

Estudos Avançados de Direito Processual



Thieser da Silva Farias
Organização

ARCO
EDITORES ● ● ●

Estudos Avançados de **Direito Processual**



Thieser da Silva Farias
Organização

ARCO
EDITORES ● ● ●

Editor Chefe

Ivanio Folmer

Bibliotecária

Aline Graziele Benitez

Revisora Técnica

Gabriella Eldereti Machado

Diagramação e Projeto Gráfico

Gabriel Eldereti Machado

Imagem capa

www.canva.com

Revisão

Organizadores e Autores(as)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva - Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Profa. Dra. Alicia Eugenia Olmos - Universidad Católica de Córdoba

Prof. Dr. Astor João Schönell Júnior - Instituto Federal Farroupilha

Prof. Dr. Alan Ricardo Costa - Universidade Federal de Roraima

Prof. Dr. Camilo Darsie de Souza - Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof. Dr. Carlos Adriano Martins - Universidade Cidade de São Paulo

Prof. Dr. Christian Dennys Monteiro de Oliveira - Universidade Federal do Ceará

Profa. Dra. Dayse Marinho Martins - Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos - Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Dioni Paulo Pastorio - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Douglas Manoel Antonio de Abreu Pestana dos Santos - Faculdade Sesi-Sp de Educação

Profa. Dra. Elane da Silva Barbosa - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Profa. Dra. Francielle Benini Agne Tybusch - Universidade Franciscana

Prof. Dr. Francisco Odécio Sales - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará

Prof. Dr. Gilvan Charles Cerqueira de Araújo - Universidade Católica de Brasília

Prof. Dr. Leonardo Bigolin Jantsch - Universidade Federal de Santa Maria

Profa. Dra. Liziany Müller Medeiros - Universidade Federal de Santa Maria

Profa. Dra. Marcela Mary José da Silva - Universidade Federal do Recôncavo da Bahia - UFRB

Prof. Dr. Mateus Henrique Köhler - Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Michel Canuto de Sena - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Profa. Dra. Mônica Aparecida Bortolotti - Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof. Dr. Rafael Nogueira Furtado - Universidade Federal do ABC

Prof. Dr. Roberto Araújo Silva - Centro Universitário Lusíada

Prof. Dr. Sidnei Renato Silveira - Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin - Universidade Federal do Oeste da Bahia

Prof. Dr. Tomás Raúl Gómez Hernández - Universidade Central “Marta Abreu” de Las Villas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Estudos avançados de direito processual [livro eletrônico] / organização Thieser da Silva Farias. --
Santa Maria, RS : Arco Editores, 2023.
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-5417-146-5

1. Direito processual - Brasil I. Farias,
Thieser da Silva.

23-172940

CDU-347.9(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito processual 347.9(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

 **10.48209/978-65-5417-146-5**

Esta obra é de acesso aberto.

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e a autoria e respeitando a Licença Creative Commons indicada.



ARCO EDITORES
Telefone: 5599723-4952
contato@arcoeditores.com
www.arcoeditores.com

APRESENTAÇÃO

“Palavras são, na minha nada humilde opinião, nossa fonte inesgotável de magia. Capazes de ferir e capazes de curar.” (Alvo Dumbledore em “Harry Potter e as Relíquias da Morte”, de J. K. Rowling)

Em 2023, comemoram-se os 35 anos de promulgação da Constituição Federal. Além de todas as mudanças nos campos social e político, o mundo jurídico foi fortemente abalado por uma nova conjuntura que consagrou o Estado Democrático de Direito como coluna vertebral da ordem instaurada.

A ciência processual não ficou incólume às inovações da Carta Magna, passando a ser governada por uma série de princípios estruturantes, dentre os quais se destacam o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a inafastabilidade da jurisdição, o juiz natural, a presunção de inocência e etc.

Nesse sentido, a obra em vitrine pretende trazer ao debate os grandes temas que perpassam o direito processual e inquietam os seus partícipes, a citar: eficácia das novas tecnologias, aplicação dos meios consensuais de resolução de contendas, os limites da intervenção dos Magistrados, observância da paridade de armas e a boa-fé no curso da Ação, de modo a (res)significar os postulados da duração razoável e do acesso à justiça --- baldrames da processualística brasileira oriunda do pós-redemocratização.

Estreme de dúvidas e sem falsa modéstia, um dos grandes méritos do Livro que ora se apresenta é o elemento humano. Ao contar com os artigos de servidores públicos, professores universitários, advogados, pós-graduandos e bacharéis, a coletânea traz múltiplas visões de atores que estão no *front* do direito processual, contribuindo com as suas experiências e seus estudos ao aprimoramento do dia a dia da prática forense.

O organizador.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL APLICADA AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS.....8

Anaís Matos Torres

doi: 10.48209/978-65-5417-146-0

CAPÍTULO 2 - A (IN)UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO: LIMITES E POSSIBILIDADES NO DIREITO BRASILEIRO.....27

Nina Trícia Disconzi Rodrigues Pigato

Thieser da Silva Farias

doi: 10.48209/978-65-5417-146-1

CAPÍTULO 3 - INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E UM ALGORITMO INTRANSPONÍVEL.....37

Marcelo Machado de Figueiredo

Othavio Cardoso de Melo

doi: 10.48209/978-65-5417-146-2

CAPÍTULO 4 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM: UMA CONFIRMAÇÃO NO TEMPO.....50

Mariah Ferrari Pires

doi: 10.48209/978-65-5417-146-3

CAPÍTULO 5 - UMA DISCUSSÃO SOBRE A FUNDAMENTALIDADE PRINCIPIOLÓGICA DA INSTITUIÇÃO TRIBUNAL DO JÚRI NA CONSTITUIÇÃO.....68

Maria Juliana Dionisio de Freitas

Fabiano Lucio de Almeida Silva

doi: 10.48209/978-65-5417-146-4

CAPÍTULO 6 - O “NEOCONSTITUCIONALISMO” E O SER DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: ENTRE SIMBOLISMO E SUBSTÂNCIA NORMATIVA.....89

Ariane Langner

Cibeli Soares Zuliani

doi: 10.48209/978-65-5417-146-6

CAPÍTULO 7 - BREVE ENSAIO A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DA BUSCA E APREENSÃO SOB A ÓTICA DA LEI 11.101/2005.....114

Mariany de Souza Manga

doi: 10.48209/978-65-5417-146-7

SOBRE O ORGANIZADOR.....130

SOBRE OS AUTORES.....131

CAPÍTULO 1

A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL APLICADA AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Anaís Matos Torres

Doi: 10.48209/978-65-5417-146-0

Introdução

As formas de adequação do procedimento ao direito material tutelado vêm sendo debatidas ao longo de anos em decorrência da relevância do tema para a efetivação de princípios caros ao Direito Processual, como o princípio do devido processo legal, da duração razoável do processo e da efetividade.

O Direito, como ciência, acompanha as modificações ocorridas no âmbito social, de forma que as alterações normativas são, em regra, motivadas por fatores associados às ideias compartilhadas pela sociedade e ao seu posicionamento diante de determinados temas. Partindo desse pressuposto, verifica-se que a implementação do Estado Social em muito contribuiu para a efetivação de procedimentos especiais, criados com o objetivo de atender às especificidades da situação jurídica tutelada.

Isso porque a finalidade dos procedimentos especiais perpassa pela noção de que deve ser alcançada a igualdade substancial, capaz de conferir aos desiguais o tratamento jurídico adequado, na medida de suas desigualdades. Diante disso, não basta que seja oportunizado a todos o acesso à justiça. É necessário que tal acesso seja proporcionado de modo efetivo, sendo garantido o procedimento adequado às particularidades do direito e dos sujeitos que compõem a lide.

Ainda sobre a íntima relação entre aspectos sociais e jurídicos, destaca-se a importância das decisões estruturais como forma de promover reformas estruturais que, por sua vez, concretizam direitos fundamentais. Nota-se que as decisões judiciais podem ter por consequência, em determinadas situações, a implementação de políticas públicas. Assim, resta claro que a influência entre o Direito e a sociedade se dá em um duplo sentido, tanto das características sociais para as normas jurídicas quanto das decisões judiciais para as condições sociais fáticas.

Nesse contexto, torna-se relevante o debate a respeito da necessidade dos procedimentos especiais, o que envolve questões referentes à evolução de um estudo dos procedimentos especiais para o estudo de técnicas processuais especiais, e da sua aplicação aos processos estruturais. Busca-se, por meio da presente pesquisa, verificar se as particularidades do processo estrutural ensejam a elaboração de um procedimento especial.

Para tanto, utiliza-se do levantamento bibliográfico e da linha crítico metodológica, que consiste em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e significados¹.

¹ DIAS, Maria Teresa Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 21.

Da Rigidez do Processo à Flexibilização Procedimental: a evolução do código de processo civil

O debate teórico sobre a necessidade dos procedimentos especiais remete a uma discussão anterior, que se relaciona aos institutos fundamentais do Direito Processual Civil. Visando à identificação do Direito Processual como ramo autônomo do Direito, grandes doutrinadores se dedicaram a análise do processo.

Em um primeiro momento, Ramiro Podetti sustentou a Trilogia Estrutural de La Ciencia Del Proceso Civil², segundo a qual a base metodológica do direito processual seria integrada pelos conceitos de jurisdição, ação e processo. Posteriormente, Cândido Rangel Dinamarco conferiu igual relevância ao *jus exceptionis*, afirmando que jurisdição, ação, defesa e processo deveriam ser admitidos como os quatro institutos fundamentais e que tais institutos “resumem em si e exaurem toda a disciplina do direito processual”³.

A doutrina mais recente, aqui exemplificada pelos ensinamentos de Heitor Sica⁴, defende o posicionamento de que, diante das transformações ocorridas no ordenamento jurídico ao longo dos anos, se faz necessária a revisão dos institutos fundamentais no contexto atual. Segundo o referido autor, devem ser considerados como institutos fundamentais a tutela jurisdicional, a demanda e a cognição judicial, além dos institutos clássicos – processo e jurisdição – ainda que alterados seus conceitos.

Entre os institutos fundamentais inicialmente delimitados, foi conferida demasiada relevância a ação, situada no centro da constelação de institutos que compõem o Direito Processual.

2 PODETTI, J. Ramiro. “Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil”. In: Revista de derecho procesal. Buenos Aires: EDIAR, 1944. p. 115.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Institutos fundamentais do direito processual civil”. In: Fundamentos do processo civil moderno, t. I. 6ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 115.

4 SICA, Heitor Vitor. “Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil”. In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. Org.: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013.

Não obstante, Candido Dinamarco⁵ indicou o equívoco de tal percepção. De acordo com o autor, a ideia de que a ação assume papel de destaque entre os institutos fundamentais seria individualista, dentro de um sistema publicista, no qual o processo é admitido como um instrumento utilizado pelo Estado para atingir seus próprios objetivos, entre eles o de pacificação social.

Nota-se que a base metodológica do direito processual é analisada de forma distinta a partir da percepção do processo por meio de uma visão publicista. Nesse cenário, a relevância atribuída à ação foi posteriormente direcionada à jurisdição.

Segundo Dinamarco, deve-se compreender o direito processual como o “ramo do direito que rege as coisas do processo na Justiça, ou seja, o processo jurisdicional⁶”. Diante disso, a importância conferida à jurisdição se fundamenta no fato de que o próprio direito processual se ocupa das questões jurisdicionais, buscando definir institutos fundamentais capazes de exaurir a disciplina e possibilitar a melhor compreensão do processo.

O contexto histórico em que foram realizados os primeiros estudos sobre o processo é marcado pela necessidade de garantir a liberdade individual contra quaisquer condutas arbitrárias eventualmente exercidas pelo órgão estatal. Admite-se que a resolução da lide seja oferecida pelo Estado desde que o processo esteja pautado na segurança jurídica e previsibilidade, sendo possível disciplinar o poder do Estado-Juiz.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero tecem considerações importantes a respeito da relação entre a organização da sociedade no Estado Liberal e a relevância conferida à uniformidade procedimental. Sobre o tema, os autores⁷

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Institutos fundamentais do direito processual civil”. In: Fundamentos do processo civil moderno, t. I. 6ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 116.

6 *Ibidem*

7 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, vol. 3, 3 ed., 2017, p. 29.

ressaltam que

Dar tratamento uniforme às posições sociais e aos direitos é imposição pertinente à época do Estado liberal clássico, preocupado em garantir a liberdade e os direitos da classe burguesa. Supunha-se que, para conservar intacta a liberdade, o Estado não poderia dar tratamento diferenciado às pessoas e aos direitos. Não poderia dar proteção normativa nem desenhar políticas públicas destinadas a privilegiar situações substanciais que, numa perspectiva concreta, pudessem merecer atenção especial. Diferenciar procedimentos implicava diferenciar pessoas e situações, o que seria incompatível com a plena liberdade que o Estado deveria reservar aos particulares.

É possível constatar que, inicialmente, o processo era tido como palco para resolução de conflitos entre particulares. Caberia ao magistrado conduzir o processo em estrita observância ao formalismo processual, instituído com a finalidade de conferir previsibilidade e segurança jurídica aos particulares envolvidos na lide.

Conforme bem ressaltado por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a ânsia de redescobrir o valor do processo e afastá-lo do direito material fez surgir as bases de um direito processual civil descompromissado com o direito substancial. Segundo os autores⁸, “o equívoco ocorreu ao não se perceber que, para se ter uma disciplina cientificamente autônoma, não é preciso, recomendável e possível se ter um direito processual neutro em relação ao direito material e à realidade da vida”.

Desse modo, a uniformidade procedimental decorre também da tentativa de isolamento do processo em face do direito substancial. Se o direito processual surge como uma ciência autônoma desassociada do direito material, resta evidenciado o fato de que, dentro do Estado Liberal, seria inviável pensar a distinção do procedimento de acordo com as particularidades de cada lide e dos envolvidos, notadamente porque tal distinção não se alinha à igualdade formal.

Por sua vez, as transformações sociais que resultaram na implementação do Estado Social tiveram por consequência a valorização da igualdade substan-

cial, capaz de refletir nas percepções doutrinárias a respeito do procedimento.

Verifica-se que as alterações sociais influenciam diretamente a noção de procedimento justo e adequado. Isso porque o destaque conferido à igualdade substancial leva ao entendimento de que o procedimento único é insuficiente para a resolução de todos os conflitos de direito material.

Nesse novo contexto, não basta que seja oportunizado a todos o acesso à justiça por meio de um procedimento uniforme, proposto com o objetivo de abarcar todas as situações fáticas. É necessário que seja oportunizado o acesso ao procedimento adequado, efetivamente capaz de solucionar o problema apresentado ao Estado-Juiz.

O direito brasileiro acompanhou as alterações sociais ocorridas ao longo dos anos. Constata-se que o Código Processual Civil de 1973 foi pautado pela necessidade de reforço dos valores segurança e previsibilidade jurídica, imbuindo-se de um publicismo exacerbado⁹. Nesse contexto, o procedimento era rígido e pautado no formalismo, partindo do pressuposto de que a “forma garante a previsibilidade legislativa, estabelecendo hipóteses abstratas e gerais que conduzem as relações sociais, de modo impessoal”¹⁰.

Ocorre que as transformações sociais que culminaram na valorização da igualdade substancial, bem como a constitucionalização de normas de cunho processual na Constituição Federal de 1988, tornaram o Código de Processo Civil de 1973 obsoleto frente as novas demandas sociais.

O direito fundamental ao acesso à justiça por meio de um procedimento adequado motivou inúmeras alterações legislativas com o fim de efetivar o re-

9 BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais e seus fundamentos: Implementação por adequação judicial compulsória ou pela via convencional? In: *Scientia Iuris*, Londrina, V. 25, n. 2, jul. 2021, p. 191.

10 CABRAL, Tricia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Volume VI, n 6, p. 137-138

ferido direito. Cabe citar, a título de exemplo, a promulgação da Lei nº 8.952 em 13 de dezembro de 1994, que inseriu no diploma processual o artigo 273, regulamentando a antecipação, total ou parcial, dos efeitos das tutelas pretendidas, bem como os artigos 461 e 461-A, instituindo tutela específica para as obrigações de fazer, não fazer e entregar.

Ainda que o Código de Processo Civil de 1973 tenha se pautado na rigidez do procedimento, fundamentado na ideia de que as normas processuais foram postas em favor do Estado, é possível constatar uma quantidade excessiva de procedimentos especiais. Não se desconsidera o fato de que o referido diploma legal revela, de certo modo, uma busca pela especialização, tendo sido previstos 25 procedimentos especiais de conhecimento e 14 procedimentos especiais cautelares¹¹.

Verifica-se que, em vez de possibilitar a flexibilização de um procedimento padrão para atender as especificidades de cada caso em análise, o antigo Código Processual mantinha um procedimento comum rígido e previa diversos procedimentos especiais. Ou seja, o legislador optou por estabelecer uma grande quantidade de procedimentos especiais, que muitas vezes se diferenciam por um único ou poucos atos processuais, deixando de priorizar o aprimoramento técnico do procedimento comum.

Nesse contexto, merece destaque as considerações de José Joaquim Calmon de Passos a respeito da importância de conferir excelência ao procedimento comum. Segundo o referido autor, a especialidade do procedimento deve ser uma exceção, “só justificável em face da absoluta necessidade de se atender a algo tão específico que seria disfuncional e até lesivo adotar-se na sua inteireza o procedimento ordinário”¹².

11 OLIVEIRA, Paulo Mendes. Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Parte III, Cap. 1-2

12 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: Ensaios e artigos, vol. II. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 207.

No mesmo sentido é o entendimento de Adroaldo Furtado Fabrício, segundo o qual “a generalização do procedimento ordinário deveria ser a mais ampla possível, com a decorrente redução dos ritos especiais”¹³.

A partir da análise dos procedimentos especiais elencados pelo legislador, torna-se perceptível que alguns foram elaborados não necessariamente em razão da peculiaridade do direito material ou das partes envolvidas, mas sim com a finalidade de conferir celeridade ao processo, de modo que a técnica diferenciada acabava sendo incorporada ao procedimento comum em momento posterior¹⁴. Diante disso, tendo em vista a banalização do procedimento especial, somada ao engessamento do procedimento comum, considera-se acertadas as críticas doutrinárias direcionadas ao Código Processual Civil de 1973.

A detida análise das diferenças entre o Código de Processo Civil de 1973 e o de 2015 revela a busca por um modelo cooperativo de processo, no qual prevalece o diálogo entre as partes¹⁵, aqui incluído o Estado-juiz. Conforme bem destacado por Luiz Wambier¹⁶, “o momento atual demanda uma maior participação do juiz e também das partes, com a finalidade de assegurar, de maneira completa, a prestação da tutela jurisdicional”.

Ainda nas palavras do autor¹⁷:

A partir do novo código, instituiu-se no sistema nacional um modelo cooperativo de processo. Com isso, não há mais espaço para protagonismos.

13 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33.

14 SICA, Heitor Vitor. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. Revista de Processo, v.37, n. 208, São Paulo: RT, junho de 2012, p.69.

15 Nesse sentido é o que dispõe o artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Tal concepção é também expressa no artigo 10 do referido diploma legal, *in verbis*: “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”.

16 WAMBIER, Luiz R. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. In: Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, número 3, volume 18. set/dez 2017, p. 249

17 *Ibidem*.

As relações entre os sujeitos processuais, antes verticalizadas, agora passam a ser horizontalizadas. Exige-se do juiz uma postura mais ativa frente às partes, impondo-se a ele e a essas o dever de mútua cooperação. E é nesse contexto que se insere a ampliação dos poderes do juiz e das partes para a adaptação do procedimento.

Nesse cenário, cabe destacar uma das principais modificações promovida pelo modelo cooperativo de processo, que consiste na superação do protagonismo na relação processual. Nota-se que a horizontalização do processo fez surgir a possibilidade de que tanto o juiz quanto as partes que compõem a lide realizem adaptações procedimentais com o fim de melhor atender à situação fática de direito.

Assim, pode-se afirmar que o Código Processual Civil de 2015 veio consolidar o modelo cooperativo supramencionado, pois instituiu normas processuais que afirmam os sistemas de flexibilização procedimental judicial e voluntário¹⁸.

Importante afastar eventual alegação de que a flexibilização do procedimento o torna menos previsível. Isso porque a previsibilidade não depende necessariamente de ser estabelecida a regra procedimental de forma pretérita.

Nesse sentido é o posicionamento de Fernando Gajardoni¹⁹, segundo o qual a previsibilidade do provimento judicial está atrelada ao conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo, sendo de pou-

18 GAJARDONI, Fernando. Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (doutorado). São Paulo: USP, 2007. Cap. 5, p. 158. “Um segundo sistema é o da flexibilização procedimental judicial. Ainda que não haja previsão legal alguma a respeito, competiria ao juiz, com base nas variantes do caso em concreto (objetivas e subjetivas), modelar o procedimento para a obtenção de adequada tutela, elegendo quais os atos processuais que se praticarão na série, bem como sua forma e o modo. [...] O terceiro sistema seria o da flexibilização voluntária das regras de procedimento (como ocorre na primeira parte do art. 21 da Lei de Arbitragem). Competiria às partes eleger alguns procedimentos ou alguns atos processuais da série, ainda que também em caráter excepcional e com condicionamentos”.

19 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 48, n. 190, abr/jun 2011, p. 173.

ca importância a fonte de onde provenham. Diante disso, considera-se a previsibilidade como um conceito mais associado à noção de contraditório do que à literalidade das normas previstas pelo legislador.

Uma vez implementado o modelo cooperativo, no qual se rejeita a noção de que as normas processuais estão dispostas unicamente em favor do Estado ou dos particulares, resta superada a rigidez procedimental. Diante disso, com a instauração de um procedimento padrão flexível e adaptável as inúmeras situações concretas dignas de tutela diferenciada²⁰, assumem demasiada importância as considerações feitas por Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha.

