta ótica conceitualista, o bem de família se desvela como um patrimônio especial em que o proprietário de determinado imóvel é protegido para a garantia da sobrevivência da família, primando por

[1] AZEVEDO, A. V. Bem de Família. Comentários à Lei 8.009/90. Revista dos Tribunais, 2002.
[2] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. - 15. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Método, 2025.

seu mínimo existencial, com fim indispensável à realização da justiça social.[3]

Já no tocante ao estudo da função social do bem de família, este decorre dos avanços sociais e de uma, cada vez mais, constitucionalização dos institutos jurídicos, de forma que, se de um lado não há dúvidas de que o credor possui direito fundamental à uma tutela jurisdicional executiva efetiva, o devedor, por outro lado, além de ser alcançado pelo conhecido princípio da menor onerosidade, reproduzido no artigo 805 do Código de Processo Civil, é detentor de direitos básicos já previstos na nossa Constituição Federal, tais quais o da dignidade da pessoa humana e da moradia.

O bem de família, além da sua proteção legal, deve ser interpretado à luz da função social da propriedade, de modo que os tribunais têm conciliado a proteção patrimonial com os interesses coletivos[4], pois uma das funções da propriedade é, justamente, o atendimento aos interesses sociais.

Assim sendo, embora se possa associar a impenhorabilidade como limitação à efetividade da tutela executiva, a bem da verdade, o que se denota é o sopesamento dos princípios, de maneira a não se excluírem, mas serem harmonizados.[5]

---

[3] AZEVEDO, A. V. Bem de Família. Comentários à Lei 8.009/90. Revista dos Tribunais, 2002.

[4] "(...) Em se tratando de bem de família, a impenhorabilidade prevista no art. 1º da Lei 8.009/1980 deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina, quais sejam, assegurar o direito de moradia, razão pela qual é impenhorável o imóvel residencial caracterizado como bem de família em sua integralidade, impedindo sua alienação em hasta pública, salvo se se tratar de imóvel suscetível de divisão. (...)" (STJ – REsp: 1861107 RS 2020/0031201-2, Relator.: Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES, Data de Julgamento: 10/12/2024, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJEN 04/02/2025)

[5] "(...) O princípio da menor onerosidade da execução não é absoluto, devendo ser observado em consonância com o princípio da efetividade da execução, preservando-se o interesse do credor. (...)" (STJ – AgInt no REsp: 1596683 MT 2016/0084915-0, Relator.: ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 23/05/2023, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2023)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito privado teve a sua aplicabilidade voltada ao campo de estudo dos valores sociológicos, éticos e morais, devendo ser reiterado que a impenhorabilidade dos bens imóveis, sejam eles rurais ou urbanos, advém da sua função social, de observância obrigatória, resultado do exercício do direito fundamental à moradia.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

As primeiras linhas que tratam da impenhorabilidade do bem de família foram observadas no Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, ainda fortemente influenciado pelo Código Napoleônico e pelas doutrinas voluntaristas, em que se previa, de forma embrionária, a isenção de alguns bens do devedor.

Contudo, foi a partir do Código Civil de 1916, especialmente diante do teor dos seus artigos 70 a 73[6], que a proteção ao bem de família foi efetivamente introduzida em nosso ordenamento, possibilitando que as pessoas isentas de dívidas declarassem, junto ao Cartório de Registro de Imóveis, que determinado imóvel era utilizado com a finalidade única para o seu domicílio e da sua família, não

[6] "Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta, com a clausula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.
Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.
Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado.
Parágrafo único. A isenção se refere a dividas posteriores ao ato, e não ás anteriores, se verificar que a solução destas se tornou inexeqüível em virtude de ato da instituição.
Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais.
Art. 73. A instituição deverá constar de escriptura publica transcripta no registro de imóveis e publicado na imprensa e, na falta desta, na da capital do Estado."

havendo limitação do valor para a proteção.

Em seguimento, já no ano de 1941, o Decreto Lei 3.200 dispôs sobre a organização da família e as proteções a tal instituição, também abarcando o bem de família e fixando parâmetros para a sua isenção, com a limitação de valor (100 contos de réis, alterado para um milhão de cruzeiros e, posteriormente, 500 salários-mínimos), o que era afastado caso a família residisse no imóvel pelo mínimo de 2 (dois) anos.

Na legislação processual civil, o bem de família foi objeto de abordagem já no Código de 1939, artigos 647 a 651, o que também restou reconhecido no Código Buzaid, em 1973.

A Lei 6.015/73, conhecida por "Lei dos Registros Públicos", também mereceu destaque quanto às formas de registro do bem, regulamentando a formalização do registro por escritura, para fins de publicidade, bem como estabelecendo o bem de família voluntário, impossibilitando eventual futura penhora.

Com a promulgação da Constituição Federal, o artigo 6º contemplou o direito à moradia no campo dos "Direitos Sociais", o que fora seguido pela Lei 8.009/90, para a proteção da residência da família, em um momento em que a sociedade se encontrava colapsada pelas altas taxas de inflação e pela adoção de medidas drásticas pelo governo, tendo sido aclarado pelo legislador que a proteção ao bem de família, para além do que dimensionado na citada lei dos registros públicos, era extensível a todos os imóveis residenciais, de entidade familiar, e não apenas aos eleitos por seus proprietários e registrados.

A proteção ao bem de família e, até mesmo, aos móveis que guarnecem a residência, também teve destaque com o Código Civil de 2002, conforme regulamentação trazida em seus artigos 1.711 a 1.722.

A partir do que sinteticamente extraído da evolução legislativa, percebe-se que há uma atenção cada vez mais constante quanto à proteção conferida ao bem de família, harmonizando, como já destacado, a menor onerosidade do devedor com o direito

fundamental à tutela executiva, o que repercutiu, e ainda repercute, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, a partir de agora, será objeto específico de exame.

A (IM) PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O primeiro questionamento que deve ser feito diz respeito ao fato de saber se o Superior Tribunal de Justiça apresenta uma postura ativista, no sentido da efetivação da tutela jurisdicional, ou mais protecionista, ampliando o amparo legislativo já existente.

Examinando alguns julgados, infere-se, claramente, que, para além da aplicação dos preceitos legislativos, há a necessidade da realização de uma análise casuística, o que conduz à primeira conclusão no sentido de que, ao longo da recente história e, principalmente, com o advento da Constituição Cidadã, há uma vertente mais protetiva quanto ao tema.

Notoriamente, a nossa Corte Superior tem ampliado o seu entendimento quanto à proteção do bem de família, em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, da garantia do direito à moradia e do patrimônio mínimo, havendo, até mesmo, uma maior concepção quanto ao conceito de "família", abrangendo desde as compostas por ambos os pais, como as multiparentais, binucleares, socioafetivas, entre outras[78].

Examinando alguns acórdãos proferidos há mais de 20 anos,

[7] "Desde que a família passou a ser o espaço do afeto, do companheirismo, e as pessoas passaram a se casar por amor, começaram a surgir novas estruturas parentais e conjugais. A Constituição da República de 1988, legitimou todas elas, uma vez que o rol do artigo 226 é apenas exemplificativo." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das famílias. - 5. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2024, pág. 17).

[8] "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas (Súmula n. 364/STJ)." (Jurisprudência em teses do STJ – Edição nº 44)

percebe-se que, concretizando as normas constitucionais, havia uma preocupação voltada ao direito intertemporal quanto à aplicabilidade da Lei 8.009/90 no sentido de que as penhoras realizadas anteriormente à edição normativa não poderiam ser desconstituídas por eventual ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça firmou remansoso entendimento de que era perfeitamente possível a aplicação da lei protetiva aos processos pendentes9, podendo ser desconstituídas as penhoras e, desde aqueles tempos, já havia discussão quanto à ocorrência de uma eventual preclusão:

> PROCESSUAL CIVIL - IMPENHORABILIDADE - BEM DE FAMÍLIA. I - PRECEITO LEGAL QUE RESGUARDA BEM DE FAMÍLIA, AO ENTRAR EM VIGENCIA, PRODUZ, DE IMEDIATO, EFEITO SOBRE PROCESSO EM CURSO, POR ISSO QUE, INCIDINDO SOBRE PENHORA, O ATO DE CONSTRIÇÃO SE TORNA INSUBSISTENTE. INTELIGENCIA DA LEI N. 8009/90. II - RECURSO NÃO CONHECIDO. (STJ – REsp: 17072 PR 1992/0001033-4, Relator.: Ministro WALDEMAR ZVEITER, Data de Julgamento: 24/03/1992, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.05.1992 p. 5886)
>
> PROCESSUAL CIVIL. IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. 1. DESDE QUE A EXECUÇÃO NÃO SE TENHA AINDA EXAURIDO, PELA ALIENAÇÃO DO BEM PENHORADO, VERIFICA-SE, EM PRINCIPIO, A INCIDENCIA DA LEI 8 .009/90 SOBRE PENHORAS EFETUADAS ANTES DE SUA VIGENCIA. 2. SITUAÇÃO JURIDICA AINDA NÃO CONSOLIDADA E SUJEITA, PORTANTO, A MODIFICAÇÕES.

[9] IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. A LEI N. 8.009/90 APLICA-SE AOS PROCESSOS PENDENTES, DESCONSTITUINDO PENHORAS JA REALIZADAS, SEM OFENSA A ATO JURÍDICO PERFEITO OU A DIREITO ADQUIRIDO. 2. PRECEDENTES DA 2A. SEÇÃO DO STJ, A PARTIR DO JULGAMENTO, PELA 3A. TURMA, DO RESP-11 .698. 3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (STJ – REsp: 44795 SP 1994/0006034-3, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 10/05/1994, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.06.1994 p. 14276 RSTJ vol. 108 p. 165)

> 3. PRECEDENTES. 4. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO" (STJ – REsp: 19357 SC 1992/0004646-0, Relator: Ministro BUENO DE SOUZA, Data de Julgamento: 30/06/1992, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.08.1992 p. 11328)

Sob este prisma, sendo a impenhorabilidade, inegavelmente, matéria de ordem pública, cognoscível ex officio a qualquer tempo, em detrimento do pensamento de que poderia ser arguida irrestritamente, o Superior Tribunal de Justiça, visando manter sua jurisprudência íntegra, estável e coerente, tem decidido que, "quando não há alegação, tampouco decisão anterior, a impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, dela podendo conhecer o juízo a qualquer momento, antes da arrematação do imóvel"[10].

A limitação ao tempo da arrematação, embora possa ser objeto de discussões e exame mais acurado em situações específicas, traz, a bem da verdade, mínima segurança jurídica, não sendo admissível que o devedor se valha de tal alegação sem qualquer restrição, quase que eternizando a possibilidade da sua arguição. Da mesma forma, se já houve o exame anterior a respeito da (im)penhorabilidade do bem de família, não se admite que, em procedimento diverso, seja reanalisada tal questão.[11]

Aludindo ao aspecto da temporalidade, levando-se em conta o tempo de aquisição do bem, também já foi decidido que o fato de o bem imóvel ter sido adquirido quando eventual demanda executiva já estava em andamento, não é motivo para se afastar, por si só, a impenhorabilidade do bem de família, salvo na hipótese prevista no artigo 4º da Lei 8.009/90, em que o devedor, valendo-se de má-fé, adquire imóvel mais valioso para a transferência da residência familiar[12].

---

[10] STJ – REsp 981.532/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 29/08/2012.
[11] STJ – AgInt no REsp n. 2.104.283/SP, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 6/3/2024.
[12] STJ – AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.182.745/BA, relator Ministro Raul Araújo,

Em seguimento, temos que a matriz constitucional, arraigada sob a matriz social, traz consigo a normatividade dos princípios correlatos, influenciando a atuação jurisdicional com o fito de garantir o desenvolvimento social, inspirando uma interpretação cada vez mais teleológica da norma protetiva do bem de família.

Por tal motivo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça tem relativizado o princípio da dignidade da pessoa humana conforme seu detentor, examinando, caso a caso, se o bem de família atinge a sua função social, se é utilizado como moradia, a sua importância na constituição do patrimônio mínimo e, ainda, a disponibilidade e a boa-fé.

Observando as exceções legais previstas no artigo 3º da Lei 8.009/90, e as interpretando restritivamente, garantindo efetividade à tutela jurisdicional executiva, seguindo precedente do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso repetitivo, no Tema 1.091, publicado no informativo 740, o Superior Tribunal de Justiça fixou tese no sentido de que "é válida a penhora do bem de família de fiador apontado em contrato de locação de imóvel, seja residencial, seja comercial, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.00990".

Situação bastante peculiar também foi enfrentada quanto ao débito originado de contrato de empreitada global celebrado para promover a construção do próprio imóvel, sendo, neste caso, chancelada a penhora do bem de família, impedindo-se a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para possibilitar a aquisição, melhoramento, uso, gozo ou disposição do bem, sem qualquer contrapartida e custa de terceiros[13], também sendo

Quarta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 25/4/2023.

[13] (...) Da exegese comando do art. 3º, II, da Lei nº 8.009/90, fica evidente que a finalidade da norma foi coibir que o devedor se escude na impenhorabilidade do bem de família para obstar a cobrança de dívida contraída para aquisição, construção ou reforma do próprio imóvel, ou seja, de débito derivado de negócio jurídico envolvendo o próprio bem. Portanto, a dívida relativa a contrato de empreitada global, porque viabiliza a construção do imóvel, está abrangida pela exceção prevista no art. 3º, II, da Lei nº 8.009/90. (...) (REsp 1976743/SC, Rel. Ministra

considerada exceção à impenhorabilidade quando, igualmente no caso do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, estendendo-se àquele que foi adquirido com os recursos oriundos da venda de um anterior, do qual se utilizou daquela operação financeira[14].

Embora a proteção legal que é conferida ao bem de família não possa ser simplesmente afastada pela expressa renúncia do devedor, por configurar princípio de ordem pública, é perfeitamente possível a prática de atos de disposição, como o oferecimento do bem como objeto de alienação fiduciária em garantia, o que importará na impossibilidade da alegação posterior de que tal ato seria ilegal, de forma que, assim decidindo, o Superior Tribunal de Justiça cria barreira à utilização abusiva do direito à proteção quando verificada a violação ao princípio da boa-fé objetiva[15.]

A violação à boa-fé também é fator preponderante para que seja afastada a norma protetiva da impenhorabilidade, não podendo se balizar a utilização abusiva de prerrogativas legais e permitir a utilização de tal artifício como um escudo para práticas desleais ou eivadas de fraude.

Vejamos o seguinte acórdão:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 8.009/1990. BEM DE FAMÍLIA. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. DESCUMPRIMENTO. PENHORA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 11/03/2022)

[14] STJ – REsp 1935842/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 25/06/2021.

[15] STJ – REsp 1595832/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/10/2019, DJe 04/02/2020.

Também já decidiu o STJ que, tratando-se de garantia hipotecária, "o bem de família é PENHORÁVEL quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que não se beneficiaram dos valores auferidos". (EAREsp 848.498/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 07/06/2018)

> inclinou-se no sentido de que o bem de família é impenhorável, mesmo quando indicado à constrição pelo devedor. 2. No entanto, verificado que as partes, mediante acordo homologado judicialmente, pactuaram o oferecimento do imóvel residencial dos executados em penhora, não se pode permitir, em razão da boa-fé que deve reger as relações jurídicas, a desconstituição da penhora, sob pena de desprestígio do próprio Poder Judiciário. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1461301/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 23/03/2015)

O Superior Tribunal de Justiça adota postura mais rígida quando constatado que, além das previsões legais, a utilização do bem não tenha relação com a sua função social, é dizer, tratando-se de impenhorabilidade, utilizado para a moradia, desenvolvimento familiar ou na manutenção do patrimônio mínimo, voltado à dignidade da pessoa humana, sendo observável, ainda, a boa-fé objetiva.

Constatado que o devedor se utiliza do instituto para a sua proteção, apenas com o intuito de se esquivar do cumprimento obrigacional, além do fato de que não há a utilização, concreta, como bem de família, por decorrência lógica, o Superior Tribunal de Justiça firma o seu entendimento favoravelmente à efetivação da tutela executiva.

Vale dimensionar ainda que, em analogia ao entendimento já fixado em sede de recurso repetitivo no Tema 1.234, relativamente à pequena propriedade rural, é ônus do devedor a comprovação de que o bem deve ser agasalhado pelo manto da impenhorabilidade[16].

[16] (...) A Segunda Seção desta Corte decidiu que, para o reconhecimento da impenhorabilidade, o devedor (executado) tem o ônus de comprovar que além de se enquadrar dentro do conceito de pequena, a propriedade rural se destina à exploração familiar (REsp n. 1.913.234/SP, Segunda Seção, DJe 7/3/2023). 7. Como regra geral, a parte que alega tem o ônus de demonstrar a veracidade desse fato (art. 373 do CPC) e, sob a ótica da aptidão para produzir essa prova, ao menos abstratamente, é mais fácil para o devedor demonstrar a veracidade do fato

Noutro giro, já abordando o conceito de bem de família de forma mais expansiva e, talvez, até com maior incidência, vê-se que o mesmo tribunal, visando proteção às garantias e aos direitos já apontados, possui diversos entendimentos, advindos de uma análise mais aprofundada daquilo que é levado à decisão, concretizando todos os preceitos constitucionais.

Frisa-se, por oportuno, que o estudo aqui realizado não tem a finalidade de criticar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, mas, sim, de demonstrar, mesmo que de forma pontual, que sua atuação e a aplicabilidade do instituto em destaque têm seus desafios, demandando o exame casuístico e suas peculiaridades, o que motiva, não raras vezes, a diversidade de decisões.

Grande embate há na jurisprudência e na doutrina, também, quanto à impenhorabilidade de bem de família de alto valor. Contudo, mantendo jurisprudência em consonância com o que preceitua o artigo 926 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos da proteção conferida aos bens de família pela Lei n. 8.009/90, independentemente do seu valor econômico"[17], podendo-se excepcionar tal posicionamento, tendo em vista situações semelhantes

alegado. 8. O art. 833, VIII, do CPC é expresso ao condicionar o reconhecimento da impenhorabilidade da pequena propriedade rural à sua exploração familiar. 9. Isentar o executado de comprovar o cumprimento desse requisito legal e transferir a prova negativa ao credor (exequente) importaria em desconsiderar o propósito que orientou a criação da norma - de assegurar os meios para a efetiva manutenção da subsistência do executado e de sua família. (...)" (REsp n. 2.080.023/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 6/11/2024, DJe de 11/11/2024.)

[17] STJ – AgInt no AREsp n. 2.716.269/RJ, relator Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS), Terceira Turma, julgado em 24/2/2025, DJEN de 28/2/2025; AgInt no AREsp n. 2.629.196/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/12/2024, DJEN de 20/12/2024; AgInt no AREsp n. 2.664.129/DF, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 9/12/2024, DJEN de 13/12/2024; AgInt no REsp n. 1.963.732/SP, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 23/9/2024, DJe de 25/9/2024.

já decididas, se se tratar de imóvel suscetível de divisão[18].

Ainda sob a ótica protetiva, havia discussão quanto à suposta "confusão" entre a moradia familiar e o local de funcionamento de empresa, se tal fator seria ou não requisito para o reconhecimento da proteção do imóvel como bem de família. Contudo, considerando que a legislação é norma cogente, composta por princípio de ordem pública e, via de consequência, não se admitindo interpretações extensivas às exceções à garantia legal da impenhorabilidade, decidiu-se que a mera comprovação de que o imóvel é utilizado para moradia, ou seja, atingindo-se, para este fim, a sua função social, já seria motivo suficiente para a devida proteção legal[19].

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu, no EDcl no AgInt no AREsp n. 2.244.832/SP, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 23/9/2024, DJe de 1/10/2024, que o reconhecimento da proteção do bem de família, relativamente à meação da esposa, que não figure no polo passivo da demanda principal, deve ser estendida à totalidade do bem, buscando-se, dessa forma, a proteção da família contra o desabrigo e, não apenas, a preservação do patrimônio da herdeira, colocando-se, notoriamente em primeiro lugar, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia.

> (...) Conforme a jurisprudência desta Corte, não há falar em fraude ao credor apta a destituir a proteção do bem doado pela embargada, pois não houve alteração na destinação original do imóvel, qual seja, a moradia da família. Precedentes. 4. No caso dos autos, constatado que o imóvel é utilizado como residência da meeira e do executado de forma contínua, há que se manter a impenhorabilidade do bem de família. 5. Reconhecida a proteção do

[18] STJ – 1ª Turma. REsp 1.861.107-RS, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, julgado em 10/12/2024 (Info 22 - Edição Extraordinária).
[19] STJ – AgInt no AREsp n. 2.360.631/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 2/5/2024.

> bem de família em relação à meação da esposa, que sequer é devedora na ação principal, tal proteção se estende à totalidade do bem, visto que objetiva resguardar a família contra o desabrigo e não apenas prevenir o perdimento de bens da meeira. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial. (...)

Trazendo uma última abordagem de recente julgado específico, em contraponto à exigência da boa-fé objetiva, que já fora objeto de análise, nossa Corte Superior reconheceu a manutenção da proteção do bem de família que, mesmo doado em fraude à execução aos filhos, ainda é utilizado pela família como moradia.

Confira-se:

> (...) 3. A despeito de inicial divergência, prevalece na Segunda Seção o entendimento inaugurado pela Quarta Turma no REsp 1.227.366/RS e ratificado pela Terceira Turma nos REsp 1.926.646/SP e 2.134.847/RS, no sentido de que o reconhecimento da ocorrência de fraude à execução e sua influência na disciplina do bem de família deve ser aferida casuisticamente, de modo a evitar a perpetração de injustiças - deixando famílias ao desabrigo - ou a chancelar a conduta ardilosa do executado em desfavor do legítimo direito do credor, observados os parâmetros do art. 792 do CPC e da Lei nº 8.009/1990. 4. O parâmetro crucial para discernir se há ou não fraude contra credores ou à execução é verificar a ocorrência de alteração na destinação primitiva do imóvel - qual seja, a morada da família - ou de desvio do proveito econômico da alienação (se existente) em prejuízo do credor. Inexistentes tais requisitos, não há alienação fraudulenta. 5. Considerando que a consequência da fraude à execução é apenas a ineficácia da alienação em relação ao exequente (art. 792, § 1º, do CPC), para aferir a incidência ou não da regra da impenhorabilidade do bem de família, é necessário analisar, primeiro, a situação do imóvel anterior à alienação, para verificar se houve ou não alteração na sua destinação primitiva. 6. Assim, havendo alegação de alienação em fraude à execução envolvendo bem de família impenhorável, será necessário analisar: I) se, antes da alienação, o imóvel já se qualificava como um

> bem de família, não incidindo nenhuma exceção legal, como aquelas previstas no art. 3º da Lei nº 8.009/1990; e II) se, após a alienação, o imóvel manteve a qualidade de bem de família, ou seja, se continuou a servir de moradia à entidade familiar. 7. Em sendo positivas as respostas, conclui-se pela incidência da proteção legal da impenhorabilidade do bem de família, tendo em vista que não houve alteração na situação fática do imóvel, a despeito da alienação. Por conseguinte, não haverá interesse na declaração de fraude e ineficácia da alienação em relação ao exequente, diante da ausência de consequência sobre o imóvel que continuaria sendo bem de família e, portanto, impenhorável. 8. No recurso sob julgamento, deve prevalecer o entendimento adotado pelo acórdão embargado, segundo o qual "é possível o reconhecimento da manutenção da proteção do bem de família que, apesar de ter sido doado em fraude à execução aos seus filhos, ainda é utilizado pela família como moradia". 9. Embargos de divergência conhecidos e não providos. (EAREsp n. 2.141.032/GO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 6/2/2025, DJEN de 13/2/2025)

Com a ressalva de dezenas de outros entendimentos que poderiam ser aqui mencionados, como já destacado, o tratamento da impenhorabilidade do bem de família é tormentoso na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, demandando, sempre, um exame casuístico.

O tema, historicamente, tem as suas peculiaridades, e o teor, por sua natureza, é protetivo, motivo pelo qual não é incomum observar críticas a uma postura que privilegie apenas o devedor e o princípio da menor onerosidade, deixando em segundo plano o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva.

Contudo, a partir dos julgados aqui enfrentados, resta mais claro que se busca a efetividade da tutela jurisdicional, porém, sem fechar os olhos ao direito à moradia, ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, devidamente insculpidos em nossa Constituição Federal, sendo, o regramento legal, interpretado e

aplicado de forma sistemática e teleológico.

Em arremate, é preciso que se estabeleça, permanentemente, estudo mais aprofundado daquilo que é levado à apreciação jurisdicional, tomando por conta as suas peculiaridades, e cumprindo ao intérprete, na aplicação da lei, se ater à sua finalidade e, via de consequência, não proceder à supressão de um direito em detrimento de outro, mas os harmonizando.

CONCLUSÃO

Como visto, a proteção do bem de família, na forma como incorporando no direito em suas faces iniciais, tem a sua origem no direito texano, no instituto do homestead, que protegia a propriedade dos chefes de família contra alienações judiciais por dívidas posteriores à aquisição, de modo que, após a independência do Texas, houve o seu ingresso na legislação americana, influenciando as legislações de países como o Brasil, Austrália, França, Itália, Canadá, Venezuela e Chile.

Neste contexto, tendo por base a evolução legislativa no Brasil, percebe-se que, atualmente, o bem de família possui tratamento dualista em nosso sistema jurídico, uma vez que poderá ser constituído de forma convencional ou definido legalmente, sendo conceituado como aquele imóvel utilizado como residência de entidade familiar, decorrente de relações como o casamento, a união estável, a entidade monoparental, ou a entidade de outra origem, e desde que esteja protegido por previsão legal específica.

Tais alusões históricas, legislativas e conceituais são de suma importância, pois percebe-se que o tema da impenhorabilidade do bem de família continua sendo objeto de constante análise pelo Superior Tribunal de Justiça que, em sua jurisprudência consolidada, reafirma cada vez mais a importância do instituto como mecanismo de proteção do direito ao mínimo existencial, ao direito à moradia e à dignidade da pessoa humana.

Referido órgão judicial, conforme foi possível verificar, tem buscado o sopesamento do direito fundamental do credor à tutela executiva efetiva com a necessidade de se resguardar o núcleo familiar, sendo importante repontuar que, claramente, a incidência ou não de tal instituto, no seu campo protetivo, deve ser objeto de exame casuisticamente.

Contudo, até mesmo pela ordem natural do instituto e sua finalidade, desde as raízes, o que se observa, com maior incidência histórica, e sob uma perspectiva acertadamente constitucionalizada, é que tem sido adotada uma postura mais protetiva, de forma a efetivar o direito à moradia, coibindo-se os excessos e com olhar voltado às necessidades básicas do ser humano, preservando-se o mínimo para a sua sobrevivência e não permitindo a sua redução ao estado de penúria extrema, a ponto de prejudicar o núcleo familiar.

Com maior rigor, há a necessidade de uma profunda harmonização entre o direito fundamental à tutela executiva e a impenhorabilidade do bem de família, não se admitindo a aplicação irrestrita de um ou outro instituto, o que demanda o exame individualizado e todas as nuances aplicáveis à hipótese, de forma que é necessário preservar os direitos do credor no recebimento do seu crédito, a fim de que seja efetivada a tutela jurisdicional, bem como deve ser respeitada a formação do núcleo familiar e o seu digno desenvolvimento.

Dessa forma, por mais que possamos utilizar de dados técnicos e, até mesmo, estatísticos, conclui-se que o exame da impenhorabilidade do bem de família, sob o olhar do Superior Tribunal de Justiça, é campo fértil de discussões, não se limitando à mera abordagem tecnicista que envolva a direta aplicabilidade da legislação, mas, sim, perpassando, desde a formação histórica do instituto e, teleologicamente, sua finalidade, até o exame do fim social da propriedade, além, é claro, se a sua preservação é necessária para a proteção da família, em detrimento do direito do credor ao recebimento do seu crédito.

Por fim, sob os auspícios históricos já mencionados e uma visão concretista dos direitos constitucionais, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado postura cada vez mais dilatada, e porque não dizer, de concretização da efetividade do instituto, quando se depara com a arguição de impenhorabilidade do bem de família, vez que busca coibir excessos e atuações que se afastam da boa-fé quanto à sua constituição, bem como proteger o direito à moradia, ao mínimo existencial e à dignidade das famílias.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

AZEVEDO, A. V. **Bem de Família.** Comentários à Lei 8.009/90. Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Jhonatta Braga. CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, o papel do credor e o princípio da menor onerosidade. In: ASSIS, Araken de. BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Processo de execução e cumprimento de sentença.** Temas atuais e controvertidos. Vol. 3. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BATISTA, Fernando Natal. **Considerações jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a impenhorabilidade do bem de família legal à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à moradia.** <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/956> acesso em 17.1.2025.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela jurisdicional executiva. 13. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. - 3. ed., rev. e atual. - Barueri: Atlas, 2024.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É possível o reconhecimento da manutenção da proteção do bem de família que, apesar de ter sido doado em fraude à execução aos seus filhos, ainda é utilizado pela família como moradia. Buscador Dizer o Direito,** Manaus. Disponível em: <https://buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0bbeaf0242180c8abffb2b8dada5a9e4> Acesso em: 23.2.2025.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. JÚNIOR, Manuel Albino Ribeiro de Azevedo. **A impenhorabilidade do bem de família à luz do princípio da efetividade da tutela executiva:** análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/57706/39119> acesso em 22.2.2025.