Segundo os autores, ao abandonar a rigidez procedimental, o Código de Processo Civil de 2015 fez com que o procedimento comum passasse a ser “território propício para a inserção de técnicas procedimentais desenvolvidas para a tutela de determinados direitos”²¹. Assim, entende-se que o estudo dos procedimentos especiais deve dar lugar ao estudo sobre as técnicas especiais²², pois a melhor alternativa para adequar o procedimento à situação fática passa pelo livre trânsito de técnicas processuais, sendo necessário observar a compatibilidade da técnica com o procedimento utilizado como base.

Por todo o exposto, admitida a possibilidade de que sejam transportadas técnicas processuais adequadas aos fatos tutelados em sede judicial, a criação de procedimentos especiais fica adstrita tão somente a situações excepcionais, em que a flexibilização procedimental não é capaz, por si só, de atender às especificidades do caso concreto.

20 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: Dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 65.

21 0 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: Dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 71.

22 0 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: Dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 86

Características Essenciais do Processo Estrutural e a (Des)Necessidade de um Procedimento Especial

Após a análise da evolução histórico-legislativa que culminou na superação da rigidez procedimental, com a implementação de um modelo cooperativo do processo e instauração de normas processuais que possibilitam a flexibilização do procedimento, resta viabilizado o direcionamento do estudo à aplicação de técnicas processuais especiais ao processo estrutural.

De plano, cabe ressaltar que não se pretende esgotar as questões inerentes ao processo e a decisão estrutural. O principal objetivo é verificar se o processo estrutural possui características que justificam a elaboração de um procedimento especial, ou se a sua tramitação pode se dar em consonância com as normas processuais já estabelecidas no ordenamento jurídico, fazendo uso do transporte de técnicas processuais.

Para tanto, faz-se necessário expor alguns conceitos relacionados à temática proposta, passando pela definição de litígio estrutural, processo estrutural e decisão estrutural.

De acordo com Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, “o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação)”²³. Ou seja, se está diante de um problema estrutural quando a situação fática sob análise demonstra uma desconformidade estruturada, distante do estado ideal de coisas.

Já o processo estrutural é aquele que tem por objetivo alcançar o estado ideal de coisas, promovendo a transição do estado de desconformidade para o estado de conformidade²⁴. Nota-se que o processo estrutural tem como objeto o

23 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n° 75, jan/mar 2020, p. 104.

24 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n° 75, jan/mar 2020, p. 107.

litígio estrutural, pois se propõe a reorganizar o estado de coisas.

Por fim, a decisão estrutural é definida como aquela que, “partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios)”²⁵. Logo, cabe à decisão estrutural efetivar o resultado do processo, sendo o modo de realizar, no âmbito fático, as conclusões elaboradas após o devido trâmite processual.

Insta salientar que os conceitos acima expostos demonstram de forma inequívoca que a relação fático-jurídica capaz de movimentar um processo estrutural transcende os limites da relação particular. É possível que um conflito aparentemente individual tenha reflexos de elevada complexidade, relacionados às questões de políticas públicas e, conseqüentemente, de interesse público.

Cabe trazer à lume a constatação de Hermes Zaneti Jr. no sentido de que “a litigação de interesse público está intimamente ligada aos processos estruturais, assim entendidos aqueles em que o ‘caso’ ou ‘litígio’ afeta pessoas para além das partes envolvidas do ponto de vista jurídico”²⁶.

Nesse cenário, se estará diante de um conflito que demanda uma decisão que vá além da relação linear entre as partes, exigindo respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente²⁷. Segundo Sérgio Cruz Arenhart, as decisões estruturais se orientam para uma perspectiva futura, “tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o

25 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 75, jan/mar 2020, p. 109.

26 ZANETI JR., Hermes. Ativismo da lei e da constituição na tutela coletiva brasileira: processos estruturais, processos complexos e litígios de difusão irradiada. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabricio Veiga; GOMES, Magno Deferici. Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 409.

27 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: Revista de Processo, vol. 225, nov/2013, p. 391.

litígio que foi examinado”²⁸.

Uma vez demonstrados os conceitos supramencionados, cabe analisar quais são as características do processo estrutural com o objetivo de verificar se tais características dão ensejo a criação de um procedimento especial.

Considera-se salutar a distinção entre características típicas, mas não essenciais e características essenciais do processo estrutural, definidas por Didier, Zaneti e Alexandria.

De acordo com os referidos autores, as características não essenciais consistem na multipolaridade, coletividade e complexidade, enquanto as essenciais podem ser consubstanciadas nos seguintes itens: (i) o fato de se discutir um problema estrutural; (ii) a busca pela implementação de um estado ideal de coisas; (iii) a necessidade de desenvolvimento do processo em um procedimento bifásico; (iv) a intrínseca flexibilidade do procedimento; e (v) a consensualidade, inclusive em relação à adaptação do processo²⁹. Para fins de corte metodológico, o presente estudo se atém às características essenciais acima expostas.

Inferre-se do conceito de processo estrutural que tal processo se ocupa dos litígios estruturais, se propondo a reconstruir o estado ideal de coisas. Logo, se o problema estrutural consiste na desconformidade estrutural da situação fática, o processo estrutural será, inevitavelmente, caracterizado pela discussão do problema estrutural.

Daí se constata que o próprio conceito leva à compreensão das duas primeiras características elencadas por Didier, Zaneti e Alexandria.

Outra característica essencial dos processos estruturais consiste na necessidade de que o procedimento se dê em duas fases distintas: a primeira de identificação do estado de desconformidade e elaboração de uma decisão estrutural capaz de definir qual é o estado ideal de coisas e de que forma ele será

²⁸ *Ibidem*

²⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 75, jan/mar 2020, p. 114.

implementado; a segunda de efetiva implementação das medidas necessárias à reestruturação da situação fática tida como ideal³⁰.

Já a consensualidade adquire especial relevância em razão de características não essenciais, mas típicas do processo estrutural³¹. Isso porque, sendo o processo costumeiramente multipolar e complexo, a negociação de uma solução consensual ganha papel de destaque como forma de promover a economia processual e a efetiva resolução da lide, capaz de beneficiar ambas as partes.

Por sua vez, a flexibilidade intrínseca se justifica pelo fato de que o problema estrutural que dá ensejo ao processo estrutural sempre irá se apresentar com formas e circunstâncias variadas, o que torna inviável a estipulação prévia de um procedimento único³². Pode-se citar, a título de exemplo, o fato de que, apesar de ser uma característica usual, a multipolaridade nem sempre estará presente no processo estrutural, uma vez que o processo pode tratar de um problema estrutural que envolva apenas dois polos de interesses.

Diante disso, não se considera prudente determinar, por exemplo, como regra processual inerente ao processo estrutural, o elastecimento de prazos processuais. Isso porque a referida regra pode ser necessária quando se está diante de um processo multipolarizado, em que deve ser oportunizado o devido contraditório à diversos grupos distintos, mas ser desnecessária em processos estruturais bipolarizados.

No mesmo sentido, há que ser considerado que o grau de complexidade do processo estrutural pode ensejar a flexibilização das normas processuais relativas aos meios de prova. Assim, pode ser que um processo estrutural demande a adaptabilidade dos instrumentos probatórios enquanto outro, menos complexo, não exija a flexibilização da regra estabelecida pelo legislador.

30 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 75, jan/mar 2020, p. 116-117.

31 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 75, jan/mar 2020, p. 115.

32 Ibidem.

Nesse contexto, a partir da análise das características essenciais abordadas acima, resta claro que o processo estrutural não apresenta especificidades que ensejam a criação de um procedimento especial, até mesmo porque tal processo tem como objeto um problema estrutural variado, que se apresenta de formas distintas. Sendo assim, a volatilidade do objeto do processo inviabiliza a predisposição de um procedimento especial único, sendo mais benéfico admitir o transporte de técnicas processuais especiais adequadas à cada caso concreto.

Nesse sentido é o entendimento de Leonardo Silva Nunes, que acrescenta ao posicionamento de Didier, Zaneti e Alexandria a ressalva de que o procedimento comum é “dotado da plasticidade necessária para se conformar, caso a caso, com as peculiaridades do litígio”³³.

Segundo Nunes, a instauração de um procedimento bifásico, aos moldes do processo falimentar, não é a única solução possível, tendo em vista a suficiência do procedimento comum para atender às necessidades de ordem procedimental inerentes ao processo estrutural. Considerando toda a evolução legislativa que resultou na superação da rigidez processual, torna-se possível admitir o livre trânsito de técnicas processuais capaz de adequar o procedimento às características do processo estrutural.

Por todo o exposto, conclui-se que as particularidades do processo estrutural não criam situação excepcional capaz de justificar a elaboração de um procedimento especial, sendo plenamente satisfeitas pela flexibilização procedimental instaurada pelo Código de Processo Civil de 2015.

33 NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 696.

Conclusão

As alterações legislativas e a mudança de percepção acerca do Direito Processual sofrem interferência direta do contexto histórico em que se inserem. A noção a respeito das funções do Estado e do conceito de igualdade cultivada pela sociedade em determinado momento influencia na escolha do tratamento jurídico direcionado à inúmeras questões fáticas. Em razão disso, nota-se que a evolução do modelo rígido de processo ao modelo cooperativo, que permite a flexibilização procedimental, foi motivada pelo fator social.

Dentro de um Estado Liberal, que atribui demasiada relevância à igualdade formal, o processo é visto tão somente como palco para resolução de conflitos particulares. Diante disso, justifica-se um procedimento rígido, capaz de conferir segurança jurídica ao processo e estabelecer limites à atuação do Estado-Juiz, conferindo protagonismo aos particulares envolvidos na lide.

Lado outro, os valores compartilhados em um Estado Social levam ao entendimento, dentro do universo jurídico, de que não só é possível, como devida a diferenciação de procedimentos para atender as especificidades de cada caso sob análise, sendo esse um meio de promover a igualdade substancial.

Por fim, com a implementação do Estado Democrático de Direito, restou superada a ideia de que o processo é marcado pelo protagonismo do magistrado ou dos particulares envolvidos. Surge a noção de um modelo de processo cooperativo, em que todos os envolvidos – partes e juiz – devem atuar de forma conjunta para a resolução do conflito de forma célere, equânime e adequada. Nesse cenário, normas de flexibilização procedimental ganham destaque por possibilitarem a adequação do procedimento às especificidades de cada lide, principalmente por meio do transporte de técnicas processuais especiais.

Em que pese a necessidade de conferir tratamento adequado às particularidades das situações fáticas apresentadas ao Estado-Juiz, a banalização dos procedimentos especiais deve ser considerada prejudicial. Não são raras as vezes em que o legislador cria um procedimento especial que não se justifica pela especialidade da situação jurídica tutelada ou das partes envolvidas, mas sim pela ânsia de promover um procedimento mais célere. Diante disso, há que se reconhecer que o aprimoramento técnico do procedimento comum deve ser o foco do processo legislativo, enquanto a criação de um procedimento especial deve ser admitida como exceção.

O processo estrutural, que visa reestabelecer o estado ideal de coisas, possui características essenciais que o diferenciam dos demais e podem ensejar a aplicação de técnicas processuais diferenciadas. Ocorre que tais características, analisadas em maior profundidade ao longo do presente estudo, não justificam a criação de um procedimento especial, uma vez que as normas de flexibilização procedimental são suficientes para atender às particularidades do processo estrutural.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, vol. 225, nov/2013, p. 383-410.

BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais e seus fundamentos: Implementação por adequação judicial compulsória ou pela via convencional? In: *Scientia Iuris*, Londrina, vol. 25, n. 2, jul. 2021, p. 187-204.

CABRAL, Tricia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, vol. VI, n 6, p. 135-164

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: *Ensaios e artigos*, vol. II. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 205-214.

DIAS, Maria Teresa Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: Dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 75, jan/mar 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Institutos fundamentais do direito processual civil”. In: Fundamentos do processo civil moderno, t. I. 6ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 71-123.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29-46.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 48, n. 190, abr/jun 2011, p. 163-177.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (doutorado). São Paulo: USP, 2007. Cap. 5, p. 153-243.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, vol. 3, 3 ed., 2017.

NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 687-702.

OLIVEIRA, Paulo Mendes. Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: RT, 2018. Parte III, Cap. 1-2

PODETTI, J. Ramiro. “Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil”. In: *Revista de derecho procesal*. Buenos Aires: EDIAR, 1944. p. 113-170.

SICA, Heitor Vitor. “Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil”. In: *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Org.: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013.

SICA, Heitor Vitor. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, v.37, n. 208, São Paulo: RT, junho de 2012, p.61-90.

WAMBIER, Luiz R. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, número 3, volume 18. set/dez 2017, p. 238-255

ZANETI JR., Hermes. Ativismo da lei e da constituição na tutela coletiva brasileira: processos estruturais, processos complexos e litígios de difusão irradiada. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabricio Veiga; GOMES, Magno Deferici. *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 407-428.

CAPÍTULO 2

A (IN)UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO: LIMITES E POSSIBILIDADES NO DIREITO BRASILEIRO

Nina Trícia Disconzi Rodrigues Pigato

Thieser da Silva Farias

Doi: 10.48209/978-65-5417-146-1

Resumo: O presente ensaio tem por escopo abordar o tema da inadmissibilidade de um tipo específico de provas – as ilícitas – na processualística brasileira, trazendo elucidaciones da lei e da doutrina acerca de seus principais caracteres. Nesta esteira, o *paper* aborda, num segundo momento, a questão da (in)validade de interceptações telefônicas em diligências usadas no curso de Ações judiciais, analisando quais os elementos legitimadores de tal medida.

Palavras-chave: Constituição; Processo; Provas ilícitas.

Abstract: The scope of this essay is to address the issue of the inadmissibility of a specific type of evidence – the illicit ones – in Brazilian procedural law, bringing elucidations of law and doctrine about its main characteristics. In this wake, the paper approaches, in a second moment, the question of the (in)validity of telephone interceptions in diligences used in the course of Lawsuits, analyzing which are the legitimizing elements of such a measure.

Keywords: Constitution; Process; illicit evidence.

Introdução

Ciência social aplicada, o Direito apresenta-se em diferentes ramos, enquadrados nas classificações de “Público” (Constitucional, Processual, Penal, Administrativo, Ambiental, dentre outros) ou “Privado” (Civil, Empresarial, Consumidor e etc.), também “Material” ou “Formal”. Enquanto o Direito Material expressa os bens da vida constantes no Código Civil de 2002 e no Código Penal de 1940, por exemplo, o Direito Processual é “braço” autônomo e está a serviço do Direito Material¹.

Grinover (2012) ensina que o Processo tem duas dimensões – uma Objetiva e outra Subjetiva. A primeira caracteriza-se por ser um instrumento de realização do Direito Material, ao passo que a segunda acepção visa à pacificação de conflitos por meio da Justiça.

Um dos elementos mais importantes para a correta instrução do Processo (tanto na seara cível quanto na área criminal) é a prova², figura imprescindível para demonstrar a viabilidade da pretensão do autor ou, nas formas de resposta do réu, garantir ao demandado atestar a ausência de sua culpa ou arguir sua ilegitimidade no polo passivo da lide.

Tutelado constitucionalmente, o direito à produção de provas³ encontra limites no próprio ordenamento. Por razões substanciais e/ou procedimentais, nem sempre o conjunto probatório carreado à Ação é lícito, o que pode acarretar a inviabilidade de sua utilização no deslinde da contenda. É o que se passa a comentar.

1 Não é objetivo deste ensaio refletir acerca dos pormenores conceituais das expressões em tela.

2 Dinamarco (2016, p. 181) descreve: “Em uma primeira acepção, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração realizadas com o objetivo de apurar a verdade quando as questões de fato **são** relevantes ao julgamento”.

3 A demonstração das provas que o autor pretende produzir é um dos requisitos da petição inicial nas causas cíveis, conforme estampa o artigo 319 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Diferença entre Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas

As provas podem ser legais ou ilegais. Estas últimas advêm da obtenção de fatos e alegações probatórias que ferem normas positivadas ou princípios gerais do ordenamento pátrio, quer sejam processuais, quer sejam materiais. Classificam-se em duas espécies: ilícitas ou ilegítimas.

Consoante Capez (1998), as provas ilícitas constituem-se uma violação ao direito material e ocorrem no instante de sua colheita. As provas ilegítimas, por sua vez, infringem normas de direito processual e a transgressão se dá no exato momento em que são introduzidas nos autos. Geralmente, surge na ocasião em que são produzidas no processo e, por isso, são chamadas de *endo* ou *intraprocessual*.

A dicção do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, é explícita ao asseverar a inadmissibilidade de provas colhidas de modo ilícito: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

Aqui, inserem-se os casos de confissões logradas mediante tortura e de interceptações telefônicas realizadas sem autorização judicial, nos termos do artigo 5º, inciso XII, Carta Magna⁴ e da Lei nº 9296/96. Gomes (2008) entende esta espécie como sendo *extraprocessual*.

As provas ilegítimas são nulas e devem assim ser declaradas pelo magistrado (fulcro no artigo 573 do Código de Processo Penal⁵). À guisa de curiosidade, citam-se os casos de interrogatórios feitos sem a presença de advogado do acusado/réu e de substituição de prova testemunhal (com as testemunhas fisicamente presentes) por suas meras declarações por escrito.

4 “XII - 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” (BRASIL, 1988).

5 “Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência (...)” (BRASIL, 1941).

Pelo imperativo constitucional da inadmissibilidade, as provas ilícitas (já ditas infringidoras dos ditames normativos materiais) devem ser excluídas dos autos desde logo – denominada pelo artigo 157 do CPP⁶ como exclusão *a priori* ou imediata –, ao passo que as ilegítimas precisam ser declaradas nulas e extraídas *a posteriori* (GOMES, 2008).

Parcela dos doutrinadores invoca o princípio da proporcionalidade para defender que há chance de usar-se prova ilícita em âmbito penal quando essa for a única que a parte em Juízo conseguiu e sem a qual não poderia justificar a sua pretensão.

No sentir de Ovídio Baptista da Silva (2002, p. 354):

Esta proposição, que poderia constituir um princípio geral de direito probatório, cujos fundamentos não podem ser comparados com procedimentos peculiares à investigação científica, tem sido, não obstante, questionada pela doutrina contemporânea, que busca estabelecer-lhes certos limites de modo a permitir, ou tolerar, a utilização de provas obtidas por meios ilegítimos ou ilícitos⁷.

Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (Ou Provas Ilícitas por Derivação)

Originária da Suprema Corte Americana com a denominação “*Fruits of the Poisonous Tree*” na década de 1920, esse instituto segue uma lógica jurídica formada a partir da inspiração bíblica contida no Evangelho de São Mateus, capítulo 7, versículos 17 a 20 do Novo Testamento:

Assim, toda a árvore boa produz bons frutos, e toda a árvore má produz frutos maus. Não pode a árvore boa dar maus frutos; nem a árvore má dar frutos bons. Toda a árvore que não dá bom fruto corta-se e lança-se no fogo. Portanto, pelos seus frutos, os conhecereis (BÍBLIA, 2000).

6 “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

7 Conforme Silva (2002), não se vislumbra a mesma flexibilidade no Processo Civil.

No Brasil, tal teoria foi adotada pelo Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal em 1996 e foi inserida ao Código de Processo Penal (artigo 157, parágrafo 1^o) por intermédio da Lei nº 11.690/08.

Segundo o postulado, a prova derivada diretamente de prova anteriormente ilícita também está(rá) eivada de ilicitude. Ao se mostrar contaminada, não poderá ser usada no processo, no intuito de evitar que se propague e influencie a prolação de sentença injusta ou incompatível com os cânones nacionais. Nesta linha, Rangel (2009) apregoa que “os vícios da planta transmitem-se aos seus frutos”.

Todavia, é válido consignar que a parte final do dispositivo legal referido alhures apresenta-se vaga ou imprecisa, pois exige um nexo de causalidade entre a prova ilícita inicial e a dela decorrente. Se houver obscuridade ou dúvida sobre a existência da relação causal, caberá ao julgador, à luz do princípio da persuasão racional, decidir quando se trata de prova ilícita ou não.

A doutrina tenta exaustivamente esclarecer os pontos nebulosos (ou omissos) lançados pelo legislador ordinário federal, porém o que consegue é suscitar mais contrariedades e discussões sem chegar a consenso acerca do tema exposto. Algumas teorias subsidiárias foram elaboradas no intuito de mitigar os entendimentos conflitantes.

Aqui, destaca-se a Teoria da Fonte Independente, adotada pelo STF, cujo embasamento normativo reside no parágrafo segundo do artigo 157 do CPP em período posterior à Reforma Processual de 2008. Esse preceito, contudo, é visto como ápice das controvérsias porque, embora esteja previsto na lei, confunde-se com a Teoria da Descoberta Inevitável.

O magistério de Oliveira (2011) explicita:

8 “§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL, 1941).

[...] a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção de prova posteriormente à ilícita). Fonte da prova independente é apenas isso (sic): prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada (OLIVEIRA, 2011, p. 34).

De acordo com o mesmo professor, é a Teoria da Descoberta Inevitável que deveria figurar no artigo 157, parágrafo 2º, do CPP⁹. Logo, retomando o aspecto geral do assunto em análise, a partir da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, fica cediço que tanto a prova ilícita originária quanto as dela emanadas deverão ser descartadas em observância ao pressuposto de inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, não produzindo efeitos desde que seja comprovado de forma irrefutável o liame causal de ligação entre as provas maculadas por vícios (a primária e suas decorrentes).