DELLORE, Luiz. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. JÚNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. ROQUE, André Vasconcelos**. Manual de processo civil.** - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2025.

DIDIER JR., Fredie**. Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento – 21. ed. - Salvador, BA: Ed. Juspodivm, 2019, p. 251.

DIDIER Jr., Fredie**. Curso de Direito Processual Civil:** execução / Fredier Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira – 21. ed. - Salvador, BA: Ed. Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho. - 9. ed. - São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil.** Coordenado por Pedro Lenza. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Curso de Direito Processual Civil – v. 3 – execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil comentado**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 7. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme **Manual do Processo Civil**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 13ª ed. rev. atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

LIMA, S. N. Do bem de família. In.: CAHALI, Yusaid e CAHALI, Francisco. **Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões**. Vol. 6: Direito de Família Patrimonial. Edição Especial 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Maria Fernanda César Las Casas de. SANTOS, João Paulos Marques dos. TOLEDO, Renata Maria Silveira. **O Superior Tribunal de Justiça e a proteção do bem de família:** ativismo judicial ou preservação do patrimônio mínimo? <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/260> acesso em 23.3.2025.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. - 5. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2024.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil**. – 8. ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. - 15. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Método, 2025.

THEODORO JÚNIOR, Humberto**. Curso de Direito Processual Civil**. - 57. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2024.

Paolo Spaziani

A DISCUSSÃO ENTRE DOIS AMIGOS SOBRE A FUNÇÃO DO PROCESSO: CARNELUTTI, CALAMANDREI E A POLÊMICA SOBRE O CONCEITO DE LIDE

A discussão entre dois amigos sobre a função do Processo: Carnelutti, Calamandrei e a polêmica sobre o conceito de lide [1].

The discussion between two friends about the function of the process: Carnelutti, Calamandrei and the controversy over the concept of litigation[2].

Paolo Spaziani[3]
(Trad. Thiago Aguiar de Pádua) [4]

[1] Originalmente publicada em: "Il Diritto vivente, 26 de maio de 2023", com o título: "*Le Discussioni di due Amici Sulla Funzione del Processo: Carnelutti, Calamandrei e la Polemica Sul Concetto di Lite*". Tradução em homenagem ao jurista Jorge Amaury Maia Nunes (1955-2021), fundador da ABPC, por tudo que representa para toda uma geração. Como dicionário vocabular, biográfico e enciclopédico, em essência, adotou-se o "Treccani". Além disso, adotou-se, como estilo e influência tradutórias, embora distintos, os seminais escritos de Gregory Rabassa, Paulo Rónai e Yves Gambier, significando que a tradução utilizou, portanto, o paradigma da contextualização, ao invés da tradução meramente literal. Não foi utilizada inteligência artificial e nem mecanismo de tradução automática. No corpo do texto traduzido, algumas poucas "Notas do Tradutor", que são identificadas pelas iniciais (**N.T.**), como forma de adicionar complementação informacional, ora para contextualizar, ora para ressaltar questões que não pareceram demasiado óbvias. Assim, os erros, excessos e problemas de estilo são atribuídos exclusivamente ao tradutor.

[2] Discutida a tradução pela primeira vez em 27/05/2025 na disciplina "Controle Processual de Políticas Públicas", do PPGD (Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB), em Brasília, ministrada pelo Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes.

[3] É conselheiro do Tribunal de Cassação e assistente de estudos no Tribunal Constitucional. Ele atuou como juiz de mérito nos tribunais de Urbino e Avezzano e nos Tribunais de Apelação de Ancona e L'Aquila. Ele ocupou os cargos de assessor do Conselho Judicial das Marcas, assessor jurídico da Presidência do Conselho de Ministros, vice-chefe do Gabinete Legislativo do Ministério da Economia e Finanças e assessor jurídico do vice-presidente do CSM. Foi membro da Comissão para a elaboração de propostas de intervenção em matéria de processo civil, instituída por decreto do Ministro da Justiça de 27 de maio de 2014. É autor de do "Manuale di diritto processuale civile", Neldiritto Editore, 2021, que já está na sétima edição e do livro "I processualisti dell'"età aurea" Romantici, martiri ed eroi della procedura civile", Cacucci Editore, 2022.

[4] Doutor em Direito, com estudos de pós-doutoramento UnB/Perugia/Univali.

RESUMO

O texto discute a relação de amizade entre Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei, descendo aos detalhes da relação acadêmica de ambos, com boa nota biobibliográfica sobre ambos, e, ainda, realizando um apanhado sobre a reação acadêmica de Carnelutti a partir da morte de Calamandrei, tocando na relação entre ambos na Rivista di diritto processuale e na disputa de ideias por ocasião da comissão de reforma do Código de Processo Civil italiano que buscava substituir o Código de 1865. O artigo aborda as diferentes concepções de processo e a disputa em torno do conceito de lide, numa época em que se encontrava em transição um conhecido modelo dos procedimentalistas (proceduristi) para a nova escola sistemática dos processualistas (processualisti), cobrindo o importante período da década de 1920 em diante, até o falecimento de Calamandrei em 1956.

Palavras-chaves: Chiovenda; Carnelutti; Calamandrei; Lide;

ABSTRACT

This paper discusses academic and emotional relationship between Francesco Carnelutti and Piero Calamandrei, with a bio-bibliographical note on both, and also providing an overview of Carnelutti's academic reaction after Calamandrei's death, touching on the relationship between the two in the Rivista di diritto processuale and the dispute of ideas during the commission to reform the Italian Code of Civil Procedure that sought to replace the 1865's Code. The paper addresses the different conceptions of process and the dispute over the concept of litigation, at a time when a well-known model of

Master in Giustizia Costituzionali e Diritti Umani pela Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna. Membro da Academia Brasiliense de Letras. Membro Associação Brasiliense de Direito Processual Civil (ABPC). Professor, tradutor, consultor e advogado.

the proceduralists (proceduristi) was in transition to the new systematic school of the processualists (processualisti), covering the important period from the 1920's onwards, until Calamandrei's death in 1956.

Keyword: Chiovenda; Carnelutti; Calamandrei; Litigation;

1. A AMIZADE ENTRE CARNELUTTI E CALAMANDREI E AS DIFERENTES CONCEPÇÕES DO PROCESSO.

Ao tomar conhecimento da notícia (fulminante e tremenda) do falecimento de Piero Calamandrei em 1956, Carnelutti, ao descrever sua duramente conquistada amizade[5], com os traços magistrais de sua belíssima prosa, não se limitaria a relembrar a profunda heterogeneidade de suas personalidades muito fortes, o contraste, por vezes quase violento, que também tinha caracterizado suas relações, as "disputas" que tiveram em suas vidas profissionais, as diferentes concepções da ciência, da vida pública, da vida espiritual, as visões de mundo opostas (Weltanschauung)[6]; mas teria contado "coisas" de "natureza pessoal", a ponto de que, mesmo quando se escreve para uma revista acadêmica, dizer: "você não pode fazer uma separação nítida entre a cabeça e o coração"[7].

Esta última expressão (no mais puro estilo carneluttiano, capaz de unir, num lirismo evocativo, a clareza dos argumentos à

[5] CARNELUTTI, Francesco. Piero Calamandrei, in Riv. dir. proc., 1956, I, p. 261: "A amizade entre mim e Calamandrei foi duramente conquistada. A vida sempre nos obrigou a ficar em lados opostos. No campo da ciência, ele manteve-se firme nas posições de Chiovenda, cuidadoso, clássico, dir-se-ia se certas fórmulas da história da arte pudessem também ser aplicadas a nós. De minha parte, sou impetuoso, convencido de que tais posições devem ser superadas; romântico, em uma palavra".

[6] CARNELUTTI, Francesco. Piero Calamandrei, cit., p. 261.

[7] CARNELUTTI, Francesco. Piero Calamandrei, cit., p. 262.

subjetividade das palavras), também refletindo a invencível virtude humana de não conseguir desvincular totalmente os sentimentos do intelecto.

À luz desta virtude, Carnelutti teria deixado claro como aquela oposição aparentemente irreconciliável havia sido vivenciada por cada um com plena consciência da relevância do outro; relevância não apenas pela consideração recíproca que mantinham entre si, mas, especialmente, a relevância sobre a autoestima determinada pelo reconhecimento um do outro, como se cada um dos dois completasse, no outro, o caminho conflituoso da autoconsciência hegeliana: que, na verdade, não é simplesmente em "si e para si", mas apenas na medida em que "é em si" e "para si" [e] para o outro[8].

Assim, em relacionamentos que por muito tempo foram "regulados apenas pelo respeito", o "afeto" iria se insinuando aos poucos. Como ele nasceu – diria Carnelutti – "não sei", completando: "São coisas que se assemelham ao brotar de pequenas plantas entre as pedras de uma calçada"[9].

Neste sentido, não obstante discutissem muito, eles continuaram a dirigir juntos a Rivista di diritto processuale por trinta anos.

Muito embora parecesse que não se suportavam, teriam sido, até o fim, inseparáveis, tanto que Carnelutti, naquela mesma revista, teria querido que o nome do falecido amigo permanecesse ao lado do seu, enquanto vivesse[10].

Comparativamente, para Carnelutti, na ciência, Calamandrei

[8] HEGEL, J. W. F. Fenomenologia dello spirito, a cura di Gianluca Garelli, Torino, 2008, p. 128 s.

[9] CARNELUTTI, Francesco. Piero Calamandrei, cit., p. 261.

[10] CARNELUTTI, Francesco. Piero Calamandrei, cit., p. 262: "O nome de Piero Calamandrei permanecerá, enquanto eu viver, ao lado do meu para significar que, para mim, ele está mais vivo do que antes".

teria sido o que na arte é chamado de apolíneo e na filosofia, o "ser". Ele, em vez disso, teria incorporado o dionisíaco, o devir. Um romântico impetuoso, ele se definiria, em comparação a um cauteloso clássico (como definiria o amigo).

Não podemos dizer se essa classificação, evidentemente influenciada por sentimentos e emoções, teria bases científicas. É claro que em sua primeira parte (aquela a que Carnelutti se referia) poderia encontrar alguma justificativa no entusiasmo com que ele havia aderido àquela revolução copernicana que o processo civil italiano havia experimentado com a transição da velha escola exegética dos procedimentalistas (proceduristi) para a nova escola sistemática dos processualistas (processualisti). Pode-se pensar que a introdução do sistema e dos conceitos da teoria geral no estudo do processo esteve entre os motivos mais relevantes para a conversão de Carnelutti, que havia se formado em direito civil pelas mãos de Polacco[11] e escrito seu primeiro "breve artigo" em direito comercial, com Sraffa[12]; fatos decisivos para sua conversão à ciência processual, que a ele se tornaria

[11] Francesco Carnelutti formou-se em 1900, em Pádua, aos 21 anos, com uma tese em direito civil sobre "*Universitates facti et iuris*". Vittorio Polacco, seu orientador de tese, foi, segundo o próprio Carnelutti, seu "verdadeiro mestre". Cfr.: CARNELUTTI, Francesco. La strada, Roma-Milão, 1943, p. 16.

[12] O "pequeno artigo", datado de 1903, dizia respeito à lei sobre acidentes. Carnelutti relata que Sraffa, a quem ele o havia enviado, não apenas o publicou na recém-formada *Rivista di diritto commerciale*, mas, surpreendentemente, "o apreciou por sua brevidade, além de o encorajar, publicando-o" (Cfr.: CARNELUTTI, Francesco. Mio fratello Daniele, Roma-Milano, 1943, p. 64). Esse foi o primeiro passo científico do **estudioso friuliano** [**N.T., adiante**] que, pouco depois, obteria a qualificação de professor de direito comercial em Pádua e, alguns anos depois (em 1912), a cátedra da disciplina na Universidade de Catânia.

N.T.: "Friuliano: adj. e s. m. – 1. adj. De Friuli, relativo ou pertencente a Friuli, um território no nordeste da Itália, que inclui quase inteiramente as províncias de Pordenone e Udine e alguns municípios [...] Venezia Giulia: os trajes típicos f.; canções f.; a laboriosidade tradicional do povo friulano. 2. s. m. para. (f. -a) Habitante, natural ou natural de Friuli. b. Grupo de dialetos falados em Friuli, que combinam características ladinas e venezianas".

"tão cara"[13]. Sua monografia inicial sobre a Prova Civil já havia sido um exemplo eloquente de sua adesão à ideia (que certamente podemos definir como "chiovendiana") do direito processual como um conjunto ordenado, autônomo e sistemático de normas (e não como um compêndio desconexo de regras processuais) e de sua partilha da tendência (também "chiovendiana") à construção de uma teoria geral do processo, e ainda mais o foram suas Lezioni em Pádua, que, não por acaso, se referiam ao direito processual civil e não ao antigo procedimento.

Deste ponto de vista, a posição de Calamandrei sempre teria sido muito mais cautelosa.

Ele – que, diferentemente de Carnelutti, nasceu processualista (hoje, talvez, se dissesse: processualista nato) e que teve seu primeiro mestre em Carlo Lessona, o último dos procedimentalistas de inspiração francesa –, embora reiterando, ao longo de sua vida, que foi aluno de Chiovenda (em quem teria visto não apenas o seu, mas o nosso Mestre[14], sempre esteve persuadido de que o método sistemático deveria ter completado (e não substituído) o método exegético.

Por sua convicção de que o novo ensino não suplantaria o anterior, e, ainda, que ambos deveriam, antes, se integrar de maneira fecunda, Calamandrei acreditou nisso tão profundamente a ponto de fazer disso um manifesto metodológico[15].

---

[13] Que o estudo do processo tornou-se "tão caro" a Carnelutti fica evidente na carta enviada a Chiovenda em 8 de setembro de 1923, para convidá-lo a fundar, junto com ele, uma revista de processo civil.

[14] CALAMANDREI, Piero. Il nostro Maestro (Ricordo di Giuseppe Chiovenda), in Riv. dir. proc. civ., 1937, I, p. 301 s.

[15] Cfr.: CALAMANDREI, Piero. Recensione agli Studi in onore di Chiovenda, già in Arch. giur., 1929, p. 93 s., in: Opere giuridiche, Roma, 2019, X, p. 51 s., part. 55-57; Id., MORTARA, Lodovico, in: Riv. dir. civ., 1937, p. 466, in: Opere giuridiche, cit., X, 156 s., part. p. 158: "não só o método exegético e o método sistemático parecem muitas vezes difíceis de distinguir (porque toda exegese postula a existência de

Ele aplicou este manifesto metodológico também na sua obra mais importante, o suntuoso "Trattato su La Cassazione civile", especialmente no segundo volume, onde o estudo dogmático da Cassação no direito positivo, embora elevado a um nível sistemático (e, visando de fato, apreender o "Disegno generale dell'istituto"[16]), evitando "construções a priori feitas a partir do nada", servindo-se, como pressuposto necessário, de uma investigação geral "por assim dizer exploratória" de todas as normas destinadas a regulá-la, para "integrar a sua fisionomia", no âmbito de uma operação exegética limitada, mas necessária[17].

Por sua vez, em 1922, embora Carnelutti se sentisse "como sempre", "aluno" de Chiovenda [18], não hesitaria, no ano seguinte, em discutir a sua autoridade precisamente sobre aquilo que o estudioso de Premosello tinha de mais caro, isto é, a tão propalada oralidade [19].

Quanto à estrutura do processo, Calamandrei, porém, apesar de ter criticado na juventude aqueles modelos processuais (alemão e austríaco), que representavam, para Chiovenda, o exemplo a ser

categorias gerais, assim como toda sistemática pressupõe a interpretação analítica de instituições individuais), mas, também não se pode dizer que eles representam etapas distintas e mutuamente incompatíveis da investigação jurídica, porque eles, como métodos que respondem a diferentes necessidades práticas, podem coexistir e integrar-se ao mesmo tempo na ciência".

[16] Este é o título, admirável e sublime em sua pura elegância, do segundo volume do Tratado do estudioso florentino.

[17] CALAMANDREI, Piero. La Cassazione civile. Parte seconda, Milano-Torino-Roma, 1920, in: Opere giuridiche, VII, p. 14.

[18] CARNELUTTI, Francesco. Rinascita, in Riv. dir. proc., 1946, I, p. 1.

[19] CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di diritto processuale civile, III, La funzione del processo di cognizione, 2, Padova, 1923, p. 216, onde se argumenta que o artigo 34 do Projeto Chiovenda, segundo o qual era necessário que as partes e os defensores "falassem em voz alta", não levou em conta a incapacidade da palavra de "documentar", bastando apenas "comunicar". Para documentar, portanto, segundo Carnelutti, era preciso escrever. Mas, "uma vez que é preciso escrever para documentar, também é possível escrever para comunicar".

seguido[20], não se distanciaria significativamente das posições de Chiovenda, depois de se ter convertido substancialmente a elas num famoso ensaio escrito em 1919 sobre "Problemi giudiziari nella Venezia tridentina" [21].

Contudo, é sobre o tema da função do processo que, mais significativamente, o pensamento de Carnelutti teria representado um "voo para frente" em relação às posições chiovendianas, ainda que

[20] CALAMANDREI, Piero. Questioni fondamentali e riforma del processo civile (1914), in: Opere giuridiche, cit., I, p. 55 s.: in questo saggio, publicado em 1914, Calamandrei, ao analisar um livro de Adolf Wach sobre os projetos de reforma apresentados na Alemanha após a entrada em vigor do ZPO, havia apontado que a natureza numerosa de tais projetos testemunhava a ineficiência do processo para cuja reforma eles haviam sido concebidos.

[21] CALAMANDREI, Piero. Problemi giudiziari nella Venezia tridentina (1919), in: Opere giuridiche, cit., IX, p. 525 s: Neste ensaio, ao abordar a questão da extensão do direito processual italiano às terras redimidas de Trento e Trieste, onde o processo austríaco estava em vigor, Calamandrei – com uma posição a favor do direito processual austríaco, ainda mais inesperada por vir de um ex-oficial que arriscou a vida para trazer aquelas terras de volta à Itália – escreveu que o código de processo civil italiano de 1865 deveria ser contado entre os "piores de todos os estados contemporâneos", enquanto o *Zivilprozessordnung* de 1895, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1898, representava "o melhor que a ciência processual produziu até agora no campo da legislação positiva". Portanto, somente com o resultado de uma reforma do processo civil italiano, que não pode mais ser adiada, o "orgulho de unificar nossas leis judiciais até as novas fronteiras" se justificaria.

A autoridade de Chiovenda, em apoio à tese apresentada, havia sido expressamente invocada por Calamandrei no final do ensaio. "Nesta minha modesta opinião, sei que estou em boa companhia. Sempre me lembro de ouvir o prof. Chiovenda, em uma das últimas palestras realizadas na Universidade de Roma, em abril de 1915, antes da declaração de guerra, quando proferiu esta frase: "Esperamos que a guerra satisfaça nossas aspirações por Trento e Trieste, mas esperemos que, quando essas duas cidades mais nobres se tornarem parte da pátria italiana, o destino as salve do infortúnio de ter que testar nosso Código de Processo Civil!". O ensaio de 1919 foi seguido, em junho de 1920, por um relatório significativo na Conferência Nacional de Renovação, realizada em Florença, na qual Calamandrei havia patrocinado o projeto desenvolvido por Chiovenda dentro da chamada Comissão para o período pós-guerra. Cfr. CALAMANDREI, Piero. Il problema giudiziario (1920), in: Opere giuridiche, cit., II, p. 7.

inovadoras.

De fato, embora se dissesse "aluno" de Chiovenda, jamais teria sido seu seguidor[22], estando longe de aderir àquela concepção publicista que via no julgamento o meio de aplicação da lei, razão pela qual teria chegado, em sua concepção, por meio da construção da teoria da "lide", precisamente em oposição a Chiovenda, representando, do ponto de vista funcional, o próprio fundamento de todo o seu sistema, constituindo o traço mais relevante do seu pensamento e o elemento verdadeiramente discriminante da sua visão sobre o processo[23].

Com sua habitual elegância e simplicidade desarmantes, Calamandrei teria resumido este tema a partir do dilema de saber se se deve "ver no processo civil um serviço que o Estado presta ao cidadão,

[22] Pela observação de que, apesar do "carácter abertamente germanizante de La prova civile" e do "título das suas Lezioni padovane", Carnelutti "nunca tinha sido" antes e não "se tornaria mais tarde" um "chionvendiano". Cfr.: CAVALLONE, Bruno, Una fondazione asimmetrica (un carteggio inedito dell'autunno del 1923), in Riv. dir. proc., 2018, p. 616-617.

[23] Segundo Enrico Allorio — que antes de se tornar um eminente mestre, foi um bravo discípulo de Carnelutti — o sistema Carnelutti, em alguns conceitos, aproximava-se de uma concepção publicística (como, por exemplo, no conceito de ação, em que se identificava um poder pertencente a uma função pública), enquanto, em outros, marcava um retorno a concepções individualistas (como, por exemplo, na concepção funcional da jurisdição como meio de solução de "conflitos"). Cfr. ALLORIO, Enrico. Il "Sistema" de Carnelutti, in Riv. dir. comm., 1937, I, p. 66. Entretanto, quanto à advertência de que a identificação da função do processo na composição da "disputa" entre particulares não implicava a negação da sua relevância pública, Cfr.: CARNELUTTI Francesco. in Riv. dir. proc., 1950, I, 345, que, em resposta a Calamandrei, havia declarado que não pretendia atribuir ao processo "o objetivo de resolver a disputa de qualquer forma, mas sim de obter a resolução correta". Por fim, o próprio Carnelutti, ao recordar como seu aluno favorito havia tomado posição em relação às novas ideias satianas que, na realidade, marcavam um retorno às concepções puramente privadas do passado, não hesitou em definir essas ideias como um "desvio" que tinha a aparência de uma "perplexidade". Cfr.: CARNELUTTI, Francesco. Giovanni Cristofolini, in Riv. dir. proc. civ., 1938, I, p. 94.

proporcionando-lhe os meios para concretizar o seu direito subjetivo, ou um serviço que o cidadão presta ao Estado, proporcionando-lhe a oportunidade de concretizar o direito objetivo"[24].

Mas mesmo nisso ele teria permanecido em uma posição mais equilibrada, sempre olhando, com deferência, para a sublime lição de Chiovenda[25].

Ora, se à luz de todas estas considerações a definição que Carnelutti dá de si mesmo – e do seu falecido amigo (um romântico impetuoso, um clássico cauteloso) – pode talvez encontrar alguma justificação em sua primeira parte (aquela que, precisamente, se refere a si mesmo), certamente não a encontra em relação à segunda parte (aquela que se refere a Calamandrei), o que provavelmente deve ser atribuído, uma vez mais, àquela incapacidade humana de desembaraçar o intelecto dos sentimentos que o autor experimentava todos os dias, há trinta anos, na sua relação com o seu "companheiro de trabalho", e que se mostravam ainda mais invencíveis agora, no momento de sua morte, quando "se esquece tudo para se sentir apenas humano", isto é, "pobres criaturas frágeis" com "uma sensação de solidão consternada, como se fosse uma criança"[26].

Fato é que Calamandrei, mesmo que se queira defini-lo como um clássico, certamente não pode ser descrito como cauteloso.

Ao homenageá-lo em "sua" universidade, pouco mais de dez anos após a sua morte, Salvatore Satta teria dito que Calamandrei era

[24] CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione, in Studi sul processo civile, V, Padova, 1947, p. 2.

[25] CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile, I, Padova, 1943, p. 167 s. e Id., La Cassazione civile. Parte segunda, cit., p. 83-84, onde se deu crédito à nova escola chiovendiana por ter removido o direito processual de sua posição tradicional como um formulário "em apêndice ao direito material" para elevá-lo a "um ramo autônomo do direito público que, ao regular uma das funções da soberania na jurisdição, toca os próprios fundamentos do Estado".

[26] CARNELUTTI, Francesco. Piero Calamandrei, in Riv. dir. proc., 1956, I, p. 262.

"um concidadão de Farinata" [27].

Com esta afirmação incisiva, o estudioso sardo teria recordado um aspecto inato do carácter de Calamandrei, que o distinguia claramente quer de Carnelutti, quer da irrelevante definição de "cauteloso": o de ser, pelo contrário, um homem "de partido" e "de ação"[28].

Ser tendencioso e ser ativo não são necessariamente aspectos coexistentes ou mesmo complementares: é possível ser tendencioso sem ser ativo, e também é possível ser ativo sem ser tendencioso.

Em Calamandrei, porém, estes dois aspectos fundiam-se num só, porque a sua predisposição para agir não derivava de uma mera impulsividade instintiva, mas de uma capacidade de indignação que constituía, por um lado, a implicação natural do seu sentido de justiça e, por outro, o reflexo agressivo da sua proverbial "ingenuidade" [29].

Tal predisposição se manifestou não apenas naqueles aspectos da vida que encontram seu modo ordinário de ser vividos na ação (como a guerra, as disputas políticas, as batalhas em comissões e assembleias legislativas), mas também naqueles mais propriamente contemplativos.

Por isso, Calamandrei teria sido um homem de ação, mesmo em seus estudos, mesmo em suas reflexões jurídicas: ele teria agido mesmo quando estava envolvido em investigações especulativas de problemas sobre o direito e acerca do processo.

---

[27] SATTA, Salvatore. Interpretazione di Calamandrei. Discurso comemorativo lido no grande salão da Universidade de Florença em 30 de abril de 1967, em: Soliloqui e colloqui di un giurista, Nuoro, 2004, p. 401.

[28] SATTA, Salvatore. Soliloqui e colloqui di un giurista, Nuoro, 2004.

[29] Esses aspectos da personalidade de Calamandrei já foram discutidos em outro lugar. Cfr. SPAZIANI, Paolo. La procedura civile in Italia nei primi anni del XX secolo. Lessona, Chiovenda e Calamandrei nel tempo del primato di Mortara. Roma, 2019, p. 79, part. nota nº 188.

Assim, longe de ser um jurista clássico justaposto a um possível jurista romântico (como na evocativa, mas, pelo menos em parte, infundada classificação carneluttiana), Calamandrei, encerrado no "tormento da ação humana incompreensível" da "ação terrível de seu tempo"[30], teria sido, antes, um jurista mártir[31].

Sob essa distinta perspectiva e, na oposição entre os dois amigos, as posições imaginadas por Carnelutti deveriam, portanto, ser invertidas: o estudioso friulano, juntamente com outros grandes juristas de seu tempo – todos "criaturas acalmadas em suas certezas"–, poderia ser incluído na categoria dos juristas-heróis e situado na dimensão estática do ser (ou do apolíneo); Calamandrei, o único expoente dos juristas-mártires, vivendo o tormento da ação errante, poderia ser situado na dimensão dinâmica do dionisíaco (na dialética do devir).

Concluindo, nos deparamos com uma dupla muito estranha e incrível, formada por um mártir (que também poderia ter sido um clássico) e um romântico (que também poderia ter sido um herói), que não poderiam viver um sem o outro.

2. O PROJETO DE REFORMA DE CARNELUTTI, A CENTRALIDADE DA DISPUTA E AS "DISCUSSÕES DO MEMORANDO" DE CALAMANDREI.

A Lei nº 2.814, de 30 de dezembro de 1923, que continha, entre outras coisas, a delegação para a reforma do código de processo civil

[30] SATTA, Salvatore. Interpretazione di Calamandrei, cit., p. 402-403; 411 (**o grifo é nosso**).

[31] SATTA, Salvatore., id. ibid: Na oposição de Satti ao mártir, o herói atua como um contraponto: este último é uma "criatura acalmada em suas certezas", enquanto o primeiro é uma "alma errante que vê a verdade, mas não consegue alcançá-la". Dado esse contraste, Satta inclui Chiovenda, Carnelutti e Redenti na categoria de juristas-heróis e coloca apenas Calamandrei na categoria residual de juristas-mártires.

de 1865 [32], viu a luz no final de "um ano de fundamental importância na história do processo civil italiano" [33].

Para implementá-lo, o Governo formou uma comissão dividida em quatro subcomissões: subcomissão "A" (para o código civil), presidida por Vittorio Scialoja; subcomissão "B" (para o código comercial) presidida por Mariano D'Amelio, primeiro presidente do Tribunal de Cassação; subcomissão "C" (do código de processo civil), presidida por Lodovico Mortara; e a subcomissão "D" (para o código da marinha mercante), presidida por Raffaele Perla, presidente do Conselho de Estado.

A subcomissão "C" tinha Chiovenda como vice-presidente e seus membros incluíam Carnelutti e Calamandrei. Contou, ainda, com a contribuição de outros dois grandes processualistas: Federico Cammeo, antigo aluno de Mortara, e Enrico Redenti, próximo de Chiovenda por ter sido discípulo de Vincenzo Simoncelli, colega de grande confiança e genro muito querido de Vittorio Scialoja.

Em 14 de julho de 1924, o presidente Mortara criou uma comissão seleta com a tarefa de preparar um projeto de lei a ser submetido à subcomissão para decisões e ordenou que o papel de relator fosse assumido por Carnelutti.

Carnelutti trabalhou incansavelmente por nove meses e, no final de maio de 1925, aprovou um projeto impressionante para o novo processo civil de cognição, composto por 426 artigos extremamente densos.

Além de quantitativamente importante, o documento foi qualitativamente revolucionário, pois diferia das duas tentativas

[32] Lei nº n. 2814, de 30 de dezembro de 1923: Delegação ao Governo para alterações ao código civil e para a publicação de novos códigos de processo civil, comércio e marinha mercante.

[33] Cfr.: CIPRIANI, Franco. Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936), Milano, 1991, p. 233.

anteriores de reforma do código de 1865, que traziam as assinaturas autorizadas de Lodovico Mortara e Giuseppe Chiovenda.

Carnelutti, fiel à sua visão pessoal, quis colocar em primeiro plano não tanto o problema da estrutura do processo (dentro do qual se situava a alternativa entre o processo oral e o processo escrito), mas antes a questão da sua função (dentro da qual, para usar as palavras de Calamandrei, se colocava a questão de saber se servia aos cidadãos concretizar os direitos subjetivos ou ao Estado concretizar o direito objetivo[34]) fazendo-o de maneira mais imprevisível, superando o mestre Chiovenda[35] e respondendo à questão no sentido de que o processo não servia à aplicação da lei, mas sim à composição da lide.

Neste ponto, Calamandrei[36] nos informou sobre o carácter revolucionário do projeto de Carnelutti – cujo primeiro livro estampava o Título Terceiro (Da Lide) em posição central – e, como "amigo", se opôs a esse projeto com todas as suas forças.

O conterrâneo de Farinata, depois de ter afirmado que a "eloquência" de Carnelutti tinha "triunfado nos trabalhos da subcomissão" (que, "embora encontrando-se frequentemente em desacordo com as ideias que ele tinha apresentado, permanecia (...) não encantada, por assim dizer, por sua eloquência (...) mas especialmente disposta a adiar para outro momento a enunciação concreta da dissidência")[37], acrescentando que, no entanto, a maioria dos comissários não tinha aceitado passivamente em aderir a uma

[34] CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione, in Studi sul processo civile, V, Padova, 1947, p. 2.

[35] Cfr.: REDENTI, Enrico. In memoria di Piero Calamandrei, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p. 10, dentro da subcomissão e ainda mais dentro da comissão restrita, foi demonstrada a grande habilidade de Carnelutti, que, "com seu gênio, dominava a todos, até mesmo os grandes".

[36] CALAMANDREI, Piero. Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti (1928), in: Opere giuridiche, cit., I, p. 187 s., part. p. 197.

[37] CALAMANDREI, Piero. Note introduttive, op. cit, loc. cit, p. 195.

reforma na base da qual havia uma "concepção científica" diferente daquela esposada por Mortara e Chiovenda, numa "concepção do processo" que não derivava "nem da escola exegética nem da sistemática", mas, "inteira e unicamente do pensamento" do seu autor[38].

Concluiu-se, então, com uma expressão que ficou muito célebre, que no seio da subcomissão o debate se tinha traduzido, sobretudo graças a todos aqueles que se tinham manifestado contra a "aceitação do conceito de "lide" no novo código", em "discussões que permaneceram verdadeiramente memoráveis para aqueles que tiveram a sorte de participar delas"[39].

3. CRÍTICAS DE CALAMANDREI AO CONCEITO CARNELUTTIANO DE "LIDE"

Num plano estritamente dogmático, as críticas de Calamandrei ao conceito de "lide" ("lite") – e, mais genericamente, à concepção de Carnelutti sobre a função do processo – encontram-se, além do ensaio acima citado[40], num outro escrito histórico publicado no primeiro número do ano de 1928 da Rivista di diritto processuale[41].

No referido texto, Calamandrei, depois de ter recordado que,

[38] CALAMANDREI, Piero. Note introduttive, op. cit, loc. cit, segundo o qual o projeto Carnelutti era um "código pessoal, uma expressão fiel e coerente do pensamento altamente original de seu autor".

[39] CALAMANDREI, Piero. Note introduttive, op. cit, loc. cit, p. 197.

[40] CALAMANDREI, Piero. Note introduttive, op. cit, loc. cit, p. 197; este ensaio, que seria publicado na Itália apenas em 1939, foi publicado em alemão em 1928, no "*Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*" (Berlin), Jahrg. 2, 1928, p. 56-58, "com o objetivo de informar os leitores alemães sobre o contexto e a gênese do projeto que leva o nome de Francesco Carnelutti".

[41] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, in Riv. dir. proc., 1928, I, p. 1-22; 200 s.

segundo a teoria carnelutiana, o litígio é "o conflito de interesses regulado pelo direito" e que "a justa composição da lide constitui o escopo do processo"[42], afirmou, sem meios termos, que com esta teoria a doutrina italiana do processo, em vez de progredir, tinha retrocedido muitos séculos, reproduzindo uma concepção de jurisdição que, ao basear-se no caráter essencial de contenciosidade, fazia lembrar aquela antiga "doutrina e prática do processo italiano medieval"[43].

Ademais, afirmava que o conceito de lide não seria adequado para explicar a natureza jurisdicional ou processual do processo executivo (faltando nisso o "escopo de composição de um conflito mediante a formação de um comando concreto"[44]), nem, sobretudo, do processo civil inquisitorial, que incluía, segundo Calamandrei, os casos de jurisdição constitutiva necessária, nos quais o pronunciamento do juiz seria igualmente necessário," mesmo quando as partes estivessem de pleno acordo sobre o efeito a ser alcançado"[45].

---

[42] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 201-202.

[43] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 203.

[44] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 207.

[45] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 210. Tratava-se daqueles casos em que a necessidade de recorrer ao juiz se fundamentava na natureza especial da relação (ter que produzir uma modificação jurídica que não se pode conseguir de outra forma senão verificando judicialmente os seus pressupostos legais). Aqui, de acordo com Calamandrei, a ação legal deveria ter sido completamente independente do comportamento da outra parte, de modo que a existência de uma "disputa" seria legalmente irrelevante. Calamandrei deu um exemplo a respeito da ação de anulação do casamento, destacando as dificuldades que a teoria carnelutiana encontrou em relação a este caso. Segundo Carnelutti, de fato, era preciso distinguir duas hipóteses: se a esposa demandada pelo marido tivesse contestado a invalidade do casamento, resistindo a demanda, haveria "disputa" e, portanto, a sentença que decidisse sobre ela teria natureza jurisdicional; em vez disso, se a esposa tivesse concordado com a anulação, a decisão do juiz aceitando o pedido (ou rejeitando-o, apesar do acordo

Ainda que quiséssemos permanecer no âmbito da fase cognitiva, era, portanto, necessário tomar nota da existência de processos "que não resolvem uma lide", de modo que o "traço distintivo da função jurisdicional", nesta fase, tinha de ser identificado, mais do que na resolução de uma lide, na supressão do estado de incerteza existente em torno de uma determinada relação jurídica.

A função da apuração passou, assim, a ser o "efeito característico da jurisdição no processo de cognição", seja quando a causa que a tornou necessária foi identificável num conflito de interesses que, teoricamente, poderia ter sido resolvido mesmo com o consentimento das partes, caso em que o fundamento da sentença teria sido efetivamente atribuível a uma "lide", no sentido carneluttiano; ou mesmo quando, como nas ações de mera apuração, o interesse de agir decorresse de "um estado de incerteza objetiva quanto à existência de uma relação jurídica", eventualmente não originária de ato do réu, de modo que a apuração judicial teria sido completamente independente da existência de "efetivo conflito de interesses entre os sujeitos da relação incerta"; finalmente, quando – como no processo inquisitorial civil – a intervenção do juiz tivesse sido "imposta pela própria lei"[46].

diferente das partes) teria tido uma natureza diferente.

Mas – objetou Calamandrei – esta distinção não poderia ser considerada persuasiva, pois se "pode-se duvidar que no processo de tipo dispositivo ordinário (...) a função do juiz mude de natureza conforme ele decida uma controvérsia, ou se limite a dar conhecimento (...) de um acordo concluído entre as partes" (o que seria seguido pela cessação do objeto da controvérsia e pela extinção dos interesses conflitantes dos litigantes em ter um pronunciamento judicial de natureza reciprocamente oposta), "é certo que no processo de tipo inquisitorial, em que a existência de uma controvérsia é juridicamente irrelevante e, em que o interesse em agir, decorre de um pressuposto completamente diferente, uma distinção funcional tão importante não pode logicamente basear-se precisamente num elemento do qual a estrutura deste tipo de processo seria inteiramente independente".

[46] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti,

Tendo demolido, no plano teórico, a noção carnelutiana de "lide", Calamandrei questionou também a sua utilidade prática e, portanto, a oportunidade de a aceitar, de iure condendo, como

cit., p. 215-216.

O conceito de lide, se não era incompatível com a noção de ação de mera apuração quando a necessidade de afastar o estado de incerteza dependia da atuação do réu (pois mesmo a contestação ou a ostentação desta última seriam expressão de conflito de interesses entre as partes), o era também quando essa incerteza derivava da atuação de terceiro.

Neste caso, segundo Calamandrei, não poderia haver dúvida nem sobre a existência do "interesse em agir" nem que este era completamente independente da "existência de lide entre autor e réu". Cfr. última citação, p. 217.

Calamandrei, aliás, considerou a situação unicamente sob a ótica do interesse em agir (para reafirmar, contra Carnelutti, que essa condição da ação existia, na cabeça do sujeito ativo da relação jurídica, independentemente de sua "disputa" com o sujeito passivo); ele não considerou, contudo, existir o problema da legitimidade passiva, que, de acordo com o ensinamento chiovendiano (CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di diritto processuale civile, Terza ed., Napoli, 1923, p. XLIII-1328; part. p. 177), ele pacificamente considerou ser responsabilidade do sujeito passivo da relação jurídica e não do terceiro: a ação de mera averiguação, na verdade, visava remover o estado de incerteza gerado na própria relação (obtendo uma sentença vinculante entre as partes dela) e não sancionar as ações do terceiro.

Assim, em relação ao exemplo clássico em que a relação jurídica entre Tício (credor) e Caio (devedor) é tornada objetivamente incerta pela conduta de Semprônio (que, apesar de não ter interesse, por pura brincadeira, anda por aí dizendo que aquele crédito não existe), Calamandrei não teria duvidado, com Chiovenda, que Tício poderia ter agido contra Caio, e não contra Semprônio, pois este tinha interesse em afastar o estado de incerteza, que se instaurara em torno da relação jurídica, quanto ao sujeito passivo dela.

Calamandrei, por outro lado, não considerou, por um lado, que seria legítimo duvidar da utilidade jurídica concreta de uma decisão de mera verificação idônea a ser válida contra o sujeito passivo que nunca contestou a existência do direito apurado e, pelo contrário, desprovida de efeitos contra o terceiro que contesta por divertimento (a quem, apesar de tal decisão, ninguém poderia impedir de continuar a gozar como antes); e, por outro lado, que o reconhecimento da legitimidade passiva contra a parte na relação tornada incerta pelas ações do terceiro, o que torna o problema do ônus dos custos difícil de resolver.

fundamento sistemático do novo código de processo civil[47].

Ainda que, de fato ("contrariamente às considerações feitas anteriormente") este conceito tivesse sido identificado como o pressuposto essencial da jurisdição, de acordo com o ensinamento de Carnelutti, em todo caso (contrariamente ao que Carnelutti havia feito no seio da Subcomissão "C") teria sido inoportuno torná-lo a "premissa dogmática geral do Projeto de Código", repensando e orientando todas as instituições processuais em relação a "lide", mesmo quando tivessem mantido uma estrutura inalterada em relação ao direito vigente.

Na verdade – observou Calamandrei – uma palingênese processual semelhante, se tivesse realmente ocorrido, teria gerado "desorientação" entre os profissionais do direito, que, "em vez de se habituarem às instituições verdadeiramente novas introduzidas pela reforma, [teriam achado] difícil ter de considerar instituições substancialmente inalteradas sob novas roupagens teóricas"[48].

Portanto, Calamandrei concluiu o ensaio com algumas considerações (posteriores) críticas sobre os critérios de identificação da lide propostos por Carnelutti em substituição aos tradicionais elementos diferenciais das ações[49], e sobre as relações entre "lide" e

[47] O ensaio de Calamandrei sobre o conceito de "lide" no pensamento de Francesco Carnelutti foi composto de duas partes: Parte I, intitulada "Lide e jurisdição" (originariamente pubblicata in Riv. dir. proc. civ., 1928, I, p. 1-22) continha a crítica mais propriamente teórica ao conceito de "lide", como conceito adequado para discriminar a função jurisdicional ou processual; Parte II, intitulada "Lide e Processo" (originariamente publicada in: Riv. dir. proc. civ., 1928, I, p. 89-98), continha as observações sobre a inadequação da atribuição de cidadania ao referido conceito no novo código.

[48] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 218: "um cânone da boa política – prosseguiu Calamandrei – [teria de fato aconselhado], especialmente em matéria processual, a conter as reformas dentro dos limites da utilidade prática e a não dificultar as inovações para aqueles que devem conformar-se a elas, com mudanças terminológicas desnecessárias ou com consagrações legislativas de concepções teóricas pessoais e, portanto, discutíveis".

[49] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti,

"questões", que "devem constituir o vínculo entre a lide e o processo"[50], mas, antes, precedendo-os com a premissa de que estas considerações teriam "atingido o seu propósito" se tivessem provocado, "do meu amigo Carnelutti, uma resposta que me convencesse de meu erro"[51], mas também fazendo-as seguir pela conclusão de que teria sido "inadequada uma consagração legislativa aberta desta teoria igualmente original e discutível de Carnelutti no novo Código (itálicos nossos), que teria correspondido tanto melhor às esperanças daqueles que [tiveram de aplicá-la] quanto mais [tivesse deixado] as controvérsias reservadas aos estudiosos de apicibus iuris e [tivessem apresentado] as reformas de maneira mais simples e menos afastada da tradição"[52].

4. A "GLOSA" DEFENSIVA DE CARNELUTTI[53].

O ataque de Calamandrei não se limitou a reiterar a sua adesão à teoria chiovendiana que via a função do processo na concretização

cit., p. 220.

[50] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 223.

[51] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 218.

[52] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 225.

[53] **N.T.** O original refere a palavra "*postille*", que pela referência do dicionário, em tipografia, significa as indicações marginais (pequenos títulos, notas, etc.), compostas em tipo pequeno, que em alguns livros são adotadas para facilitar a compreensão do texto ou sua consulta. Livros anotados [...] manuscritos nas margens ou interlinearmente, pelo próprio autor do livro ou por outros. «depois daquelas (palavras)»]. – 1. uma. Breve anotação ao texto, escrita à mão por um estudioso ou pelo próprio autor nas margens. Neste sentido, nossa tradição, em regra, costuma referir-se a isso como "glosa", mais do que "postila", o termo original, justificando a escolha tradutória. Assim, utilizou-se "glosa" para mencionar uma anotação de adendo (acréscimo explicativo) em um texto para elucidar o sentido de uma palavra ou esclarecer uma passagem.

do direito objetivo[54], mas, criticando essencialmente o fundamento científico e a atualidade prática do conceito base da distinta teoria do "amigo Carnelutti", pondo em dúvida a importância do seu pensamento de jurista e a utilidade da sua obra de legislador, algo que deve tê-lo surpreendido e, talvez, até mesmo ferido o estudioso friulano, que, se assim não fosse, não teria sentido a necessidade de o recordar, quase trinta anos mais tarde, diante do corpo de seu colega, no momento em que a sua relação "laborada" encontraria finalmente, na emoção do arrependimento e na doçura da memória, um sublime regresso à harmonia.

Contudo, não o deixou transparecer e, do alto da sua grandeza acadêmica, rapidamente compilou duas substanciais glosas – uma intitulada "Lide e função processual", a outra intitulada "Lide e processo" – que fez publicar na Rivista, na parte final, respectivamente, da primeira e da segunda partes do ensaio crítico de Calamandrei[55].

A defesa de Carnelutti, embora permeada por uma ênfase constante na relação de amizade — e até mesmo de afeto — que o ligava a Calamandrei ("meu bravo e caro adversário"; "meu grande amigo"; o "adversário cortês"; "aquele jurista sereno e íntegro, que é meu amigo Calamandrei"), foi feita, por um lado, com o cuidado de depreciar — embora respeitando os cânones da dialética acadêmica e os limites da cortesia, próprios de um cavalheiro — a importância das críticas que lhe eram dirigidas ("um expediente sem sequer o mérito da elegância"; "as objeções de Calamandrei serviram apenas para reiterar minha opinião"; "esse tipo de reductio ad absurdum de minha opinião (...) tentada por Calamandrei (...) é um frágil castelo de cartas"); por outro lado, omitindo a modéstia de procurar as razões do dissenso na

[54] CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 205.

[55] CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (Postilla), in: Riv. dir. proc. civ., 1928, I, p. 23-37; CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (Postilla), in: Riv. dir. proc. civ., 1928, I, p. 99-105.

sua possível sustentabilidade dogmática, e não na incompreensão da sua teoria, que comparou, pelos seus aspectos inovadores, à descoberta de Cristóvão Colombo[56].

Antes de tudo – iniciou, evidentemente sendo otimista – era necessário reconhecer que o esforço realizado por Calamandrei para combater a sua teoria da "lide" não foi certamente em vão, tal como não teria sido em vão o esforço inverso que teria feito para a defender, tendo em conta que a função jurisdicional era verdadeiramente, para a ciência do processo, o problema mais grave[57].

Em segundo lugar – ele fez questão de esclarecer – não era de todo verdade que em sua teoria o conceito medieval de "disputa entre as partes" ("contentio inter partes") tivesse renascido, pois uma coisa era "contentio" (que era equivalente à contradição) e outra coisa era a "lide" (que pressupunha um conflito entre interesses diferentes)[58].

---

[56] CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo, in: Riv. dir. proc. civ., 1928, I, p. 104, onde o estudioso friulano escreveu que o erro sobre a litispendência e a coisa julgada a que, segundo Calamandrei, sua teoria teria conduzido, teria derivado justamente do mal-entendido em que seu colega florentino havia caído, e então acrescentou: "seria (...) interessante se Calamandrei (...) tivesse buscado nos outros tratados de direito processual, sem dúvida mais autorizados e mais eruditos, que não operam com o conceito de lide, uma sistematização dos princípios de acumulação e mudança de ações (...) que consiga enquadrar esta matéria tão áspera com os resultados de clareza e completude, que pareço ter alcançado no primeiro capítulo do quarto volume de minhas "Lezioni". Peço perdão por essas palavras ousadas. Mas ao meu amigo Calamandrei, que só encontra (e certamente, sem sombra de ironia) que o que escrevo é original, tenho o direito, aliás, o dever (por amor, mais do que às minhas ideias, ao ideal comum), de responder, e que o Senhor me perdoe também este ato de verdadeiro orgulho, de que Cristóvão Colombo também foi original, quando persistiu em fazer aquela viagem que lhe trouxe a descoberta da América!"

[57] CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale, cit., p. 23.

[58] CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale, cit., 32-34. A contradição poderia ser um indício da controvérsia, mas não era condição necessária nem suficiente para isso: não era condição necessária, pois haveria controvérsia entre o credor e o devedor inadimplente mesmo quando este não contestasse sua obrigação, pois não a teria cumprido em hipótese alguma, prejudicando assim o

Estabelecida a premissa e completado o esclarecimento, Carnelutti sublinhou como, se ao seu "muito bom amigo" a noção de "lide" parecera demasiado restritiva para abarcar toda a fenomenologia da jurisdição, a ele, ao contrário, pareceram-lhe demasiado dispersivos os diferentes conceitos propostos por aqueles para identificar o conteúdo da função processual: tanto o que se referia à função de certificação que, entendida em sentido impróprio, deveria considerar-se presente também na atividade administrativa, enquanto, entendida em sentido próprio, como referindo-se apenas à atividade jurisdicional, acabava essencialmente por coincidir com a composição da lide[59]; tanto quanto aquela – claramente chiovendiana – que se referia à aplicação do direito objetivo, pois mesmo esta atividade, considerada isoladamente, não teria sido suficiente para distinguir entre administração e jurisdição, sendo necessário perguntar por que razão o direito objetivo seria aplicado nas diversas funções estatais[60].

interesse do credor; não seria também condição suficiente, pois o "filho pródigo" que contradissesse o pedido de desclassificação, proposto por este, não estaria em litígio com o genitor, pois não haveria conflito de interesses, mas apenas "contraste de avaliações (de mesmo interesse) entre ambos". Ao esclarecer a distinção entre "*contentio*" e "*lide*", Carnelutti não deixou de ironizar a declaração de Calamandrei que o acusou de "ter voltado ao passado". Excelente – afirmou – "deste ponto de vista, eu apenas teria de confessar a minha sincera predileção, na arquitetura, pelo Renascimento, o que não quer dizer que não possa ser preferível (...) ao Gótico também para os estudos do direito".

[59] CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale, cit., p. 25-26. Aqui, Carnelutti se dirigiu a Calamandrei, como se estivesse falando com ele em um diálogo exclusivo, esquecendo que estava escrevendo para uma revista que esperava atingir 5.000 leitores ávidos: "ou você entende avaliação em um sentido amplo (impróprio) e perde a linha divisória entre o campo judicial e o campo administrativo; ou você quer dizer isso no sentido literal e está simplesmente parafraseando meu conceito de composição da lide".

[60] Na aplicação do direito– explicou Carnelutti – era preciso ver um meio (e não um fim), que se encontrava tanto na atividade administrativa como na jurisdicional; se se quisesse utilizar o critério da aplicação do direito para identificar a função processual, seria necessário, portanto, submetê-lo a uma especificação que não poderia ser obtida sem recorrer ao conceito de lide. Cfr. CARNELUTTI, Francesco.

Reafirmando-se a validade da noção de "lide" como (único) critério discricionário para determinar a função do processo, Carnelutti admitiu que ela poderia parecer imprecisa, dada a variedade de significados atribuídos a esta palavra, tanto na "linguagem corrente" como nas "fórmulas legais" e mesmo "entre os estudiosos".

Portanto, disse que estava feliz por querer especificá-lo, reconhecendo que o que tinha feito nas Lezioni não era "nada mais do que uma tentativa" cuja "imperfeição" ele era "o primeiro" a reconhecer[61].

A disputa – especificou então – pressupunha não apenas o conflito entre dois interesses, mas também que um dos dois interesses aspirava à tutela jurídica por meio da reivindicação, e que o outro resistia ou a contestava. O verdadeiro conflito com a pretensão teria ocorrido com o dano ao interesse (cuja reparação teria sido prevista pelo processo de condenação); mas, além do dano ao interesse, a resistência à pretensão também teria ocorrido com a simples contestação dela (cuja reparação teria sido proporcionada pelo mero processo de apuração). Neste segundo caso, haveria uma "lide" menos perigosa socialmente do que no primeiro, mas ainda assim seria uma "lide".

A "lide", portanto, existiria igualmente quando alguém estivesse reivindicado a tutela do seu interesse em conflito com o interesse de outro e este tivesse resistido, quer o tivesse feito infringindo o interesse (tutela processual de condenação) quer contestando a pretensão

Lite e funzione processuale, cit., p. 27.

[61] CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale, cit., p. 28. Por outro lado — justificou-se o estudioso friulano, abandonando a modéstia com que antes, com dificuldade, se revestira — o "caminho íngreme da ciência só se percorre por etapas", e logo a seguir acrescentou que se comprazia em reconhecer que a necessária determinação de "ir um pouco mais alto", na clarificação do conceito de «lide», tinha sido "impulsionada, com a sua crítica espirituosa, por aquele jurista sereno e íntegro, que é o meu amigo Calamandrei".

(tutela processual de mera apuração)[62].

Esclarecido que – diferentemente do que Calamandrei havia argumentado – mesmo os meros processos de apuração pressupunham uma "lide" a ser resolvida, Carnelutti deteve-se no processo executivo (que tratou em conjunto com o processo penal), observando que, mesmo neste caso, não era uma lacuna de sua tese que se destacava, mas sim o equívoco em que incorrera seu oponente: não era verdade, de fato, que no processo executivo (como no processo penal) não houvesse "lide", visto que, ao contrário, mesmo nestes processos ela era contida e composta, como no clássico processo condenatório cível. A aparente falta de "argumento" deveu-se, como de costume, ao mal-entendido de Calamandrei, que, "mais uma vez", confundiu lide e contradição[63].

Em conclusão, o estudioso friulano não deixou de discutir com Calamandrei as questões estimulantes dos processos de mera apuração dos fatos do terceiro e dos processos sem lide.

Quanto ao primeiro, teve o cuidado de apontar a fragilidade da premissa sobre a qual se baseava a crítica de Calamandrei, que se apoiara, de um lado, na autoridade de Chiovenda e, de outro, na noção de interesse em agir, para afirmar a admissibilidade, e mesmo a necessidade, de uma ação de certificação dirigida contra o sujeito passivo da relação jurídica, ainda que a incerteza a ser afastada em torno dele tivesse decorrido da conduta do terceiro.

Quanto ao primeiro argumento, Carnelutti afirmou, sem meias palavras, que Chiovenda "nunca pensou" em dizer que o credor tinha

[62] CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale, cit., p. 28-29.

[63] CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale, cit., p. 31: o devedor inadimplente teria uma lide com o credor até que tivesse adimplido, "tanto antes como depois da apuração da sua dívida e da sua mora", porque, para além da contradição, evidentemente não presente na fase de execução, salvo em certas condições e dentro de certos limites, haveria em qualquer caso uma oposição à pretensão do credor na forma mais grave, através do prejuízo do seu interesse.

de agir contra o devedor que pacificamente o reconhecia, não sem antes ter observado, entre outras coisas, que "a autoridade é uma coisa boa; sed magis amica veritas"[64].

Por outro lado, aproveitou o segundo argumento para celebrar o funeral do interesse de agir, uma "noção híbrida", que constituiu "uma das aproximações mais falaciosas de que a ciência do processo se serviu, numa fase felizmente superada"[65].

Esta noção, especificou Carnelutti, já estava morta, e se não moribunda, "desde que os estudos renovados do processo tinham extraído e separado a noção de legitimatio ad causam", consistente "numa certa situação (de titularidade ou, de contato, seria possível?) sobre àquele quid, que constitui a matéria do processo"[66].

---

[64] CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo, cit., p. 103, nota 1.

Com isso – assim acredito – Carnelutti, em vez de ressaltar a inexatidão da citação de Calamandrei (a quem, no entanto, repreendeu por não ter "meditado mais profundamente" na página dos "*Principii*" à qual o havia remetido), quis, mais uma vez, contestar a autoridade de Chiovenda. Evidentemente, ele não conseguiu vencer a tentação de reduzir o chefe a pó, e dessa vez a culpa nem sequer poderia ser atribuída às solicitações sarcásticas e provocativas de Mortara: as críticas gravíssimas de Calamandrei foram suficientes para fazê-lo cair novamente em tentação.

[65] Cfr.: CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo, cit., p. 102, acrescentando que "o interesse de agir representa apenas a quinta roda do automóvel. Para ir ao médico, basta a doença; é mesmo necessário dizer que deve haver interesse em curá-la?"

[66] CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo, cit., p. 103. Partindo de tais premissas, Carnelutti resolveu, consequentemente, o problema colocado pelo delicioso exemplo da relação, por assim dizer, "trilateral" entre Tício (que se diz credor de Caio), Caio (que se reconhece devedor) e Semprônio (que "se diverte dizendo que não é verdade"). Libertado o caso da incômoda influência de Chiovenda – e tendo especificado que "os pressupostos da ação são apenas estes dois: a lide e a legitimação" –, o estudioso friulano decidiu que não seria possível escapar às duas únicas alternativas possíveis: se Caio tivesse reconhecido a dívida, as dificuldades teriam desaparecido; por outro lado, se Caio tivesse contestado, uma lide teria surgido.

Com o que, aliás, se você olhar de perto, ele não conseguiu tomar posição sobre

os dois aspectos mais problemáticos do caso, ambos focados na primeira das duas alternativas descritas: enquanto, de fato, com relação à segunda alternativa, uma vez que o devedor contestou o crédito, não haveria dúvida nem sobre a admissibilidade da ação de avaliação nem sobre a distribuição do ônus das custas no final do julgamento, esses problemas permaneceram sem solução na primeira alternativa, uma vez que Carnelutti, tendo celebrado o funeral do interesse em agir e tendo atribuído toda a relevância à noção de legitimidade, não havia, no entanto, esclarecido especificamente se com a declaração obscura de que "as dificuldades desaparecem", ele quis dizer que a ação de Tício contra Caio deveria ser declarada inadmissível, que Tício deveria ser condenado ao pagamento das custas e que o próprio Tício teria sido obrigado a usar esse recurso (ou possivelmente - e sob certas condições - outros recursos, não excluindo a indenização) contra o terceiro (Semprônio).