Comentários sobre a (IN)Validade das Interceptações Telefônicas no Processo

Os 79 incisos¹⁰ do artigo 5º da *Lex Superior* consagram uma vasta gama de direitos fundamentais dos cidadãos, os quais recebem máxima valorização da ordem jurídica. Dentre eles, destacam-se os incisos X¹¹ e XII¹², exemplos de notórios direitos de personalidade (contemplados também na legislação infra pelo Código Civil) e, sobretudo, de proteção às intimidades dos indivíduos.

Pela redação do Art. 5º, XII, da *Constituição Cidadã*, as correspondências e as comunicações telefônicas são invioláveis, salvo se houver autorização

9 “§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (BRASIL, 1941).

10 Em 2022, o Congresso Nacional inseriu a proteção de dados pessoais no catálogo de direitos fundamentais, de modo a reforçar a necessidade de segurança dos internautas na sociedade em rede. *In verbis*: “Art. 5º (...) LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (BRASIL, 1988).

11 “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL, 1988).

12 Vide nota 1.

judicial. Nestes casos, por decisão fundamentada (Art. 93, IX do Excelso Diploma) e diante da relevância do caso *sub judice* (geralmente assuntos de interesse público), as interceptações telefônicas podem ser admitidas como fonte lícita de coleta de provas no fito de se chegar à verdade real no processo.

Isso acontece porquanto, mesmo sendo de elevada relevância para a própria manutenção do Estado Democrático, os direitos fundamentais – a citar o sigilo das comunicações – não podem ser considerados absolutos ou transmutados em escudos de blindagem para o cometimento de delitos (MORAES, 2002).

A privacidade das comunicações telefônicas encontra-se amparada na Carta Política (Art. 5º, XII) e disciplinada na Lei nº 9.296/96, somente sendo possível afrouxá-la mediante decisão de magistrado, em prestígio ao princípio da reserva constitucional de jurisdição. Logo, a interceptação de telefonemas autorizada por membro do Judiciário afigura-se exceção à regra do segredo das comunicações.

A quebra de sigilo telefônico difere do instituto acima mencionado e tem disciplina menos rígida. Pode ser feita, inclusive, por CPI (comissão formada por parlamentares revestidos de poderes limitados no escopo de investigação¹³), cujas atribuições encontram no seu bojo de inquirição a possibilidade de, por decisão extrajudicial fundamentada, romper os sigilos fiscal, bancário e telefônico, na missão de descobrir dados e ligações pretéritas (LENZA, 2016).

Em clara admoestação, Grinover (2006) discorre que o sigilo de correspondências e comunicações são direitos imaculáveis das pessoas caso não coloquem em risco o bem-estar coletivo, devendo-se impedir a sua ruptura se

13 “§3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores” (BRASIL, 1988).

o exercício de tais prerrogativas não prejudicar a segurança e a liberdade de outrem (incluindo-se os interesses da sociedade). Do contrário, permite-se profanar tal rigidez.

Para serem vilipendiados (mesmo com aquiescência judicial), precisa-se seguir estritamente os critérios legais que permitem, diante de situações concretas, o “ultraje” à regra da privacidade, conforme se vislumbra nos artigos 1º a 5º, da Lei nº 9.296, de 1996, sob pena de nulidade da ordem do Juiz que autorizou a medida (BRASIL, 1996).

A possibilidade de deferimento da interceptação telefônica¹⁴ assenta-se em três condições, a saber: 1) ordem judicial fundamentada (mediante requisição de autoridade policial ou do Ministério Público); 2) destinar-se à investigação criminal ou instrução processual penal, e 3) seguir a forma prevista em lei (fato investigado punível por pena de reclusão; existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal e ainda quando não se puder conseguir a prova por outros mecanismos) (BRASIL, 1996).

Em suma: a obtenção de provas através de interceptação telefônica “somente pode ser deferida judicialmente a partir da obediência a um somatório de requisitos estabelecidos explicitamente na lei (9.296/96) e na Constituição, além da observância dos princípios (explícitos e implícitos) da Lei Maior” (STRECK, 2001, p. 70).

Conclusão

Ante o exposto, esta breve pesquisa logrou dissertar sobre uma temática ínsita à Teoria Geral do Processo, comumente vista nos primeiros semestres das Faculdades jurídicas e debatida nos cursos de especialização: o uso de provas em processos judiciais.

14 O prazo é de 15 dias, prorrogável uma vez mais por igual período se for imprescindível para angariar os elementos probatórios.

Valiosa nas lides cíveis e indispensáveis nos processos penais (desenrolar de investigações policiais, formulações de acusação ou nas alegações de defesa), as provas revestem-se de importância singular para conduzirem a condenação de membros do Judiciário quanto às causas que lhes são postas para julgamento.

Assim, em sucintas linhas, o trabalho trouxe à lume a posição da literatura e as normais legais que orientam para a utilização adequada das provas em uma Ação, narrando também quais delas devem ser rejeitadas (porque, eventualmente, vergastaram regras materiais ou formais de Direito), a fim de se promover o acerto dos pronunciamentos decisórios do Estado-Juiz.

Referências

BÍBLIA SAGRADA. Nova Tradução na Linguagem de Hoje. São Paulo: Sociedade Bíblica Brasileira, 2000.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 jul. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**, que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de julho de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.690/08, de 9 de junho de 2008**, que altera os dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carilho. **Teoria Geral do Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **A prova no processo penal: comentários à Lei nº 11.690/08**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araujo. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de Processo Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CAPÍTULO 3

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E UM ALGORITMO INTRANSPONÍVEL

Marcelo Machado de Figueiredo

Othavio Cardoso de Melo

Doi: 10.48209/978-65-5417-146-2

Resumo: O presente artigo aborda a utilização da inteligência artificial pelo judiciário brasileiro. A pesquisa faz um breve histórico da evolução tecnológica chegando à necessidade de aprimoramento da prestação através do uso da IA, analisando questões éticas e desafios iminentes ao processo de aprimoramento tecnológico. Entretanto, a assimilação da IA nos serviços auxiliares ainda não foi capaz de evidenciar barreiras invisíveis que aparecerão na medida em que as máquinas representem uma ameaça aos servidores do alto escalão e aos membros de poder. Nesse momento, é possível que fatores culturais coloquem a inteligência artificial em xeque.

Palavras-chave: Inteligência artificial, Poder judiciário, Algoritmos, Corporativismo, Gatekeeping.

Abstract: This paper addresses the use of artificial intelligence by the Brazilian judiciary. The research provides a brief historical overview of technological advancements leading to the need for improvement in service delivery using AI, analyzing ethical issues and inherent challenges in the process of technological enhancement. However, the assimilation of AI in support services has not yet been able to reveal

invisible barriers that will emerge as machines pose a threat to high-ranking officials and members of power. At that moment, it will be possible for cultural factors to question artificial intelligence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Artificial intelligence, Judiciary, Algorithms, Corporatism, Gatekeeping.

Introdução

O uso da inteligência artificial (IA) pelo Poder Judiciário brasileiro tem se tornado cada vez mais frequente e abrangente, trazendo inovações significativas para a área jurídica. A aplicação de algoritmos e técnicas de IA agiliza os processos, melhora a eficiência e promove uma justiça distributiva.

Algoritmos são alimentados com um grande volume de dados que possibilitam realizar classificações, relatórios e até previsões sobre o resultado dos processos, auxiliando juízes na tomada de decisões e na avaliação de possíveis desfechos. Os *chatbots* e assistentes virtuais promovem o atendimento ao público, permitindo aos cidadãos acessarem informações de seus processos, reduzindo a sobrecarga dos servidores públicos e demais prestadores de serviços e melhorando o acesso à justiça.

Ao mesmo tempo em que essas mudanças representam uma grande evolução, elas causam questionamentos acerca dos rumos que o judiciário e o serviço público de um modo geral irão tomar. Poderá a máquina substituir o homem? Os juízes serão capazes de avaliar os resultados da IA? O ser humano perderá postos de trabalho para a IA? As autoridades aceitariam de bom grado essa substituição?

A utilização de algoritmos de inteligência artificial (IA) na tomada de decisões judiciais tem se tornado uma realidade cada vez mais presente no Poder Judiciário. No entanto, é fundamental compreender a importância da

e da transparência desses algoritmos, devido às implicações significativas que podem ter sobre a justiça e a sociedade.

A eficiência dos algoritmos de IA na tomada de decisões judiciais reduziria custos e aumentaria a celeridade processual, tornando obsoleta boa parte da mão de obra disponível. Dessa forma, é importante analisarmos de que forma essa transição será recebida e se os atores institucionais aceitarão a perda de mão de obra e de representatividade.

Uma série de questões éticas e de dificuldades quanto à transparência, imparcialidade e enviesamento dos dados acumulados podem comprometer o sucesso dessa empreitada tecnológica. Mas um ponto especial chama a atenção: o funcionalismo público e os membros de poder aceitarão passivamente a utilização de Inteligência Artificial em substituição aos seus trabalhos?

Amparado em pesquisa bibliográfica e no método qualitativo-dedutivo, o presente artigo pretende fazer uma análise do uso da tecnologia pelo Poder Judiciário, projetando a possibilidade de substituição dos seus membros na atividade-fim, questionando se o corporativismo dos magistrados (e da raça humana) não constituem um empecilho à assimilação dessa nova ordem tecnológica.

Da Digitalização à Inteligência Artificial

O uso de tecnologia no Brasil sempre enfrentou barreiras em virtude de fatores culturais e institucionais. A sociedade costuma se apropriar das novas tecnologias muito rapidamente, o que não acontece com as instituições públicas, que possuem uma série de restrições burocráticas que acabam por atrasar a assimilação dessas inovações.

Tanto assim que, na contramão do desenvolvimento tecnológico, o Poder Judiciário já atuou de modo a barrar ou dificultar o uso de inovações, demonstrando embaraço na assimilação das novas tecnologias pelos operadores do direito (COELHO, 2007):

A comunidade jurídica brasileira sempre demonstrou certa resistência ao emprego de novas tecnologias no âmbito do processo judicial. Alguns episódios marcantes são lembrados pela doutrina: em 1929, o Tribunal da Relação de Minas Gerais anulou uma sentença criminal datilografada, por considerar que o uso da máquina de escrever poderia comprometer o sigilo das decisões antes da publicação; no fim da década de 1980, várias sentenças foram anuladas porque os juízes haviam usado computador e os tribunais receavam que esse equipamento, por permitir a reprodução de sentenças em série, pudesse prejudicar a devida atenção dos magistrados às particularidades de cada caso; em 2007, alguns interrogatórios por videoconferência foram invalidados, ao fundamento de que ofenderiam o direito à ampla defesa.

Mesmo com todas as dificuldades, a informatização dos processos judiciais tem se tornado cada vez mais presente, principalmente após o advento da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que possibilitou o uso de meios eletrônicos na tramitação de processos, comunicação de atos e transmissão de documentos judiciais. Os investimentos em infraestrutura, treinamento e desenvolvimento possibilitaram o ingresso na era do processo judicial eletrônico.

Após o aprimoramento da tramitação de processos e da contínua evolução das ferramentas tecnológicas, a implementação da inteligência artificial no Poder Judiciário parece inevitável. A automação de rotinas e tarefas burocráticas, que, antes apresentava alto grau de dificuldade, reduziu as etapas formais de um processo judicial e permitiu que o foco passasse à própria jurisdição.

Para a implementação das novas tecnologias, o Conselho Nacional de Justiça vem editando uma série de resoluções que disciplinam o assunto. A Resolução nº 335 institui política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico, integrando os tribunais por meio da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. O sistema PJe se tornou o sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça.

A Resolução nº 385 dispõe sobre a criação dos “Núcleos de Justiça 4.0”. A Resolução n. 332/2020 instituiu o Sinapses como plataforma nacional de armazenamento, treinamento supervisionado, controle de versionamento, distri-

buição e auditoria dos modelos de Inteligência Artificial, além de estabelecer os parâmetros de sua implementação e funcionamento e normatizou o conceito de algoritmo e Inteligência Artificial, como se pode observar do teor de seu art. 3º:

Art. 3º Para o disposto nesta Resolução, considera-se:

I – Algoritmo: sequência finita de instruções executadas por um programa de computador, com o objetivo de processar informações para um fim específico;

II – Modelo de Inteligência Artificial: conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana;

Dessa forma, o conceito de inteligência artificial (IA) é aplicado especialmente a soluções tecnológicas que são capazes de executar atividades de forma semelhante às capacidades cognitivas humanas. Nesse sentido, o uso da IA tem como objetivo principal proporcionar agilidade e qualidade na prestação jurisdicional, com o intuito de contribuir para a redução do acúmulo de processos.

Com o avanço tecnológico e o crescente volume de processos, o Judiciário brasileiro passou a explorar outras possibilidades de aproveitamento da tecnologia, de modo que, a partir da década de 2010, surgiram iniciativas para o uso de algoritmos e aprendizado de máquina na análise de casos, auxiliando juízes e operadores do direito na tomada de decisões.

A medida se tornou necessária por conta da enorme quantidade de demandas que assola o Poder Judiciário. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, os números atingiram incríveis 77 milhões de processos pendentes de julgamento em 2023, acrescentando-se uma média de 27 milhões de novos casos por ano. Tais processos são julgados por cerca de 18 mil magistrados, que são assessorados por 260 mil servidores. Dessa forma, é necessário maximizar a capacidade de trabalho, tornando o sistema mais produtivo a fim de prestar o serviço melhor e mais eficiente.

Uma das primeiras aplicações da inteligência artificial foi a análise de jurisprudência. Por meio de técnicas de processamento de linguagem natural e mineração de dados, sistemas de IA foram desenvolvidos para identificar precedentes relevantes, facilitando a pesquisa e fundamentação jurídica.

A inteligência artificial também tem sido utilizada para automatizar tarefas rotineiras e repetitivas, como a classificação de petições iniciais e a identificação de informações relevantes em documentos. Essa automação contribui para uma maior celeridade processual

Nesse contexto, o uso da tecnologia, inicialmente voltado para a gestão e os procedimentos, passou a vislumbrar a possibilidade de auxiliar a própria jurisdição, atividade-fim do Poder Judiciário.

Gradualmente, todas as aplicações estão sendo incorporadas ao sistema judicial. Na atualidade, o Supremo Tribunal Federal conta com a presença de dois autômatos - o *Victor*, empregado desde 2017 para examinar questões de relevância geral na seleção de recursos provenientes de todo o país, e a *Rafa*, concebida para integrar a Agenda 2030 da ONU ao STF, por meio da categorização dos processos de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecidos pelas Nações Unidas.

Em fase final de testes, um novo robô chamado Vitória será responsável pela identificação e agrupamento, no acervo do Tribunal, de processos que tratam do mesmo assunto. Assim, é possível identificar, com mais agilidade e segurança, por exemplo, processos aptos a tratamento conjunto ou que podem resultar em novos temas de repercussão geral.

Outra possibilidade bastante promissora é o uso da ODR (*Online Dispute Resolution*) incorporado aos processos judiciais, que atende, como primeiro passo, à transição pretendida (NUNES, 2020). Por meio da inteligência artificial é possível administrar e solucionar diversos conflitos antes mesmo da judicialização. Um exemplo emblemático já mencionado é o da recuperação judicial da Oi S/A, em que foram realizados mais de 46.000 acordos.

Como se pode observar, o uso da IA ainda é muito focado na gestão dos processos, sem que a utilização para análise e elaboração de decisões judiciais esteja dentro do radar ou sendo testado pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro. No momento em que a IA assumir de forma bem sucedida o ofício de julgar, diversos desafios virão à tona.

Desafios do uso da Inteligência Artificial em Substituição à Inteligência Humana

Nos tópicos anteriores, ficou claro que, se utilizada adequadamente, a inteligência artificial pode trazer diversos benefícios. Mas o uso inadequado de uma ferramenta tão poderosa pode trazer prejuízos nefastos, tornando necessária a observância de diversas cautelas na elaboração desses algoritmos (CABRAL, 2020, p.88-89):

O maior receio tem sido a má formulação dos algoritmos. Se os códigos-fonte dos programas de computador responsáveis pela confecção das decisões judiciais não forem corretamente desenhados, poderão produzir resultados equivocados, enviesados (biased) ou que tenham desconsiderado aspectos relevantes da controvérsia, com o terrível efeito de poderem estampar em decisões equivocadas um “carimbo de infalibilidade” que, para o homem médio, toda técnica de inteligência artificial traduz. Um segundo ponto é que, por trabalharem com dados, é importante atentar para que os bancos de dados utilizados não sejam viciados. Isso porque, como muitos algoritmos aprendem com os dados coletados, há que se preocupar com as informações que servem de inputs para a formação das decisões. Decisões equivocadas, baseadas em dados parciais, p. ex., poderão levar a outras decisões fundadas nelas, e com isso endossar resultados que, na origem, jamais deveriam ter sido alcançados. Outro problema são os vieses cognitivos (cognitive biases), que podem levar a decisões públicas com concepções e preconceitos que podem estar codificados nos softwares do Judiciário, ou ainda decorrerem da utilização de bancos de dados equivocados. O lado perverso é que os algoritmos aprendem pelo exemplo e, em muitos casos, o preconceito ou uso de dados de conteúdo discriminatório pode gerar outras decisões judiciais no mesmo sentido, reforçando a discriminação ao invés de combatê-la. Mas os algoritmos de computador que operam muitas dessas técnicas apresentam outra grande barreira, que é sua opacidade. Por exemplo, no exame da competência. Como se sabe, é comum que a distribuição de uma demanda ajuizada no Judiciário seja operada de modo aleatório, por meio de programas de computador que,

em tese, seriam imunes a manipulações. Porém, frequentemente esse método não é transparente nem controlável porque as partes não conhecem o programa, o código-fonte do algoritmo utilizado, nem podem conferir se aquele foi o método aplicável ao seu caso.

O autoritarismo enraizado na cultura brasileira pode levar à falta de transparência, um dos problemas enfrentados no Brasil em 2015 (HARTMANN, 2016), quando o Supremo Tribunal Federal negou acessos ao algoritmo utilizado na distribuição dos processos na Corte. O mesmo aconteceu nas eleições de 2022, quando o Tribunal Superior Eleitoral negou acesso aos algoritmos utilizados nas urnas eletrônicas.

Decisões enviesadas foram adotadas por “algoritmos racistas” e anuladas pela Suprema Corte americana (CABRAL, 2020, p.90). Kahneman (*et alli*, 2021) sustenta que “*onde quer que haja julgamento, há ruído - e muito mais do que você pode imaginar*”. Em seu estudo, o autor define o ruído como uma variabilidade indesejada na percepção humana que pode causar grandes perdas econômicas e injustiça. Assim, o estudo conclui que um algoritmo bem programado pode decidir com mais eficiência do que um ser humano.

Os seres humanos são imperfeitos possuindo vieses e preconceitos que os colocam em desvantagem em relação às máquinas. O juiz pode estar de mau humor, por não ter se alimentado bem ou porque seu time perdeu. Até mesmo a simpatia e a beleza da parte podem influenciar no julgamento. O processo cognitivo detém ruídos que comprometem o julgamento.

Entretanto, aceitar o protagonismo da inteligência artificial não será uma tarefa fácil. Sob o ponto de vista orgânico, o Estado é um conjunto de órgãos e pessoas jurídicas que desempenham funções de administração de recursos e bens públicos. Essa estrutura foi erguida em cima de um sofisticado aparelhamento burocrático.

A burocracia é definida por Max Weber (1864-1920) como “a forma mais racional de exercício de dominação”, desenvolvida para ser um tipo ideal de

sistema, mas que hoje é vista como grande causadora de empecilhos, seja nos processos públicos ou nos privados. Nunes (2004) demonstra que a coexistência de valores ligados ao clientelismo, corporativismo e burocracia deve ser aceita como uma particularidade brasileira, não como um obstáculo a ser superado. No Brasil, apesar do caráter aparentemente contraditório da justaposição de diversas vertentes, o sincretismo é uma realidade.

Logo, quando a inteligência artificial ameaçar esse tortuoso equilíbrio, é provável que, durante determinado período, predominem os atores institucionais e burocráticos. E, como qualquer intervalo de tempo é extremamente significativo quando o assunto é tecnologia, os prejuízos serão inestimáveis.

Em culturas mais liberais, o Estado tem um papel decisivo no desenvolvimento tecnológico e “foi o Estado, e não o empreendedor de inovações em garagens, que iniciou a revolução da tecnologia da informação tanto nos Estados Unidos como em todo o mundo” (CASTELLS, 2011, p. 107). O poder público fomenta diversas pesquisas que levam ao desenvolvimento tecnológico.

Como toda inovação, o uso da inteligência artificial tem seus benefícios e dificuldades. No Brasil, aparentemente, o maior desafio é suplantar os valores culturais de uma sociedade essencialmente clientelista e corporativista, onde os serviços burocráticos possuem uma forte representatividade. Ao tratar das grandes transformações tecnológicas, Castells (1999, p. 73-74) acentua a importância do fator cultural e institucional na aceitação de novos parâmetros e valores até então ignorados:

Essa estimativa crucial força-nos a avaliar os verdadeiros efeitos de grandes transformações tecnológicas à luz de uma defasagem no tempo em função das condições específicas de cada sociedade. Todavia, os registros históricos parecem indicar que, em termos gerais, quanto mais próxima for a relação entre os locais de inovação, produção e utilização das novas tecnologias, mais rápida será a transformação das sociedades e maior será o retomo positivo das condições sociais sobre as condições gerais para favorecer futuras inovações. Assim, na Espanha, a revolução industrial difundiu-se de forma rápida na Catalunha, já no fim do século XVIII, mas alcançou uma velocidade bem menor no resto do país, particularmente em

Madri e no Sul; apenas o País Basco e Astúrias tinham aderido ao processo de industrialização no final do século XIX. As fronteiras da inovação industrial eram coincidentes em grande parte com áreas onde foi proibido comercializar com as colônias da América espanhola por cerca de dois séculos: embora as elites andaluzas e castelhanas, bem como a Coroa, pudessem viver de suas rendas norte-americanas, os catalães tinham de prover o próprio sustento através do comércio e da engenhosidade, enquanto eram submetidos à pressão de um Estado centralizador. Em parte, como resultado dessa trajetória histórica, até a década de 1950 a Catalunha e o País Basco eram as únicas regiões totalmente industrializadas e as principais fontes de espíritos empreendedores e de inovação, em profundo contraste com as tendências do resto da Espanha. Assim, condições sociais específicas favorecem a inovação tecnológica, que alimenta a trilha do desenvolvimento econômico e as demais inovações. Contudo, a reprodução dessas condições é tão cultural e institucional quanto econômica e tecnológica. A transformação de ambientes sociais e institucionais pode alterar o ritmo e a geografia do desenvolvimento tecnológico (por exemplo, o Japão depois da Restauração Meiji ou a Rússia durante um breve período sob o regime Stolypin), embora a história passada ostente uma inércia considerável.

Fazendo uma analogia entre o contexto espanhol no final do Século XIX e o atual cenário brasileiro: uma elite burocrática que recebe “rendas” do tesouro nacional não tem interesse na alteração do *status quo*, especialmente se essas mudanças colocarem em risco a sua remuneração, projeção social e a própria vaidade.

Os aspectos culturais exercem forte influência na assimilação da tecnologia. Castells (1999) acentua que “a construção de uma nova cultura baseada na comunicação multimodal e no processamento digital de informações cria um hiato geracional entre aqueles que nasceram antes da Era da Internet (1969) e aqueles que cresceram em um mundo digital”.

No Brasil temos um sistema essencialmente burocrático liderado, na maioria das vezes, por representantes de um “hiato geracional” para quem a assimilação dos valores do mundo moderno (e da inteligência artificial) é ignorada e muitas vezes repudiada. Some-se a isso uma cultura corporativista enraizada em uma elite burocrática, cujas pretensões não admitiriam a perda de representantes e de poder político. Todo esse cenário não parece propício

para a efervescência da inteligência artificial ou para a economia de tempo e de dinheiro através da redução de quadros no serviço público.

Acrescente-se que a velocidade da tecnologia não permitirá a adequação do aparelhamento burocrático que acabará preso ao modelo tradicional, ao ar-repio da evolução tecnológica. O comportamento é conhecido como *Gate-keeping*¹ (em livre tradução: segurador do portão), que pode ser definido como o desencorajamento de desenvolvedores juniores, limitação de contratações e criação de uma atmosfera tóxica que sufoca a inovação, colaboração e crescimento.

Conclusão

A evolução do uso da tecnologia pelo Poder Judiciário brasileiro demonstrou o crescimento exponencial das possibilidades de uso, desembocando na possibilidade de utilização da inteligência artificial (IA) na tomada de decisões, na própria jurisdição.

Embora a adoção da IA tenha o potencial de trazer benefícios significativos para o sistema jurídico, sua implementação adequada requer uma abordagem cuidadosa que leve em consideração os desafios e riscos associados.

A falta de transparência dos algoritmos utilizados no Judiciário é um problema preocupante. A opacidade desses sistemas impedirá a compreensão de como as decisões judiciais são tomadas, o que pode resultar em decisões injustas ou enviesadas. Além disso, os algoritmos de IA são treinados com dados históricos, que podem conter vieses e desigualdades já presentes no sistema judicial.

¹ A teoria do Gatekeeper surgiu pela primeira vez no ano de 1947, criado pelo psicólogo alemão Kurt Lewin, a partir de suas observações que levantam a possibilidade da mudança de hábitos alimentares de uma população. (disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Gatekeeping#:~:text=Gatekeeping%20%C3%A9%20um%20conceito%20jornal%C3%ADstico,o%20%22porteiro%22%20da%20reda%C3%A7%C3%A3o.)).

Portanto, é essencial que os algoritmos sejam continuamente monitorados e auditados, a fim de identificar possíveis vieses, ruídos e falhas. A adoção de práticas de teste e avaliação rigorosas garantiria que os sistemas de IA sejam efetivos e justos, alinhados com os princípios éticos e legais. A participação de especialistas independentes, como cientistas de dados e pesquisadores em ética da IA, pode ser fundamental nesse processo.

Entretanto, o grande desafio parece anteceder todas essas etapas, pois a cultura clientelista e corporativista é patrocinada por uma elite burocrática que não tem interesse na alteração de seu *status*. Quando se sentirem ameaçadas, essas categorias tenderão a se unir em prol da preservação de sua espécie, cujo risco de extinção é iminente.

Portanto, a incorporação da inteligência artificial pelo Poder Judiciário, que hoje é tão bem recebida, deve enfrentar barreiras até então invisíveis que repousam na preservação do status e da representatividade de seus membros. Afinal, “a vida é uma eterna troca de figurinhas e, por causa do egoísmo, ninguém consegue completar o álbum”.

Referências

CABRAL, Antonio do Passo. **Processo e tecnologia: novas tendências**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos (Coords.). Direito, processo e tecnologia. São Paulo: Thosmon Reuters Brasil, 2020. p. 83-109.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

COELHO, Fábio. **Judiciário brasileiro ainda reluta a avanços tecnológicos**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-set-08/judiciario_ainda_reluta_avancos_tecnologicos. Acesso em 17 de junho de 2023.

FUAD, Lucas. **A evolução da tecnologia no Poder Judiciário brasileiro**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-evolucao-da-tecnologia-no-poder-judiciario-brasileiro-do-datilografo-a-inteligencia-artificial/1209689493>. Acessado em 17 de junho de 2023.

HARTMANN, Ivar. **Distribuição dos processos no STF é realmente aleatória?** Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/distribuicao-dos-processos-no-supremo-e-realmente-aleatoria-25072016>. Acessado em 18 de junho de 2023.

Kahneman, Daniel, Sibony, Olivier e Sunstein, Cass R. **Ruído: Uma falha no julgamento humano**. 1ª Ed. São Paulo: Objetiva, 2021.

NUNES, Dierle. **Virada tecnológica no direito processual**. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique Santos; WOLKART, Erik Navarro. (org.) *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p.15-40.

NUNES, E. **Gramática Política do Brasil: Clientelismo e Insulamento Burocrático**. Zahar. Rio de Janeiro, 2004.

PORTO, Fábio 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, 1Q sem. 2019. p. 142-199.

SILVEIRA, S. A. **Governo dos Algoritmos**. *Revista de Políticas Públicas*, v. 21, n. 1, p. 267-281, 2017.

CAPÍTULO 4

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM: UMA CONFIRMAÇÃO NO TEMPO

Mariah Ferrari Pires

Doi: 10.48209/978-65-5417-146-3

Introdução

O sistema jurídico brasileiro é pautado no *civil law*, regido preponderantemente pelo normativismo, tendo suas origens no antigo direito romano.

Os romanos, no final do século III d.C estabeleceram a Justiça oficial e com ela o juiz estatal, o que se deu no momento em que o magistrado romano, alto funcionário, mas até então sem poder jurisdicional, houve por bem chamar a si a responsabilidade de solucionar o litígio entre as partes em nome do Estado, missão que até então era exercida por um terceiro particular, árbitro portanto, escolhido pelos próprios contendores ou por indicação do magistrado¹.

Esse mecanismo atravessou séculos sem maior evolução, somente vindo a progredir a partir da Revolução Francesa em 1789.

Já a fase atual do processo contemporâneo, busca soluções mais rápidas

¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. RT-735 -Janeiro de 1997 – 86º ano.

e eficazes, ante a realidade da ineficiência das decisões judiciais, ensejada sobretudo pelo arcaísmo das organizações judiciárias.

A humanidade tem conhecido, como meios de solução desses conflitos, a autotutela, a autocomposição, a arbitragem e a decisão judicial. Nesse sentido, o processo pode realizar-se à margem de qualquer atividade estatal, como ocorre com a mediação, que leva à conciliação espontânea, em que relevante a atividade dos interessados na busca da solução comum. Pode também realizar-se por meio da intervenção estatal, materializada na decisão judicial. E pode, em meio aos dois polos, situar-se na forma paraestatal, ou seja, sob a garantia do Estado, mas com a decisão delegada ao particular, cujas decisões se estatizam uma vez proferidas, inclusive com sanções típicas das soluções estatais. Aí está a arbitragem.

A expressão correta para tanto é chamada de tratamento adequado de conflitos, apesar de ao se discutir temas como mediação, conciliação, arbitragem, popularizou-se classificá-los como métodos alternativos de resolução de disputas². Ocorre que, a arbitragem fica categorizada em hierarquia inferior em relação à via jurisdicional estatal³.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) inova no direito brasileiro e cunha o termo tratamento adequado dos conflitos de interesse⁴. Quanto a “tratamento”, duas observações sobressaem: (i) o foco não está em aniquilar o conflito e (ii) não se isolam os instrumentos disponíveis para lidar com o conflito. Tratar, em vez de resolver ou solucionar, implica em reconhecer, como analisado, que o conflito configura elemento essencial de uma sociedade democrática, bem como fenômeno inerente à convivência

2 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.

3 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: CNJ, 2016, p. 56

4 Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

humana. Ainda, falar em tratamento permite análise mais abrangente quanto às diversas ferramentas disponíveis: os diversos mecanismos estão à disposição para as partes relacionarem-se de maneira construtiva com o conflito e, inclusive, podem conjugá-los. Já a adequação consiste em enfoque que “reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”⁵. A palavra permite entender que o tratamento deve ser proposto conforme o conflito, suas nuances e peculiaridades, e, nessa linha, os diversos métodos não são inferiores ou superiores, mas sim menos, ou mais adaptados a levar as partes à pacificação.

Evolução Histórica

Apesar da remissão à Lei de Arbitragem (nº 9307/1996), o Brasil já muito antes reconhecia o juízo arbitral. A primeira notícia, ainda no fim do século XVI, consta nas Ordenações Filipinas de 1595, posteriormente ratificadas em 1603⁶.

A arbitragem foi instituída como norma quando da outorga da primeira Constituição (1824)⁷, no art. 160, que estabeleceu a possibilidade de as partes nomearem “Juízes Árbitros” para solucionar conflitos de natureza penal e cível.

O Código Comercial datado de 25 de junho de 1850 trazia a obrigatoriedade da arbitragem em previsões esparsas, cabendo destacar duas: “*Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral*” (art. 245) e “*Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral*” (art. 294). Porém, com a edição da Lei 1.350/1866 e com o Decreto 3.900/1867, no Brasil Império, o juízo arbitral

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 71.

6 Livro III - Ordenações Filipinas - Título - XVI - Dos Juízes árbitros

7 Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824.

passou de obrigatório para facultativo.

Em seguida, o CPC/39 destinou o Título Único do Livro IX (art.1.031 a 1.046) à arbitragem, ampliando o uso do juízo arbitral para questões fora do Direito Comercial. O CPC/73 manteve algumas disciplinas do código anterior, também destinando regime legal específico à arbitragem, arts. 1.072 a 1.102, restringindo-a aos direitos patrimoniais.

Os referidos códigos, como visto, adotaram a arbitragem em sua modalidade facultativa de “juízo arbitral”, pelo qual as partes podiam submeter seu litígio a árbitro, mediante compromisso, que o instituía, observados determinados requisitos. Os árbitros, sempre em número ímpar, podiam apreciar as questões de fato e de direito. Contudo, a decisão sujeitava-se, quanto aos seus aspectos formais, à homologação judicial, que lhe dava a eficácia executiva.

Em 1992, quando o então Senador da República Marco Maciel apresentou o Projeto de Lei nº 78/92, a arbitragem passou a ganhar maior protagonismo. Em 1996 o Projeto de Lei foi aprovado e sancionado, nascia, então, a Lei da Arbitragem nº 9307/1996, o grande marco legal sobre a arbitragem no Brasil. A legislação revogou o que constava no CPC/73 e passou a servir de microcosmo dialogal no que diz respeito ao juízo arbitral.

Cuidou a nova lei não apenas de substituir o modelo de “juízo arbitral”, até então previsto na legislação, por uma nova regência, dentro de padrões atuais, disciplinando notadamente a convenção de arbitragem e prestigiando a manifestação da vontade, como também se preocupou de adaptar o então novo diploma aos textos legais conexos (arts. 41 e 42), de explicitar o acesso ao Judiciário aos eventualmente prejudicados (art. 33), da eficácia dos tratados internacionais sobre a matéria (art. 34) e até mesmo na postura ética dos árbitros, equiparando-os, para efeitos da legislação penal, aos funcionários públicos (art. 17), a ensejar o enquadramento destes na tipologia criminal caso ocorram deslizes de comportamento.

A referida lei teve a constitucionalidade questionada nos autos do Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a qual, contudo, foi confirmada em julgamento datado de 12/12/2001⁸.

A Lei nº 9.099/95, conhecida como a lei dos juizados especiais, antecipou as previsões da Lei de Arbitragem no que lhe cabia o procedimento e previu dispositivos que oferecem às partes litigantes a via do juízo arbitral, antes do julgamento pelo juiz estatal. Interessante a referida previsão, pois nos juizados especiais, pressupõe-se que todas as partes são capazes, logo, passíveis de se valerem da arbitragem como método de solução de conflitos.

No ano seguinte sobreveio o Código Civil de 2002, que, ao contrário do CC/16, previu o juízo arbitral ao enunciar que “*Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial*” (art. 853).

Por fim, em 2015 o instituto da arbitragem foi agraciado por mais duas legislações, a Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem para ampliar o âmbito de aplicação para a solução de disputas envolvendo a administração pública, e, o Código de Processo Civil de 2015 que sedimentou a arbitragem no processo civil moderno, reconfigurando o instituto a partir de técnicas processuais próprias, criando verdadeiro diálogo entre técnicas processuais e a arbitragem.

8 STF - SE-AgR: 5206 EP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-04-2004. O recurso é o caso piloto (leading case) sobre a matéria. Trata-se de uma ação movida a partir de 1995 no estado do Espírito Santo. A empresa, de origem estrangeira, pretendia homologar um laudo de sentença arbitral dada na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil. A princípio, o pedido havia sido indeferido. Entretanto, em 1996, foi promulgada a Lei 9.307, que dispensaria a homologação desse laudo na justiça do país de origem. Durante o julgamento do recurso, o ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da nova lei. Apesar de todos os ministros terem votado pelo deferimento do recurso, no sentido de homologar o laudo arbitral espanhol no Brasil, houve discordância quanto ao incidente de inconstitucionalidade.

De maneira geral, as alterações trazidas pela Lei nº 13.129/15 consolidaram entendimentos há muito defendidos pela doutrina especializada e em grande parte já refletidas na jurisprudência, como: (i) a possibilidade de utilização da arbitragem para solução de disputas envolvendo a administração pública; (ii) a possibilidade de prolação de sentenças arbitrais parciais; (iii) a redução do rol de hipóteses de nulidade da sentença arbitral; (iv) a possibilidade de ajuizamento de medidas cautelares e de urgência perante o Poder Judiciário anteriormente à constituição do tribunal arbitral; (v) a criação do mecanismo da carta arbitral; (vi) a possibilidade de retirada do acionista minoritário, em determinadas hipóteses, que discordar da inclusão de cláusula compromissória no estatuto social da companhia; (vii) a possibilidade de as partes afastarem a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro à respectiva lista de árbitros; e (viii) a previsão expressa de interrupção da prescrição com a instituição da arbitragem.

Esse avanço foi também acompanhado pelo novo Código de Processo Civil, o qual entrou em vigor em março de 2016 e que também trouxe disposições sobre a arbitragem, tal como a previsão de tramitação em segredo de justiça de ações judiciais a procedimentos de arbitragem sujeitos à confidencialidade. O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) instituiu definitivamente a arbitragem como modalidade jurisdicional, consoante se colhe do art. 3º, §1º. Em dispositivos esparsos, o CPC/15 consolidou o instituto da arbitragem na jurisdição civil brasileira (arts. 189; 260, §3º; 337, 359, 485, 1.012 e 1.015), conforme será melhor tratado adiante.

9 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

Da Relação com o Poder Judiciário

A arbitragem, de todos os meios de resolução de conflitos, é o que mais se aproxima do funcionamento do Poder Judiciário¹⁰, ela atua de maneira ritualizada e tendente à prolação de uma sentença final e vinculante.

Por ser adjudicatória, a arbitragem atua de maneira parecida ao processo judicial, mas há diferenças importantes. A constatação de que conflitos diferentes podem ser melhor resolvidos por mecanismos diferentes, apesar de singela, é marcante. É justamente a verdade dessa constatação que impulsiona o desenvolvimento da arbitragem.

O impulso da arbitragem é determinado pela vontade das partes, pela análise das suas vantagens e adequação. As partes a escolhem pelo desejo de um processo mais flexível e adequado ao caso concreto, conduzido por árbitros de sua confiança, em um ambiente menos formal e mais direcionando para as peculiaridades do caso.

Apesar da origem contratual, a arbitragem se desenvolve num processo jurisdicional. O árbitro é juiz de fato e de direito do caso que lhe for submetido, prolatando uma sentença final, definitiva e vinculante para as partes, a qual deve ser útil e exequível.

O árbitro tem o poder de julgar o caso que lhe é submetido, sua decisão se equipara, para todos os fins, à sentença judicial e constitui título executivo judicial. Contudo, não possui poderes de império, não podendo praticar atos constitutivos ou executórios, e, como sua atuação decorre do contrato celebrado entre as partes, não pode forçar terceiros a participar do processo arbitral.

Portanto, há diversas situações em que será imprescindível a cooperação do juiz estatal para o suporte ao processo arbitral. Essa cooperação poderá ocorrer, conforme o caso, em todas as fases arbitrais.

¹⁰ Ao ponto de se dizer que ela é uma espécie de processo civil privado. Cf. BLAKE, Susan; BROWNE, Julie; SIME, Stuart. **A practical approach to alternative dispute resolution**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 394.

Em alguns momentos, o Poder Judiciário será chamado para exercer uma função de apoio ao processo arbitral – para praticar poderes de polícia. Em outros, ele terá um papel de controle sobre a arbitragem, precisamente no tocante ao devido processo arbitral. É preciso, contudo, estabelecer limites à essas intervenções, há um delicado ponto de equilíbrio a ser encontrado.

Existe uma série de institutos que procuram delimitar esse contato, como o princípio da competência-competência, que estabelece que o julgador tem competência para analisar sua própria competência, se poderá ou não julgar a questão a ele posta, decorrente do princípio da autonomia da cláusula compromissória em relação ao princípio na qual está inserida. Além disso, até mesmo o efeito negativo da convenção de arbitragem que impede o julgamento de litígio abrangido por convenção de arbitragem e impõe que o juiz extinga o processo sem resolução de mérito (art. 485, VII do CPC).

O respeito às normas atributivas de competência é fundamental para o adequado funcionamento do sistema arbitral. Um juiz que atua desconsiderando a competência e as atribuições do árbitro, atua ilegalmente e viola o legítimo interesse e a autonomia das partes na definição do meio para a resolução de sua disputa. É preciso sempre a adoção de uma postura que valorize a boa-fé objetiva e um comportamento cooperativo e adequado das partes.

Por outro lado, há situações em que o apoio e o controle são importantes ou mesmo indispensáveis. Esse é o paradoxo da arbitragem. Para poder ser um mecanismo atraente e eficiente de resolução e disputas, ela precisa depender o mínimo possível do Judiciário, sob pena de se criar um anômalo processo misto, mas há situações em que a participação do Estado, através do Poder Judiciário, é indispensável. Dentro da noção de um sistema de justiça, em sua acepção ampla, pública e privada, a arbitragem aparece em complementariedade ao Poder Judiciário. O Estado regula e respeita o instituto, como decorrência da autonomia privada e da liberdade de contratar.

O árbitro assume o encargo de julgar, com o correlato dever de proferir uma decisão útil e adequada, conduzindo o processo de modo devido, por isso não pode se furtar de, reconhecendo suas limitações, solicitar as providências e o apoio judicial que se façam necessário.

É no reconhecimento da complementariedade da justiça estatal e da arbitragem que reside a correta compreensão do paradoxo desta última. A interferência estatal, se regrada, é salutar e constitui fator de segurança jurídica para as partes.

Antes da instalação do processo arbitral, ou seja, antes de o árbitro assumir o encargo de julgar o caso, cabe ao Judiciário a prática de atos e medidas urgentes. A preocupação aqui é não deixar as partes sem ter a quem recorrer pelo simples fato de o processo arbitral ainda não ter começado.

O juiz pode conceder medidas urgentes, tanto de caráter cautelar quanto antecipatório, o ponto central é tratar adequadamente do risco do perigo da demora. Entretanto, essa decisão será provisória e sujeita à revisão do árbitro quando iniciado o processo arbitral, exceto se as partes expressamente pactuarem de maneira diversa.

Outra importante atuação do juiz em um momento pré-arbitral é o apoio na operacionalização da cláusula compromissória patológica e vazia para instalação da arbitragem. Chama-se de cheia, aquela cláusula compromissória que já contém todos os elementos para o início do processo arbitral, seja por indicar como serão designados os árbitros em uma arbitragem *ad hoc*, seja por fazer referência às regras de alguma instituição arbitral.

A cláusula compromissória cheia é capaz de instaurar diretamente a arbitragem, prescindindo do compromisso arbitral¹¹, por já conter em si todos os elementos e requisitos necessários para a instituição do juízo arbitral.

11 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 73.