Por sua vez, Chiovenda teria abordado o problema das custas em 1930, em nota anexa à redação da ação, após ter reiterado, em concordância com Calamandrei, que na ação de mera apuração dos atos do terceiro, a legitimidade passiva pertencia "àquele em relação ao qual a sentença deve produzir coisa julgada" (isto é, ao sujeito passivo do direito impugnado, mesmo que não fosse o autor da contestação), e após ter esclarecido, com interpretação autêntica da página dos "*Principii*" que, segundo Carnelutti, Calamandrei não havia "meditado mais profundamente" que, na realidade, já havia desejado expressar esse pensamento naquela página, de modo que "seu amigo mais querido" Carnelutti, ao afirmar que, ao contrário, solução semelhante "nunca lhe passara pela cabeça", evidentemente quisera fazer-lhe a cortesia de "poupá-lo da censura de ter cometido um erro".

Tendo reafirmado a admissibilidade da ação de liquidação contra o sujeito passivo, Chiovenda teria, portanto, considerado que o réu, mesmo derrotado, teria beneficiado do reembolso das custas se tivesse tido pressa em reconhecer o direito do autor. Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, in Saggi di diritto processuale civile (1900-1930), Roma, 1930, I, p. 3-99, part. p. 83-84.

Tratava-se de uma solução inconsistente com a teoria da correlação necessária entre a derrota e a condenação às custas (teoria fortemente defendida pelo próprio Chiovenda), mas tornada necessária pela importância totêmica atribuída à ação de mera apuração, que assumia importância tão fundamental no sistema de Chiovenda a ponto de não se permitir que sua inadmissibilidade fosse reconhecida, mesmo em casos limítrofes.

Por outro lado, o próprio Chiovenda (conforme a última citação) teria admitido a ação de indenização contra o terceiro concorrente por pura diversão, mas esse reconhecimento não lhe pareceria suficiente para destituir o titular do direito da ação de liquidação contra o sujeito passivo dela, sob o fundamento de que "o reconhecimento do réu **não pode substituir a segurança jurídica que decorre da**

No que se refere aos julgamentos sem lide (categoria na qual se enquadravam os casos de jurisdição constitutiva necessária citados por Calamandrei), Carnelutti admitiu, por fim, que o julgamento também poderia "servir" a uma finalidade diversa da composição da lide, o que, no entanto, não impediu – antes impôs – que se continuasse a identificar a sua função institucional nessa composição, dado que só para a consecução dessa finalidade o julgamento se apresentou como um meio necessário ("indispensável"), enquanto para a consecução de finalidades diversas se apresentou como um meio meramente útil – portanto, apenas "fungível"[67].

Além disso, reforçou – quase condescendente (talvez até evocando um certo conformismo provinciano de seus colegas processualistas anteriores que também tinham trilhado outros caminhos do saber jurídico) – "o problema da classificação do processo sem lide, que é (era) o resíduo inevitável da identificação da função judicial com a composição da lide (grifo nosso) [poderia ter sido enquadrado] facilmente no conhecido fenômeno da promiscuidade parcial e marginal de funções entre os órgãos dos diferentes poderes", admitindo razoavelmente que o juiz, como "funcionário escolhido", pudesse ser incumbido pelo Estado de "algumas das tarefas mais

coisa julgada" (**grifo nosso**).

Por fim, para sermos mais completos, convém recordar que Chiovenda, em fase mais madura de seu pensamento, mudou de opinião, admitindo a ação de certificação contra o terceiro, mas especificando que o devedor também deveria ser chamado a julgamento. Cfr.: CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli 1933, I, p. 206.

[67] CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale, cit., p. 36: "Que [o processo] sirva mesmo sem lide para a instauração ou modificação de um efeito jurídico, resulta do sistema jurídico vigente em matéria de interdição, inabilitação ou nulidade do matrimônio (...) Que, para a instauração ou modificação de efeitos jurídicos, quando não há ou não pode haver lide em torno destes, o processo (de cognição) não é instrumento indispensável, mas emerge da comparação da forma como o nosso direito regula a separação pessoal e a nulidade do matrimônio; interdição ou desqualificação e adoção ou legitimação".

importantes, mesmo fora do campo judicial", e sem que tais exceções pudessem inferir a negação da regra que identificava a "lide" como o "conteúdo essencial" do processo.

Concluiu então: "confesso que não consigo compreender por que, enquanto a doutrina do direito constitucional utiliza hoje, sem contestação, a categoria das leis impróprias, a doutrina processual torce o nariz ao ouvir falar de procedimentos impróprios, senão por pensar que os juristas[68] são, e até certo ponto, é bom que o sejam, conservadores tenazes, de modo que as coisas novas (grifo nosso), por mais úteis e sábias que possam ser, não merecem o seu consentimento, a menos que, à força de as ouvir, acabem por se habituar a elas. De cuja necessidade, estando bem consciente, confesso-me sinceramente grato ao meu amigo Calamandrei por me ter dado a oportunidade de afiar e martelar o prego"[69].

5. O LEGADO DO PENSAMENTO DE CARNELUTTI, ATRAVÉS DO FILTRO CHIONVENDIANO DE CALAMANDREI, COMO VALOR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1940.

Ao redigir o parecer sobre o anteprojeto de Solmi em 1937, – que aderira em sentido autoritário à chamada concepção publicística do processo, com a previsão de um rigoroso sistema de preclusões, da proibição de nova apelação e da possibilidade de o juiz ordenar provas de officio – Calamandrei sublinhava que a tradução da concepção publicística numa restauração incauta e radical do princípio da autoridade poderia ter "aberto caminho àquela tendência doentia,

[68] Aqui, com o termo "juristas", o estudioso friulano talvez quisesse referir, mais especificamente, aos "processualistas", porque pouco antes havia excluído os constitucionalistas da categoria de "conservadores tenazes".

[69] CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale, cit., p. 37.

seguida por alguma lei estrangeira" (aqui, o espirituoso florentino exemplificou de modo eloquente, recordando o processo civil da Rússia Soviética, reduzido a apenas 473 artigos esquemáticos) "que gostaria de reduzir as leis processuais a alguns princípios orientadores", abandonando assim as partes, não à mera discricionariedade, mas à arbitrariedade do juiz[70].

Afirmou, por outro lado, que a previsão de um sistema de preclusões, fundado na necessidade de garantir a celeridade do julgamento, não deveria prejudicar a não menos relevante necessidade de se chegar, em qualquer caso, a uma decisão justa, cuja inobservância teria sido a própria negação da concepção publicista do processo, pois não se traduziria num prejuízo apenas das razões privadas, mas também (e principalmente) das do Estado, que teria visto frustrada a própria finalidade da função jurisdicional, que consistiria na aplicação da lei, de cuja autoridade teria saído, paradoxalmente, reduzida em vez de ampliada[71].

Observou, finalmente, que mesmo no contexto de uma visão publicista (e até autoritária) do processo civil, a supressão do princípio dispositivo teria tido efeitos desastrosos: o princípio dispositivo, de fato, representava a projeção no plano processual do princípio substancial da disponibilidade dos direitos subjetivos, de modo que sua substituição total pelo "princípio da oficialidade" significaria, em essência, "abolir o direito privado", "transformando todo o direito civil em direito público" e, em uma palavra, fazendo como "aqueles regimes nos quais se quis abolir total e conscientemente a propriedade privada e, em geral, os direitos subjetivos individuais"[72].

As implicações do raciocínio impecável eram evidentes: como

[70] CALAMANDREI, Piero. Sul progetto preliminare Solmi, Relazione approvata dalla Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Firenze nella seduta del 28 luglio 1937, in: Opere giuridiche, cit., I, p. 295 s., part. p. 306-307.

[71] CALAMANDREI, Piero. Sul progetto preliminare Solmi, cit., p. 307-308.

[72] CALAMANDREI, Piero. Sul progetto preliminare Solmi, cit., p. 308-309.

o sistema corporativo não suprimia os direitos subjetivos individuais, mas antes os protegia, coordenando-os com o interesse público, o princípio dispositivo, que era "no processo como a sombra do direito privado", tinha de "ser respeitado dentro dos mesmos limites em que no campo substancial" o direito privado era "respeitado e protegido"[73].

A opinião de Calamandrei, que tinha por escrito "um dom que os Deuses puseram no berço"[74], deve ter deixado a sua marca, não tanto, talvez, pela persuasão lógica dos argumentos utilizados, mas antes pela eloquência evocativa dos exemplos elencados, para sublinhar as distorções do "policialesco" Anteprojeto Solmi: o paradoxo do enfraquecimento da autoridade da lei; a referência ao esquematismo do código soviético; sobretudo, a imagem evocativa do fim do sistema de direitos subjetivos e da própria propriedade privada, que mais aterrorizava o regime[75], deve ter convencido o ministro a

[73] CALAMANDREI, Piero. Sul progetto preliminare Solmi, cit., p. 309.

[74] Cfr.: REDENTI, Enrico. In memoria di Piero Calamandrei, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p 2.

[75] Já observamos em outro lugar (veja, por exemplo, o nosso, "I processualisti dell'"età aurea" - Romantici, martri ed eroi della procedura civile", Bari, 2022) que a escolha de unificar os códigos de direito privado se baseou mais em razões políticas do que em razões técnicas. O objetivo do governo fascista era evitar a inevitabilidade dos conflitos de classe previstos por Marx. Para atingir esse objetivo, era necessário diluir a identidade sociológica das classes em conflito. Temperar a identidade sociológica das classes significava, antes de tudo, colocando fim ao sistema binário que refletia sua especificidade recíproca: aquele baseado na dicotomia código civil-código comercial, do qual emergia, em toda a sua evidência, a natureza especial do estatuto do comerciante, cuja atividade jurídica era regida por regras peculiares e completamente diferentes daquelas que regiam a atividade dos demais cidadãos. Era, portanto, necessário extinguir esta dicotomia: fazendo com que deixassem de existir, por exemplo, dois tipos diferentes de venda, uma civil e outra comercial, mas que o ordenamento jurídico reconhecesse um tipo único, aplicável tanto aos comerciantes como aos não comerciantes. Além disso, era necessário que entre as duas tipologias anteriores, a civil e a comercial, prevalecesse a comercial, que deveria ser a única tipologia conhecida pelo novo sistema de direito privado; e isso não se deve tanto a uma extensão objetiva da disciplina àqueles que não pertencem à classe social de referência, mas sim a uma ampliação subjetiva dessa classe, que deveria ter sido temperada a ponto de incluir

em si também sujeitos sociologicamente distantes. Assim, o fenômeno conhecido como "mercantilização do direito privado" ("*commercializzazione del diritto privato*") concretizou-se no novo código civil de 1942, já presente no Livro IV das Obrigações, e aflorou depois com toda a sua evidência no Livro V do Trabalho. Assim, por exemplo, no Livro IV, as novas regras sobre vendas (contidas nos artigos 1.470 e seguintes do novo código) não encontraram suas raízes naquelas sobre vendas civis do código de 1865, mas sim naquelas sobre vendas comerciais do código de 1882. Do mesmo modo, as novas regras sobre obrigações subjetivamente complexas *ex latere debitoris* (contidas nos artigos 1.292 e ss.) não se inspiraram nas do antigo código civil (que conhecia a regra da parcialidade), mas nas do código comercial (que conhecia a diferente regra da solidariedade). No Livro V, em que se sistematizou a disciplina dos negócios e as formas (individuais e coletivas) do seu exercício, a preocupação mórbida do regime em diluir a identidade sociológica das classes sociais atingiu o seu paroxismo. Prova clara disso é a definição muito ampla e abrangente de empreendedor, contida no art. 2.082 do Código Civil, que abrange todas as pessoas físicas que exerçam atividade produtiva lato sensu, sob qualquer forma organizada e com critério de eficiência econômica. Uma categoria (o negócio) que pode incluir atividades distantes e heterogêneas: desde o cultivo direto da terra e da floresta, bem como a criação de gado em pequena escala (art. 2.135 do Código Civil) até a agricultura mecanizada em grande escala (art. 2.195, n.º 1, do Código Civil); da pequena empresa (art. 2.083 do Código Civil) à da grande distribuição (art. 2.195, n.º 2, do Código Civil); do artesanato modesto organizado com trabalho familiar (art. 2.083 do código civil) às atividades industriais voltadas à produção de bens ou serviços (art. 2.195, n.º 1, do código civil); desde o comerciante varejista de pequenos bens de consumo (art. 2.083 do Código Civil) até as empresas produtoras de serviços de consumo em massa (como as empresas de transporte) ou empresas de particular relevância econômico-social, como as empresas bancárias e de seguros (art. 2.195, n.os 3, 4 e 5 do Código Civil). Um sujeito (o empreendedor) no qual se confundiam individualidades pertencentes a classes sociais profundamente distintas, que perdiam sua identidade ao se dissolverem nessa nova figura abrangente, na qual, cessada toda oposição, os conflitos sociais eram aplainados em nome da harmonia produtiva. Naturalmente, esta única categoria, muito ampla, fruto de uma unificação mistificadora e artificial, devida exclusivamente a razões políticas, não poderia corresponder a uma única disciplina, pois era preciso levar em conta, do ponto de vista funcional, a diversidade ontológica das situações. E de fato, o legislador de 1942, com uma técnica regulatória muito hábil, imediatamente após ter estabelecido o caso com a noção geral de empresário, retirou dele, para fins de regulamentação, tanto os pequenos empresários (art. 2.083 do código civil) quanto os empresários agrícolas (art. 2.135 do código civil) e reservou a aplicação do (verdadeiro) estatuto da empresa (aquele que previa a obrigação de registro e submissão a processos de falência) apenas às empresas comerciais de médio e

recuar parcialmente, eliminando do anteprojeto os excessos de autoritarismo[76].

Graças às observações de Calamandrei, o projeto definitivo de Solmi, e sobretudo, o sucessivo projeto Conforti-Grandi (que se tornaria o código de 1940), teriam mantido a estrutura tradicional do processo civil como processo dispositivo iniciado pela parte, limitando

grande porte (arts. 2.195 e 2.202 do código civil; art. 1 da lei de falências).

Em suma, o regime tinha medo da profecia de Marx sobre as lutas de classes e o objetivo de evitar sua inevitabilidade tornou-se, talvez, o principal objetivo de sua política legislativa, especialmente de direito privado substantivo. Calamandrei compreendeu isso e, com sua habilidade de escrita e sua paixão por contos de fadas, alimentou esse medo (evocando o sistema processual soviético e o fim da propriedade privada) e fez dele o instrumento para limitar os danos que o legislador autoritário estava causando à legislação processual.

[76] Sobre o impacto que a opinião de Calamandrei teria tido na escolha do governo de modificar (*in melius*) o projeto do novo código de processo civil, veja-se: MONTELEONE, Girolamo. L'apporto di Piero Calamandrei al progetto definitivo Solmi del codice di procedura civile, in Giust. proc. civ., 2011, 2, p. 429.

Além disso, este impacto parece evidente se compararmos o sistema do novo código – baseado na regra geral segundo a qual o processo civil é um processo dispositivo iniciado pela parte (artigos 99, 112, 115, 306 e segs. do Código de Processo Civil), ao qual, no entanto, se aplicam numerosas exceções através das quais, quando a situação subjetiva substancial sobre a qual se atua, assumindo um caráter indisponível, o processo incorpora um conteúdo objetivo, caracterizado pelo ímpeto do ofício e pela operação mais ou menos ampla do princípio inquisitorial, com a esperança expressa por Calamandrei de introduzir no Projeto Solmi, como já havia sido feito no elaborado por Carnelutti mais de uma década antes, "uma distinção clara entre o grupo de litígios sobre relações indisponíveis ou intransigentes (...) e o de todos os outros litígios sobre relações de mero direito privado", garantindo que, apenas para o primeiro, o princípio inquisitorial pudesse ser "rigidamente aplicado", enquanto, para o segundo, os poderes de investigação do juiz permanecessem "necessariamente" mais limitados. Cfr.: ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale, in Problemi di diritto, I, Milano, 1957, p. 116 s.; MONTESANO, Luigi. Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili, in Riv. dir. civ., 1986, I, p. 596; TOMMASEO, Ferruccio. I processi a contenuto oggettivo, in Riv. dir. civ., 1988, I, p. 495 s.; p. 695 s; CALAMANDREI, Piero. Sul progetto preliminare Solmi, cit., p. 310.

o modelo inquisitorial a um número limitado de procedimentos ditados para a proteção de situações objetivas particulares, responsáveis pela tutela de interesses superiores e indisponíveis[77], e teriam preservado o princípio da procedimentalização do exercício dos poderes do juiz.

Por meio da obra de Calamandrei, a doutrina de Carnelutti teria sido maravilhosamente combinada com a de Chiovenda, dando origem ao novo Código de Processo Civil, aquele código que ainda hoje, para o bem ou para o mal, embora muitas vezes, como recentemente, interpolado de várias maneiras, entre recriminações às vezes enjoativas e projetos de reforma às vezes impraticáveis, rege nossas disputas civis.

[77] Mesmo nestes procedimentos, que a doutrina classificaria posteriormente na categoria unitária dos processos de conteúdo objetivo (ver, sobre o assunto, entre outros, ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale, in Problemi di diritto, I, Milano, 1957, p. 116 s.; MONTESANO, Luigi. Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili, in Riv. dir. civ., 1986, I, p. 596; TOMMASEO, Ferruccio. I processi a contenuto oggettivo, in Riv. dir. civ., 1988, I, p. 495 s.; 695 s.) a técnica processual da iniciativa da parte não teria sido abandonada, ainda que temperada pela ampliação da categoria dos legítimos para propor a petição ou pela concessão do direito de ação ao Ministério Público, bem como pela limitação, mas nunca pela completa "não aplicação" dos princípios da disponibilidade da prova e da correspondência entre o pedido e o pronunciado. Se não me engano, as hipóteses de puro processo oficioso historicamente conhecidas pelo nosso ordenamento jurídico foram três (a prevista no art. 6º da lei de falências quanto à iniciativa da declaração de falência; a prevista no art. 8º da lei de adoção de menores quanto à declaração de possibilidade de adoção; e a prevista no art. 29º da lei nº 1766 de 1927 quanto à promoção de julgamentos perante os comissários para usos cívicos); e destas três, as duas primeiras (o art. 6º da lei de falências, na sua redação original, foi substituído pelo art. 4º do Decreto Legislativo nº 5 de 2006; o art. 8º da lei de legitimação da adoção, no seu texto inicial, foi substituído pelo art. 8º da lei nº 149 de 2001) foram então eliminadas.

REFERÊNCIAS

ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale, in Problemi di diritto, I, Milano, 1957.

ALLORIO, Enrico. Il "Sistema" del. Carnelutti, in Riv. dir. comm., 1937.

CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione, in Studi sul processo civile, V, Padova, 1947.

CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile, I, Padova, 1943.

CALAMANDREI, Piero. Il nostro Maestro (Ricordo di Giuseppe Chiovenda), in Riv. dir. proc. civ., 1937.

CALAMANDREI, Piero. Sul progetto preliminare Solmi, Relazione approvata dalla Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Firenze nella seduta del 28 luglio in: Opere giuridiche, 1937.

CALAMANDREI, Piero. Recensione agli Studi in onore di Chiovenda, in: Arch. giur., 1929.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‹‹lite›› nel pensiero di Francesco Carnelutti, in Riv. dir. proc., 1928.

CALAMANDREI, Piero. Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti, in: Opere giuridiche, 1928.

CALAMANDREI, Piero. La Cassazione civile. Parte seconda, Milano-Torino-Roma, 1920.

CALAMANDREI, Piero. Questioni fondamentali e riforma del processo civile, in: Opere giuridiche, 1914.

CALAMANDREI, Piero. Problemi giudiziari nella Venezia tridentina, in: Opere giuridiche, 1919.

CALAMANDREI, Piero. Il problema giudiziario, in: Opere giuridiche, 1920.

CARNELUTTI, Francesco. Piero Calamandrei, in Riv. dir. proc., 1956.

CARNELUTTI, Francesco. La strada, Roma-Milão, 1943.

CARNELUTTI, Francesco. Mio fratello Daniele, Roma-Milano, 1943.

CARNELUTTI, Francesco. Rinascita, in Riv. dir. proc., 1946.

CARNELUTTI, Francesco. Giovanni Cristofolini, in Riv. dir. proc. civ., 1938.

CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (Postilla), in Riv. dir. proc. civ., 1928.

CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di diritto processuale civile, III, La funzione del processo di cognizione, 2, Padova, 1923.

CAVALLONE, Bruno. Una fondazione asimmetrica (un carteggio inedito dell'autunno del 1923), in Riv. dir. proc., 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di diritto processuale civile, Terza ed., Napoli, 1923.

CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, in Saggi di diritto processuale civile (1900-1930), Roma, 1930.

CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli, 1933.

CIPRIANI, Franco. Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936), Milano, 1991.

HEGEL, J. W. F. Fenomenologia dello spirito, a cura di Gianluca Garelli, Torino, 2008.

MONTELEONE, Girolamo. L'apporto di Piero Calamandrei al progetto definitivo Solmi del codice di procedura civile, in Giust. proc. civ., 2011.

MONTESANO, Luigi. Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili, in Riv. dir. civ., 1986.

REDENTI, Enrico. In memoria di Piero Calamandrei, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958.

SATTA, Salvatore. Soliloqui e colloqui di un giurista, Nuoro, 2004.

SPAZIANI, Paolo. La procedura civile in Italia nei primi anni del XX secolo: Lessona, Chiovenda e Calamandrei nel tempo del primato di Mortara. Roma, 2019.

SPAZIANI, Paolo. I processualisti dell'età aurea" - Romantici, martri ed eroi della procedura civile, Bari, 2022.

TOMMASEO, Ferruccio. I processi a contenuto oggettivo, in Riv. dir. civ., 1988.

Rafael Alves de Luna

A QUESTÃO DA BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: ENTRE IDEOLOGIAS E ARGUMENTAÇÃO

A QUESTÃO DA BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: ENTRE IDEOLOGIAS E ARGUMENTAÇÃO

Rafael Alves de Luna
Doutor em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Professor da UniFafire.

Advogado.
rafael_alves_luna@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Ao homenagear os princípios do contraditório e da ampla defesa, entre outras garantias inerentes ao devido processo, a Constituição Federal de 1988 permite a exegese de que é garantido às partes o direito (fundamental) à produção de provas que reputem necessárias a fim de confirmar a veracidade de seus enunciados, sobretudo se considerarmos o contraditório em sua dimensão material.

Essa mesma Constituição prevê em seu artigo 93, IX, que todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade. Para fundamentar sua decisão, o magistrado se debruça sob as provas produzidas, extraindo elementos que o auxiliam e o 'motivam' a proferir uma decisão em determinado sentido. Sobre a fundamentação da decisão:

> Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal,

> donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram "substancialmente" fundamentadas as decisões que afirmam que "segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.[1]

Dessa forma se estabelece claramente um vínculo entre prova e fundamentação da decisão; em uma última instância, um vínculo entre o contraditório e a fundamentação. Inicialmente adstrita às partes, no início do século XX, a faculdade de produzir provas fora estendida ao magistrado (faculdade material). A partir do Código Klein, a intervenção estatal nas soluções dos conflitos foi intensificada pelo reforço do "princípio da autoridade". Em decorrência dessa maior interferência advém o instituto da iniciativa probatória do magistrado. Julgando-se ser o único destinatário da prova, ao magistrado é dado o poder de determinar e produzir provas com o fim de fazer 'justiça', que estaria umbilicalmente ligada a noção de que a cognição judicial deveria incidir sobre 'fatos verdadeiros'.

No âmbito processual, fala-se incessantemente que o procedimento judicial deve se pautar na 'verdade', que corresponderia a captação da 'essência das coisas', como bem explicita Streck:

> A verdade seria decorrência da captação de uma "essência" das coisas. Existiria, assim, um-mundo-em-si, cuja estrutura o jurista (no caso o juiz) pode apreender/conhecer através da razão e depois comunicar aos outros pela linguagem, via sentença judicial[2].

[1]NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10. ed. p. 291.

[2] STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terraebrasilis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 921, p. 359-391, jul. 2012.p. 367.

Pode se afirmar que desde os primórdios da civilização, que o homem busca a explicação total dos fenômenos que o cercam, tentando sempre acessar esse mais puro conhecimento, ou 'verdade das coisas'. Nessas tentativas de explicação, já foram utilizados os mitos, os deuses e a Igreja como fontes de respostas a essas reflexões. A história nos mostra que pouco a pouco que cada uma dessas tentativas fora gradativamente substituída, por novos portadores da verdade, que ganham quase de forma automática os selos de incerteza, infalibilidade e inquestionabilidade de suas conclusões.

Cada uma dessas tentativas, por influenciarem a cultura de um determinado contexto social, acabou por levar parte de seus tentáculos para o lócus jurídico, inclusive no âmbito probatório. Nada melhor do que se utilizar de algo considerado infalível para fundamentar uma decisão judicial; o incremento de confiabilidade é palmar!

Um dos maiores exemplos da influência retro está no modelo de valoração probatório das ordálias. Com o profundo crescimento do cristianismo, principalmente entre os séculos IV e XII, a influência da Igreja Católica em todos os âmbitos sociais era considerável. Nesse período, como se verá mais detidamente à frente, fora formulado um modelo probatório baseado na divina providência/proteção, com ares de infalibilidade.

Com o advento do racionalismo, a figura de infalibilidade sai de Deus - e consequentemente da Igreja Católica – e passa à ciência, cujo movimento questionador mais contundente se deu em meados da segunda metade do século XIX, admitindo hodiernamente a falibilidade dentre os seus "neopressupostos". Diante desse contexto, novas reflexões se dirigem a questão da verdade tanto no âmbito processual, quanto no âmbito extraprocessual.

Com a derrubada do poder da Igreja, o direito passa a buscar uma nova vinculação das bases probatórias, na toada de vinculação a algo reputado como verdadeiro e infalível. Assim, as bases probatórias deixam de se vincular às amarras teológicas católicas, para se vincular

às amarras da ciência, tida socialmente como infalível. Com a relativização das conclusões científicas, admitindo-se a falibilidade e questionabilidade de seus resultados, o que leva a derrocada do racionalismo puro, o meio que se reputava idôneo a acessar a verdade acaba por ser mostrar falho, o que deveria levar o direito à busca de novos portos. Entretanto, essa revolução paradigmática foi diferente. Embora se questione a ciência, mesmo com sua falibilidade, não houve a propositura de um novo modelo a fim de substituir o anterior; o único meio que ainda está disponível para um acesso à 'partes da verdade' é a ciência.

Dessa forma, as reflexões mudam de figura, passando à tentativa de vislumbre de como o direito internalizou essa falibilidade científica ou, se ainda há resquícios da utilização das conclusões científica de forma cega, o que mostraria um modelo completamente anacrônico. Contudo, o trabalho reflexivo deve ir mais além. Nas cátedras universitárias repete-se que o procedimento deve se pautar em enunciados verdadeiros e que a busca da verdade deve ser um dos fins do processo. Tomando por pressuposto o argumento científico de que a verdade é inacessível para o atual momento tecnológico, o vocábulo 'verdade' seria então um mero instrumento argumentativo a fim de atribuir um maior grau de confiança à decisão judicial? Em sendo assim, esse movimento guardaria compromissos ideológicos com algum movimento?

Na tentativa de responder a essas inquietações, inicialmente demonstrar-se-á a relevância da prova para o processo. Nesse ponto, as discussões sobre a importância da prova para o deslinde processual serão travadas, mostrando que a discussão não é inócua.

Em um segundo momento, tratar-se-á da falibilidade do pensamento científico, traçando um breve panorama histórico que culminou com essa série de mudanças; presumindo que o conceito de 'prova para o direito' e 'prova para ciência' que estiveram interseccionados há alguns séculos atrás, busca-se o que efetivamente se alterou em ambas as categorias e se ainda continuam

interseccionadas. Neste ponto também, há uma tentativa de determinação se a pretensa função epistêmica atribuída ao magistrado se concretiza atualmente numa epistemologia judicial antiga, o que seria anacrônico e prejudicial, ou se pautaria em um novo modelo epistemológico.

Ao final, com base nas conclusões obtidas nos tópicos anteriores, verificar-se-á a tensão existente entre verdade e o processo, tomando por base o atual contexto científico-tecnológico, buscando-se também verificar se o verbete 'verdade' não seria apenas um artifício argumentativo ideologicamente enviesado.