Se a cláusula compromissória contiver em si as regras para a instituição da arbitragem, ela será autossuficiente e a instituição do tribunal arbitral e o início do processo arbitral poderão acontecer mesmo com a oposição ou resistência da parte contrária. O réu será citado para comparecer ao processo arbitral e, caso não o faça, o processo poderá se desenvolver à sua revelia (art. 22, § 3º, da Lei de Arbitragem).

Entretanto, de modo distinto, caso a cláusula compromissória faça mera menção genérica de submissão à arbitragem das questões relativas ao contrato, sem especificar as regras, será necessário que as partes entrem em acordo para firmar um compromisso arbitral. A recusa de uma das partes em firmar um compromisso arbitral nessa situação, impossibilitará a instalação do tribunal arbitral.

Para superar essa situação, é possível que uma das partes proponha uma ação judicial tendente à prolação de uma sentença que substitua o compromisso arbitral, nos termos dos artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem.

A cláusula compromissória vazia, dessa maneira, vincula as partes e o contrato imediatamente à arbitragem, de modo que é possível sua tutela específica por via judicial, para lhe dar efeito e permitir sua aplicação prática¹².

Iniciado o processo arbitral, o juiz não pode tomar qualquer atitude interventiva, a menos que seja instado a fazê-lo a requerimento ou com o consentimento do árbitro. São situações como a necessidade de expedição de um mandado judicial de vistoria, para que o árbitro possa inspecionar determinado local, ou o bloqueio eletrônico de valores, quando o árbitro determinar cautelarmente tal medida. São atos que necessitam da manifestação do poder de império estatal ou que atingem a esfera de terceiros não contratantes.

12 SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p. 134.

Em determinadas situações, o Poder Judiciário poderá ser chamado para atuar apoiando o processo arbitral com a garantia de efetividade de provisões e ordens processuais, incluindo decisões com um caráter mandamental ou executivo.

Evidentemente, o árbitro pode determinar que as partes pratiquem determinados atos, podendo ainda determinar sanções no curso do processo arbitral. Isso é abrangido pelos dos poderes decorrentes da convenção de arbitragem. As partes concedem esse poder, inerente à atividade jurisdicional a ser exercida, ao árbitro.

Em relação a terceiros, entretanto, o árbitro não possui poderes para materialmente efetuar qualquer determinação impositiva. Caso seja necessário ouvir uma testemunha no curso do processo arbitral, o árbitro poderá expedir diretamente uma comunicação solicitando o seu comparecimento. Caso a testemunha não compareça para depor, o árbitro poderá solicitar que o Poder Judiciário determine a condução da testemunha renitente.

O Código de Processo Civil de 2015 facilitou a comunicação e o apoio de árbitros e juízes durante o curso do processo arbitral. O principal instrumento para facilitar essa cooperação foi a criação da carta arbitral. Pela carta arbitral, o árbitro requisitará a cooperação do juiz para a prática de atos, inclusive para fins de efetivação de medidas de antecipação dos efeitos da tutela. A carta arbitral seguirá o regime geral das cartas e será processada em segredo de justiça, caso seja comprovado que o processo arbitral é sigiloso.

Após o encerramento do processo arbitral, o Poder Judiciário pode ser chamado a controlar o processo arbitral, particularmente se forem respeitadas as regras atinentes ao devido processo legal processual.

Num momento pós-arbitral, o juiz tem um importante papel de controle e de execução forçada da sentença arbitral. Esse controle, entretanto, não é de conteúdo, não é possível rever o mérito da decisão arbitral. Como o árbitro não

possui poderes para a prática dos atos materiais de execução de suas medidas, o juiz é que deverá fazê-lo. Mas, antes que se dê a execução definitiva, é possível o controle da sentença arbitral.

Como se vê, antes, durante ou após o processo arbitral, o Poder Judiciário continua tendo um papel importante, sendo indispensável um Judiciário eficiente para que se tenha uma prática arbitral adequada.

Arbitragem, Atos Concertados e Reconfiguração

A partir do CPC/2015 a arbitragem passa por verdadeira reconfiguração, ganhando ainda mais destaque como instrumento indispensável da promoção ao acesso à justiça.

Com a valorização do princípio da primazia do julgamento de mérito, o atual Código de Processo Civil prima pela resposta eficiente do judiciário aos tutelados, tendo criado todo um sistema de sanação de vícios capaz de alcançar uma solução adequada aos conflitos apresentados. Nesse contexto, tem-se o art. 3º, §1º.

Tal previsão, aparentemente comum, tem forte conotação simbólica, vez que o dispositivo é o primeiro parágrafo do artigo que cuida do princípio da inafastabilidade da jurisdição. A previsão não é ocasional, busca-se reforçar o caráter jurisdicional da arbitragem.

Além disso, logo no início o CPC menciona a arbitragem como forma de solução de conflito. Não poderia ser diferente, pois o CPC /2015 chega num momento histórico em que a arbitragem, no Brasil, está consolidada, de modo que o código nasce, neste ponto, em consonância com seu tempo. As diversas menções à arbitragem ao longo do texto reforçam essa clara opção política de prestígio e reconhecimento do processo arbitral. Como visto, o CPC/73 cuidava do assunto muito superficialmente, com menções esparsas, e por vezes incongruentes¹³.

13 CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 8

Não há dúvidas, portanto, que a arbitragem é um grande ambiente para causas especializadas, em que se contam com árbitros que vão conhecer efetivamente o assunto a ser julgado. Em outras palavras, demonstra-se como uma forma de tratar o conflito verdadeiramente de modo adequado, inspirando confiança na decisão arbitral.

Nada obstante, a arbitragem não pode ser utilizada em qualquer situação. O art. 1º da Lei 9.307/96 restringe o instituto às pessoas capazes e aos direitos patrimoniais disponíveis.

A capacidade de contratar, no caso, consiste na chamada arbitrabilidade subjetiva, isto é, as pessoas físicas ou jurídicas que podem ser titulares de direitos e contrair obrigações. Somente essas pessoas poderão tomar parte de arbitragens.

No tocante à direitos patrimoniais disponíveis, a interpretação não pode ser extremista. Tanto é que, admite-se a arbitragem no âmbito do poder público e para massas falidas (art. 6º, § 9º, da lei 11.101/05), o que reforça a noção de que a disponibilidade de direitos não deve ser vista como genérica.

De modo geral, é fato que tanto para o poder público como ao particular, é interessante que o litígio seja julgado por um especialista, de forma mais célere e mais dedicada, conforme proporciona a arbitragem.

Outrossim, a arbitragem não pode ser imposta, é fruto da autonomia das partes, expressada por cláusula ou compromisso arbitral. Neste ponto interessante a analogia aos negócios jurídicos processuais (art. 190 do CPC), os quais podem ser feitos antes e durante o conflito. Da mesma forma acontece com a arbitragem. Em momento anterior, a chamada cláusula arbitral projeta um possível litígio que ainda se desconhece. O ideal é que seja a mais completa possível, indicando árbitros, forma de indicação, câmaras, tudo a facilitar sua aplicação – chamada de cláusula cheia.

Caso se esteja diante do conflito já existente, tem-se o chamado compromisso arbitral. Portanto, assim como na jurisdição estatal as partes podem estimular um negócio jurídico processual, também podem estimular um compromisso arbitral no juízo arbitral (art. 6º da lei de arbitragem).

Retornando-se ao CPC/15, o art. 69 cria uma ideia de atos concertados entre juízes cooperantes que constituem qualquer pedido de colaboração de um órgão ao outro. Extrai-se que o dispositivo estabelece um grande fluxo de comunicação entre todos os órgãos jurisdicionais, inclusive o juízo arbitral (§1º). Nas codificações passadas, essa comunicação se restringia às cartas precatórias e rogatórias, de modo que o Poder Judiciário ainda exercia certo controle da Arbitragem, porém a ideia atual vai além.

Portanto, os atos de interação não são privativos da jurisdição estatal, o que concretiza a ideia de acesso à justiça prevista no art. 3º do CPC. A conclusão é clara: o judiciário possui a missão de auxiliar em que tudo que for possível para se ter o melhor resultado da arbitragem. Seja para ouvir testemunhas, compartilhar provas judiciais emprestadas, processar ação de produção autônoma de provas, dentre outros.

Não há de se pensar na jurisdição arbitral fora da jurisdição estatal, mas sim numa grande ideia de diálogo. Corroborando com esse movimento, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, editou a Resolução 421, de 29/09/2021 que se destina a regulamentar a cooperação entre o Poder Judiciário e os tribunais arbitrais.

Com isso, os tribunais arbitrais e árbitros se somam às instituições, do sistema de justiça ou fora dele, que possam contribuir para a execução da estratégia nacional do Poder Judiciário, promover o aprimoramento da administração da justiça, a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional¹⁴.

14 SUASSUNA, Marcela Melichar. CARRARA, Bernardo Vieira Kluppel. **A cooperação judiciária entre arbitragem e justiça:** comentários sobre a Resolução CNJ 421/2021. Revista de arbitragem e mediação: vol. 19, n. 72 (jan./mar. 2022). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022.

Outro ponto que merece destaque foi a inovação trazida no art. 189, inc. IV do CPC, é comum que o processo arbitral seja sigiloso. Não é, porém, inerente ao processo arbitral a confidencialidade, mas tem sido comum que as partes assim estabeleçam. O sigilo do processo arbitral, que se restringe à publicidade externa, concretiza o direito fundamental à preservação da intimidade. Se tiver havido estipulação pelas partes de confidencialidade na arbitragem, haverá segredo de justiça no processo judicial que verse sobre ela, inclusive em cartas arbitrais. Resta evidente o diálogo entre as jurisdições citadas acima, o qual estimula uma solução adequada ao conflito posto.

Em seguida, o art. 237, IV do CPC trata da carta arbitral expedida ao juízo estatal. Avigora o entendimento de que ao juízo arbitral é que cabe o deferimento da medida de força, competindo ao juízo estatal apenas o cumprimento da medida, sem questionar o seu mérito. Consolida o prestígio conferido pelo CPC/15 aos métodos de composição de conflitos, estimulando a arbitragem, em consonância ao art. 3º, §1º.

O art. 485, VII do CPC, dispõe acerca do julgamento sem resolução de mérito quando houver convenção de arbitragem em torno do objeto litigioso. A inexistência de convenção de arbitragem é requisito processual de validade do procedimento, por isso que, constatado esse fato, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito. A extinção pode decorrer de duas situações: a) o órgão jurisdicional estatal acolhe a alegação de convenção de arbitragem feita pelo réu (art. 337, X); b) o juízo arbitral reconhece a sua própria competência.

A existência de convenção de arbitragem é fato que não pode ser conhecido de ofício pelo órgão jurisdicional (art. 337, §5º). Cabe ao réu alegar a existência de convenção de arbitragem no primeiro momento que lhe couber falar nos autos; caso não o faça, seu silêncio será considerado aceitação da jurisdição estatal e conseqüente renúncia ao juízo arbitral (art. 337, §6º).

Até mesmo os conflitos decorrentes da sucessão *causa mortis* podem ser tratados pela arbitragem de certo modo. Apesar do dogma existente quanto a vedação do uso da arbitragem nesses casos, Rodrigo Mazzei¹⁵ desmistifica:

O primeiro ponto a ser destacado está firmado na (equivocada) concepção de que o inventário causa mortis tramitará pela jurisdição arbitral, substituindo completamente a jurisdição estatal no sentido. Na realidade, a arbitragem será utilizada para dirimir determinado(s) conflito(s) advindo(s) da abertura da sucessão e não propriamente como um “substituto do processo de inventário”. A sucessão causa mortis possui ambiência para que surjam conflitos diversos depois da sua abertura, notadamente no curso do inventário respectivo, situação que decorre da sua própria natureza policêntrica (e, muitas vezes, multipolar).

A título de exemplo, o professor Rodrigo Mazzei elenca o que poderia ser levado à arbitragem, como: debates acerca de disputas quanto à qualidade de herdeiro (art. 627, § 3º), admissão de interessado no inventário (art. 628, § 2º), necessidade de colação (art. 641, § 2º) e pagamento de dívidas (art. 643, parágrafo único).

Conclui-se, então, que no atual contexto brasileiro tem-se um novo paradigma de paralelismo e convergência nas perspectivas entre as esferas da justiça arbitral e da justiça estatal¹⁶, sendo inegáveis as vantagens acerca da arbitragem para a resolução de determinados litígios, a partir do uso dos atos concertados ratificados pelo Código de Processo Civil de 2015.

15 <https://www.migalhas.com.br/coluna/observatorio-da-arbitragem/373764/a-arbitragem-e-a-resolucao-dos-conflitos-sucessorios>

16 BRANDAO DE OLIVEIRA, Agatha; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. **A Arbitragem e o Poder Judiciário no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: Paralelismo e Convergência**. In: Wladimir Oliveira da Silveira. (Org.). *A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano* - Anais do XX Congresso Nacional do CONPED. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v., p. 6129-6147.

Conclusão

Com o advento do CPC/15, proporcionou-se o efetivo reconhecimento da importância do instituto da arbitragem, perante sua potencialidade como meio extrajudicial de resolução de conflitos e sua contribuição com um sistema processual que garanta o acesso à justiça por meio de decisões eficientes para os envolvidos em um tempo razoável.

Inclusive, o Código de Processo Civil de 2015 instaurou, de vez, regras da arbitragem dentro do Poder Judiciário, consolidando regras já previstas desde o Código Comercial, porém não efetivadas de fato.

Por todo exposto, não há dúvidas de que a justiça arbitral e a justiça estatal são parte de um sistema complementar, que, apesar de suas diferenças, servem à uma unidade funcional, desmistificando suposta rivalidade e engrandecendo o valor da justiça.

Referências

BLAKE, Susan; BROWNE, Julie; SIME, Stuart. **A practical approach to alternative dispute resolution**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BRANDAO DE OLIVEIRA, Agatha; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. **A Arbitragem e o Poder Judiciário no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: Paralelismo e Convergência**. In: Wladimir Oliveira da Silveira. (Org.). *A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano - Anais do XX Congresso Nacional do CONPED*. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: CNJ, 2016.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **A arbitragem e a resolução dos conflitos sucessórios**: Análise sob a ótica dos (supostos) obstáculos. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/observatorio-da-arbitragem/373764/a-arbitragem-e-a-resolucao-dos-conflitos-sucessorios>>. Acesso: 12 de outubro de 2022.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003.

SUASSUNA, Marcela Melichar. CARRARA, Bernardo Vieira Kluppel. **A cooperação judiciária entre arbitragem e justiça**: comentários sobre a Resolução CNJ 421/2021. Revista de arbitragem e mediação: vol. 19, n. 72 (jan./mar. 2022). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. RT-735 -Janeiro de 1997 – 86º ano.

CAPÍTULO 5

UMA DISCUSSÃO SOBRE A FUNDAMENTALIDADE PRINCIPIOLÓGICA DA INSTITUIÇÃO TRIBUNAL DO JÚRI NA CONSTITUIÇÃO

Maria Juliana Dionisio de Freitas

Fabiano Lucio de Almeida Silva

Doi: 10.48209/978-65-5417-146-4

Introdução

A Constituição Federal vigente no Estado brasileiro traduz, em seu texto, regras e valores ordenadores e fundantes de toda sociedade, incluídos aí os direitos e garantias fundamentais.

A Constituição, como efetiva expressão política, econômica, cultural, filosófica, principiológica e jurídica de organização de um Estado, não se deve distanciar dessa realidade sob pena de enfraquecer o poder institucional das fontes estatais.

Nesse contexto, é possível e desejável discutir a fundamentalidade do Tribunal do Júri. Fixa-se, desde já, a definição deste como norma constitucional

para, a partir daí, delinear-se, segundo a doutrina, a identificação deste como norma formal e as implicações advindas da referida definição, abordando suas limitações possíveis e procedendo à harmonização desse com os direitos e garantias dos indivíduos.

O Tribunal do Júri configurou-se, historicamente, como uma proteção concedida ao réu no intuito de livrá-lo de julgamentos arbitrários de um julgador acima da lei. É uma instituição, porém, na nossa realidade, predominantemente política, na qual os julgadores são, em tese, representantes das diversidades sociais e escolhidos por sorteio para participar da administração da justiça, julgando os crimes dolosos contra a vida que, invariavelmente, causam grande comoção social.

Contudo, e é o que faremos a seguir, cabe-nos perquirir se efetivamente os discursos originários sobre a finalidade e fundamentalidade do referido Tribunal perduram e se o caráter político-democrático se evidencia. Ou ainda, se o Júri persiste no ordenamento como um procedimento ritualístico, ignorando o conteúdo jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, sob a afirmativa de ser a instituição instrumento de uma legítima atividade política, democrática.

A partir dessas tensões, poderemos encontrar, embasados predominantemente nos estudos sobre a teoria dos direitos fundamentais, propostas constitucionalmente válidas, para melhor harmonização entre o conteúdo político do princípio estabelecido, pregando o discurso de democracia-participação popular e, de outro lado, os conteúdos de fundo essencialmente jurídicos-constitucionais. Isto posto, verificar-se-á a efetividade da prestação de garantias anunciadas pelo referido princípio, na execução dos procedimentos adotados na realização dos julgamentos.

A Aplicação dos Direitos Fundamentais na Constituição

As cartas constitucionais hodiernas são em sua maioria analíticas e, desta feita, primam pela ampla exposição de direitos. A nossa Carta Magna é um claro exemplo desse intento do constituinte de amparar o maior número possível de direitos, princípios e valores. Preocupou-se ainda em defini-los como fundamentais ao Estado e os sedimentou de forma expressa, ou implícita em certos casos, por toda Constituição.

Os princípios são, inquestionavelmente, o conteúdo moral – valorativo, pois – do sistema constitucional positivado e tal conquista é basilar para toda sociedade. E, justamente por representarem relevância no ordenamento e na sua ligação com o conteúdo valorativo das organizações sociais, devem ser amplamente discutidos. Tal reflexão é, por vezes, silenciada, talvez pela força e imperatividade do pensamento já construído, sedimentado, por sua óbvia intenção de estabilidade, que pode levar a um engessamento de ideias, afastando a atividade intelectual geradora de questionamentos e discussões favoráveis ao desenvolvimento de melhores instituições e sistemas.

A relação direito-moral e legitimidade há muito é discutida pela doutrina (CIANCIARDO, 2016, p. 34). Com o fito de harmonizar esse intento maximizador de direitos e garantias e sustentar a unidade e aplicabilidade constitucional, os teóricos e os tribunais desenvolveram mecanismos para validar todos direitos constitucionais, sem que com isso houvesse prejuízo a cada um daqueles contemplados na Constituição. Optou-se por preservar seu texto e desenvolver métodos de interpretação que viabilizassem maior flexibilidade no trato com os conceitos e direitos.

De mais a mais, é nesse contexto da teoria constitucional que encontram respaldo as teorias neoconstitucionalistas de interpretação dos direitos fundamentais, fomentando a atualização e efetividade dos direitos a partir de méto-

dos de interpretação das normas constitucionais. Nessa senda, a hermenêutica constitucional traduz, na atualidade, sem prejuízo dos demais métodos interpretativos, o instrumento de atualização das normas constitucionais mais evidente no cotidiano jurídico, além de ser o imprescindível elo entre as normas e a realidade fática, dado o fato das sociedades reguladas pelos diplomas constitucionais encontrarem-se em constante mutação. É imprescindível, pois, que a Constituição, a expressão política, econômica, cultural, filosófica, principiológica, jurídica de organização de um Estado, não se distancie da realidade fática sob a pena de se tornar apenas um conjunto de normas, uma carta de intenções.

Em que pese toda subjetividade existente em cada um, o intérprete deve estar, pois, ciente de que trabalha, por não raras vezes, com valores expressos por conceitos, indeterminados, vagos, imprecisos, jamais absolutos ou inflexíveis e constantemente está fadado à tarefa inescapável de participar da criação do Direito e não apenas de sua mera revelação.

A Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, é a que melhor expressa, talvez, nesse novo contexto de amplitude de direitos fundamentais, a interpretação jurídica das normas constitucionais no ordenamento. Tal teoria busca possibilitar a convivência equilibrada e harmônica dos direitos humanos fundamentais frente aos inevitáveis conflitos surgidos a partir da realização do exercício destes (ALEXY, 2008).

Por conseguinte, a Teoria dos Direitos Fundamentais preconiza, dentre outros comandos, que os direitos têm amplo suporte fático, mas prevê um conteúdo essencial não absoluto e, por isso, são tais direitos realizados na máxima medida possível, uma vez que invariavelmente, na sua aplicação, entrarão em choque uns com os outros. Nenhum direito fundamental é restringido sem fundamentação. A eficácia de um princípio vai depender da sua condição de realização no ordenamento constitucional (SILVA, 2006).

Todo princípio garante um direito ou impõe um dever em caráter *prima facie*; tal proposta de realização evidencia uma regulação interna de forças que mantém a coerência e viabilidade de realização de direitos sem, contudo, invalidar ou extinguir aqueles conflitantes. Ora, verificado o conflito, para evitar o prejuízo de qualquer princípio em função do choque, os mesmos são regulados pela atividade interpretativa de argumentação, que solucionará a tensão em evidência e manterá a coesão das normas constitucionais (ALEXY, 2008).

Esse modelo de aplicação dos direitos fundamentais exige delicado trabalho argumentativo por parte do operador que justificará os fundamentos dos direitos e de suas restrições, não há negar. Depreende-se, portanto, que os conteúdos fundamentais dos princípios estão em constante construção e evolução, não são conceitos fechados, pré-determinados e absolutos. Ao contrário, são moldados de acordo com a situação fática e jurídica, o que permite maior flexibilidade e atualização da norma constitucional, uma vez que tais situações também são variáveis (BASTOS, 2010).

Assim, para se realizarem, os direitos fundamentais exigem, por diversas vezes, restrições ao seu conteúdo essencial, o qual se constata relativo, e tais limitações se concretizam, na realidade fático-jurídica por meio do sopesamento (aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Direitos Fundamentais e Limitações

Fixe-se, como pressuposto basilar, que todas as normas inseridas no Diploma Constitucional emanam superioridade em relação às infraconstitucionais, e que aquelas que são constitucionais tão somente por estarem nele inseridas, são normas constitucionais formais (MENDES, 2000, p. 37).

Logo, não há critério cientificamente preciso e objetivo, na interpretação jurídica que aponte para um detalhamento pontual, princípio a princípio, informando seu conteúdo essencial, material, formal. Percebe-se de forma mais ní-

tida a imprecisão e indeterminação de conteúdos, quando se trata da aplicação dos princípios que, em geral, possuem conteúdos mais gerais, axiológicos e abstratos. A hermenêutica constitucional apresenta-se como o elo, a ferramenta que traz as possibilidades de enfrentamento das dificuldades de aplicação dos direitos fundamentais a partir, tão somente, dos métodos científicos pura e exclusivamente objetivos.

É, assim, o resgate da atividade subjetiva na interpretação do Direito que se faz necessária. Nesse sentido, também dispõe com inteligência Andreas Joachim Krell:

Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a “neutralização política” do Judiciário, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo deste modo o valor da segurança jurídica, o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material “ancorado em normas éticas e políticas, expressão de ideias para além das decorrentes do valor econômico”. O Direito no Estado Liberal dependia basicamente do legislador; no Estado Social da sociedade de massas ele “não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz [...]” (KRELL, 2002, p. 73).

É, pois, dever do cientista, debruçar-se sobre o objeto de estudo e instrumento de realização de sua ciência, estudar a aplicação das normas, seu sistema de validação, limitação, conflitos, para determinar o método mais coerente para desvelar, cada vez mais um pouco sobre sua ciência não hermética, nesse caso, o Direito.

Com Direito Constitucional não poderia ser diferente, vez que não prescinde de um estudo em sintonia com os fins a que almeja, como também do potencial conhecimento das situações em que operará e, para isso, deve preocupar-se por não ser um fim em si mesmo, mas atentar também para seus fundamentos primordiais.

Desse modo, os operadores veem-se hoje diante de situações fáticas que exigem uma resposta prática e factível às queixas e conflitos embasados no

amplo rol de direitos fundamentais expostos na Constituição Federal e, para operacionalizar tais direitos pleiteados judicialmente, dirimir os conflitos entre cidadãos, terá que argumentar diante de uma racionalidade também subjetiva, adentrando na análise dos conteúdos dos respectivos direitos em conflito. Exemplo vasto tem-se na vasta discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da efetivação dos direitos sociais via Poder Judiciário. Por isso, não há como o intérprete se escusar da tarefa de interpretar e aplicar os direitos fundamentais contribuindo para a criação do direito, procurando seus respectivos conteúdos e ponderando com os direitos em conflito na determinada situação circunstancial trazida à sua análise.

Essa conjuntura da interpretação dos princípios fundamentais, implica uma consequência inevitável que é o constante balizamento e limitação sofrida pelos mesmos. Apesar disso não tem seu conteúdo esvaziado, o sopesamento realizado, pelo contrário, visa fortalecer a unidade e harmonia constitucionais e o caráter principiológico de suas normas que continuam exercendo sua função orientadora do ordenamento. Uma vez que princípios são ilimitados, *prima facie*, assim, por consistirem em mandados de otimização, realizam-se em graus diversos e se tornam definitivos, após a limitação por outro que se apresente colidente (ALEXY, 2008, p. 162).

Desse modo, constata-se que as limitações aos princípios são factíveis, inclusive ao julgador. Não se duvidando de que o legislador seja concitado a fomentar uma efetiva prestação dos direitos fundamentais como também a regular os direitos defendidos pela Constituição. Admitir limitações aos princípios constitui, sobretudo, um dever institucional, com vistas a imprimir dignidade aos cidadãos, viabilizando a concreção efetiva dos direitos declarados.

Cláusulas Pétreas e Fundamentalidade

A análise acerca das cláusulas pétreas no sistema constitucional pátrio encontra como ponto de partida as discussões doutrinárias e decisões jurisprudenciais sobre o tema. Compreende também a superação de tabus no ambiente acadêmico, os quais são amparados em uma crença mitificante de que é inviável abordar a temática já positivada e, por isso, indiscutível.

Cláusulas Pétreas são determinações do constituinte originário acerca das temáticas eleitas como essenciais ao Estado, sobre as quais desejou impor maior grau de dificuldade, ou mesmo impossibilidade de alteração ao constituinte derivado. A Constituição do Brasil elencou, no art. 60, p. 4º (BRASIL, 1988), como cláusulas pétreas a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, sendo o último objeto de estudo no presente tópico. Os direitos fundamentais encontram-se espalhados pela Constituição e gozam, todos eles, *a priori*, de intangibilidade.

Na jurisprudência, o STF tem se posicionado no sentido de admitir como cláusula pétrea os direitos fundamentais das distintas dimensões em diversos julgados (BRASIL, 2003). Contudo, substancial manifestação na doutrina vem advertir acerca das incoerências de tomar as cláusulas pétreas como “cláusulas de eternidade” (MENDES, 2000, p. 40). É conveniente advertir ainda que ressoa na doutrina a discussão a respeito de quais direitos estão efetivamente amparados por essa blindagem constitucional e, ainda, paira a incerteza sobre qual seria o núcleo intangível desses na Carta Magna (MENDES, 2000).

Ademais, seria correto afirmar que o processo de elaboração constitucional já está concluso, ou seria melhor estender esse processo aos dias atuais e considerar como seu ponto de partida na realização da Constituinte 87/88

(BRANDÃO, 2007) e, com isso, determinar a existência de uma construção contínua da Constituição? Acredita-se que sim.

É inegável que encarar um núcleo intangível, imodificável e eterno do texto constitucional, disposto através de inúmeros princípios, inviabilizaria a aplicação da maioria dos direitos e garantias fundamentais. O ativo esforço do aplicador/intérprete acusa a constante necessidade de conferir flexibilidade para preservar a coesão e harmonia da Carta Maior, demonstrando que é também por meio do sopesamento de direitos (dentre outros) que será possível a diminuição das tensões sociais e a preservação da força constitucional. A esse propósito, é esclarecedora a advertência de Rodrigo Brandão:

Efetivamente, considerar-se objeto de proteção superconstitucional todos os direitos formalmente fundamentais, que, segundo Sarlet, coincidem com as normas contidas no título II da Constituição (arts. 5º a 17 da Constituição), além dos direitos materialmente fundamentais previstos ao longo do texto, em tratados internacionais e decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, consiste em exegese excessivamente ampliativa do âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Ter-se-á na hipótese fundado risco de implantar verdadeiro “governo dos mortos sobre os vivos”, vez que sujeitaria a geração atual a um amplíssimo rol de normas estatuídas pela geração constituinte, muitas delas de caráter substantivo e despidas de uma especial dignidade normativa. Tal circunstância conferiria ao sistema constitucional brasileiro um nível elevadíssimo de rigidez constitucional, concedendo às gerações pós-1988 um poder político notavelmente inferior ao conferido à geração constituinte. Negar-se-ia, portanto, à geração atual o *status* de artífice do seu próprio destino, circunstância que contrasta com o princípio democrático. Ademais, afigura-se paradoxal que tal exegese tão ampliativa dos “direitos e garantias individuais” e, via de consequência, tão restritiva ao princípio democrático, parta do pressuposto, precisamente, do déficit de legitimidade democrática dos poderes constituídos, notadamente do Judiciário (BRANDÃO, 2007, p. 27).

A escolha do constituinte justificava-se diante do momento político e histórico do Regime Militar, por isso, talvez, houve uma excessiva preocupação com as constantes limitações sofridas no período e, por isso, existe essa proteção superconstitucional a todos os direitos fundamentais. Percebe-se que o Estado, a partir da experiência da ditadura militar recebeu a imposição insofismável

do respeito ao cidadão em sua liberdade e dignidade. Contudo, a instrumentalização desses direitos demonstra a necessidade de aparatos mais sofisticados para que não se contradigam. Além do mais, a realização dos direitos tornar-se-ia prejudicada, caso subsistisse a crença do encerramento das atividades da constituinte somente com a declaração do texto da Constituição como fato único e acabado.

Afirma-se, por isso, que as sociedades e os direitos permanecem em movimento, as relações sociais, as situações fáticas são mutáveis, os fatos jurídicos, em consequência, também, transformam-se. Compreende-se que as normas estejam, da mesma forma, em processo de construção/adaptação. Na Alemanha, por exemplo, o Tribunal Constitucional admite como cláusula pétrea o núcleo fundamental da Constituição que, dada a sua violação, importe em afronta à mesma destruição ou ruptura, não detalhando, como ocorre no Brasil, um elenco de incontáveis direitos a manterem-se incólumes, mesmo que a menor alteração nestes não ameace a destruição da Constituição (BRANDÃO, 2003).

No Brasil, por forte influência de J.J. G. Canotilho e por força mesmo do processo de transição democrática (MARTINS, 2003, p. 177), a Constituição foi elaborada ao calor de uma representação ideológica consideravelmente preocupada com o retorno das arbitrariedades da já citada ditadura e, por causa disso, não se preocupou em impor limites e, na época, nem devia, uma vez que estes já eram demasiados e abusivos. Há, pois, como requisito para consolidação de cláusulas pétreas a determinação de um conteúdo axiológico responsável por justificar a blindagem constitucional de alguns preceitos que, depois de eleitos, determinam o que é fundamental para um Estado.

Sustentar, então, todo o rol constitucional brasileiro definido como cláusula pétrea sem retirar a legitimidade do diploma é um desafio sobre o qual os constitucionalistas atuais demandam esforços para conciliar respostas. Muitos autores consideram como cláusula pétrea os direitos materialmente fundamen-

tais, excluindo, pois, os formalmente fundamentais, considerados assim aqueles que são tidos por constitucionais por simplesmente estarem nela inseridos (BRANDÃO; SARLET, 2013, p. 4170).

As normas de direito fundamental possuem, parafraseando o termo usual na teoria alexyana, caráter *prima facie* de fundamentalidade e o processo de construção de conteúdo determinante dessa fundamentalidade adviria da necessária determinação desse sentido pelas práticas sociais, jurídicas e políticas. Contudo, há também, no texto constitucional normas outras que não possuem caráter intrínseco de direito fundamental, mas apenas dispõem sobre a organização do poder político do estado (VIEIRA, 2001, p. 86 Apud BRANDÃO, 2007, p. 29).

Para Brandão, as garantias fundamentais não estariam protegidas pela incidência da imodificabilidade determinada pelo art. 60, § 4º, IV da CF pelo motivo de não veicularem conteúdo de direito, pois seriam instrumentos por meio dos quais tais direitos se realizariam (BRANDÃO, 2007, p. 29). Frise-se que a discussão acerca da fundamentalidade e da intangibilidade não se confundem, apesar de estarem muito ligadas. Admitir que um direito fundamental não é cláusula pétrea é diferente de discutir o seu caráter de fundamentalidade na ordem constitucional. Há direitos formalmente e materialmente fundamentais, sendo que somente os substancialmente fundamentais são revestidos da proteção do art. 60, § 4º, IV.

O enfrentamento que se faz necessário é, pois, identificar na teoria abordada no contexto em pauta, a diferenciação entre princípios fundamentais formais e materiais e atribuir o caráter de imodificável, intangível somente àqueles materialmente considerados (BRANDÃO, 2007, p. 25). Perguntar-se-á quais as consequências de considerar os direitos formalmente fundamentais como não abarcados pela redoma de proteção do art. 60, § 4º, IV sem que afronte a constitucionalidade material, por assim dizer, aquela que seria unicamente blindada pela determinação do citado dispositivo.

Uma resposta possível advirá do seguinte raciocínio: o conteúdo da norma o qual é revestido de fundamentalidade, aquele que protege de forma direta o exercício desimpedido de um direito constitucional, não poderá ser reduzido, dilapidado, mesmo que de forma reflexa, por qualquer processo decisório ou legislativo.

Distinguido o cerne constitucional, então, não há impedimento para que existam regulamentações infraconstitucionais referentes às formas de exercício do direito fundamental, desde que, não atinjam, mesmo que de modo reflexo, o conteúdo fundamental do direito. Assim, a existência de uma norma infraconstitucional que regule os direitos referentes à organização do Tribunal do Júri, que não fira o suporte axiológico do dispositivo fundamental, parece coerente com a Carta Magna. Pode, contudo, incorrer em inconstitucionalidade se afrontar o cerne do dispositivo, mas, não somente por ter a referida norma regulamentado temas de ordem constitucional (BRANDÃO, 2007, p. 28).

Prefere-se, assim, que o molde originário constitucional acerca do elenco de cláusulas pétreas passe a formatar-se, agora, por uma fundamentalidade condicionada à análise e identificação mais próxima possível do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a partir, principalmente, da contribuição também dos tribunais e juristas que, empreendendo delicado e árduo trabalho, enfrentem com destemor os desafios da sociedade pelo prisma da Constituição.

Insustentável, pois, manter uma incontestável incolumidade da Carta Constitucional representada pelo absolutismo das cláusulas pétreas baseadas em determinações de cunho eminentemente formal, instituídas no seu texto, mas que, analisadas sistematicamente, coexistentes com outras normas constitucionais de sumo valor, quedam por prejudicar e afrontar justas realizações no atual contexto sócio-político-jurídico pátrio. Esse enrijecimento, contrariamente ao que se pensa, enfraquece ainda mais a Constituição e as realizações do Estado Democrático.

Da Fundamentalidade do Tribunal do Júri

Um dos institutos jurídicos formalmente instituídos com pretensões de perenidade e blindagem constitucional por meio das cláusulas pétreas é o Tribunal do Júri¹. A doutrina pátria, porém, discorda também nesse ponto, dada a baixa carga axiológica da norma e defende que “em hipótese alguma, pode-se considerá-lo garantia individual essencial” (NUCCI, 2008, p. 39). Podemos, contudo, admiti-lo como garantia institucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 156), segundo classificação denominada por Schmitt, diverso, porém, de um direito fundamental.

Importado dos modelos norte-americanos e ingleses para a sociedade monárquica brasileira, que em nada se assemelhava com aquelas dos países originários, o Tribunal do Júri percorreu vasto período histórico brasileiro, estando ausente no sistema processual somente em 1937, retornando por decreto (Decreto-Lei 167) um ano depois (TUBENCHLAK, 1994, p. 9).

O fundamento embrionário do júri remonta ao crítico período das espoliações, torturas e assassinatos realizados pela igreja, investida de poderes de vida e morte sobre os acusados submetidos ao tribunal arbitrário dos julgamentos inquisitórios. É nesse contexto, pois, que o povo clama por um julgamento isento das forças abusivas estatais e por juízes populares, mais próximos de sua condição social e política, distantes do centro de poder julgador anterior, que fundamentassem os julgamentos em debates argumentativos acerca da acusação realizada e não em acusações arbitrárias e desconexas com os fatos. É esse o fundamento da garantia do indivíduo a ser julgado pelos pares.

A Magna Carta de 1215 formalizava o intento social de afastar esses poderes oficiais, revestidos de crueldade, dos julgamentos. A *common law* popu-

¹ A Constituição Federal dispõe em seu Art. 5º, XXXVIII: é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

larizou e disseminou os julgamentos pelos pares, até que em 1641 os júris se firmavam na Inglaterra de então, sendo a prática recepcionada pelos séculos vindouros, disseminada para as respectivas colônias que, salvo algumas exceções, sempre perpetuaram a importação dos modelos políticos e institucionais dos colonizadores em suas estruturas estatais, permanecendo o Júri em atividade até os dias atuais.

Contudo, era ainda necessário aperfeiçoar a representatividade do Júri, uma vez que os “pares” geralmente eram homens, maiores de idade, ricos, “esclarecidos”, muitas vezes escolhidos por dirigentes políticos, que se encontravam, o que significava, não raramente, um relevante distanciamento social em relação àqueles que eram julgados. Desse modo, a evolução dos modelos de seleção dos jurados revela tanto a intenção de desvincular os julgamentos das arbitrariedades do Estado, quanto evidenciava a notável ausência de representatividade dos jurados.

A doutrina questiona seriamente a manutenção do instituto no ordenamento, pois sua organização se pauta sobre fundamentos evidentemente precários. “As democracias populares admitem a participação do povo na administração da justiça, mas sob formas todas peculiares em que se não encontram tribunais do tipo do júri clássico” (MARQUES, 2001 Apud FORTI, 2009, p. 184). Atualmente, podemos citar como exemplos o Brasil, a Espanha, os Estados Unidos e Portugal como países que tratam do tema referente ao júri em suas respectivas Constituições e utilizam-no amparados no discurso democrático.

O valor democracia é utilizado como um dos principais sustentáculos do Júri em nossa sociedade. Contudo, imprescindível se faz a necessidade de direcionar-se um olhar atendo sobre a situação fática na qual se encontra o Tribunal. Isso porque se entende que o discurso democrático não pode ser um fim em si mesmo e, assim, incontestável é a necessidade que se impõe de analisar a efetiva contemplação do preceito, o que não se faz apenas com sua mera declaração.

O júri justifica-se como uma garantia individual material nos Estados Unidos, onde os magistrados são eleitos e não passam pelo processo de seleção isentos de influências políticas tal como no Brasil, onde os mesmos são concursados, um processo imparcial, pois (NUCCI, 2008, p. 30). Além do mais, cientifica-se que a existência da instituição, por si, não confere *status* de democratização ao Estado, uma vez que não é condição *sine qua non* para que a democracia se exerça. Assim:

Não se trata, entretanto de um direito individual fundamental material. Sem o Tribunal do Júri, pode-se assegurar a participação popular em todos os Poderes da República de outras maneiras (NUCCI, 2008, p. 41).

Apesar de o conceito de democracia representativa acompanhar o histórico da instituição, há autores que consideram a atividade do jurado uma democracia de forma direta (TUBENCHLAK, 1994, p. 9). De fato, é o próprio povo quem decide, porém, como os cidadãos ali presentes são apenas uma parte muito limitada da sociedade, tal fato demonstra que a amostragem selecionada para dizer o direito é, em tese, um microcosmo representativo de toda a sociedade. O que não acontece de fato e faz dissolver o princípio da representatividade basilar sobre o qual se sustenta a instituição.

Evidencia-se, pois, a premente fragilidade da democracia levantada como *standard* do Júri, conduzindo o discurso fundante do mesmo a um falseamento inevitável. Urge, diante da clara deficiência da representatividade democrática, o desempenho de ações concretas do legislador e operadores com finalidade de formar um júri efetivamente democrático.

Há ainda quem negue ser o júri um órgão do Poder Judiciário, pelo único motivo de não estar localizado no rol do art. 92 da CF. Tal entendimento não se evidencia; é o Júri parte estrutural do Poder Judiciário. Os que assim não pensam afirmam que a instituição em apreço, por ser órgão político não se submete ao dever de fundamentação, tal qual exposto no art. 93, IX, da CF (TUEBN-

CHLAK, 1994, p. 9; NASSIF, 2008, p. 35). É um instituto misto. Uma instituição, na nossa realidade, predominantemente política (TUBENCHLAK, 1994, p. 9; SINTOMER, 2010, p. 97), sem que se possa excluir o conteúdo jurídico e, por isso, um instituto de natureza mista, político-jurídica.

Necessário demonstrar-se a real efetividade do discurso originário sobre a fundamentalidade do Tribunal do Júri perdura, se ele se constitui de uma cláusula pétrea e se o caráter político-democrático se realiza para, então, a partir dos resultados, oferecer propostas no sentido de diminuir a tensão entre discurso e prática. Demonstrou-se em linhas anteriores que o princípio formalmente constitucional não se insere, necessariamente, no âmbito de proteção das cláusulas pétreas, passível de alterações posteriores, pois, e que a escolha do constituinte para inclusão do júri entre os direitos fundamentais constitui mera opção política, ou até mesmo perpetuada por força de um certo parâmetro cultural de organização jurídica social. Acrescente-se que o intuito democrático de representatividade num julgamento por pares, imparcial e com vistas a prestar amplo suporte de garantias em defesa de arbitrariedades não mais existe.

Os pares dos quais se esperava mais imparcialidade e senso de justiça eram, geralmente, populares muito próximos da realidade dos envolvidos no crime, pois conviventes de comunidades com populações reduzidas e tinham, por isso, conhecimento dos detalhes da causa, situação que não subsiste obviamente.

A realidade jurídica dos Estados é a obediência a um sistema de normas e princípios constitucionais, processuais, materiais que se apresentam suficientes na prestação da justiça. O sistema jurídico é hoje democrático e o processamento dos atos normativos é vinculado a inúmeras proteções. No Brasil, o juiz tem acesso democrático ao cargo e o réu tem amplo acesso a um sistema de garantias e direitos processuais que são essencialmente fundamentais.

Adicione-se, ainda, o fato de o corpo de jurados na atualidade consistir de funcionários públicos, dado a prejudicialidade das faltas justificadas causarem transtornos à vida profissional de empregados privados ou autônomos. Tal fato macula a representatividade pelo fato de existir uma certa profissionalização dos jurados que, em muitas comarcas, quase não se altera.

Quando não, são encaminhados ofícios às faculdades de Direito e solicitadas listas de alunos para compor, não por raras vezes, o corpo de jurados. Em geral, a lista de jurados é reduzida e as opções que favoreçam maior representatividade são, inquestionavelmente, relevadas (VAINSENER; FARIAS, 1997, p. 140).