2. A IMPORTÂNCIA DA PROVA PARA O DESLINDE PROCESSUAL

Antes de se dispender algumas palavras sobre a importância da prova, faz-se necessário firmar o conceito do que seria prova processual. Embora a discussão jurídica sobre o conceito do termo advenha de tempos remotos, o significado do termo somente "inchou", ganhando uma plurissignificância incontrolável Tanto no mundo extrajudicial, quanto no mundo judicial[3], a 'prova' quase detém o monopólio de 'elemento fundamental de formação do conhecimento', servindo como meio idôneo a suscitar um liame lógico-demonstrativo de uma coisa ou entidade[4]. Etimologicamente, o termo vem do latim

[3] Interessante é a distinção que Jean Domat estabelece entre os dois papéis que prova exerce – judicial e extrajudicial. Domat estabelece que: *prova in generi* é tudo aquilo que persuade o espírito humano de uma verdade e *prova judicial* como aquela que constitui um meio regulado pela lei para descobrir e estabelecer, com certeza, a verdade de um fato controvertido. Tais lições se encontram em: CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 251.

[4] BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 313. "A importância da prova está em que o juiz ou tribunal não pode julgar com base em meras conjecturas ou alegações, mas em conformidade com o alegado e provado pelas partes (Idem est et non esse et non

'probare' que significa verificação, inspeção, exame[5]. Em sentido semelhante, De Plácido Silva:

> Do latim *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entender-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado. [6]

Ao se transpor esse termo plurissignificante ao direito processual surgem os problemas: a atribuição de diversos conceitos para designar o que seria 'prova' acaba por atribuir ao verbete uma plurissignificância incontrolável[7]; não raro, a doutrina acaba por

probari)". CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 252

[5] ARAÚJO DE CASTRO, Carla Rodrigues. **Prova científica**: exame pericial de DNA. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 2.

[6]SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 491.

[7] "Juridicamente, o vocábulo 'prova' é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz)". CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova.** São Paulo: RT, 2001. p. 41. Na doutrina nacional é possível identificar conceitos de "prova" diversos. Para Scarpinella Bueno: "[...]tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor". SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, t. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 261. Marinoni e Mitidiero afirmam que prova seria: "[...]meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais". MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 334.

fomentar
ainda mais o crescimento dessa confusão[8]. Burnier Júnior faz um resumo dos problemas:

> O verbo provar é empregado em vários sentidos em nossa língua. Assim, pode ter uma significação passiva de sofrer, como quando se fala que "alguém provou as agruras do inverno", ou que "provou as conseqüências de uma moléstia", ou, então expressar uma atividade, como "experimentar" (o cozinheiro provou a comida; o cliente provou a roupa), "corroborar", "justificar" (a aceitação da mercadoria prova que a pesquisa de mercador estava correta), e assim por diante.[9]

Dentre os diversos conceitos do que seria 'prova' para a doutrina, para os fins desse escrito, a partir das lições de Taruffo[10] e

[8] Manoel Teixeira Filho traz alguns conceitos doutrinários do que seria prova: "Na doutrina estrangeira moderna colhemos, dentre tantos os seguintes conceitos: a prova é a demonstração da verdade de um fato ou também o mesmo meio que as partes empregam para demonstrar o fato discutido (Laurent, da Escola Exegética); é o meio regulado pela lei para descobrir e estabelecer com certeza a verdade de um fato controvertido (Domat); é um fato suposto ou verdadeiro que se considera destinado a servir de causa de credibilidade para a existência ou inexistência de um fato (Bentham); provar significa fazer conhecidos ao juiz os fatos controvertidos e duvidosos e dar lhe a certeza do seu modo de ser (Carlos Lessona); provar é estabelecer a existência da verdade, e as provas são os diversos meios pelos quais a inteligência da verdade, e as provas são os diversos meios pelos quais a inteligência chega ao descobrimento da verdade (Eduardo Couture); é o conjunto de diversos meios pelos quais a inteligência chega à descoberta da verdade (Bonnier); é a soma dos meios produtores da certeza (Mittemaier); é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera de verdade (Malatesta); é a consequência legítima que resulta de um fato, cuja certeza leva a concluir que um outro fato, do qual se ignora a verdade, é verdadeiro ou não (Merlin)." TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Cadernos de processo do trabalho n. 13:** prova: parte geral. São Paulo: LTR, 2018. p. 8.

[9] BURNIER JUNIOR, João Penido. **Teoria Geral da Prova**. Campinas: Edicamp, 2009, p. 10

[10] Taruffo também consegue identificar três significados do termo prova. Em um

Cambi[11], com temperos de Laronga[12], conseguimos formular um conceito de 'prova' útil ao prosseguir das lições. Assim, 'prova' em nossa concepção seria: "todo dado objetivo que tem a função de confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato relevante para o deslinde da causa, sendo o principal instrumento que se utilizam as partes para o convencimento do magistrado, sendo possível através dela controlar a racionalidade da decisão".

Diante da relevância para a conclusão processual e perante a elevação a direito fundamental do acesso à jurisdição (Art. 5º, XXXV, CF/88), do devido processo (Art. 5º, LIV, CF/88) e do contraditório (Art. 5º, LV, CF/88), não é incorreto afirmar que o direito à prova ganhou caracteres de direito fundamental[13].

---

primeiro sentido, prova seria aquilo que serve para confirmar ou falsear uma asserção relevante ao processo, o que se confundiria ao conceito de meio de prova – como se verá a seguir. Assim, prova seria sinônimo de ouvida de testemunhas, produção de prova pericial, inspeção judicias, dentre outros; como segundo significado, prova seria o resultante que advém da produção probatória, sendo sinônimo de demonstração alcançada cumulada ao aspecto valorativo exercido pelo magistrado; por fim, o terceiro significado resulta da vinculação entre os dois significados anteriores, ou seja, seria a vinculação entre o meio de prova e a confirmação da asserção no âmbito processual. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 448-450.

[11]Cambi extrai espectro tripartido do termo, percebendo-o como uma *atividade*, um *meio* e um *resultado*. Prova como *atividade* é sinônimo de instrução ou conjuntos de atos realizados pelos sujeitos processuais e o magistrado, com a finalidade de reconstruir os fatos que são a base para as pretensões deduzidas e da própria decisão. Como *meio*, a prova é um instrumento pelo qual os elementos que permitem aferir a verossimilhança dos fatos ingressam no processo. Por fim, prova como *resultado* é sinônimo de êxito/valoração consubstanciado na convicção do magistrado da causa. CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, Volume 3. São Paulo: RT, 2001, p. 48

[12] Prova seria todo elemento que teria como finalidade a confirmação e/ou negação de uma asserção a respeito de um fato relevante para a causa. LARONGA, Antonio. **Le prove atipiche nel processo penale.** Verona: Cedam, 2002. p. 15.

[13] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela, v. 2. 8. ed. Editora *Jus*Podivm:

> En realidad se trata de un derecho fundamental el derecho a probar. Así en cualquier tipo de proceso las partes ostentan el derecho a proponer los medios de prueba que consideren convenientes para acreditar los hechos que fundamentan sus pretensiones de demanda/acusación o de contestación/resistencia[14]

Interessante perceber também que devido a sua importância, o direito à prova está consagrado em diversos tratados internacionais, cujo Brasil é signatário. Cambi consegue identificar a expressão do direito à prova como direito fundamental na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto nº 678/69 – em seu artigo 8º [15]; e no art. 14.3, alínea "e" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, internalizados pelo

Salvador, 2013. p. 18.

[14] MORALES, Rodrigo Rivera. **La Prueba**: un análisis racional y práctico. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 159.

[15] Art. 8. Garantias Judiciais:

[...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

[...]

direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

decreto nº 592/92[16]-[17]. Para Didier Jr. et al. o direito a prova possui um conteúdo complexo, composto pelas seguintes situações: "a) o direito de produzir provas; b) o direito de participar da produção da prova; c) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; d) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida"[18].

O sistema probatório brasileiro afirma que incumbe o ônus da prova, ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de seu direito, ressalvados os casos de dinamização do ônus da prova - em conformidade com o art. 373 do CPC/15[19]. Conclui-se então que ao propor uma demanda judicial, as partes possuem total ciência de que deverão provar as alegações, sob pena de o feito ser julgado contra os seus interesses.

Diante disso, o Código de Processo Civil prevê diversos

---

[16] Artigo 14.
3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias:
[...]
d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;
e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento eo interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

[17] CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: RT, 2001, p. 167-168.

[18]DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela. 8. ed. Salvador: *Jus*podivm, 2013. 2 v. p. 18.

[19]*Art. 373. O ônus da prova incumbe:*
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
[...]

métodos para que os sujeitos processuais tentem demonstrar a veracidade dos enunciados fáticos transpostos por estes ao âmbito do processo através dos atos postulatórios. Assim, pode-se provar um enunciado através da ouvida de testemunhas, a partir da análise de documentos, através de inspeção judicial, dentre outros.

Com essas corroborações a prova tem função primordial para o deslinde da causa; qualquer coisa que traga a mínima afetação ao módulo probatório pode significar o deferimento ou indeferimento da ação. Por isso, a atividade probatória deve ser conduzida com o máximo de cuidado possível, a fim de que não se contamine o resultado processual, bem como não vulnere a cláusula de ônus probatório previsto pelo CPC/15.

Com o advento de um movimento em prol da socialização do processo – como se verá a seguir – o módulo probatório, outrora manejado apenas pelas partes, passou a ser manejado também pelo magistrado, o que se denomina 'iniciativa probatória do magistrado'. Esse movimento permite ao magistrado que em caso de dúvida sobre ponto controvertido da demanda, determine e produza o meio de prova 'adequado' em sua visão para dirimi-la, em vez de aplicar as regras de ônus probatório. Como visto, o principal fundamento para que isso ocorra é que para que uma decisão justa deve considerar somente os enunciados tidos como materialmente verdadeiros, ou seja, uma homenagem ao famigerado instituto da busca da "verdade"[20].

[20]PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SUPOSTO DEVEDOR DO TÍTULO EXEQUENDO. RISCO DE DANO AO ERÁRIO. NULIDADE ABSOLUTA DA SENTENÇA. VERDADE REAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. O acórdão recorrido concluiu que a sentença padecia de nulidade absoluta por falta de intimação do sucessor processual (suposto devedor da quantia exequenda), podendo, caso mantida, colocar em risco elevadas quantias dos cofres públicos. Insuscetível de reexame o referido entendimento, haja vista o óbice do enunciado da Súmula 7/STJ. **2. O processo moderno deve refletir a verdade real, a qual condiz com o interesse público de efetividade da justiça**

Entretanto, a noção de "verdade" parece-nos algo dogmático, quase que divinizado.

Entre a Idade Antiga e a Idade Média – desconsiderando, alguns períodos históricos da Grécia – o conhecimento era tido como algo divino, principalmente depois da influência da Igreja Católica. Não é ocioso recordar que Jesus Cristo, em sua passagem pela terra, afirmou ser ele o caminho, a verdade e a vida. Com a revolução científica ocorrida na Idade Média, o ato de proferir verdades mudou de "boca", migrando da religião para a ciência, que passou a ser vista como infalível e inquestionável, tal como as lições religiosas.

Percebendo-se a influência do racionalismo científico no direito, uma das incorporações ocorridas por este último foi o da noção de 'prova para ciência' para prova 'para o direito'. Em resumo, o que dava o ar de infalibilidade às conclusões científicas, certamente daria o ar de infalibilidade ao direito e às decorrências práticas de sua aplicação. Esse ar de falibilidade científica era fomentado com demonstrações objetivas, ao invés de meras comparações intuitivas, através da qual se pode estabelecer um princípio ou uma máxima, como era na antiga filosofia para um quadro de demonstrações/experimentações objetivas[21]. Nessa toada, nada melhor do que se vincular com a ciência a fim de demonstrar que as suas conclusões eram infalíveis.

Advirta-se desde já, que o que se defende no presente escrito não é que a noção de verdade para o direito surgiu nessa época, e sim que o direito na busca incessante pela infalibilidade de seus resultados, que tem como premissa a 'verdade', acabou por se vincular ao que era

---

em detrimento do apego ao formalismo, sob pena de prejuízo ao direito de defesa e ao contraditório, dentre outros. Agravo regimental improvido.
(STJ - AgRg nos EDcl no REsp: 1374340 RN 2012/0176529-5, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 01/10/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2013) (**Grifo nosso**)

[21] BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 324.

tido em determinado contexto social-histórico como infalível na ambiência de sua criação. Basta recordar que no contexto fomentado à influência católica, o módulo probatório era recheado de prova 'divinas', como por exemplo, passar sobre brasa sem se queimar, sendo o juízo de Deus algo infalível. O que realmente se defende no presente escrito é que a verdade que tanto anseiam os defensores das iniciativas probatórias do magistrado é impossível de ser alcançada, até pelo meio que o direito se vinculou – a ciência, ao transpor parte de seus conceitos e institutos como o conceito de prova – tendo em vista a falibilidade das conclusões científicas, como se verá a seguir.

3. CIÊNCIA COMO MEIO APROPRIADO À BUSCA DA VERDADE?

Tomando por base a premissa de que a verdade é um dos norteadores mais incisivos a fomentar os poderes instrutórios do magistrado, não é ocioso adentrar as discussões sobre a forma pelo qual social e juridicamente é mais provável que se alcance a verdade, que é a ciência. Desde a Idade Média a ideia de falibilidade da ciência se fortaleceu, em boa parte impulsionada por suas próprias conquistas. O aumento da produção de alimentos, o processo de urbanização, e a erradicação de doenças alçaram o pensamento científico ao status de divindade, substituindo o Deus da Igreja Católica.

No entanto, com o passar dos anos, a noção de infalibilidade da ciência acabou por ser abalada, com o advento de movimentos questionadores mais contundentes, surgidos a partir do Séc. XIX. Demonstrando a ascensão da infalibilidade das conclusões científicas, a ciência moderna surge sob o pálio de quatro pressupostos epistemológicos: a matemática, a simplicidade, a objetividade e a estabilidade.[22]

[22] O três últimos identificados por: VASCONCELLOS, Maria José Esteves. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 2.ed. Campinas: Papirus,

As transformações socioculturais na Europa que se deram a partir do século XI fizeram com que o cenário europeu mudasse consideravelmente, trazendo consigo a emergência de uma nova classe social que fez seu sucesso através dos números: a burguesia. Esse sucesso através dos números passou a ser o melhor método para comprovação do que se quisesse.

Já a simplicidade diz respeito à crença de que diante da aparente complexidade do universo, há estruturas simples, que devem ser buscadas pelo pesquisador[23]. A ciência tradicional, inspirada pelo ideal cartesiano de parcelar cada uma das dificuldades em tantas parcelas quantas fosse possível, bem como por iniciar a condução dos pensamentos pelos objetos mais simples até os mais complexos, acaba por operar sob o pálio de uma simplicidade atomizada.

Por isso se costuma dizer que a ciência tradicional trabalha com uma simplicidade atomizada. E, assim como separa em partes os constituintes do universo, a ciência procede também as separações entre os fenômenos: separa os físicos dos biológicos, os biológicos dos psicológicos e dos culturais, e assim por diante. [24]

Em busca de simplicidade a ciência trouxe dois sub pressupostos operativos, quais sejam a disjunção e a redução. A disjunção "leva ao parcelamento do saber, à conformação de problemas apenas em domínios particulares"[25]. Já a redução se relaciona com a ideia de que os objetos, fenômenos e outras coisas complexas podem ser reduzidos a parte menores e consequentemente mais simples, trazendo a ideia de que o conhecimento das partes

2003.

[23] VASCONCELLOS, Maria José Esteves. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 2.ed. Campinas: Papirus, 2003. p.74.

[24] VASCONCELLOS, Maria José Esteves. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 2.ed. Campinas: Papirus, 2003. p.74-75.

[25] PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental**: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo. Florianópolis: Tirantloblanch, 2018. p. 53.

permitirá o melhor entendimento do todo[26-27].

Dizemos que uma explicação reducionista teve lugar quando algo em um nível mais alto foi tornado racionalmente compreensível em termos de seu componente em nível mais baixo. Uma caracterização do gênero pressupõe que as categorias [...] de hierarquia e causa já se encontram subjacentes à própria ideia de reducionismo.[28]

Acerca da objetividade, essa se liga a noção de que é possível conhecer objetivamente o mundo[29]: assim, o cientista, no exercício de seu mister, para descobrir e descrever os mecanismos de funcionamento da natureza deve guardar certa distância, a ponto de ficar fora dela, tendo assim uma visão abrangente e privilegiada, buscando discriminar o que é objetivo, do que é ilusório. Desta forma, a observação será mais objetiva quanto mais se eliminar o

[26] BORGATTI NETTO, Ricardo. **Paradigma Mecanicista**: origem e fundamentos. São Paulo: Leopardo Editora, 2012. p. 44.

[27] "É, por exemplo, pulverizando-se em inúmeras especialidades que a medicina progride: existem especialistas dos ossos, do sangue, dos tecidos, do psiquismo. Mas a vítima, como todos sabem, desse processo de dispersão, é muitas vezes o próprio doente, pelo qual o especialista não se interessa e o qual conhece cada vez menos. Mesmo se reuníssemos o estado-maior dos especialistas, estaríamos longe de obter uma totalidade. Junte todos estes objetos das especialidade médicas, espalhados sobre a mesa de dissecação. Você não obterá ser vivo que, mais que a soma dessas partes, é a combinação dinâmica destes elementos." VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** definições e fins do direitos: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 27.

[28] BARROS FILHO, Jenner Barretto. **Reducionismo**: uma abordagem epistemológica. Lisboa: Edições 70, 1994. p. 32

[29] Ao discutir ética, Neri ensina que a ética não deve buscar o ideal de objetividade assim descrita: "[...] o problema fundamental da ética não é mais o de perseguir um ideal de objetividade entendida como descrição de uma ordem (natural e sobrenatural) dada de uma vez por todas e independente do sujeito. Mas se trata de perseguir o objetivo, mais modesto, de assegurar algum grau de validade ao campo da ética, tendo em mira suas características específicas [...]". NERI, Demetrio. **Filosofia Moral**: manual introdutivo. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Tradução de Orlando Soares Moreira.p. 92. Nesse breve trecho já fica clara a guinada acerca da objetividade. Sai-se da objetividade pura, pensamento intrínseco ao modelo racionalista da época, e entra a objetividade formal e relativa, onde se admite a impossibilidade do aspecto subjetivo

observador[30].

Já a estabilidade diz respeito a uma pretensa não alteração da relação entre o sujeito e o objeto, como se aquele fato/evento pudesse se replicar sucessivas vezes sem qualquer variação. O mundo se apresentaria num estado de pronto e acabado[31]. Ao trabalhar com a concepção de que o mundo é um todo ordenado, cujas leis de funcionamento, simples e imutáveis, podem ser conhecidas, o cientista procura conhecer as relações funcionais entre as variáveis[32]. Como exemplo, até hoje os estudantes do ensino médio trabalham com a noção das leis da mecânica de Newton, as leis de Kepler, dentre outras.

O direito, sendo fruto sócio-cultural, com a grande influência racionalista, certamente sofreu grande pressão para se adequar a esse novo paradigma. Dentre diversas modificação e intersecções entre os dois institutos, estão a transposição de alguns elementos atinentes à prova. Com a elevação do método como meio idôneo a fazer ciência, o conceito de 'prova' partiu para o sentido de algo que deveria ser demonstrado objetivamente, o que trouxe o viés de empirismo ao método racionalista. Assim, prova para a ciência evolui do que Blackburn chama de uma série de "comparações intuitiva de ideias, através da qual se pode estabelecer, por meios puramente racionais, um princípio ou uma máxima" como era na antiga filosofia[33] para um quadro de demonstrações/experimentações objetivas.

Com a influência supra paradigmática do racionalismo científico cumulado aos influxos socioculturais que se manifestam na

[30] VASCONCELLOS, Maria José Esteves. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 2. ed. Campinas: Papirus, 2003. p.89-90.
[31]PEREIRA, Mateus Costa. **O paradigma Racionalista e sua repercussão no direito processual brasileiro.** 2009. 233 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Teologia e Ciências Humanas, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2009. p.23.
[32] VASCONCELLOS, Maria José Esteves. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 2. ed. Campinas: Papirus, 2003. p.80.
[33] BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 324.

legislação, que acaba por atribuir ao direito a característica de ser a expressão de um povo, esse foi o conceito de 'prova' que foi adotado à época das grandes codificações. Entretanto, percebe-se através de uma análise do principais meios de prova que tal ideia pouco mudou no seio jurídico, diferentemente do âmbito científico que sofreu diversos bombardeios paradigmáticos que acabaram por moldar uma nova noção de ciência.

A partir do século XIX/XX, os pressupostos que sustentavam a ciência moderna começam a ser questionados de forma mais incisivas, o que certamente levou a certos abalos. No tocante a matemática, Em 1931, Kurt Gödel publicou um artigo chamado "Über formal unentscheidbare Sätze der Principia MathematicaundverwandterSysteme"[34] que estabeleceu não só um marco, mas, também iniciou a derrubada da matemática como elemento validador universal. A grande aspiração dos matemáticos era que se criasse um número finito de assertivas verdadeiras (ou axiomas) que pudesse formar uma base, do qual poderíamos deduzir todas as assertivas verdadeiras (teorema) dos números inteiros[35]. Gödel presenciando tal aspiração acaba por construir um teorema que refuta toda essa aspiração, utilizando para tanto os conceitos de "consistência" e "completude".

Em 1930, em um Congresso em Königsberg, Gödel afirmou que se um sistema formal contendo a aritmética for consistente – ou seja, não possui contradições – então ele contém proposições aritméticas verdadeiras, que, no entanto, são indecidíveis, ou seja, não admite prova, nem refutação, deixando às claras a incompletude do sistema. Além disso, não há procedimento computável para provar a consistência da teoria dentro da própria teoria. Essas duas ideias formam o que se denomina de "Teorema de Gödel"[36].

[34] Sobre as proposições indecidíveis dos Principia Mathematica e Sistemas Correlatos. Tradução nossa.
[35] RUELLE, David. **Acaso e caos.** 2. ed. São Paulo: UNESP, 1992. p. 197.
[36]LANNES, Wagner. **A incompletude além da matemática:** impactos culturais do

Como mais um movimento de questionamento ao paradigma da ciência moderna, o pressuposto da simplicidade restou quebrantado pela chamada dinâmica dos três corpos. O paradigma dominante propunha que as dificuldades deveriam ser divididas em parcelas menores, e que depois o movimento inverso deveria ser realizado, trazendo a ideia de que o conhecimento das partes menores permitiria o conhecimento do todo. Já a tese elaborada por Henri Poincaré demonstra que seria impossível matemática calcular a órbita de um terceiro objeto de massa desprezível, sujeito à órbita de duas forças gravitacionais equivalentes[37].

Quanto ao viés de estabilidade, atuante sob o brocado da "grande máquina que a natureza é", acabou por gerar diversas leis, teorias, teoremas. As leis de Newton, as leis de Kepler e os teoremas galileanos são clamorosos exemplos da estabilidade que o racionalismo pregava. No entanto, com o passar do tempo essas leis foram superadas por outras leis, a seu turno, novamente superadas em curto espaço de tempo.

No início do século XX, um físico chamado Albert Einstein introduziu a "Teoria da Relatividade". Nessa teoria, a velocidade da luz é uma constante em todos os sistemas inerciais. Ou seja, se estivermos num trem que se move em uma velocidade "x", e uma pessoa estiver em uma plataforma e emitirmos um feixe de luz com velocidade "y", a velocidade do feixe será "y" e não "x"+"y".[38] Conclui-se que a teoria de

teorema de Gödel no século XX. 2009. 213 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em História, Departamento de História, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. p. 10-11. Pode se dizer que um sistema é completo quando a proposição admite a proposição negativa.

[37]POINCARÉ, Henri. Sur le problème des trois et les équations de la dynamique. **Acta Mathematica**, Estocolmo, v. 13, p.1-270, 1890. Quadrimestral. Notes: m Mémoirecouronné du prix de SaMajesté le Roi Oscar II de Suède, le 21. Janvier 1889. - Les bases de la théorie du chãos.

[38]RENN, Jürgen. A física clássica de cabeça para baixo: como Einstein descobriu a teoria da relatividade especial. **Revista Brasileira de Ensino de Física**, [s.l.], v. 27, n. 1, p.27-36, mar. 2005. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/s1806-11172005000100004>. p. 27.

Einstein pautou-se sobre uma constante, que seria a velocidade da luz, cuja sua exposição ao movimento não a alteraria.

Em 1964 John Bell publica trabalho advogando a tese da "não localidade", de que os sistemas quânticos podem afetar um ao outro instantaneamente, pouco importando se estão separados espacialmente ou não. O que se deve considerar também é que a velocidade da instantaneidade[39] da mudança de sentido das partículas sub atômicas deveria obedecer à velocidade da luz. Mas, em experimentos foi constatado que não só o entrelaçamento é possível[40] – o que Einstein chamou ironicamente de ação fantasmagórica à distância - como a velocidade da instantaneidade é maior do que a velocidade da luz[41].

[39] Aqui não se fala em velocidade, tendo em vista que a velocidade estaria coligada a ideia de transporte de informação. Até os dias atuais, informação não pode ser transmitida "quanticamente", tendo em vista necessitar de um meio para que haja um transporte (fóton, quarks...) e que esses estariam vinculados à velocidade da luz como máxima.

[40] SHALM, Lynden K. et al. Strong Loophole-Free Test of Local Realism. **Physical Review Letters**, [s.l.], v. 115, n. 25, p. 1-10, 16 dez. 2015. American Physical Society (APS). http://dx.doi.org/10.1103/ physrevlett.115.250402.Disponívelem: <https://journals.aps.org/prl/p df/10.1103/PhysRevLett.115.250402>. Acesso em: 25 jul. 2018. cf. MARKOFF, John. **Teoria quântica vence Einstein mais uma vez em estudo holandês.** 2015. Tradução de Eloise de Vylder. Publicado originalmente no The New York Times da mesma data. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/the-new-york-times/2015/10/26/teoria-quantica-vence-einsten-mais-uma-vez-em-estudo-holandes.htm>. Acessoem: 27 jul. 2018.

[41] YIN, Juan et al. Lower Bound on the Speed of Nonlocal Correlations without Locality and Measurement Choice Loopholes. **Physical Review Letters**, [s.l.], v. 110, n. 26, p.1-10, 26 jun. 2013.American Physical Society (APS). http://dx.doi.org/10.1103/physrevlett.110.260407. "Acerca do âmbito quântico, Greene afirma: [...] é possível haver um vínculo instantâneo entre coisas que ocorrem entre pontos muito distantes um do outro [...]. Conexões quânticas a longa distância podem superar a separação espacial. [...] Algo que acontece em um lugar pode estar conectado com algo que acontece em outro lugar ainda que nada viaje de um lugar ao outro – e ainda que não haja tempo para que qualquer coisa, até mesmo a luz, possa viajar entre os eventos." GREENE, Brian. **O tecido do cosmo:** o espaço, o tempo e a textura da realidade. São Paulo: Companhia das

Com o surgimento desses fatos, a insubsistência dos pressupostos racionalistas puros e a ideia de falibilidade das descobertas científicas ganharam cada vez mais corpo, principalmente com os filósofos e epistemológicos dos séculos XX. Endossando a crítica ao racionalismo, Nelson Saldanha conseguiu identificar as intersecções existentes entre a metodologia e a teologia, trazendo basicamente a noção de substituição da adoração a Deus pela adoração ao método. A supervalorização da ciência acabou por levar à supervalorização do método, elemento basilar do aspecto formal da ciência – tendo por base um determinado conceito de ciência. Dessa forma surgem novas ortodoxias, que são rigorismo parateológicos que despontam dentro da própria armação conceitual das teorias formalizantes, cuja preocupação está mais na coerência metodológica do que no conteúdo vivo das realidades[42]. Dessa forma, o método passa a ser o novo logos[43]ordenador. Ou seja, o racionalismo peca por internalizar as bases do que antes criticava.

É de toda essa tensão de discursos que insubsistente a noção de infalibilidade das conclusões científicas, que está em pleno processo do que Boaventura Souza Santos chama de desdogmatização[44]. Nesse novo quadro, o conceito de 'prova para a ciência' sofreu uma metamorfose que não foi incorporada pelo conceito de 'prova para o

letras, 2005. p. 27 e 104.

[42] SALDANHA, Nelson nogueira. **Da teologia à metodologia:** Secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 85-86.

[43] Sobre a definição de *logos:* "O *logos,* presente na ontologia grega e na respectiva teologia, bem como nas teologias pós-helênicas, aparece como elemento essencial dentro da idéia de uma *ordenação* das coisas. Destarte ele surge na idéia de justiça – no fundo a justiça em sentido ontoteológico seria a própria ordem – e na de Direito, o Direito como ordem também." SALDANHA, Nelson nogueira. **Da teologia à metodologia:** Secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 24

[44] No que tange à desdogmatização da ciência: [...]o apogeu da dogmatização da ciência significa também o início do seu declínio e, portanto, o início de um movimento de desdogmatização da ciência que não cessou de se ampliar e aprofundar até nossos dias. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**; Rio de Janeiro: Gral, 1989. p. 23.

direito'. Basta pensarmos nas noções de prova para a física quântica, a teoria dos sistemas, na noção de caos e complexidade, no âmbito do direito, tendo em vista tais teorias serem 'provadas' por meios totalmente diferentes da demonstração empírica, que o direito e a ciência pautada no século XVI requeriam. Assim o conceito de 'prova para o direito' se mostra anacrônico, tendo em vista a busca pela (pretensa) verdade, enquanto a ciência já se desapegou dessa possibilidade.