Ademais, tendo em vista o caráter formalmente constitucional do Júri, é possível sobre ele a realização de toda regulamentação que não importe em restrição ao direito e garantia materialmente fundamentais (BRANDÃO, 2007, p. 28). Logo, uma infinidade de matérias pode ser alvo de modificações legislativas do tribunal popular.

Os estudiosos (Frederico Marques, Aury Lopes Jr., Guilherme de Souza Nucci, Lênio Luiz Streck, dentre outros), em geral, apontam uma infinidade delas: a quesitação atrelada ao processo; o tempo concedido a distintos defensores; a composição e método de seleção dos mesmos, de modo a garantir maior diversidade e representatividade.

Também outras questões menos pacíficas como a possibilidade de revisão criminal; comunicabilidade entre os jurados; a fundamentação da decisão; o julgamento do fato e não do autor, que induz a sustentações predominantemente emotivas no plenário; a não obrigatoriedade do inquérito e outras peças inquisitórias acompanharem a ação; a necessidade de assistente de acusação; a remuneração da atividade do jurado; a própria disposição estrutural do plenário; a redução da morosidade e teatralidade dos julgamentos, entre muitas outras mudanças possíveis.

Equilibrar os conteúdos político e jurídico da instituição compreende o maior desafio para sustentação da melhor realização da justiça no âmbito do júri. Deve compreender esse o desafio a ser enfrentado pelos estudiosos do tema e não se limitarem à mera repetição de conteúdos e procedimentos positivados, indiscutíveis.

O surgimento de propostas pode construir um Tribunal mais produtivo e participativo, fortalecendo o perfil democrático. Pensar em ajustes alargando-se os limites fomenta configurações e procedimentos mais amplos. Há temáticas abordadas com fundamento democrático muito maior e com clara necessidade de envolvimento popular (a consumerista, eleitoral, à guisa de exemplo). Em qualquer caso, a exigência de fundamentação pode ser harmonizada com a previsão de íntima convicção, pois compreende-se que o sistema jurídico-constitucional não há espaço para direitos ilimitados e irrestringíveis. Muito menos para decisões sem qualquer fundamentação (as modificações trazidas pelo novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – demonstram claramente o rumo lógico-científico do ordenamento jurídico).

Protestar pelo aperfeiçoamento do instituto é compreender quão valioso é o instrumento. O Júri representa grande oportunidade para realização popular na administração da justiça de forma coerente com as necessidades de nossos tempos.

Conclusão

Pelo exposto, fica expresso que o Tribunal do Júri constitui-se de uma norma constitucional formalmente estabelecida, sem a blindagem constitucional de cláusula pétrea e que são possíveis diversas modificações no instituto por meio da legislação infraconstitucional, desde que respeitada a sua existência e não afrontados demais direitos fundamentais de forma reflexa.

Perceber-se ainda que carece o citado Tribunal das características da fundamentalidade, sendo norma constitucional reguladora de procedimento e

organização, sem referir seu conteúdo a qualquer direito substancial do indivíduo. Ademais, não se constitui fundamental para a concreção da democracia, uma vez que não é necessária sua existência para se constatar a democracia em um Estado.

Acrescente-se também que não mais se justifica como requisito indispensável para a limitação do poder arbitrário do julgador, vez que os direitos dispostos nas Cartas Constitucionais atuais são amplos na defesa de um procedimento garantidor e efetivador destes. Além disso, a organização judiciária pátria prima por uma seleção despolitizada dos membros da magistratura.

É preferível, frente à necessidade de fortalecimento constitucional, que o instituto seja defendido e realizado sem se ignorar a realidade e as necessidades da atualidade, com vistas a conferir ao instituto alterações no escopo principal de aperfeiçoar seu desenvolvimento em sintonia direta com os direitos e garantias fundamentais, inclusive os de fundamentar uma decisão.

É imperioso, pois, buscar formas (criteriosas e detalhadas) de afastar-se, cada vez mais, de julgamentos responsáveis por imprimirem ao Júri consideráveis afrontas aos direitos e garantias fundamentais, a partir de uma série de fissuras na realização desses, visto que procedem sem qualquer fundamentação, argumentação, revisão e são baseados, quase que exclusivamente no autor, muitas vezes ignorando os fatos, o que é, de sobremaneira, grave quando as decisões não são submetidas ao duplo grau de jurisdição.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina., 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas Constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, abri./maio/jun., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-10-ABRIL-2007-RODRIGO%20BRANDAO.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo; SARLET, Ingo W. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 372.600-SP**. 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 16 dez.2003, DJ 23 abr. 2004

CIANCIARDO, Juan Pedro. **El conflictivismo em lós derechos fundamentales**. Buenos Aires: 2006. Disponível em:<[http://www.austral.edu.ar/aplic/webSIA/webSIA2004.nsf/6905fd7e3ce10eca03256e0b0056c5b9/5bcd996508e7f58f0325713e005bfeff/\\$FILE/Cianciardo,%20El%20conflictivismo%20en%20los%20derechos%20fundamentales,%20segunda%20edici%C3%B3n,%202006.pdf](http://www.austral.edu.ar/aplic/webSIA/webSIA2004.nsf/6905fd7e3ce10eca03256e0b0056c5b9/5bcd996508e7f58f0325713e005bfeff/$FILE/Cianciardo,%20El%20conflictivismo%20en%20los%20derechos%20fundamentales,%20segunda%20edici%C3%B3n,%202006.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2022.

FORTI, Iorio Siqueira D'alessandri. O Tribunal do Júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 3, 2009.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MARQUES, José Frederico. O Júri. In: **Estudos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Das Cláusulas Pétreas. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). **Constituição Federal**. 15 anos. Mutação e evolução. Comentários e perspectivas. Editora Método. São Paulo. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO. Inocência Mártires. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NASSIF, Aramis. **Instrumento de Soberania Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, p. 23-51, 2006.

SINTOMER, Yves. **O Poder ao Povo. Júris de Cidadãos, Sorteio e Democracia Participativa**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri. Contradições e Soluções**. São Paulo: Saraiva, 1994.

VAINSENCER, Semira Adler; FARIAS, Ângela Simões de. **Condenar ou absolver: a tendência do Júri Popular**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAPÍTULO 6

O “NEOCONSTITUCIONALISMO” E O SER DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: ENTRE SIMBOLISMO E SUBSTÂNCIA NORMATIVA

Ariane Langner

Cibeli Soares Zuliani

Doi: 10.48209/978-65-5417-146-6

Resumo: O presente trabalho parte do pressuposto lógico de que o sentido do constitucionalismo impacta diretamente no *ser* da Constituição e nos contornos do papel da jurisdição; o que torna imprescindível uma delimitação desse perfil emergente do constitucionalismo, que vem sendo nomeado de “neoconstitucionalismo”. Desse modo, objetiva-se realizar essa delimitação, como passo necessário para identificar se a Constituição brasileira é simbólica ou substância normativa, assim como discutir o papel da jurisdição nesse contexto. Para tanto, será adotada como “metodologia” de abordagem o “método” fenomenológico-hermenêutico e como metodologia de procedimento os métodos monográfico e histórico. Nesse sentido, foi possível concluir que o contorno mais condizente desse “novo” constitucionalismo é o apresentado por Lenio Luiz Streck, o denominado Constitucionalismo Contemporâneo, intimamente ligado a um perfil democrático do direito e de sua aplicação, assim como propulsor da força normativa da Constituição. Adotar essa postura teórica e entender que o Constitucionalismo Contemporâneo foi recepcionado pela Constituição brasileira de 1988, implica refutar a ideia que a Constituição seria simbolismo como idealizado

por Marcelo Neves, assim como repercute na defesa de uma atuação substancialista da jurisdição.

Palavras-chaves: Constitucionalismo Contemporâneo; Constitucionalização Simbólica; Força Normativa; Jurisdição Substancialista.

Abstract: This study of the logical assumption that the sense of constitutionalism directly impacts be of the Constitution and outlines the role of jurisdiction; what is essential delimitation of this emerging profile of constitutionalism, which has been named “neoconstitutionalism”. Thus, the objective is to carry out such a definition, as a necessary step to identify whether the Brazilian Constitution is symbolic or normative substance as well as discuss the role of jurisdiction in this context. For this, will be adopted as “methodology” approach the “method” phenomenological-hermeneutical methodology and procedure as the monographic and historical methods. In this sense, it was concluded that the most consistent outline of this “new” constitutionalism is presented by Lenio Luiz Streck, the so-called Contemporary Constitutionalism, closely linked to democratic right profile and its application and driver of normative force of the Constitution. Adopting this theoretical position and understand the Contemporary Constitutionalism was approved by the Brazilian Constitution of 1988, implies refute the idea that the Constitution would be symbolism as idealizes Marcelo Neves, as reflected in the defense of a substantialist performance of jurisdiction.

Keywords: Contemporary constitutionalism; Symbolic constitutionalization; Normative Force; Substantialistic jurisdiction.

Introdução

É ampla a divergência acerca do significado teórico do constitucionalismo que emergiu após a Segunda Guerra Mundial, *locus* onde avultam posições, muitas vezes, diametralmente opostas. Inegável é que foram agregadas diversas conquistas ao constitucionalismo nesse momento histórico, que levaram a uma mudança de perfil deste, comumente nomeado de “neoconstitucionalismo”. Diante disso, e tendo em vista as implicações práticas do sentido do

constitucionalismo na jurisdição, indaga-se: quais os contornos desse “novo” constitucionalismo e como será possível entender as Constituições a partir de seus pressupostos?

Para tanto, será utilizada como “metodologia” de abordagem o “método” fenomenológico-hermenêutico; levando em consideração que, a partir de Martin Heidegger, a hermenêutica passa a ser filosófica e, por ser filosófica, a hermenêutica deixa de ser método. A hermenêutica filosófica de Heidegger centra-se nas questões da compreensão e da linguagem, linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos, ou seja, condição de possibilidade do nosso modo-de-ser-no-mundo. Assim, o pesquisador não irá extrair sentido do objeto de pesquisa, tampouco de sua razão, mas o pesquisador vai interagir com a sua pesquisa e, num ato incindível com compreender, interpretar.

Como métodos de procedimento serão utilizados os métodos histórico e monográfico; ao passo que será necessário primeiramente um resgate histórico do constitucionalismo, para que, num segundo momento, seja possível delimitar os contornos do perfil atual do constitucionalismo. Dessa forma, no primeiro capítulo será abordada a evolução histórica do constitucionalismo, até chegar às profundas divergências em relação ao que seria esse “novo” constitucionalismo, neoconstitucionalismo e/ou Constitucionalismo Contemporâneo, buscando-se refutar/adotar determinadas posições, a partir dos aportes teóricos de Lenio Luiz Streck, que serão utilizados como matriz teórica.

No segundo capítulo intentar-se-á desvelar o *ser* desse dito “novo” constitucionalismo, reafirmando/definindo os seus principais postulados. O objetivo final é que, como conclusão, seja possível responder as seguintes indagações pontuais: a Constituição brasileira é símbolo ou substância normativa? Como essa tomada de posição impacta no papel da jurisdição? Para atingir esse fim, cumpre destacar novamente que toda a pesquisa estará lastreada pela adoção dos postulados de Lenio Luiz Streck.

O Movimento Histórico do Constitucionalismo e o Ex-Surgir do “Neoconstitucionalismo”

Partindo de uma pré-compreensão acerca da profunda divergência que habita o tema do chamado “neoconstitucionalismo”, o que dificulta a atribuição de sentido à esse fenômeno, entende-se que é necessária primeiramente a compreensão do sentido atribuído ao constitucionalismo, em seus diferentes momentos históricos. Assim, serão revisitados os principais pressupostos, em especial, do constitucionalismo moderno clássico e do constitucionalismo moderno social, para somente após adentrar nas transformações que levaram aos debates em torno de um “novo” constitucionalismo. Por fim, no segundo subcapítulo, se buscará refutar/adotar algumas construções teóricas sobre “neoconstitucionalismo”, condição de possibilidade para que no segundo capítulo seja possível delimitar o que seria efetivamente esse “novo” constitucionalismo e qual o sentido propriamente da Constituição brasileira.

A evolução do constitucionalismo: do constitucionalismo antigo ao moderno

Impreciso é o surgimento do constitucionalismo. Subsistem autores que expõem a existência de um constitucionalismo antigo, que abrangeria um período desde a Antiguidade até o final do século XVIII, com Constituições eminentemente consuetudinárias; enquanto outros entendem que o constitucionalismo teria surgido apenas com a Modernidade. No entanto, é possível afirmar que o constitucionalismo moderno teria surgido no século XVIII, em meio às revoluções liberais, principalmente as revoluções americana e francesa, e suas posteriores Constituições, respectivamente em 1787 e 1791 (TREIN; NASCIMENTO, 2014, p. 3).

Na Europa continental, o constitucionalismo surgiu como uma garantia em face das arbitrariedades do modelo de Estado Absolutista (STRECK; MO-

RAIS, 2001, p. 50); enquanto que o constitucionalismo moderno americano, a partir de uma revolução que buscou a independência da Inglaterra, teve como objetivo inicial “evitar que os representantes do povo terminassem por confundir sua vontade com vontade da Lei Fundamental” (TREIN; NASCIMENTO, 2014, p. 10). Nesse momento histórico que Constituição passa a significar ato constitutivo de uma comunidade, tendo como conteúdos fundamentais a garantia de direitos fundamentais e a limitação do poder.

Não por outra razão, possivelmente, que Luigi Ferrajoli (2007, p. 71) conceitua constitucionalismo como

[...] un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo.

O constitucionalismo moderno é tradicionalmente dividido em duas fases: a primeira do constitucionalismo clássico ou liberal, que vai do fim do século XVIII até o fim da Primeira Guerra Mundial (1918); a segunda do constitucionalismo social, que vai do fim da Primeira Guerra Mundial (1918) até o fim da Segunda Guerra Mundial. A primeira fase do constitucionalismo moderno tem como principais pressupostos: Constituições com caráter eminentemente político, de limitação do poder estatal; os direitos fundamentais concebidos como direitos negativos (chamados direitos de primeira geração); e um papel do Estado eminentemente negativo, de não interferência na vida do cidadão (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 78).

Em meados do século XIX o liberalismo começa a entrar em crise e, por conseguinte, os postulados de sua concepção de Estado passam a serem revisados. Isso ocorreu em decorrência das lutas do proletariado e dos movimentos antiliberais, bem como de uma mudança de perspectivas em relação às prestações públicas, que passaram a ser consideradas direitos atinentes ao próprio conceito de cidadania (STRECK; MORAIS, 2001, p. 58). Inicia-se a necessidade

de construção de um Estado mais forte e interventor, inclusivo e sensível aos setores mais desprivilegiados (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 81-82). Assim, surge o Estado Social, a partir do qual a visão atomista do homem, predominante no liberalismo, começa a ceder lugar à uma visão de uma sociedade enquanto um todo coletivo.

A fase do constitucionalismo social, que emergiu conjuntamente ao surgimento do Estado Social, não renega os direitos fundamentais e a preocupação com a limitação do poder da fase anterior; mas as Constituições começam a ser mais ambiciosas, não se limitando a prever a estrutura do Estado e a definir direitos de cunho negativo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 82-83). Essas Constituições passam a prever normas programáticas, referentes à direitos de segunda dimensão; os quais englobam os direitos sociais, econômicos e culturais, e exigem prestações positivas por parte do Estado.

Entretanto, até meados do século XX, como regra geral, as Constituições não eram vistas como norma jurídica, geradoras de direitos para os cidadãos, assim como vigorava a concepção de que a legitimidade para criar direitos era exclusiva do Poder Legislativo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 85). Esse quadro começa a sofrer alterações com o fim da Segunda Guerra Mundial, quando a desconfiança sobre o Poder Legislativo se torna inevitável, depois das atrocidades perpetradas pela ideologia nazista. O resultado disso foi o ex-surgir de um novo modelo de direito e democracia, ocorrendo uma transição paradigmática de Estados Legislativos de Direito para verdadeiros Estados Constitucionais de Direito (FERRAJOLI, 2007, p. 71).

Com efeito, o sentido do constitucionalismo restou essencialmente alterado com o segundo pós-guerra. Segundo Clarissa Tassinari (2013, p. 44-45), a densidade normativa das Constituições foi substancialmente aumentada, ao passo que saíram da posição de mero elemento organizacional, ao determinar objetivos ao Estado e positivar direitos sociais. Paralelamente, seguiu-se

uma preocupação crescente com a rigidez das Constituições e com a criação de mecanismos para o controle jurisdicional de constitucionalidade. De mesma forma, visualiza-se uma inexorável e crescente tendência a judicialização, em especial, da política.

Indubitavelmente ao constitucionalismo foram agregadas inúmeras conquistas, sendo comumente denominado, devido a isso, de “neoconstitucionalismo”. Cabe, no entanto, discutir o que seria, realmente, esse novo perfil do constitucionalismo, os seus pressupostos e as suas particularidades; e, o mais importante, verificar se ele encontra-se recepcionado pelo direito brasileiro. Afinal, o sentido do constitucionalismo impacta diretamente no papel assumido pelo Poder Judiciário nessa conjuntura, pois altera o *ser* da Constituição. Esse objetivo que irá permear o estudo que segue.

As divergências sobre neoconstitucionalismo

A expressão “neoconstitucionalismo” foi empregada pela primeira vez no ano de 1997, no *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*, realizado em Buenos Aires e La Plata, pela jusfilósofa Susanna Pozzolo; buscando se referir ao modo singular de conceber o Direito de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustav Zagrebelsky (TRINDADE, 2013, s.p.). É inegável que, atualmente, o termo encontra-se popularizado e é largamente referido de manuais de Direito à obras ditas clássicas. O problema crucial é que, conjuntamente a ampla difusão do termo, encontra-se uma profunda imprecisão em relação a questões fundamentais - como o seu sentido e a delimitação de seus pressupostos - ao ponto de autores tradicionalmente rotulados como neoconstitucionalistas negarem tal enquadramento.

Um desses autores é Lenio Luiz Streck (2012, p. 35-36), o qual afirma que o emprego do termo dá causa à ambiguidades teóricas e mal-entendidos. Afinal, se num primeiro momento a importação do termo (cunhado na Europa

ibérica) foi importante para o Brasil enquanto país que entrava tardiamente nesse novo mundo constitucional, o contexto atual revela um quadro patológico. A razão disso é que o termo “neoconstitucionalismo” serve à “gregos e troianos”, pois ele é usado para referir-se, dentro outras construções teóricas, a

[...] um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma constitucionalização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: *neoprocessualismo* e *neopositivismo* (STRECK, 2012, p. 36).

Miguel Carbonell (2007, p. 9) refere que ainda se demorará anos para se compreender o que precisamente é o “neoconstitucionalismo”, tendo em vista que há divergência até mesmo em relação a sua existência; ou seja, se realmente consistiria em algo novo ou se seria apenas de uma nova roupagem para explicar de outra maneira determinadas questões. Nesse sentido, salienta-se a posição de Cláudio Pereira de Sousa Neto e Daniel Sarmento (2013, p. 84), que entendem que em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento não teria ocorrido o fim do constitucionalismo social, posto que não superadas as grandes injustiças sociais e as desigualdades materiais, condição de possibilidade para o ingresso em uma nova fase do constitucionalismo.

Diante disso, importante trazer à lume algumas construções teóricas acerca do que seria o “neoconstitucionalismo”, caminho necessário para atribuir sentido à esse fenômeno. Miguel Carbonell (2007, p. 9-11) delimita pelo menos três acepções do termo: primeiro, um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir a partir da Segunda Guerra Mundial; segundo, as práticas jurisprudenciais alteradas pelos novos parâmetros interpretativos impostos por esse modelo substantivo de textos constitucionais; e, terceiro, o desenvolvimento de novas teorias, a partir dos textos constitucionais fortemente substantivos e das alterações nas práticas jurisprudenciais.

Nesse sentido, Miguel Carbonell (2007, p. 10) refere que, com a entrada em vigor de um modelo substantivo de textos constitucionais, se impôs novos parâmetros interpretativos; de modo que, segundo ele, deveriam ser utilizadas as técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, como a ponderação, a proporcionalidade, além de os juízes terem a missão de trabalhar com os valores que estão constitucionalizados. Ocorre que, se em alguns países essas construções, como a ponderação, fortaleceram a força normativa da Constituição, no Brasil sucedeu uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano (STRECK, 2012, p. 35).

Essa recepção acrítica favoreceu o ativismo judicial, na contramão da própria concepção democrática assumida pelo Direito no atual momento histórico. Importante esclarecer que, quando se fala em ativismo judicial, remete-se ao conceito trabalhado por Clarissa Tassinari (2013, p. 56), que tem o ativismo judicial como um problema da teoria do direito (mais precisamente da teoria da interpretação), em que o intérprete entende a interpretação como um ato de sua vontade. O ativismo, assim pensado, muito comumente se torna arbitrariedade e discricionariedade interpretativa, com forte caráter antidemocrático e sentido contrário à Constituição. Por outro lado, ativismo judicial não se confunde com o fenômeno da judicialização, que tem inúmeras causas, conforme será visto no segundo capítulo.

Não obstante, importante se torna trazer ao trabalho o que Humberto Ávila (2009, p. 2) aponta como sendo as “mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo”: os princípios devem prevalecer sobre as regras (fundamento normativo); o modo de aplicação dos princípios deve ser a ponderação, não mais a subsunção (fundamento metodológico); a análise individual e concreta prevalece sobre a análise geral e abstrata (fundamento axiológico); mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo (fundamento organi-

zacional). Esses fundamentos manteriam entre si uma relação de causa e efeito (ÁVILA, 2009, p. 2). Resumidamente, segundo Humberto Ávila (2009, p. 2-3), ocorreria o seguinte:

[...] o ponto zero estaria na positivação e na aplicação, exclusiva e preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios) decorreria um método diferente de aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, a seu turno, conduziriam à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição). Em suma, a mudança da espécie normativa implicaria a modificação do método de aplicação; a transformação do método de aplicação causaria a alteração da dimensão prevalente de justiça; e a variação da dimensão de justiça produziria a alteração da atuação dos Poderes. Ou, de modo ainda mais direto: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça o Poder.