Diante desse cenário, questiona-se: se nem a ciência consegue ser infalível e, de conseguinte, alcançar a verdade, como o procedimento judicial se propõe a essa busca? Indo mais além, percebe-se que a noção epistêmica que exerce o procedimento não é pautada numa epistemologia atual que admite a falibilidade de suas conclusões, mas sim em uma epistemologia do século XVI, sendo infalível e reputada como meio de legítimo acesso à verdade! Será que o procedimento judicial consegue ser isso mesmo?

Conclui-se até aqui o seguinte: a) que a manipulação do módulo probatório é determinante para o resultado da causa, devendo ser conduzida com o máximo de cuidado; b) o direito se utiliza da noção de prova construída pelo pensamento científico cunhado no início da revolução científica, coligando-se à ideia de promoção de um módulo probatório infalível, pressupondo assim o acesso à verdade; c) a ciência no seu caminhar passou a admitir a falibilidade de suas conclusões, e consequentemente a impossibilidade atual de se alcançar à verdade por meio do método científico; d) o direito ainda é fomentado pela noção de que a verdade é um dos fins do processo, mas, se utiliza de institutos, mais precisamente de noções racionalistas amplamente questionadas no tocante a sua falibilidade. Sendo assim, é improvável que o direito alcance a verdade.

4. REFLEXÕES SOBRE A VERDADE E A INICIATIVA PROBATÓRIA DOS MAGISTRADOS: POSSIBILIDADE OBJETIVA OU MERO ARTIFÍCIO ARGUMENTATIVO POLÍTICO

Logo nas cadeiras introdutórias aos estudos processuais propriamente ditos, os estudantes de direito ouvem de seus mestres que o fim do procedimento judicial repousa na busca de justiça e que esta tem como base a verdade[45]. Nesse contexto, como já visto, a verdade é o que fundamenta as iniciativas probatórias do magistrado, legitimando a produção de prova determinada por este a fim de buscar uma pretensa verdade em seu estado bruto. Ao adentrar as matérias processuais que tem como tema o direito probatório, comumente repetem-se os mesmos dogmas, tanto no processo civil, quanto no processo penal.

Para aumentar a intensidade desse furacão de reflexões, quando o operador do direito em formação vai à jurisprudência, em busca da concreta busca/implementação dessa verdade, acha entendimentos no sentido de que o processo real deve refletir a verdade, a qual condiz com o interesse público e de efetividade da justiça[46]. Tomando por pressuposto que a ciência, meio que a

[45] Por um lado, é oportuno considerar que a descoberta da verdade é um fim essencial do processo e uma condição necessária para a justiça da decisão. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 160

[46]PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SUPOSTO DEVEDOR DO TÍTULO EXEQUENDO. RISCO DE DANO AO ERÁRIO. NULIDADE ABSOLUTA DA SENTENÇA. VERDADE REAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. O acórdão recorrido concluiu que a sentença padecia de nulidade absoluta por falta de intimação do sucessor processual (suposto devedor da quantia exequenda), podendo, caso mantida, colocar em risco elevadas quantias dos cofres públicos. Insuscetível de reexame o referido entendimento, haja vista o óbice do enunciado da Súmula 7/STJ. 2. O processo moderno deve refletir a verdade real, a qual condiz com o interesse público de efetividade da justiça em

sociedade considera ser o meio mais adequado a se obter o acesso à verdade, guarda suas limitações, bem como é um instrumento falível, do ponto de vista científico, a verdade desejada pelos operadores do direito – inquestionável e infalível – para o momento é inalcançável. Mas então, qual seria o motivo pelo qual se usa tanto o verbete 'verdade' se essa restaria inalcançável?

Em um mero exercício de análise comportamental se percebe que um magistrado desejoso em se utilizar desse instrumento processual professa a ideia de um juiz mais 'ativo' do que aquele somente aplica as regras de ônus probatório. Nem sempre foi assim.

Com o advento do Estado liberal, uma série de mudanças se operaram, não ficando adstritas ao ambiente francês. As ideias do estado liberal são claramente identificadas com as noções de Estado mínimo, bem como a regulação da economia pela chamada 'lei de mercado'[47]. No tocante ao processo e a atuação do Estado, quando haviam conflitos a serem resolvidos, os sujeitos processuais necessitavam apenas que o Estado fizesse o papel de canal para que a resolução se iniciasse e que se sobressaísse a vontade das partes. Como exemplo, está a Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha de 1855.

detrimento do apego ao formalismo, sob pena de prejuízo ao direito de defesa e ao contraditório, dentre outros. Agravo regimental improvido.
(STJ - AgRg nos EDcl no REsp: 1374340 RN 2012/0176529-5, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 01/10/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2013)

[47] Adam Smith, discípulo do liberalismo, afirmava que sem qualquer intervenção de lei, os interesses de caráter privado e as paixões internas dos homens, levariam a sociedade, naturalmente, a dividir e a distribui o capital de qualquer sociedade, entre os diferentes empregos por ele realizados, tanto quanto possível, na proporção mais vantajosa para o interesse de toda a sociedade. Afirma também, que a regulamentação do sistema mercantil serviria para perturbar essa distribuição natural e vantajosa do capital. SMITH, Adam. **A Riqueza das nações**. 2.v. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 443. Trad. A. S. Lima

> El proceso se concibe como un medio de solucionar contiendas privadas, en las que el juez cumple una función de pacífico mediador, siendo las partes las que asumían todas las facultades. Esto supuso la plasmación del principio dispositivo (lo que es obvio en la actuación del Derecho privado) y el de aportación de parte (entendido éste en su más amplio sentido, incluyendo todo lo relativo a la prueba, que era <<cosa de las partes>>) [...][48]

Aroca afirma ainda que sob esse viés somente as partes poderiam determinar o objeto do processo e do debate, restando excluído assim o juiz que não vislumbrava a mera possibilidade de sua interferência[49]. Com o passar do tempo o modelo liberal de estado começa a decair, surgindo assim um papel intervencionista do Estado, assentado nos seguintes fundamentos: a) Primeira Guerra Mundial, que rompe o liberalismo clássico; b) a necessidade de intervenção econômica, em decorrência da crise de 1929; c) insubsistência da livre força do mercado; dentre outros fatores.[50]

Dentre os fatores que também contribuem com o advento de um novo estado estão: a) uma crescente preocupação com bem-estar social; b) a insubsistência da ideia de separação entre o econômico e o político, pois o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à

[48]AROCA, Juan Montero. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil espanõla y la oralidad. **Revista de La Facultad de Derecho de La Pontificia Universidad Católica del Perú,** Lima: Tarea Gráfica Educativa n. 53, p.583-668, dez. 2000. p. 595.

[49] AROCA. Juan Montero. "Sobre el mito autoritário de la "buena fe processual". **Proceso civil y ideologia:**um prefacio, uma sentencia, dos cartas, quince ensayos, moción de Valencia y declaración de azul. 2.ed. Lima: Editorial San Marcos. 2009. p. 304. Como exemplopráticodessa 'ideologia liberal' há o art. 521 da Ley de Enjuiciamentoespanhola de 1881: "Transcurrido el término señalado a una parte para cualquier traslado, actuación o diligencia sin haberlo evacuado y, en su caso, la prórroga que se hubiese otorgado, a instancia de la contraria, se dará a los autos el curso que corresponda"

[50] STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.70-71.

economia[51]. No ambiente industrial revoltas surgem devido à exploração do proletariado, sob baixos salários, condições desumanas de higiene no ambiente laboral. Diante disso, o Estado passou a atuar como um freio nos excessos da burguesia industrial, que acabou por alterar a concepção do próprio Estado que se torna o principal cruzado na busca de uma chamada "justiça social"[52].

Um pouco antes dessa transição de espécies de estado – que se deram principalmente depois das Constituições Mexicana de 1917 e da República de Weimar em 1919 –, em 1895 era editado na Áustria um novo código de processo, pautado principalmente na noção de uma maior interferência estatal nas resoluções dos conflitos. O principal artífice dessa obra foi Franz Klein, um professor universitário que ocupou a pasta do Ministério da Justiça austríaco.

Garth afirma que Klein via o processo liberal como algo inadequado para o novo Estado de bem-estar social, comprometido com valores como justiça e paz social, propondo então um juiz ativo para um Estado ativo[53]. Assim sendo, o juiz "ganha" poder para a solução das controvérsias entre os particulares, interferindo de forma mais decisiva no deslinde da causa, demonstrando-se desta forma uma ideologia intervencionista por parte do estado.

Ressalte-se que nem toda interferência estatal no processo pode ser considerada como a concretização de um projeto intervencionista de processo. Prima facie, cabe a distinção entre as faculdades processuais e materiais do juiz no processo civil. A primeira confunde-se com o aumento dos poderes do juiz para realizar o controle de prazos, ou para impulsionar o feito, o que na visão de Aroca

[51] STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73-74.
[52] NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito.** Coimbra: Almedina, 2006. p. 183.
[53] GARTH, Bryant. Franz Klein, Mauro Cappelletti, y la misión de los cultores del Derecho procesal comparado. **Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.** Lima: Tarea Gráfica Educativa.n. 52. p. 565-574. 1999. p. 566.

não representa risco algum, não sendo confundível a um código autoritário a exacerbação de tais atitudes[54], mas, plenamente vislumbrável um caráter mais social do processo. O problema do autoritarismo surge quando nas faculdades materiais, exaspera-se os poderes do juiz neste campo, que se liga intimamente ao resultado do processo, e cujo a interferência acaba por molestar a existência dos direitos subjetivos reconhecidos na norma material[55].

Da emersão desse novo modelo surge um "ônus" por parte do magistrado não só de impulsionar o processo, mas, também, cabe-lhe um papel 'material' na busca da verdade e, consequentemente, da justiça, o que enterra de vez a ideia de um juiz imparcial[56]. Como exemplo dessa nova mentalidade há o instituto da iniciativa probatória do juiz em busca de uma verdade/justiça social. Atribui-se ao procedimento judicial função epistêmica, sendo o magistrado o principal artífice do exercício dessa função. Essa concepção vigora até hoje, e é defendida por autores como Taruffo:

> Por conseguinte, resulta evidente que, entre os protagonistas do processo, o juiz é o sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental, ou seja, a apuração da verdade dos fatos. Essa função implica que ele oriente sua atividade, no curso do processo, no sentido dessa finalidade. [...]Por outro lado, coloca-se o problema de estabelecer-se o que o juiz pode ou não fazer autonomamente para a busca dos elementos de convencimento necessários para a apuração da verdade dos fatos[...]. Em um procedimento epistêmico esse problema careceria até mesmo de sentido: é óbvio que se um sujeito empenha-se para a descoberta da verdade de um fato deve poder

[54]AROCA, Juan Montero. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil espanõla y la oralidad. **Revista de La Facultad de Derecho de La Pontificia Universidad Católica del Perú,** Lima: Tarea Gráfica Educativa n. 53, p.583-668, dez. 2000. p. 635.
[55]AROCA, Juan Montero. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil espanõla y la oralidad. **Revista de La Facultad de Derecho de La Pontificia Universidad Católica del Perú,** Lima: Tarea Gráfica Educativa n. 53, p.583-668, dez. 2000. p. 635.
[56]AROCA, Juan Montero. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil espanõla y la oralidad. **Revista de La Facultad de Derecho de La Pontificia Universidad Católica del Perú,** Lima: Tarea Gráfica Educativa n. 53, p.583-668, dez. 2000. p. 616.

> utilizar todas as possibilidades de que dispõe para colher e selecionar as informações necessárias. [57]

Ora, com a internalização da noção de busca pela justiça social, sempre pautada pelas noções de "pacificação social", "altruísmo" e "igualdade", fica óbvio que os magistrados certamente estarão se utilizando desse instituto processual em favor de algum vulnerável. Eduardo Costa afirma que diante desse contexto é fácil explicar o porque os juízes soam ser tão ativos em ações ajuizadas por vulneráveis:

> No campo analítico, a teoria dos poderes instrutórios do juiz é construída assepticamente para o atingimento da decantada "verdade material"; entretanto, no campo pragmático ele se embebe ideologicamente em visões altruístas de tipo social. [...]. Daí a necessidade do juiz com amplos poderes, que permitam a ele reequilibrar as forças entre as partes e fazer prevalecer uma igualdade substancial entre elas 9º que invariavelmente se faz mediante o suprimento pro misero de lacunas probatórias). Com isso se vê que o "processualismo social" é ideologicamente parcial, visto que atua em favor do "elo mais fraco" da relação. [58]

---

[57]TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 200-201. Taruffo afirma ainda que diversas vezes no âmbito do processo, os litigantes não estão em condições iguais no que tange o ponto de vista cultural e econômico. Assim, os recursos financeiros de uma das partes podem ser limitados e a inversão da atividade probatória pode não estar equilibrada com a produção probatória da outra parte. Para que essa desigualdade não distorça a obtenção de uma pretensa "verdade" por ser a parte mais "forte" a única economicamente capaz de produzir a prova, é necessário dotar o juiz de instrumentos mais ativos, tanto para clarificação dos feitos, como na produção de prova. TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. **Revista de derecho (Valdivia)**, Valdivia , v. 15, p. 205-213, 2003 . Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502003000200010&lng=es&nrm=is. Acesso em: 22 ago 2018. http://dx.do i.org/10.4067/S0718-09502003000200010. p. 210-211.

[58] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo

Cumule-se a essa promoção de justiça social uma reflexão que Carnelutti propôs. Ele afirmava que a investigação e valoração das provas devem estar separadas, sendo ruim que estejam juntas, pois, quem busca investigar algo se sente instintivamente levado a sobrevalorizar, aquilo que ao final, é obra sua[59].

Como bem afere Eduardo Costa, o magistrado só utiliza o instrumento da iniciativa probatória quando uma dúvida o inquieta. A partir da determinação judicial, há somente dois caminhos lógicos: a) o magistrado sabe a quem aproveitará a prova (autor ou réu) ou; b) não sabe a quem ela favorecerá. Na primeira hipótese, a sua imparcialidade está maculada, tendo em vista a sua 'torcida ' e auxílio em prol de uma das partes. Sobre a segunda hipótese[60]:

> Quando o juiz ordena uma prova à míngua de requerimento da parte, só pode haver cinco resultados possíveis: 1) prova de fato constitutivo do direito do autor; 2) prova de fato impeditivo do direito do autor; 3) prova de fato extintivo do direito do autor; 4) prova de fato modificativo do direito do autor; 5) prova de nada. De pronto, percebe-se que os resultados (2), (3), (4) e (5) revelam uma dilação probatória absolutamente inútil, o que atenta contra o princípio da economia processual. Posto que favoreçam o réu, há tempos a demanda já poderia ter sido rejeitada por ausência de provas. Isso revela que o magistrado sempre visou ao resultado (1). Por conseguinte, aqui, existe apenas um único beneficiário real: o autor.[61]

Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015. p. 157.

[59] CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y processo.** v.1. Buenos Aires: EJEA, 1971. p. 190.

[60] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015. p. 154.

[61] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015. p. 155-156.

No ponto, diante da construção aqui apresentada, a busca da verdade pelo processo, se mostra mais como um elemento ideológico do que algo a ser objetivamente perseguido. Busca-se a verdade, mas, descobre-se que a mesma não é acessível pelos meios disponíveis; procura-se a realidade, mas essa não passa de construção cognitiva. O processo não pode ter como objetivo a busca da verdade, tampouco essa busca pode ser o fim institucional da prova; o atingimento da verdade é indisponível para o conhecimento humano, principalmente nos processos judiciais que busca apenas a reconstrução de fatos pretéritos, através de sujeitos falíveis[62]. Mateus Pereira, com base nas lições de Edgar Morin, afirma que não há apenas um embate ideológico, lecionando que o cérebro é um órgão numa caixa-preta, recebendo mensagens pelos sentidos, mas não na forma direta, e sim codificada; é sobre esse resultado de codificação que recai a interpretação cerebral.[63] Assim é humanamente problemático acessar a verdade plena.

Conclui-se dessa forma que o processo não pode ter como objetivo a busca da verdade, principalmente por meios institucionais. Como exposto nas lições esposadas nesse escrito que o atingimento da verdade, no momento atual, é indisponível ao conhecimento humano. Assim, as conclusões obtidas se direcionam a visão da 'verdade' como elemento ideológico-argumentativo, com a mera pretensão de fortalecer a fundamentação e aceitabilidade da decisão perante os jurisdicionados ou por vezes para somente legitimar uma

[62]SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da "busca da verdade real" na instrução e fundamentação das decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 250, p.91-117, dez. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.250.05.PDF>. Acesso em: 02 out. 2018.

[63] PEREIRA, Mateus Costa. A paridade de armas sob a óptica do garantismo processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**. Belo Horizonte, v. 25, n. 98, p. 247-265, abr-jun. 2017. p. 258.

decisão que fora tomada por ele previamente64, servindo mais como instrumento retórico do que algo objetivamente construído.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO DE CASTRO, Carla Rodrigues. **Prova científica: exame pericial de DNA.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

AROCA, Juan Montero. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil espanõla y la oralidad. **Revista de La Facultad de Derecho de La Pontificia Universidad Católica del Perú,** Lima: Tarea Gráfica Educativa n. 53, p.583-668, dez. 2000.

AROCA. Juan Montero. "Sobre el mito autoritário de la "buena fe processual". in: **Proceso civil y ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos, moción de Valencia y declaración de azul.** 2.ed. Lima: Editorial San Marcos. 2009.

BARROS FILHO, Jenner Barretto. **Reducionismo: uma abordagem epistemológica**. Lisboa: Edições 70, 1994.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BORGATTI NETTO, Ricardo. **Paradigma Mecanicista: origem e fundamentos.** São Paulo: Leopardo Editora, 2012.

BURNIER JUNIOR, João Penido. Teoria Geral da Prova. Campinas: Edicamp, 2009.

64 "Os poderes instrutórios podem servir para que o processo se amolde a uma decisão aprioristicamente engendrada pelo juiz. Ou seja: os poderes instrutórios podem ser utilizados para coonestar uma decisão já formada, como se o processo pudesse ser esticado ou amputado para que caiba no julgamento já formado". GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no "Leito de Procusto". **Revista de Processo**, v. 39, n. 235, p. 85-117, set. 2014.p. 91.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, Volume 3. São Paulo: RT, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y processo**. v.1. Buenos Aires: EJEA, 1971.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela, v. 2. 8. ed. Editora JusPodivm: Salvador, 2013.

GARTH, Bryant. Franz Klein, Mauro Cappelletti, y la misión de los cultores del Derecho procesal comparado. **Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**.Lima: Tarea Gráfica Educativa.n. 52. p. 565-574. 1999.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no "Leito de Procusto". **Revista de Processo** - RePro, v. 39, n. 235, p. 85-117, set. 2014.

LANNES, Wagner. **A incompletude além da matemática: impactos culturais do teorema de Gödel no século XX. 2009**. 213 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em História, Departamento de História, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

LARONGA, Antonio. **Le prove atipiche nel processo penale**. Verona: Cedam, 2002.
MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARKOFF, John. **Teoria quântica vence Einstein mais uma vez em estudo holandês. 2015**. Tradução de Eloise de Vylder. Publicado originalmente no The New York Times da mesma data. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/the-new-york-times/2015/10/26/teoria-quantica-vence-einsten-mais-uma-vez-em-estudo-holandes.htm>.

MORALES, Rodrigo Rivera. **La Prueba**: un análisis racional y práctico. Madrid: Marcial Pons, 2011.

NERI, Demetrio. **Filosofia Moral**: manual introdutivo. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Tradução de Orlando Soares Moreira.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10. ed.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito.** Coimbra: Almedina, 2006.

PEREIRA, Mateus Costa. A paridade de armas sob a óptica do garantismo processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**. Belo Horizonte, v. 25, n. 98, p. 247-265, abr-jun. 2017

_____. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental**: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

_____. **O paradigma Racionalista e sua repercussão no direito processual brasileiro. 2009**. 233 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Teologia e Ciências Humanas, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2009.

POINCARÉ, Henri. Sur le problème des trois et les équations de la dynamique. **Acta Mathematica, Estocolmo**, v. 13, p.1-270, 1890. Quadrimestral. Notes: m Mémoirecouronné du prix de SaMajesté le Roi Oscar II de Suède, le 21. Janvier 1889. - Les bases de la théorie du chãos.

RENN, Jürgen. A física clássica de cabeça para baixo: como Einstein descobriu a teoria da relatividade especial. **Revista Brasileira de Ensino de Física,** [s.l.], v. 27, n. 1, p.27-36, mar. 2005. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/s1806-11172005000100004>

RUELLE, David. **Acaso e caos**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 1992.

SALDANHA, Nelson nogueira. **Da teologia à metodologia:** Secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**; Rio de Janeiro: Gral, 1989.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, t. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da "busca da verdade real" na instrução e fundamentação das decisões**. Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 91-117, dez. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.250.05.PDF>.

SHALM, Lynden K. et al. Strong Loophole-Free Test of Local Realism. **Physical Review Letters**, [s.l.], v. 115, n. 25, p. 1-10, 16 dez. 2015. American Physical Society (APS). http://dx.doi.org/10.1103/physrevlett.115.250402.Disponívelem: https://journals.aps.org/prl/pdf/10.1103/PhysRevLett.115.250402

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SMITH, Adam. **A Riqueza das nações**. 2.v. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 443. Trad. A. S. Lima.

STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terraebrasilis**. Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 921, p. 359-391, jul. 2012.

TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. **Revista de derecho (Valdivia**), Valdivia , v. 15, p. 205-213, 2003 . Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07180950 2003000200010&lng=es&nrm=is. Acesso em: 22 ago 2018. http://dx.do i.org/10.4067/ S0718-09502003000200010.

. TARUFFO, Michele**. La prueba de los hechos**. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Cadernos de processo do trabalho** n. 13: prova: parte geral. São Paulo: LTR, 2018.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 2. ed. Campinas: Papirus, 2003.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direitos: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003

YIN, Juan et al. Lower Bound on the Speed of Nonlocal Correlations without Locality and Measurement Choice Loopholes. **Physical Review Letters,** [s.l.], v. 110, n. 26, p.1-10, 26 jun. 2013.American Physical Society (APS). http://dx.doi.org/10.1103/physrevlett.110.260407.

Thiago Caversan Antunes

O RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIMEIRA DIMENSÃO

O RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIMEIRA DIMENSÃO*

Thiago Caversan Antunes**

INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, sob a inspiração de que o processo seria, supostamente, um instrumento do Poder Judiciário para a efetivação pretensamente justa do direito material alegadamente lesado ou sob ameaça, foi ganhando corpo a ideia de que o magistrado poderia eventualmente colocar de lado o formalismo "excessivo" para garantir o império da ordem jurídica justa.

Bem neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015, determina, no art. 8º, que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

---

* Originalmente publicado em: PIEROBON, Flávio; ANTUNES, Thiago Cavrsan (org.). Direitos Humanos e Contemporaneidade: estudos em homenagem aos 60 anos da comissão interamericana de direitos humanos. Londrina, PR: Thoth, 2020, p. 269 a 281.

** Doutor e pós-doutor em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR), mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), especialista em Direito Civil e Processo Civil (UEL). Professor do curso de graduação em Direito da Faculdade Positivo de Londrina e de diversos cursos de pós-graduação *lato sensu*. Autor de livros e artigos científicos. Membro efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro), da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e do Instituto Paranaense de Direito Processual (IPDP). Membro titular da Academia de Letras, Ciências e Artes de Londrina (ALCAL). Atua como advogado. E-mail: thiago@caversan.adv.br.

Adiante, o próprio Código de Processo Civil de 2015 prevê, no art. 277, que, quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade, e no art. 283, caput e parágrafo único, que o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, e que deverá ocorrer o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Neste panorama, aparentemente, perde-se de vista que o devido processo legal é constituído, exatamente, por aquelas formalidades elevadas pela legislação como parte integrante de um procedimento jurisdicional, sem cuja observância não se pode cogitar de legítima a pretensão do Estado de atingir a liberdade e o patrimônio das pessoas naturais ou jurídicas sujeitas ao seu poder.

No primeiro tópico deste capítulo, procurar-se-á definir, brevemente, o que são direitos fundamentais, para, em seguida, no segundo tópico, tratar de suas três dimensões que se complementam e que se apoiam mutuamente, com especial ênfase e atenção à primeira dimensão, onde se enquadra o direito ao devido processo legal.

Em seguida, analisar-se-á o respeito ao devido processo legal como garantia fundamental das pessoas, por um lado, e método de trabalho dos agentes do Poder Judiciário, por outro, em contraposição à classificação do processo como suposto instrumento à disposição das autoridades jurisdicionais na efetivação de direitos materiais.

O que se pretende, desde o início, é chamar a atenção para a flagrante e indisfarçável inutilidade de se estabelecer determinados limites à atuação legítima dos agentes públicos e deixar a esses mesmos agentes públicos a possibilidade de exame de conveniência de quando respeitar tais limites ou não.

1. DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como o resumido estudo que ora se apresenta procura identificar o respeito ao devido processo legal como direito fundamental, é necessário partir de um breve pacto semântico, a partir do qual se possa compreender, exatamente, o que significa, aqui, referir um determinado direito como "fundamental".

Preliminarmente, porém, é necessário pontuar que, para os fins deste estudo, as expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais" diferenciam-se especialmente pelo viés da positivação.

Enquanto os direitos fundamentais são estritamente aqueles contidos em um determinado ordenamento jurídico positivado, os direitos humanos têm uma pretensão de universalidade, e podem estar contidos em "declarações" não necessariamente integrantes de um determinado regramento jurídico nacional.[1] (SARLET, 2006, p. 35 e 36).

Neste mesmo sentido, Marmelstein observa que,

> *[...] toda vez que a Constituição se refere ao âmbito internacional, ela fala em "direitos humanos". E quando ela tratou dos direitos que ela própria reconhece, chamou de "direitos fundamentais", tanto que o Título II da Constituição de 88 é intitulado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".*[2] *(2016, p. 25).*

Feito tal esclarecimento preliminar, cabe destacar que os direitos fundamentais, em particular, distinguem-se dos demais direitos, em geral, principalmente por serem considerados prerrogativas especialmente inerentes às pessoas, em virtude de sua própria personalidade (natural ou jurídica).

---

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

[2] MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 25.

Nas palavras de Antônio de Sampaio Dória, "direito fundamental é o direito inerente à personalidade humana, é a ausência de constrangimento para toda atividade sem a qual não se conserve, nem se aperfeiçoe o homem".[3]

José Afonso da Silva, que utiliza a expressão "direitos fundamentais do homem", afirma que tal classe de direitos

> *[...] além e referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.*[4]

No caso brasileiro, vale salientar, os direitos fundamentais vigentes encontram-se consagrados a partir do próprio texto constitucional, que, como visto, faz referência específica ao respeito ao devido processo legal, e que também não exclui outros direitos que não exatamente os ali previstos, que decorram do próprio sistema ou de tratados internacionais, conforme a previsão do art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988.

Neste ponto, é importante a observação de Zulmar Fachin de que "os direitos fundamentais têm poder de vinculação. Não significam, portanto, meras declarações as quais seus destinatários podem ou não seguir. Eles vinculam todos os poderes estatais e, inclusive, os particulares".[5]

É de se observar, ademais, que, no Brasil, a vinculatividade dos

---

[3] DÓRIA, A. de Sampáio. *Os Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942, p. 574.
[4] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182.
[5] FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 240.

direitos fundamentais encontra fundamento no próprio texto constitucional, haja vista que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, prevê, em termos expressos, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Em síntese apertada, portanto, classificar um determinado direito como fundamental é, com apoio no ordenamento jurídico em vigor, a partir da própria Constituição Federal, classificá-lo como inerente à condição de pessoa (natural ou jurídica), e que, como tal, constitui prerrogativa que pode ser exercida inclusive em face do poder público e, eventualmente, inclusive, da própria sociedade.

2. DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Traçada, ainda que de maneira bastante panorâmica e exclusivamente para os fins deste estudo, uma definição do que se pretende significar por meio da expressão "direitos fundamentais", é de se esclarecer que, inclusive por conta de sua característica de "indivisibilidade", entende-se que tais direitos encontram-se organizados em basicamente três dimensões que se apoiam e se fundamentam reciprocamente de maneira coerente e harmônica – e não em gerações que supostamente se superam.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que

> *[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...].*[6]

Ainda que não se ignore que parte da doutrina sugira a

[6] SARLET. *Op. cit.*, p. 55.

existência de outras dimensões, para os fins deste estudo trabalha-se com a noção de três dimensões básicas dos direitos fundamentais, relacionadas aos assim chamados direitos de liberdade, aos denominados direitos sociais e aos propalados direitos de solidariedade.

Aliás, segundo a lição de Walter Claudius Rothenburg,

> *A indicação de outras "gerações" (dimensões) além da terceira ainda não se apoia em uma distinção segura, [...]. Quem as sustenta provavelmente utiliza sobretudo o critério temporal (histórico) e deixa-se influenciar pelos modismos da atualidade. O direito de participação democrática, o direito a um governo honesto e eficiente ("boa governança"), o direito de informação (que compreende a inclusão digital, com direito de acesso à Internet) e o direito à identidade (direito de ser diferente), apenas para ilustrar, não passam de consolidados direitos fundamentais clássicos (de primeira "geração", direitos "civis e políticos"), abordados, porém, à luz de novas e instigantes preocupações. Assim, se a leitura renovada das várias fases dos direitos fundamentais impõe-se para inseri-los no contexto presente e deles extrair uma efetividade atual (a fim de que "os velhos direitos sejam constantemente atualizados para refletirem a mentalidade e as necessidades do presente"), o reconhecimento de novas e distintas dimensões ainda não se sustenta. É, talvez, uma veleidade recorrente da doutrina de cada época, ao querer deixar sua contribuição e, assim, inscrever um tipo próprio [...].*[7]

[7] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais [e-book]*. Rio de Janeiro:

Assim, conforme sugerido desde o início, ao lado dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, ligados, respectivamente, às noções de igualdade e de solidariedade, e que demandam, assim, a uma atuação ativa do Estado (no caso dos direitos de segunda dimensão) e, também, um engajamento de toda a sociedade (em relação aos direitos de terceira dimensão), o foco principal desde estudo é a compreensão das características dos direitos de primeira dimensão, que tem como eixo a ideia de liberdade, aqui relacionada principalmente às liberdades civis e políticas, e ao direito de não intervenção do Estado na esfera privada.

Segundo ensina Fabiano Melo de Oliveira,[8]

> *Os direitos de primeira geração (dimensão) são decorrentes das revoluções liberais do século XVIII, em especial as declarações de direitos norte-americanas (a Declaração do Bom Povo da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ambas de 1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 1789, que enunciaram os direitos liberais clássicos (também chamados de liberdades).*
>
> *O valor que caracteriza a primeira geração de direitos é a liberdade, que pode ser a liberdade de comércio, de expressão, de consciência, de reunião, de associação, de crença e religião etc. O valor liberdade emerge nas declarações liberais como a necessidade de demarcar a atuação do Estado na esfera do indivíduo. Em outras palavras, como são direitos de cunho ou status negativo, impõem a*

Forense, 2014.

[8] OLIVEIRA, Fabiano Melo de. *Direitos Humanos*. São Paulo: Método, 2016, p. 14.

> *abstenção do Estado na seara individual.*
>
> *Os direitos de primeira geração (dimensão) são os direitos civis e políticos.*
>
> *Entende-se por direitos civis o direito à vida, à liberdade, à propriedade privada, à igualdade formal e posteriormente outras liberdades específicas como a de pensamento, expressão, reunião, associação, dentre outras.*
>
> *Já os direitos políticos conferem a possibilidade de participação nos destinos políticos, notadamente o direito de votar e ser votado.*

Conforme explica Daniel Sarmento, "dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados".[9]

Neste mesmo sentido, Flávio Pierobon observa que "[...] os direitos fundamentais ligados à liberdade servem preponderantemente para proteger as pessoas (naturais ou jurídicas) do arbítrio estatal".[10]

E não é demais recordar que esta noção de necessidade de precaução contra a possibilidade de arbítrio das autoridades investidas de poder público calca-se na noção, já salientada por Antônio de Sampaio Dória de que "nem ao povo, nem ao governo, no legislativo ou no executivo, é prudente confiar um poder onipotente, para assegurar aos indivíduos os direitos, e promover o bem comum, de que

[9] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 12 e 13.
[10] PIEROBON, Flávio. *Restrição aos Direitos Fundamentais na Democracia Brasileira*: 20 anos de estado democrático de direito. In: PIEROBON, Flávio; OLIVEIRA, Valéria Martins (org.). 30 Anos da constituição cidadã: desafios e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2018, p. 62.

o mais alto é o respeito à liberdade"[11]

Desta forma, como bem observa Gerardo Pisarello,

> *[...] o único poder idôneo para proteger os direitos e, com isto, a liberdade das pessoas e dos grupos nos quais estas se inserem, seria um poder que negasse, de certo modo, sua tendência intrínseca à dominação e à arbitrariedade, isto é, um poder constantemente limitado e disciplinado em termos democráticos.*[12]

No rol de direitos fundamentais de primeira dimensão encontram-se, portanto, incluídas importantes garantias do cidadão, contra qualquer espécie de exercício arbitrário do poder, como por exemplo, o direito à vida e à liberdade , como também, no âmbito estritamente jurisdicional, o direito de respeito à autoridade da coisa julgada e, o que é mais especificamente objeto deste estudo, de observância ao devido processo legal, inclusive observados os seus corolários do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consagrados, respectivamente, no art. 5º, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal.

Aqui, ainda uma vez, vale salientar que entre direitos fundamentais não há propriamente desnível hierárquico – conforme poderia, eventualmente, poder ser sugerido pela noção de "gerações" que se superam. As diversas dimensões de direitos fundamentais, ligadas, primordialmente, a ideias de liberdade, igualdade e solidariedade, complementam-se mutuamente, de maneira que é absolutamente inadequado que se pretenda desconsiderar as garantias erigidas pelo ordenamento jurídico contra a possibilidade de arbítrio estatal em prol de uma eventual conveniência de atuação do Estado na

[11] DÓRIA, Antônio de Sampáio. *Os Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942, p. 576.
[12] PISARELLO, Gerardo. *Los Derechos Sociales y sus Garantías*: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007, p. 115, tradução nossa.

implementação de outras garantias, até porque, conforme se procurará esmiuçar adiante, isso implicaria um completo esvaziamento do próprio conjunto de liberdades, enquanto garantia.

3. RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como visto, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 5º, LIV, entre os direitos e garantias fundamentais, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Trata-se, evidentemente, segundo as premissas firmadas no tópico anterior, de um direito fundamental de primeira dimensão, haja vista que estabelece, por um lado, uma garantia às pessoas, enquanto impõe ao poder institucionalizado, limites de atuação legítima.

Persiste, contudo, ainda, no Brasil, a visão de que o processo seria antes um instrumento à disposição da jurisdição na efetivação do direito material do jurisdicionado, que uma garantia fundamental da pessoa contra eventuais arbítrios no exercício do poder institucionalizado.

É bem verdade que tal visão sobre o processo ganhou grande fôlego e projeção com a publicação, em 1987, da obra de Cândido Rangel Dinamarco denominada, precisamente, "A Instrumentalidade do Processo".[13]

A este respeito, vale a síntese de Antônio Carvalho Filho:

> *Dinamarco propõe a [re]leitura dos institutos processuais, com a jurisdição no centro gravitacional da ciência processual, passando o "processo" a ser mero instrumento da jurisdição (=poder). O processo, por conseguinte, deve ser visto como uma ferramenta a serviço do poder*

[13] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

> *jurisdicional com a finalidade de atender a três escopos, quais sejam: (a) o escopo social; (b) o escopo político e; (c) o escopo jurídico.*
>
> *O escopo social seria o mais relevante, pois objetiva a resolução dos conflitos para a "pacificação com justiça" e a "educação" dos jurisdicionados através da decisão judicial.*
>
> *Constrói-se, a partir daí, um modelo de juiz: um representante do povo, que possui legitimidade democrática tal qual um parlamentar (poder legislativo), que deve estar atento aos anseios e motivações da própria sociedade.*[14]

Assim também, Gilberto Morbach explica:

> O instrumentalismo processual, personificado especialmente pelo Prof. Cândido Rangel Dinamarco, é uma concepção segundo a qual, como seu próprio nome já indica, o processo é um instrumento do Estado. Naturalmente, a ideia de "instrumento" pressupõe um resultado; assim, a escola instrumentalista de processo compreende a jurisdição como uma função estatal voltada aos objetivos por ele definidos a priori: objetivos, segundo o próprio Prof. Dinamarco, situados (i) no campo propriamente jurídico, com a "atuação da vontade do direito substancial"; (ii) no âmbito social, traduzido nas ideias de "pacificação com justiça" e "educação para a consciência dos próprios direitos e

[14] CARVALHO FILHO, Antônio. *Precisamos Falar sobre Instrumentalismo Processual*. 2017. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho. Acesso em 10 mar. 2020.

> respeito aos alheios"; e, finalmente, (iii) na esfera política, na qual o elo de ligação entre Direito e democracia é substancializado na "afirmação do poder estatal", na "participação democrática" e na "preservação do valor liberdade". Nesse sentido, caberia àquele investido na magistratura — um juiz "magnânimo e preparado" — "eliminar conflitos mediante critérios justos", cumprindo com "o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado" visando ao "bem comum".[15]

Natascha Anchieta e Igor Raatz, todavia, bem observam que o instrumentalismo processual tem, no Brasil, manifestações muito anteriores:

> *Com o Código de Processo Civil de 1939, introduziu-se, no Brasil, a noção de que o processo é um instrumento a serviço do Estado e, portanto, que ele é instrumento da jurisdição. Essa observação não deveria causar espanto. Afinal de contas, no mesmo período, também na Itália e em Portugal, assistia-se à incorporação legislativa de uma visão autoritária do processo, a qual, por óbvio, não poderia conceber o processo senão como um instrumento para o Estado. [...] O discurso em favor de um modelo publicista, autoritário e centrado na figura do juiz – alicerçado na ideia de que o processo serve ao Estado, e não às partes – ganhou eco no Brasil e segue firme até hoje.*[16]

---

[15] MORBACH, Gilberto. *A Ambiguidade Fundamental do Instrumentalismo Processual*. 2019. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-67-a-ambiguidade-fundamental-do-instrumentalismo-processual. Acesso em 10 mar. 2020.

[16] ANCHIETA, Natascha; RAATZ, Igor. *Das Raízes do Instrumentalismo Processual no*

Saliente-se que a ideia, por anacrônica que pareça – e efetivamente seja – em vista do texto constitucional vigente, encontra eco, ainda hoje, por exemplo, no Código de Processo Civil de 2015, que, em suas "normas fundamentais", mais especificamente no art. 8º, prevê que, "ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência".

Não é, assim, por mero acaso que se chega à redação dos art. 276 a 283, do Código de Processo Civil, que disciplinam o regime das nulidades processuais, e que sugerem a suposta possibilidade de aproveitamento de atos formalmente nulos, quando "alcançada a sua finalidade", ou quando constatar a "inexistência de prejuízo".

Indo ainda além, Artur César de Souza defende uma "parcialidade positiva do juiz", sugerindo, assim, que, em determinadas circunstâncias, a imparcialidade deveria ser, de certa maneira, posta de lado para viabilizar a construção de uma decisão judicial "justa":

> *Por meio de uma racionalidade crítica que rompe com a totalidade processual dominante (atual concepção do princípio da imparcialidade), o juiz deve abandonar sua subjetividade solipsista de apenas realizar um ato de conhecimento no âmbito de atividade jurisdicional, para por meio de sua sensibilidade reconhecer a exterioridade das vítimas, das diferenças sociais, econômicas e culturais.*
>
> [...]
>
> *A venda da deusa da Justiça necessita ser retirada para que se possa reconhecer no processo a*

Brasil. 2019. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-110-das-raizes-do-instrumentalismo-processual-no-brasil. Acesso em 10 mar. 2020.

> *racionalidade do outro, a sua diferença sociocultural-político-econômica. A balança, diante da realidade latino-americana, deve ser desequilibrada, a fim de representar as desigualdades sociais, econômicas e culturais existentes num continente regrado por injustiças sociais.*[17]

A concepção é, afinal, de que o magistrado, na posição de protagonista da relação jurídico processual, poderia, supostamente, "afastar formalidades" com vistas a uma prestação jurisdicional mais "justa".

Lenio Luiz Streck, contudo, adverte que

> *A ideia de que o processo é um instrumento teleológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos encarrega a jurisdição de – solipsisticamente – levá-los à realização. Há algo de intrigante nisso, uma vez que, pela lente da referida corrente teórica, o processo não é um fim em si mesmo, mas apenas um meio para a realização plena do direito material. Ocorre que quem realiza plenamente o direito material é o juiz, considerado pelos instrumentalistas como "o canal de captação e tradução dos valores que a sociedade em seu tempo produz". Dizem eles que isso deve ser assim porque "o processo não pode retroceder em sua cientificidade". [...] Em suma, todo edifício processual se faz, segundo a instrumentalidade, a partir da jurisdição. [...] Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e*

[17] SOUZA, Artur César de. *A Parcialidade Positiva do Juiz*. São Paulo: RT, 2008, p. 254 e 255.

> *pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(ría)mos continuar a delegar ao juiz a apreciação do "direito material em conflito"? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder.*[18]

Neste sentido, é necessário resgatar a noção de que o processo é, precisamente, um conjunto de formalidades, expressamente previstas na legislação, como método específico de atuação legítima da autoridade jurisdicional, com vistas à garantia do efetivo exercício do contraditório.

Ora, se a legislação prevê um certo conjunto de formalidades que devem ser observadas pelo magistrado para que possa, legitimamente, enquanto agente do poder público institucionalizado, atingir a liberdade ou o patrimônio das pessoas, e se o texto constitucional determina que a observância de tais formalidades legalmente previstas tem o status de garantia fundamental, é verdadeiramente bizarro que se deixe ao próprio magistrado – destinatário negativo da garantia – a faculdade de decidir unilateralmente de quais formalidades pode, eventualmente, "abrir mão".

Isto, até porque, frise-se, o respeito ao devido processo legal, muito ao contrário de ser "prerrogativa" do magistrado, encontra-se previsto na ordem jurídica constitucional como garantia das pessoas.

Por derradeiro, vale salientar que não se ignora as enormes "tentações" de se "relativizar" o respeito ao devido processo legal, principalmente quando aparentemente para se viabilizar a implementação de direitos sociais ou transindividuais.

---

[18] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

Nestes momentos, é necessário resgatar a noção de que os direitos fundamentais encontram-se organizados em dimensões que se apoiam mutuamente, de maneira que o ataque às garantias fundamentais de liberdade inevitavelmente abala sensivelmente toda a estrutura jurídica constitucional vigente.

Vale, aqui, a advertência talhada por Eduardo José da Fonseca Costa:

> É chegado o tempo de se erradicar o "garantismo processual ad hoc", *aceito pela metade, como mero artifício de argumentação, segundo conveniências de momento, que aqui e ali goteja de improviso em arrazoados forenses. Quem aceita as premissas garantistas, há de aceitar todas as suas consequências, ainda que uma vez por outra colidam com sentimentos pessoais de justiça e equidade. Nisso reside a coragem da coerência. É preciso que a processualística seja menos advocacia que doutrina, menos eloquência que ciência, menos postulação que explicação, menos tópica que sistemática, menos pragmática que analítica, menos retórica que lógica, menos emoção que razão, menos moral que direito, menos princípio que regra, menos fluidez que fixidez, menos subjetividade que objetividade, menos informalidade que formalidade, menos vontade que realidade.*[19]

O respeito ao devido processo legal, nessa perspectiva, é, assim, vale repisar, garantia fundamental do cidadão contra eventuais possíveis (ainda que completamente involuntários) arbítrios no

[19] COSTA, Eduardo José Fonseca da. *Processo: garantia de liberdade ou garantia de livramento?* 2019. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abpdro-100-processo-garantia-de-liberdade-ou-garantia-de-livramento. Acesso em 10 mar. 2020.

exercício do poder jurisdicional; constituindo, assim, a estrita observância dos procedimentos previstos na legislação infraconstitucional (com atenção especial ao fator essencial do contraditório), para os magistrados, método de exercício legítimo de sua própria importantíssima função.

4. CONCLUSÃO

No decorrer deste resumido estudo, procurou-se demonstrar que o texto constitucional vigente determina, em consonância com o regramento internacional, desenvolvido ao longo de séculos, que o poder do Estado institucionalmente organizado, por meio de seus agentes, nessa qualidade, respeite a liturgia estabelecida no próprio ordenamento jurídico, quando pretender, de qualquer forma, atingir a liberdade ou o patrimônio das pessoas.

Essa liturgia, como é evidente, é constituída por aquelas formalidades procedimentais previstas na própria legislação infraconstitucional, sempre em respeito às determinações que emanam da própria Constituição Federal, a partir, por exemplo, da inafastabilidade da jurisdição, e também do efetivo contraditório e da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

Se, de um lado, as pessoas têm como garantia fundamental de primeira dimensão a certeza de que não terão sua liberdade ou patrimônio cerceados pelo poder público sem estrita observância do procedimento previsto no próprio ordenamento jurídico, o Poder Judiciário, por outro lado, tem o respeito ao devido processo legal como método de trabalho legítimo.

Dito de outra maneira, as formalidades estabelecidas na legislação como parte integrante do devido processo legal constituem limite à atuação não arbitrária e não totalitária dos magistrados de todos os graus de jurisdição. Seria, assim, no mínimo exótico que se deixasse aos próprios magistrados a possibilidade de deliberar

livremente a escolha de quando eventualmente respeitar tais formalidades, com vistas a um suposto "bem maior".

De nada adiantaria o texto constitucional estabelecer "limites fundamentais" contra o possível arbítrio do poder, se o próprio agente destinatário de tais limites pudesse, segundo seus próprios critérios de "justiça", decidir quando acredita ter boas razões para ultrapassá-los.

5. REFERÊNCIAS

ANCHIETA, Natascha; RAATZ, Igor. Das Raízes do Instrumentalismo Processual no Brasil. 2019. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-110-das-raizes-do-instrumentalismo-processual-no-brasil. Acesso em 10 mar. 2020.

CARVALHO FILHO, Antônio. Precisamos Falar sobre Instrumentalismo Processual. 2017. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho. Acesso em 10 mar. 2020.

COSTA, Eduardo José Fonseca da. Processo: garantia de liberdade ou garantia de livramento? 2019. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abpdro-100-processo-garantia-de-liberdade-ou-garantia-de-livramento. Acesso em 10 mar. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DÓRIA, Antônio de Sampáio. Os Direitos do Homem. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORBACH, Gilberto. A Ambiguidade Fundamental do Instrumentalismo Processual. 2019. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-67-a-ambiguidade-fundamental-do-instrumentalismo-processual. Acesso em 10 mar. 2020.

OLIVEIRA, Fabiano Melo de. Direitos Humanos. São Paulo: Método, 2016, p. 14.

PIEROBON, Flávio. Restrição aos Direitos Fundamentais na Democracia Brasileira: 20 anos de estado democrático de direito. In: PIEROBON, Flávio; OLIVEIRA, Valéria Martins (org.). 30 Anos da constituição cidadã: desafios e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2018, p. 59 a 73.

PISARELLO, Gerardo. Los Derechos Sociales y sus Garantías: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais [e-book]. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Artur César de. A Parcialidade Positiva do Juiz. São Paulo: RT, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Vinicius de Negreiros Calado
Matheus Quadros Lacerda Troccoli

CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE "FALSO COLETIVO": critérios jurisprudenciais para sua caracterização

CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE "FALSO COLETIVO": critérios jurisprudenciais para sua caracterização[1]

Vinicius de Negreiros Calado[2]
Matheus Quadros Lacerda Troccoli[3]

RESUMO

Este estudo analisa a caracterização jurisprudencial dos contratos de plano de saúde "falso coletivo" no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa contextualiza o desenvolvimento da regulamentação da saúde suplementar no Brasil, destacando o período de ausência normativa que perdurou até a promulgação da Lei n.º 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde). O trabalho examina o impacto da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1931, que declarou inconstitucional a obrigatoriedade de oferta de planos individuais ou familiares (plano-referência) pelas operadoras. Esta decisão gerou uma mudança significativa no mercado, levando as operadoras a ofertarem predominantemente planos coletivos, inclusive para grupos familiares que constituem pessoas jurídicas

[1] Uma versão preliminar deste texto, enfocando exclusivamente as decisões do STJ foi apresentada em: Calado, Vinicius de Negreiros; Troccoli, Matheus Quadros Lacerda. CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE "FALSO COLETIVO": uma ilegalidade reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). In Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI. Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Juraci Mourão Lopes Filho; Liton Lanes Pilau Sobrinho. Florianópolis: CONPEDI, 2023. p. 423-443. Disponível em: https://site.conpedi.org.br/publicacoes/pxt3v6m5/k6ol8867. Acesso em: 1 jul. 2025.

2 Doutor em Direito. Professor do mestrado profissional em Direito e Inovação (PPGDI) da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Advogado. E-mail: vinicius.calado@unicap.br

3 Mestrando do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito e Inovação (PPGDI) pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado. Email: matheus.00000007436@unicap.br

especificamente para contratar planos de saúde. Através de levantamento jurisprudencial utilizando inteligência artificial (JusIA), foram analisadas 38 decisões de tribunais brasileiros. Os resultados demonstram que tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto os tribunais estaduais têm reconhecido a abusividade dessa prática, caracterizando como "falso coletivo" os contratos que preenchem dois critérios essenciais: (1) beneficiários pertencentes ao mesmo grupo familiar e (2) número diminuto de "vidas" (entre duas e oito pessoas nos casos estudados). A jurisprudência tem equiparado esses contratos aos planos individuais ou familiares, aplicando as limitações de reajuste previstas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e assegurando a proteção consumerista aos beneficiários, coibindo assim as práticas abusivas das operadoras.

Palavras-chave: Planos de Saúde. Falso Coletivo. Jurisprudência.

SUMÁRIO

1 Introdução; **2** Da Lei dos planos de saúde (Lei n.º 9.656/1998); 2.1 Dos regimes e dos tipos de contratos de plano de saúde; 2.2 Dos contratos de plano de saúde “falso coletivos”; **3** Da análise das decisões do tribunais brasileiros; **4** Considerações finais; **5** Referências.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o direito de assistência à saúde pode ser prestado de 3 (três) maneiras, de forma direta, por meio da prestação de serviço de saúde pública garantido pelo Estado mediante o uso do Sistema Único de Saúde (SUS); de forma complementar, em que as entidades privadas prestam auxílio ao funcionamento do SUS; e de forma suplementar, em que as operadoras prestam assistência à saúde privada, mediante contraprestação financeira, a partir do fornecimento de planos de saúde no mercado de consumo, não havendo, entretanto, vínculo direto com o sistema público de saúde.

Em se tratando de saúde suplementar, observa-se que, por muito tempo este setor esteve sem a devida regulamentação de suas atividades, no bojo do ordenamento jurídico brasileiro.

Em 21 de novembro de 1966, foi sancionado o Decreto-Lei nº 73/1966, essa legislação previu a possibilidade de se "operar sistemas próprios de pré-pagamento de serviços médicos e/ou hospitalares". Isto é, estabeleceu a previsão de uma medicina pré-paga, operada por entidades definidas na legislação (Calado, 2021, p. 20).

As regulamentações do setor não foram editadas, pelo que os planos de saúde continuaram atuando sem grande fiscalização ou regras específicas (Gomes, 2020a, p. 77); no que concorda Pasqualotto (1999, p. 40), ao asseverar que "[...] A ausência de regulamentação pública franqueou o espaço à autonomia privada. Num setor de atividades dominado pelos contratos de adesão, os abusos seriam inevitáveis".

Ocorre que, mesmo com o referido Decreto, o ramo da saúde suplementar permaneceu sem uma regulamentação concreta. Assim, ante a pressão popular, e, paralelamente, a deflagração em massa de conflitos travados entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários, houve uma movimentação, ainda mais forte, em relação a necessidade de regulação da relação contratual de prestação de assistência à saúde privada.

Em que pese a iniciativa de vários movimentos sociais em busca de alcançar um resultado concreto sobre a regulamentação da saúde suplementar, ao longo dos anos, as operadoras e seguradoras de saúde aproveitaram a falha no ordenamento jurídico, e começaram a compelir os usuários de planos de saúde a aceitarem contratos de assistência à saúde com uma série de limitações e exclusões de cobertura.

Em 11 de setembro de 1990, foi sancionado o Projeto de Lei n.º 3.683/1989, projeto este que deu origem, posteriormente, ao Código de Defesa do Consumidor.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), os beneficiários de plano de saúde se viram respaldados ante as abusividades

do setor, e, assim, começaram a provocar o Poder Judiciário. Foi a partir do aumento da judicialização que a jurisprudência pátria começou a analisar os casos concretos partindo das regras e dos princípios que regem o CDC, uma vez que fora reconhecida a necessidade de proteção a parte mais vulnerável da relação contratual, ou seja, o consumidor. (Schaefer, 2010; Gomes, 2020a)

Sobre o tema, Fernanda Schaefer destaca:

> A falta de regulamentação cedeu espaço ao desenvolvimento do mais liberal dos institutos, a autonomia privada, e os excessos cometidos pelas operadoras, em face dessa amplitude de liberdade de mercado, tornaram-se cada vez mais frequentes. A jurisprudência, consciente do problema, esforçava-se para garantir a proteção da parte hipossuficiente e mais vulnerável nesses contratos (o consumidor), limitando as ações das empresas operadoras do sistema privado de assistência à saúde, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. (Schaefer, 2010, p. 26)

Ou seja, em que pese a morosidade em ser apresentado ao ordenamento jurídico brasileiro um normativo de regulamentação eficiente, o surgimento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), extraído dos ditames já trazidos pela Constituição Federal de 1988 (art. 48 da ADCT, Art. 5º, XXXII e Art. 170, V) se mostrou como um diploma normativo que detinha força normativa suficiente para conter os abusos cometidos.

Tendo em vista que, mesmo com o advento do CDC, a instabilidade existente na relação entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários ainda perdurava, em 3 de junho de 1998, foi sancionado o Projeto de Lei n.º 4.425/1994, que buscava, inicialmente, coibir a exclusão contratual de coberturas de tratamentos, com fito de assegurar aos usuários de plano de saúde um atendimento médico-hospitalar digno, a

ser ofertado pelas empresas privadas de seguro-saúde, e que acabou dando origem a Lei Federal n.º 9.656/98, mais conhecida como a Lei dos Planos de Saúde (LPS), que dispõe sobre os "Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde".

Para Maria Stella Gregori, no que pertine ao processo de normatização da saúde suplementar, destaca-se que:

> "[...] pode-se dizer, resumidamente, que o processo de normatização do setor saúde suplementar no Brasil se deu, inicialmente, em três fases, com foco na sustentabilidade do setor. Em seguida, esse processo se desenha com foco na qualidade agregada ao valor da sustentabilidade, construindo uma nova perspectiva do modelo de regulação" (Gregori, 2011, p. 32)

Sendo assim, demonstra-se que, em que pese o lapso temporal razoável para a apresentação de um marco regulatório para a saúde suplementar, a chegada da Lei Federal n.º 9.656/1998 reformulou a prestação de assistência à saúde em sua forma suplementar, tendo oferecido ao mercado de consumo de assistência à saúde privada, um novo modo de regular as atividades deste setor (Gregori, 2011, p. 32).

2. DA LEI DOS PLANOS DE SAÚDE (LEI N.º 9.656/1998)

Conforme já tratado anteriormente, a Lei n.º 9.656/1998, ao ser inserida ao ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se o marco regulatório da saúde suplementar, tendo trazido ao ordenamento jurídico pátrio várias regras e garantias espelhadas na principiologia e nas normativas já trazidas pelo CDC, mas com um condão de legislação especial (Calado; Troccoli, 2023), afirmando Pasqualotto (1999, p. 41-42) que a "lei trouxe importantes modificações ao sistema legal normativo e fiscalizador, da assistência privada à saúde" e também tratou de questões operacionais, técnicas e

procedimentais (Gregori, 2019).

A exemplo, destaca-se a redação trazida pelo art. 1.º da LPS, em que o legislador já demonstra a força normativa e regulatória desta lei, uma vez que abarcou os elementos basilares para a melhor compreensão do mercado da saúde suplementar, como: a quem é dirigida a aplicabilidade da Lei n.º 9.656/98 ("caput" do art. 1.º); os conceitos dos principais objetos que integram o mercado da saúde suplementar, quais sejam plano de saúde, operadora e carteira (Incisos I a III do Art. 1.º); e as diretrizes a serem seguidas pelas operadoras e seguradoras de saúde, e pelos usuários deste tipo de assistência, de modo a garantir um funcionamento equilibrado, sem haver qualquer prejuízo para qualquer dos polos integrantes da mesma relação contratual (art. 2.º e seguintes).

Além disso, um dos destaques da LPS foi trazer à tona as competências da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída formalmente a partir da Lei n.º 9.961/2000, em que fora definido que cabe a ANS, dentre tantas atribuições previstas no art. 4.º da Lei n.º 9.961/00, atuar como órgão fiscalizador das relações contratuais regidas pela LPS (Art. 1.º, §1º), redação esta que trazida pela Medida Provisória n.º 2.177-44 de 2001.

> Art. 1.º [...]
>
> § 1o. Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: [...] (BRASIL, 1998)

Na visão de Gregori, dentre os elementos essenciais trazidos em meio a literalidade da Lei dos Planos de Saúde, em que pese o legislador não trazer, expressamente, a figura do consumidor, para Gregori, é possível extrair a figura do consumidor ao interpretar as entrelinhas dos artigos do

referido normativo. Sendo assim, torna-se factível constituir a ideia de consumidor à luz da LPS, uma vez que, aos olhos da LPS o consumidor é "[...] a pessoa que adquire um plano privado de assistência à saúde, ou a ele faz jus por força de vínculo de trabalho ou por uma agremiação (sindicatos, associações etc.)" (Gregori, 2019).

Em relação a assistência à saúde privada, objeto da Lei dos Planos de Saúde, o legislador fez questão de evidenciar, através da redação do art. 35-F, que assistência à saúde privada "compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde" (Brasil, 1998).

Ademais, o legislador foi além, ao ponto que, conforme previsto nos arts. 10 e 12 da LPS, fora garantido ao usuário, que a operadora ou seguradora de saúde preste a cobertura assistencial de todos os diagnósticos de patologias previstos na Classificação Internacional de Doenças (CID), de acordo com a relação de procedimentos fixada pela ANS, que varia de acordo com o tipo de especificação (plano segmentado) contratado, seja ele ambulatorial, hospitalar ou odontológico.

Já em relação à proteção contratual, a LPS trouxe um parâmetro mínimo de direitos e garantias que devem integrar as cláusulas dos contratos de plano de saúde.

Entretanto, no entendimento de Gregori, em que pese a Lei n.º 9.656/1998 trazer o parâmetro básico a ser instituído dentre a elaboração dos contratos de assistência à saúde privada, "[..] no que se refere à amplitude das coberturas, não pode o contrato se distanciar das exigências legais mínimas para cada tipo de plano" (Gregori, 2019).

Assim, conforme já disposto neste trabalho, em que pese a ausência de regulamentação do setor de saúde suplementar tenha perdurado por muitos anos, após a promulgação da LPS, e, posteriormente, após a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), foram identificados inúmeros avanços consideráveis no campo regulatório do setor da saúde suplementar.

2.1. Dos regimes e dos tipos de contratos de plano de saúde

Desde a promulgação da Lei Federal n.º 9.656/98, notou-se que, um dos marcos trazidos pela LPS foi a criação do plano-referência, prevista em seu art. 10.

> *Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: [...] (Brasil, 1998)*

Sobre o tema, Joseane Gomes leciona que a "[...] Lei dos Planos de Saúde, quanto ao seguimento de cobertura, divide os contratos de plano de saúde em duas espécies: plano de referência e planos segmentados" (Gomes, 2020b, p. 11).

Ainda, no tocante aos planos segmentados, define que "os planos segmentados nada mais são do que ramificações do plano de referência. Subdividem-se em: plano ambulatorial, plano hospitalar, plano hospitalar com atendimento obstétrico e plano odontológico" (Gomes, 2020b, p. 11).

Contudo, além da comercialização de planos de saúde de referência pela Lei dos Planos de Saúde, considerados individual ou familiar, o legislador trouxe, através do art. 16, VII, "a", "b" e "c" da LPS, a existência de outros 2 (dois) tipos de contratação referentes a planos coletivos, quais sejam o coletivo empresarial e o coletivo por adesão.

> Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1° do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:
> [...]
> VII - o regime, ou tipo de contratação:

> [...]
> a) individual ou familiar;
> b) coletivo empresarial; ou
> c) coletivo por adesão; (BRASIL, 1998)

Com objetivo de regulamentar as características dessas espécies de contratos privados de assistência à saúde, a ANS elaborou a Resolução Normativa (RN) nº 195/2009, que, posteriormente, fora revogada pela Resolução Normativa (RN) n.º 557/2022, em que trouxe expressamente a definição dos tipos de contratos de plano de saúde:

> Art. 3º Plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar.
> [...]
> Art. 5º Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.
> [...]
> Art. 15. Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial: [...]

Segundo Gomes (2020a, p. 108), "o plano individual ou familiar é aquele em que a contratação é firmada diretamente entre a operadora e o usuário pessoa física, ao qual pode ser facultada a inclusão de seus dependentes ou grupo familiar".

No que se refere ao plano coletivo empresarial, para Gomes, este tipo de plano "se caracteriza pela formação do vínculo contratual entre operadora e outra pessoa jurídica, para o atendimento das pessoas que tenham com está vínculo empregatício ou estatutário". (Gomes, 2020a, p. 109).

Em relação ao plano coletivo por adesão, Gomes afirma que:

> Caracteriza-se pelo oferecimento de cobertura para população que mantenha vínculo com uma das seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial: conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações; associações profissionais legalmente constituídas; cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissionais regulamentadas; caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução. (Gomes, 2020a, p. 110-111)

Em se tratando de plano coletivo por adesão, faz-se necessário destacar que, em que pese o §1º do art. 15 da RN ANS n.º 557/2022 flexibilizar o ingresso do grupo familiar neste tipo de contrato de plano de saúde em que o beneficiário é titular, o contrato, contudo, não deixará, em regra, de ser considerado como plano coletivo por adesão, em que pese o rol de beneficiários fazerem parte da mesma família.

Para Gomes, o fato de as operadoras de planos de saúde terem deixado de ofertar planos-referência e passarem a ofertar planos coletivos para grupos familiares, trata-se de "verdadeiro ´boicote´ à referida modalidade de contratação, na medida em que é visível, no mercado de saúde suplementar, a preferência das operadoras em ofertar contratos de plano de saúde coletivo" (Gomes, 2020a, p. 109).

Sobre o tema, Daniel Macedo afirma que, "[...] o ingresso de novos beneficiários que não atendam aos requisitos de elegibilidade [...] constituirá vínculo direto e individual com a operadora, equiparando-se para todos os efeitos legais ao plano individual ou familiar, consoante o art. 32 da Resolução Normativa n. 195". (Macedo, 2022, p. 100)

Corroborando com o tema, destaca-se o teor do Enunciado CNJ n.º 35:

> Nos planos coletivos, contratados a partir da vigência da Resolução Normativa n. 195/2009 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em que não for comprovado o vínculo entre o consumidor e a pessoa jurídica contratante na forma da regulamentação da ANS, o tipo de contratação do consumidor cujo vínculo não for comprovado, deve ser considerado individual para efeitos de rescisão e reajuste, não se aplicando aos planos das empresas e entidades de autogestão.

Ademais, não se pode olvidar que, em que pese a RN n.º 557/2022 ter revogado integralmente a RN n.º 195/2009, o disposto no art. 32 da antiga RN e no Enunciado n.º 35, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, fora preservado, passando a integrar a redação do art. 39 da nova RN.

> Art. 39. O ingresso de novos beneficiários que não atendam aos requisitos de elegibilidade previstos nos artigos 5º e 15 desta resolução constituirá vínculo direto e individual com a operadora, equiparando-se para todos os efeitos legais ao plano individual ou familiar.

Outrossim, destaca-se que, a RN n.º 557/2022 foi desenvolvida como forma de, preencher as lacunas deixadas pela Lei dos Planos de saúde em relação à proteção contratual, regulamentando a contratação dos planos privados de assistência à saúde.

2.2. Dos contratos de plano de saúde "falso coletivos"

Com o advento da LPS, foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro, dentre direitos e garantias, um parâmetro mínimo referente a interpretação das relações contratuais firmadas entre as operadoras e seguradoras de saúde e seus usuários.

Destaca-se que, a partir da Lei n.º 9.656/1998, iniciou-se uma divisão interpretativa entre os contratos de plano de saúde constituídos em momento anterior a promulgação da lei, denominados de contratos "antigos", e os contratos de plano de saúde constituídos após a vigência da lei, denominados como contratos "novos", divisão esta que perdura até a atualidade.

A expressão contratos "novos", se refere aos contratos firmados antes Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98). Já em relação aos contratos denominados como "antigos", entende-se por contratos que foram firmados em momento anterior a vigência da LPS, conforme aponta Josiane Gomes:

[...] no mercado de saúde suplementar, a presença de duas espécies de contratos de planos de saúde: os planos antigos – firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/98 – e os planos novos – firmados na vigência da Lei nº 9.656/98. (GOMES, 2020a, p. 107)

Além da mera divisão entre os contratos considerados "antigos" e "novos", foi-se instituída uma diferença de aplicabilidade e de regulação para estes tipos de contratos.

Em 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) com Repercussão Geral (RG) nº 948634, fixou a seguinte tese:

As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas

disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados. (BRASIL, 2020)

Ou seja, ao apreciar o referido RE, o STF instituiu um divisor de águas entre os planos de saúde considerados "antigos" e "novos", uma vez que definiu que as regras e garantias previstas no corpo da Lei dos Planos de Saúde somente incidirão em contratos celebrados posteriormente à sua vigência, ou em contratos "antigos" desde que sejam "adaptados" após a vigência da LPS.

Ainda, na mesma decisão ficou definido que os beneficiários que constituíram planos antes da vigência da LPS podem manter seus planos de saúde considerados como "antigos" inalterados, não sofrendo, entretanto, a incidência da LPS.

Ressalta-se que, esta não foi a primeira vez em que o STF discutiu sobre a Lei dos Planos de Saúde. Em 2018, o Supremo já havia sido provocado pela Confederação Nacional de Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços (CNS), através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1931, para analisar a constitucionalidade de alguns dispositivos da LPS, dentre eles os arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998, que tratavam sobre da obrigatoriedade de oferta de um plano de saúde denominado de plano-referência (art. 10, § 2º), e sobre a adaptação obrigatória dos planos de saúde constituídos em momento anterior a vigência da Lei nº 9.656/98.

Ao julgar a ADI 1931, o STF considerou válida a maioria dos dispositivos, mas entendeu que as operadoras e seguradoras de saúde não devem ser compelidas a ofertar planos individuais e familiares (planos referência), bem como decidiu que os contratos celebrados antes da vigência da LPS não devem ser obrigatoriamente adaptados a LPS, motivo pelo qual entendeu por "[...] declarar a inconstitucionalidade dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001".

Assim, observa-se que, ao afastar-se a aplicação da Lei dos Planos de Saúde aos planos "antigos", será necessário observá-los à luz do CDC e de toda a principiologia nele contida, conforme leciona Cláudia Lima Marques:

> [...] há, em verdade, aplicação cumulativa de ambas as leis aos contratos novos e aplicação isolada do CDC aos contratos anteriores. Há aplicação cumulativa aos contratos novos do CDC, pelo menos de forma unânime "no que couber", uma vez que a Lei 9.656/98 trata com mais detalhes os contratos de planos privados de assistência à saúde do que o CDC, que é norma principiológica e anterior à lei especial. A aplicação cumulativa e complementar destas duas leis pode ser verificada também no plano processual, pois há legitimidade de ações ocasionada pelo CDC e legitimidade administrativa criada pela lei especial, tudo ao mesmo tempo, sem exclusão de um pela criação do outro (cumulatividade e complementaridade) (Marques, 2008, p. 139).

No mesmo sentido, afirma Josiane Gomes:

> Os planos antigos – anteriores à Lei nº 9.656/98 –, são regidos pelo CDC, e, assim, suas cláusulas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47), sendo consideradas abusivas as que coloquem o usuário em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e com a equidade, ou que sejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor (art. 51, IV e XV). (Gomes, 2020b, p. 32)
>
> Após a apresentação da divisão de interpretações relacionadas aos planos "antigos" ou "não adaptados" e "novos", faz-se necessário tecer, breve comentário sobre os planos considerados "adaptados".

Os planos de saúde considerados como "adaptados" são planos "antigos" que foram objeto de aditivos contratuais, em que foram planos "adaptados" as regras e garantias previstas na Lei dos Planos de Saúde, sendo tratados, portanto, como se planos "novos" fossem.

Ademais, ressalta-se que, conforme definido pelo Supremo, no julgamento da ADI 1931, fica a cargo, exclusivamente, do beneficiário de plano de saúde optar ou não pela adaptação de seu plano.

Na prática, a decisão do STF gerou impacto imensurável na comercialização dos planos de saúde no Brasil, haja vista que, com a quebra da obrigatoriedade de fornecimento do denominado plano-referência, as seguradoras e operadoras de saúde começaram a ofertar, de modo quase exclusivo, planos de saúde coletivos, direcionados a grupos familiares, desde que os grupos constituíssem empresas.

Assim, como as operadoras de saúde não estão mais obrigadas a ofertar planos de saúde individuais ou familiares (planos de saúde denominados como planos-referência), as operadoras se dedicaram a ofertar de planos de saúde coletivos, em que, para que um grupo familiar venha a constituir um plano de saúde coletivo, seja ele coletivo empresarial ou coletivo por adesão, faz-se necessário que os membros daquela determinada família criem e/ou integrem o quadro de pessoal ou o quadro societário de uma pessoa jurídica, para, assim, conseguir contratar um plano de saúde.

Desde o julgamento da ADIn 1931, as operadoras têm agido de tal modo que resta evidenciado seu desinteresse em ofertar o melhor tipo de assistência à saúde do consumidor, e, também, o seu interesse em não se submeter ao sistema de proteção dos consumidores de planos de saúde instituído pela Lei dos Planos de Saúde (LPS).

Ocorre que, ante a necessidade de contratar planos de saúde, em virtude da precariedade do sistema público de saúde, os consumidores acabam se vendo compelidos aderir as ofertas das operadoras, e acabam contratando uma modalidade de plano de saúde e, inconscientemente, abdicam da gama de direitos e garantias alcançados após anos de conquistas na saúde suplementar, coroados com a criação do sistema de proteção dos consumidores de planos de saúde instituído pela LPS.

Todavia, o Poder Judiciário, ao ser provocado, tem buscado coibir estas práticas ao reconhecê-las como abusivas, e, ainda, ao revisar as

formas de contratação e as cláusulas contratuais impostas pelas operadoras, como se evidenciará no tópico seguinte.

3. DA ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAIS BRASILEIROS

O presente estudo realizou um levantamento de decisões judiciais dos tribunais brasileiros com apoio da ferramenta de inteligência artificial do JusBrasil chamada JusIA[4], a qual resultou em 38 decisões judiciais, tendo como critério de busca "Jurisprudência sobre planos de saúde falso coletivo".

Analisando-se as decisões percebe-se que 34 (trinta e quatro) delas foram de tribunais estaduais e 4 (quatro) foram proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

As decisões foram posteriormente tabuladas e estudadas, buscando-se evidenciar a existência de um padrão para a caracterização dos planos de saúde falso coletivo, objetivando, ao final, comparar as decisões estaduais com aquelas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a matéria.

Das 4 (quatro) proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), 3 (três) efetivamente versavam sobre a caracterização dos planos de saúde falso coletivo e outra versava sobre inatividade da empresa e rompimento de vínculo com o plano de saúde, tendo sido descartada por não tratar especificamente sobre o objeto do estudo.

No AgInt no REsp 1989638 SP 2022/0064468-5 (Agravo Interno no Recurso Especial) o STJ reconheceu que o reajuste do plano de saúde não poderia ser baseado apenas nas taxas de sinistralidade, devendo ser limitado aos índices anuais da ANS, pois configurada a natureza individual do convênio ("falso coletivo"). Como fundamento a decisão do STJ reconheceu que contratos com número diminuto de participantes podem

[4] Ferramenta disponível em: https://ia.jusbrasil.com.br/

ser tratados como plano individual ou familiar, aplicando-se o CDC.

Já AgInt no AREsp 2366300 SP 2023/0175392-1 (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial) o STJ reconheceu que plano de saúde com 8 (oito) beneficiários, sendo todos da mesma família, configura uma falsa coletivização e realizou a equiparação a plano familiar, limitando-se o reajuste aos índices autorizados pela ANS.

Outrossim, ao analisar o AgInt no AREsp 2285008 SP 2023/0020654-2 (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial) houve o reconhecimento da abusividade dos reajustes de plano coletivo atípico (4 vidas), com determinação de aplicação dos reajustes anuais autorizados pela ANS para planos individuais e familiares, evidenciando que o STJ reitera que contratos com número reduzido de participantes sejam tratados como individual/familiar.

Posteriormente, realizou-se um segundo filtro para selecionar e apreciar apenas as decisões dos tribunais brasileiros que versassem sobre o tema específico (planos de saúde falso coletivo) e seu alinhamento com o entendimento do STJ.

Evidenciou-se na pesquisa que o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) foi o tribunal que mais apareceu no levantamento das decisões sobre o tema, com 7 (sete) decisões, seguido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) com 6 (seis) decisões. Aparecem ainda com uma decisão cada os seguintes tribunais: TJAL, TJBA, TJDF e TJRJ, totalizando 17 (dezessete) julgados.

Na sequência apresenta-se uma análise dos julgados do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), seguida pela análise das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e, ao final, das decisões dos demais tribunais.

O TJPE na Apelação Cível (AC 0034231-55.2019.8.17.2001) entendeu como caracterizado um plano "falso coletivo" com número ínfimo de participantes (apenas três beneficiários), sendo tratado como plano individual ou familiar, tendo como consequência que os reajustes devem ser limitados aos índices autorizados pela ANS, aplicando-se o CDC

(Súmula 608/STJ). Já na Apelação Cível (AC 0032562-93.2021.8.17.2001) entendeu como caracterizada a natureza de "falso" contrato coletivo pela ausência de vínculo associativo/classista/empresarial e beneficiários da mesma família, tendo como consequência que os reajustes anuais abusivos por sinistralidade devem ser limitados aos índices da ANS para planos individuais, aplicando-se a revisão contratual imprescritível com restituição trienal.

Continuando a análise, vê-se que na Apelação Cível (AC 0000655-66.2022.8.17.2001) o tribunal entendeu como caracterizado um contrato de plano de saúde coletivo empresarial que abrange apenas membros de um mesmo núcleo familiar, sem vínculo empregatício, como "falso coletivo", tendo como consequência que se aplicam as normas protetivas dos planos individuais, com reajustes abusivos limitados aos índices da ANS e restituição dos valores pagos a maior nos últimos três anos.

Caso um pouco diferente ocorreu no Agravo de Instrumento (AI 0022601-15.2023.8.17.9000) em que o tribunal entendeu como caracterizado um "falso coletivo" pela empresa contratante estar inativa, mas também dentro do escopo de que o plano em questão só dava cobertura para sócios e familiares com diminuto número de vidas (cinco no total), tendo como consequência a aplicação do CDC, com reajustes limitados aos índices da ANS para planos individuais/familiares.

Na apreciação da Apelação Cível (AC 0005618-88.2020.8.17.2001) o TJPE entendeu como caracterizado como "falso coletivo" o caso de um contrato de saúde coletivo empresarial integrado por poucas pessoas do mesmo núcleo familiar, tendo como consequência a equiparação a planos individuais e familiares, com reajustes abusivos limitados aos índices da ANS e devolução de valores, sendo inocorrente danos morais no caso específico.

Tanto Agravo de Instrumento (AI 0002206-65.2024.8.17.9000) como Agravo de Instrumento (AI 0006538-75.2024.8.17.9000) o TJPE entendeu como caracterizado um plano de saúde como "falso coletivo", no primeiro caso por se tratar de plano com apenas duas vidas do mesmo

núcleo familiar e no segundo caso por ter número diminuto de participantes, tendo como consequência para ambos os casos a equiparação a plano individual/familiar, com reajustes anuais substituídos pelos índices da ANS para planos individuais/familiares.

Na mesma linha encontram-se as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), havendo casos em que há reconhecimento de contrato "falso coletivo" com núcleo familiar de 4 vidas (na Apelação Cível nº 1016207-25.2020.8.26.0562), com 3 vidas (nas Apelações Cíveis nº 1033414-65.2020.8.26.0100 e 1036108-08.2023.8.26.0001) e com 2 vidas (Apelação Cível nº 1030098-35.2023.8.26.0554)

Noutro julgado o TJSP na Apelação Cível (AC 1004006-55.2023.8.26.0704) entendeu como caracterizado um contrato, apesar de empresarial, como "falso coletivo" devido ao número reduzido de beneficiários, tendo como consequência a aplicação do CDC (Súmula 608 STJ), com nulidade da cláusula de cobrança de aviso prévio após pedido de cancelamento, por ser abusiva e conferir desvantagem exagerada ao consumidor , bem como entendeu na Apelação Cível (AC 1153635-72.2023.8.26.0100) como caracterizado um plano de saúde com apenas cinco beneficiários como "falso coletivo" (natureza individual/familiar), tendo como consequência a impossibilidade de rescisão unilateral imotivada.

Na mesma linha dos julgados do TJPE e do TJSP, seguem os julgados do TJAL, TJBA, TJDF e TJRJ.

O Tribunal de Justiça de Alagoas (TJAL) no Agravo de Instrumento (AI 0801554-66.2024.8.02.0000) entendeu como caracterizada a possibilidade de equiparação de plano coletivo formado por poucos beneficiários (7 membros da mesma família, incluindo idosos e crianças) a plano individual/familiar para fins de reajuste, tendo como consequência a aplicação dos índices da ANS.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) no Agravo de Instrumento (AI 0729490-54.2023.8.07.0000) entendeu como caracterizado um "falso coletivo" um plano integrado pela representante da autora (em

referência à pessoa jurídica parte autora da demanda), a filha e a neta dela. Isto é, no caso concreto tratava-se de um plano coletivo de um núcleo familiar que tinha como beneficiárias uma mulher, sua filha e sua neta, equiparando-o a plano individual e familiar, tendo como consequência a irregularidade do reajuste, que deve observar os limites estabelecidos pela ANS.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) na Apelação Cível (AC 0815687-39.2024.8.19.0001) entendeu como caracterizado um plano de saúde empresarial com 04 vidas, sendo 03 do mesmo núcleo familiar, como "falso coletivo", tendo como consequência a aplicação do CDC (Súmula 608 STJ), com reajustes abusivos substituídos pelos índices da ANS para planos familiares e individuais, determinando restituição dos valores pagos a maior, observada prescrição trienal.

Um caso diferenciado foi encontrado no Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) no Recurso Inominado (RI 0139161-75.2021.8.05.0001) que entendeu como caracterizada a adesão à entidade contratante no mesmo dia da contratação do plano de saúde como "falso coletivo". Neste caso, a caracterização do falso coletivo se deu como consequência da adesão à entidade associativa para o fins de aderir a plano de saude, levando em consideração que houve a intenção de burla às normas dos planos individuais, que por sua vez, implica em reajustes anuais muito acima dos índices da ANS considerados abusivos e limitados aos da ANS para contratos individuais.

Da análise dos julgados selecionados através da presente pesquisa, constatou-se que, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como dos demais tribunais pátrios citados, existem elementos comuns que permitem a identificação de um plano “falso coletivo”.

Assim, para que um plano de saúde coletivo, seja do regime de plano coletivo empresarial ou coletivo por adesão, venha a ser caracterizado como plano “falso coletivo”, faz-se necessário se ater alguns elementos considerados como essenciais à luz da jurisprudência.

Observou-se que para que seja caracterizado um plano "falso coletivo" um dos principais elementos analisado versa sobre o quantitativo de beneficiários vinculados ao contrato de plano de saúde coletivo. No entendimento da jurisprudência brasileira, faz-se necessário que o número de "vidas" de beneficiários a ele integradas seja considerado diminuto, conforme depreende-se do voto do Ministro Relator Marco Buzzi, da 4ª Turma do STJ, ao julgar o recurso de AgInt no REsp n. 1.880.442/SP:

> [...]é possível, excepcionalmente, que o contrato de plano de saúde coletivo ou empresarial, que possua número diminuto de participantes, como no caso, por apresentar natureza de contrato coletivo atípico, seja tratado como plano individual ou familiar (Excerto do AgInt no REsp n. 1.880.442/SP, Relator Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 2/5/2022, DJe de 6/5/2022).

Além disso, observa-se que a jurisprudência valora como outro elemento essencial, o fato em que os usuários do plano de saúde coletivo, componentes da mesma pessoa jurídica, façam parte do mesmo grupo familiar.

Após a constatação destes 2 (dois) elementos, o jurisprudência brasileira, alinhada com o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido pela configuração de plano "falso coletivo", determinado, assim, o afastamento das regras aplicadas ao plano coletivo, e conferindo os direitos e garantias reservados aos planos de saúde da modalidade individual e/ou familiar, em especial o direito ao reajuste conforme regras da ANS e a proibição da resilição contratual unilateral.

Sendo assim, uma vez que o plano de saúde é reconhecido como "falso coletivo", não há, portanto, que se falar em resilição unilateral do contrato, devendo ser aplicado o disposto no art. 13, II da Lei n.º 9.656/1998, em que o legislador determinou que, para que haja a resilição contratual unilateral, faz-se necessário que a operadora ou seguradora de saúde apresente motivo justificado, desde que este motivo esteja

relacionado as exceções previstas expressamente no Inciso II do referido artigo.

> Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.
>
> Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:
>
> [...]
>
> II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência;

Desta feita, a pesquisa contribui para determinar os requisitos do afastamento do regime jurídico de plano de saúde coletivo e a substituição pelas regras aplicadas aos planos individual ou familiar, quando se entende pela configuração de plano "falso coletivo", bem como as demais consequências jurídicas incidentes sobre a relação contratual vigente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a saúde suplementar tem sido motivo de discussões frequentes no âmbito do Poder Judiciário, sendo certo que essas atividades passaram por um longo período sem possuir normativo regulatório para nortear esta prestação de assistência à saúde privada dos usuários e beneficiários de plano de saúde, ainda que tenha havido esforços e as movimentações legislativas e sociais.

Com a promulgação da Lei Federal n.º 8.078/1990 (CDC), os usuários de plano de saúde se viram resguardados a partir das regras e

princípios trazidos pelo CDC, tendo posteriormente entrado em vigor a Lei Federal n.º 9.656/98, denominada como Leis dos Planos de Saúde.

Dentre os avanços trazidos pela Lei dos Planos de Saúde, ao ordenamento jurídico brasileiro, paralelamente, também foram instituídas discussões acerca da interpretação de seus dispositivos, tendo o judiciário apreciado os questionamentos e tomado decisões que interferiram no funcionamento do mercado de consumo, notadamente quanto a obrigatoriedade de comercialização dos planos individuais ou familiares (plano-referência).

O STF foi provocado a analisar a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n.º 9.656/98, dentre eles o art. 10, §2º, que obrigava as operadoras de planos de saúde a ofertar aos consumidores planos denominados de plano-referência (individual ou familiar), momento que, ao julgar a ADI 1931, proposta pelo CNS, entendeu que a referida obrigatoriedade de oferta seria inconstitucional, motivo pelo qual as operadoras começaram a burlar todo o sistema de proteção e de assistência ao consumidor, uma vez que deixaram de comercializar planos individuais ou familiares, e começaram a vender planos coletivos para determinados grupos familiares, com a promessa de que estes teriam ofertas mais baratas e maiores benefícios.

Por fim, como evidenciado pelos dados levantados na pesquisa apresentada no presente estudo, existem critérios jurisprudenciais consolidados para a caracterização do assim chamado plano "falso coletivo". Para que um plano de saúde coletivo venha a ser caracterizado como plano "falso coletivo", faz-se necessário se ater a dois elementos essenciais: (1) que os beneficiários da pessoa jurídica sejam membros de um mesmo grupo familiar e que (2) o número de "vidas" de beneficiários integrados a pessoa jurídica seja considerado diminuto. Nos casos estudados foram encontrados grupos familiares entre duas e oito pessoas.

5. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. Resolução Normativa nº 557, de 14 de dezembro de 2022. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde e regulamenta a sua contratação, dispõe sobre a contratação de plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial por empresário individual e dispõe sobre os instrumentos de orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde. Disponível em: https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NDMyOQ==. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial de 12 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 05 de julho de 2023.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial 04 de junho de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm Acesso em: 20 de junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 948634/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 20 out 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436456/false. Acesso em: 10 jul. 2023.

CALADO, Vinicius. Planos de Saúde: domine o essencial. 1. ed. Recife: FASA, 2021.

CALADO, Vinicius. TROCCOLI, Matheus. Negativa de internamento em casos de urgência/emergência de pessoas com esquizofrenia pelos planos de saúde: uma análise da jurisprudência do TJPE nos anos de 2020 e 2021. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, v. 50, n. 2, p. 519-549, jul./dez. 2022.

GOMES, Josiane Araújo. Contratos de planos de saúde. Leme, SP: Editora Mizuno, 2020a.

GOMES, Josiane Araújo. Lei dos planos de saúde / Josiane Araújo Gomes. – 3. ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2020b.

GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2011.

GREGORI, Maria. Planos de Saúde: A Ótica da Proteção do Consumidor. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2019. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/planos-de-saude-a-otica-da-protecao-do-consumidor/1250396887. Acesso em: 15 jul. 2023.

MACEDO, Daniel. Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos - Teoria e Prática. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555590968. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590968/. Acesso em: 05 jul. 2023.

MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (et al). Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos.

Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil dos planos & seguros saúde. Curitiba: Juruá, 2010.