Humberto Ávila, a partir disso, profere críticas em relação a cada um desses fundamentos, de modo a intentar caracterizar o “neoconstitucionalismo” como uma ideologia; que a *prima facie* defende a Constituição, mas silenciosamente a desvaloriza. Marcelo Neves (2007, p. 176-179), ao analisar o trabalho de Humberto Ávila, com propriedade, profere importantes objeções, em especial, ao referir que Ávila teria se baseado em poucos autores para cunhar esses fundamentos do “neoconstitucionalismo”, o que lhe deu uma visão míope dessa tendência; além disso Ávila teria usado um aspecto meramente quantitativa (prevalência quantitativa de regras na Constituição) para criticar o já referido fundamento normativo do “neoconstitucionalismo”.

No entanto, ao que parece, ambos os autores - Marcelo Neves (2007, p. 176-179) e Humberto Ávila (2009, p. 3-7) -, fazem uma distinção rígida entre princípios e regras. Humberto Ávila busca identificar qual a espécie normativa escolhida pela Constituição de 1988, concluindo que a opção constitucional foi primordialmente pela instituição de regras, não de princípios, porque “as regras têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento,

custos e controle de poder” (ÁVILA, 2009, p. 4). Ocorre que essa distinção rígida não é possível, segundo Lenio Luiz Streck.

Afinal, ao mesmo tempo, o princípio encontra sua realização em uma regra (e por isso que eles adquirem força normativa, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, como será visto), e a regra sempre é instituída por um princípio (STRECK, 2012, p. 581-582); não há de maneira alguma prevalência de um sobre o outro. Dessa forma, não faz sentido falar em “Constituição regulatória” e “Constituição principiológica”, tampouco defender que os princípios são textos, como intenta Humberto Ávila. Na verdade, os princípios transcendem o texto constitucional, embora nele possam ter alguma grafia, porque eles se formam no mundo prático e resultam da historicidade do direito (STRECK, 2012, p. 581-582).

Consequência lógica dessa perspectiva é que, mesmo que a regra tenha insuficiência ôntica, não é possível o princípio ser aplicado sozinho, assim como é impossível o julgador “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. O intérprete permanecerá tendo de partir sempre da regra, a qual já ex-surge normada:

[...] a partir de minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica. É ela que faz a diferença. Por isso, repito, é impossível negar a tradição, a faticidade e a historicidade, em que a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa “normação” (STRECK, 2011, p. 279).

Essa perspectiva será aprofundada no segundo capítulo.

De mesma forma, não é possível concordar com a afirmação de Marcelo Neves no sentido de que “o que se passa na mente dos juízes antes da argumentação e da interpretação (como produção de texto) é incontrolável tanto na subsunção quanto na ponderação” (NEVES, 2007, p. 179). Ao que parece, Marcelo Neves ainda permanece refém do esquema sujeito-objeto, que sucumbiu ante a revolução copernicana provocada pelo giro linguístico-ontológico de Heidegger e Gadamer, que romperam com a epistemologia em favor da fenomenolo-

gia (STRECK, 2008, p. 564). Com efeito, a afirmação de Marcelo Neves não encontra respaldo, a partir da identificação do duplo nível na fenomenologia: “o nível hermenêutico, de profundidade, que estrutura a compreensão, e o nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicativo, ornamental” (STRECK, 2008, p. 564).

Por essa razão que não faz sentido falar em métodos, como a ponderação e a subsunção, porque serão sempre arbitrários e favorecedores de um supremo momento de subjetividade. Subjetividade enquanto ativismo judicial, que é incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito recepcionado pela Constituição de 1988. Explicitar o que se compreendeu (interpretar) não depende de método, faz parte da condição de ser-no-mundo do homem, de modo que não se deve fazer uso de métodos como a subsunção e a ponderação, que promovem o fechamento à realidade. Desse modo, refuta-se veementemente tanto o fundamento normativo e quanto o fundamento metodológico teoricamente atribuídos ao “neoconstitucionalismo”, mas por motivos diversos dos apontados por Humberto Ávila.

No segundo capítulo, ainda intenta-se refutar o chamado fundamento organizacional. Feitas essas considerações, embora não tendo sido possível esgotar o tema, devido aos limites da pesquisa proposta, entende-se que se atingiu o objetivo de expor a ampla divergência em relação ao tema “neoconstitucionalismo”. No transcurso da exposição, ainda, tornou-se possível afastar algumas concepções sobre “neoconstitucionalismo”, tidos como incompatíveis com as evoluções perpetradas, principalmente em âmbito filosófico e jurídico, com base nos aportes da matriz teórica que permeia o presente trabalho.

O Constitucionalismo Contemporâneo e as Constituições Enquanto Substância Normativa

Retomando os estudos já realizados, é perceptível que não existe um consenso, tampouco um conceito do que seria “neoconstitucionalismo”, motivo pelo qual alguns autores chegam a empregar a expressão neoconstitucionalismo(s).¹ Sob esse mesmo epíteto são defendidas as teorias mais diversas e mais opostas entre si. Cabe a quem intenta atribuir sentido ao constitucionalismo, emergente no pós-Segunda Guerra, portanto, refutar ou adotar algumas dessas concepções, como passo necessário para uma delimitação.

Esse foi o intento do capítulo precedente, ao passo que, nesse capítulo, o objetivo é delimitar os principais pressupostos desse perfil de constitucionalismo, que emergiu no pós-Segunda Guerra, com base na matriz teórica adotada nesse trabalho. Tal precisão é imprescindível para se entender o *ser* das Constituições que emergiram a partir dessa concepção, e, conseqüentemente, condição de possibilidade para uma aplicação prática coerente, ou seja, para uma integridade da jurisdição.

O “novo” constitucionalismo como um constitucionalismo contemporâneo

Devido a todas as imprecisões que permeiam o termo “neoconstitucionalismo”, Lenio Luiz Streck (2012, p. 37) sugere a nomenclatura Constitucionalismo Contemporâneo, para referir-se a esse momento constitucional que eclodiu; no sentido de apontar mais claramente para “um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição” (STRECK, 2012, p. 37). O primeiro passo do estudo que segue será, assim, a adoção dessa nomenclatura, posto que mais precisa e adequada.

¹ Vide o título do livro de Miguel Carbonell: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006.

Com propriedade, entende-se que não se trata literalmente de um “novo” constitucionalismo, na medida em que mantém os mesmos dois conteúdos básicos do constitucionalismo que se formou no século XVIII, conforme referido, quais sejam a garantia dos direitos fundamentais e a limitação do poder. A continuidade no processo do constitucionalismo, iniciado no século XVIII, não foi interrompida, somente novas conquistas e novos pressupostos foram agregados.

O Constitucionalismo Contemporâneo perpetró um redimensionamento nas teorias do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e na teoria do direito (STRECK, 2012, p. 37). No que concerne a teoria do direito, sustenta-se que no interior desta ocorreu o redimensionamento: da teoria das fontes, devido a Constituição assumir a condição de topo normativo do ordenamento; da teoria da norma, devido aos princípios ganharem normatividade; e, por fim, da teoria da interpretação, ao mostrar-se incompatível com qualquer forma de ativismo judicial arbitrário (STRECK, 2012, p. 37), cujo sentido já restou delineado no primeiro capítulo.

Nesse sentido, é importante tecer algumas considerações em relação ao redimensionamento perpetrado na teoria do direito. Para Lenio Luiz Streck (2011, p. 50), o grande problema que todos os tipos de positivismo têm em comum é a discricionariedade, de forma que é fundamental entender que o positivismo se manifesta tanto quando se confunde texto e norma, quando se sustenta que ambos estão deslocados. No contexto atual de pós-positivismo e de Constitucionalismo Contemporâneo, portanto, é preciso entender que a norma será sempre o produto da interpretação, a qual deve necessariamente partir da compreensão daquela regra que é apta a resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (STRECK, 2012, p. 573).

Tal construção, inserida no redimensionamento perpetrado na teoria do direito, é a condição de possibilidade para obstaculizar qualquer tipo de arbitra-

riedade interpretativa, indo ao encontro de um constitucionalismo democrático, pois “o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como o querem as diversas formas de decisionismo” (STRECK, 2012, p. 192). Paralelamente o princípio promove um fechamento interpretativo, pois o intérprete está obrigado a “decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da comum-unidade dos princípios constitucionais” (STRECK, 2012, p. 547).

A partir de todas essas mudanças, é inexorável entender o Constitucionalismo Contemporâneo como um constitucionalismo democrático; ao não só proporcionar alterações estruturais na organização política e jurídica, mas principalmente por trazer uma nova forma de conceber o fenômeno jurídico, o qual passa a ser percebido sob o olhar da substancialidade (TASSINARI, 2013, p. 40). Por consectário lógico, as Constituições que tiveram essa concepção como base fundante devem ser entendidas como tendo um caráter substantivo, o qual é reforçado devido a duas premissas fundamentais: primeiro, a força normativa que a Constituição assume e de seu caráter prospectivo; segundo, da ampliação do catálogo de direitos e de seus meios assecuratórios (TASSINARI, 2013, p. 40).

No que concerne a primeira premissa, importante referir que quando se discorre acerca da “força normativa da Constituição”, remete-se automaticamente ao conceito de pretensão de eficácia cunhado por Konrad Hesse (1991, p. 14-15), no sentido de que

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. [...] Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política social.

Paralelamente, o caráter prospectivo condiciona materialmente a legalidade, ou seja, a legalidade muda a sua natureza; passando a estar condicionada e regulada não somente por vínculos jurídicos formais, mas também substan-

ciais (FERRAJOLI, 2007, p. 71). No que concerne a segunda premissa, resalta-se que a ampliação das possibilidades jurídicas de exigência de direitos e, conseqüentemente do compromisso constitucional, geram inevitavelmente uma maior interferência do Judiciário na vida social. Afinal, o Judiciário se tornou o *locus* de concretização dos direitos, ante a inércia dos demais poderes, e a última esperança de que sejam cumpridos os direitos prometidos no bojo constitucional (SALDANHA, 2011, p. 263).

Nesse mesmo sentido, o Direito não só se torna o protagonista, como também o campo de luta pela implementação das promessas modernas (STRECK, 2011, p. 48), quais sejam aquelas prometidas e não realizadas no transcurso do Estado Social. Dessa forma, diverge-se do que defendem Cláudio Pereira de Sousa Neto e Daniel Sarmento (2013, p. 84), ou seja, que o constitucionalismo social não teria chegado ao fim, conforme exposto acima. Em verdade, o constitucionalismo social foi superado por um perfil reformulado do constitucionalismo, que provocou, dentro outras coisas, uma reformulação na teoria do Estado, que agora passa a ser Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito concerne em muito mais que uma singela evolução história, em verdade, ele intenta corrigir os defeitos do Estado Liberal e do Estado Social e resgata as promessas da modernidade como núcleo político-essencial da Constituição. O texto constitucional brasileiro aponta no sentido da adoção de um perfil de “Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2011, p. 48), que vem a ser diametralmente oposto ao “intervencionismo estatal” vigente até então, que privilegiava as classes dominantes e mantinha as desigualdades.

Frente a expressa adoção do Estado Democrático de Direito pela Constituição brasileira de 1988, paralelamente a sua inegável força normativa e a previsão de uma plêiade de direitos, sustenta-se a recepção no Brasil dos pres-

supostos teóricos do Constitucionalismo Contemporâneo, nos termos delimitados por Lenio Luiz Streck. A partir dessa sustentação, para conferir peculiar contorno a discussão, buscar-se-á confrontar duas perspectivas teóricas: uma de que a Constituição seria substância normativa e uma segunda que a Constituição seria um símbolo. Esclarecer essa questão é o último obstáculo à definição do papel da jurisdição e, conseqüentemente para uma aplicação prática coerente das disposições constitucionais.

Constituição símbolo ou substância normativa: por uma jurisdição substancialista

Para iniciar a discussão se a Constituição brasileira seria um símbolo ou seria substância normativa, se partirá da denúncia feita por Marcelo Neves, de uma possível hipotrofia da força normativa da Constituição em favor de uma função simbólica do texto constitucional. Dessa forma, o primeiro passo é trazer a lume a conceituação de Marcelo Neves de constitucionalização simbólica.

Em sentido negativo, a expressão “constitucionalização simbólica” refere-se ao “fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada” (NEVES, 2007, p. 91), que significa, a *prima facie*, que do texto constitucional não emanaria nenhuma normatividade (no sentido da pretensão de eficácia de Konrad Hesse). Adotar tal postura frente à Constituição implicaria aceitar que ela não direcionaria a atuação do Estado, tampouco haveria uma orientação das expectativas normativas.

Segundo Marcelo Neves (2007, p. 69), dessa forma, a autonomia do direito, adquirida com a sua positivação (em especial, com o surgimento da Constituição), sucumbiria, posto que

[...] ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do “mundo da vida”, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código “lítico/ilícito” sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais (NEVES, 2007, p. 93).

Por outro lado, o sentido positivo da constitucionalização simbólica remete ao exercício de um relevante papel político-ideológico da atividade constituinte e da linguagem constitucional (NEVES, 2007, p. 95), de modo que a Constituição apenas aparentemente exerce a função de instância reflexiva de um sistema jurídico vigente e eficaz. Nesse sentido, não há uma abrangente concretização normativa das disposições constitucionais, pelo contrário, há uma “hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais” (NEVES, 2007, p. 96).

Dessa forma, conclui-se que a constitucionalização simbólica teria dois pressupostos fundamentais, intimamente relacionados; o primeiro de retirar a força normativa das disposições constitucionais e o segundo de servir à exigências e objetivos políticos concretos. O acoplamento desses dois pressupostos potencializa o papel ideológico dessa constitucionalização simbólica, porque encobrem que a realização efetiva das disposições constitucionais só seria possível com a transformação profunda da sociedade (NEVES, 2007, p. 98). Isso acaba por “legitimar” e perpetrar um mesmo contexto social de desigualdade, que deveria ser solapado se cumprida a Constituição.

Afinal, a Constituição se transmuda em uma carta de boas-intenções dos governantes, que por meio dela querem demonstrar que intentam realizar os direitos fundamentais, garantir eleições democráticas e a democracia no país; mas em verdade há uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que conduz a paz social e ao bloqueio dos caminhos de transformação da sociedade (NEVES, 2007, p. 99). Nesse sentido, ficam marcadas as discrepâncias entre a ação política e o discurso constitucional, mas principalmente entre uma realidade constitucional excludente e um texto constitucional includente.

A constitucionalização simbólica, assim concebida, segundo Marcelo Neves, seria um problema mais propriamente de determinados países, chamados periféricos, dentre os quais o Brasil. No caso específico do Brasil, Marcelo

Neves (2007, p. 183-185) refere que as previsões do texto constitucional - no que concernem aos direitos, aos procedimentos constitucionais e aos mecanismos específicos de regulação jurídica de atividade política - são abrangentes. O problema reside na “juridicidade da Constituição”, ou seja, na (escassa) normatividade jurídica do texto constitucional. Ocorre que “o texto constitucional não se concretiza como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas e, portanto, não funciona como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado” (NEVES, 2007, p. 185).

Pelo exposto, embora não seja possível afirmar com total certeza, ao que tudo indica, Marcelo Neves é adepto do procedimentalismo. Isso transparece quando o autor afirma que a “ausência ou deformação do princípio da “divisão dos poderes” leva à desdiferenciação das esferas de vida (politização abrangente) e tem-se demonstrado incompatível com a complexidade da sociedade atual” (NEVES, 2007, p. 81). Da mesma forma, em outra passagem, o autor refere uma concepção processual da Constituição e a não relevância das disposições constitucionais para os órgãos que interpretam e aplicam a Constituição (NEVES, 2007, p. 94). Certamente a defesa contumaz da divisão dos poderes se dá devido ao entendimento de que poderia ser perigosa a realização dos direitos através do Poder Judiciário (fundamento central do procedimentalismo).

Diametralmente oposta à essa posição, encontram-se os aportes teóricos de Lenio Luiz Streck, o qual defende uma concepção material da Constituição (Constituição enquanto norma), entendendo que houve um fortalecimento da democracia e da força normativa da Constituição após 1988. No mesmo sentido, Clarissa Tassinari (2013, p. 41) sustenta que os avanços do constitucionalismo, após a Segunda Guerra Mundial, começaram a ser assimilados no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988. Dentre esses avanços encontra-se, conforme referido no capítulo precedente, a força normativa da Constituição.

Essa visão da Constituição enquanto norma tem sido caracterizada como uma postura substancialista, na medida em que tem “valorizado a Constituição como instrumento vinculante e programático, diretriz e argumento de conservação do Estado Democrático de Direito [...] não desconhecendo a politização do Direito e a impossibilidade de se reduzi-lo a mero procedimento” (HOMMERDING, 2007, p. 36). Com efeito, o conteúdo da Constituição não pode ser entendido enquanto limitado a prever procedimentos, pois, realmente, apenas favoreceria os privilégios e desigualdades (e nisso concordam Lenio Streck e Marcelo Neves), em detrimento da concretização do texto constitucional (STRECK, 2012, p. 90).

Nesse sentido, sustenta-se que a Constituição brasileira não pode ser vista como um símbolo, como preceituou Marcelo Neves, posto que essa construção não se coaduna com os pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo, expostos no subcapítulo anterior e inegavelmente absorvidos pela Constituição de 1988. O mais acertado é visualizar a Constituição brasileira como uma Constituição normativa, que pode ser conceituada a partir do próprio Marcelo Neves, como sendo aquela com “amplo grau de concretização normativa generalizada das disposições constitucionais” (NEVES, 2007, p. 95).

Diante de todo o exposto, é possível defender que há sim um novo olhar sobre o texto constitucional, agora visto enquanto catalizador de todos os atos do Estado (TASSINARI, 2013, p. 41), devido justamente a sua substância normativa. O Judiciário, enquanto micro polo desse Estado, não pode ficar alheio à essa construção, o que demanda uma atuação igualmente substancialista. Com efeito, o Judiciário assume o papel de contramajoritário, ou seja, tem o encargo de pôr em evidência o direito produzido democraticamente, mesmo contra maiorias eventuais (STRECK, 2012, p. 87). O cidadão é “titular de uma plêiade de direitos (fundamentais, preferenciais)” (MOTTA, 2010, p. 70), que não podem se dobrar à vontade das maiorias eventuais; pois, sob pena do Es-

tado Democrático de Direito consistir em um mero simulacro, o cidadão não é mero cliente do Estado.

Lenio Luiz Streck refere que se enfrenta uma crise de legalidade, posto que nem sequer a lei é cumprida, restando incumpridos diversos “dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, mesmo passadas mais de duas décadas desde a instalação da nova ordem constitucional” (STRECK, 2011, p. 48). Diante disso, revela-se que a judicialização é um fenômeno inexorável, assim como não ocorre uma submissão do Direito à política. O que ocorreu, em verdade, foi a abertura política aos cidadãos através do Judiciário, premissa necessária em um contexto de pós-Ditadura militar.

Dessa forma, judicialização da política não se confunde com ativismo judicial (nos termos expostos acima), afinal, quando o Judiciário se envolve em questões políticas, está apenas aplicando o previsto constitucionalmente. A crescente judicialização, a envolver aspectos políticos, se refere à aspectos como o fortalecimento do controle de constitucionalidade, a concretização de direitos sociais e a realização de políticas públicas pelo Poder Judiciário, pontos característicos do Constitucionalismo Contemporâneo. A legitimidade da jurisdição para atuar nessas questões se fundamenta, assim, na própria força normativa da Constituição, ao passo que a concretização das promessas constitucionais é pressuposto de validade da própria Constituição.

Para comprovar que prevalece no Brasil a visão da Constituição enquanto substância normativa, importante colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, com base nos direitos fundamentais à vida e à saúde, previstos constitucionalmente, seria possível o Judiciário determinar aos Estados o cumprimento de prestações de medicamentos. Afinal, os Tribunais devem se pautar pelos pressupostos constitucionais, não podendo renegar a Constituição em face de argumentos como a reserva do possível. Nesse sentido:

[...] 3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. [...] 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. [...] (AgRg no REsp 1002335/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal entende que é necessária a prevalência dos direitos fundamentais, mesmo que seja uma “escolha trágica”, na linha de tensão entre a necessidade de tornar concreto o texto constitucional e a viabilidade de alocação de recursos financeiros (RE 581352 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, publicação em 22-11-2013). É inegável, por todo o exposto, que a Constituição brasileira de 1988 recepcionou o Constitucionalismo Contemporâneo, e, conseqüentemente, a Constituição é substância normativa e a atuação da jurisdição deve ser sempre substancialista.

Conclusão

Tendo em vista o contraponto ante a complexidade do tema (e os múltiplos ângulos em que a questão pode ser trabalhada) e o limite do trabalho proposto, entende-se possível retirar algumas conclusões, que de forma alguma podem ser pontuadas de finais. No primeiro capítulo entende-se que restou

cumprido o objetivo, de reflexão sobre o transcorrer do constitucionalismo e dos motivos que levaram a se falar em um “novo” constitucionalismo. Paralelamente, com base na matriz teórica adotada, se buscou fazer uma filtragem, em meio às diversas concepções acerca do “neoconstitucionalismo”, com o fim de refutar/adotar determinadas posições.

No segundo capítulo, a partir de uma delimitação do constitucionalismo emergente nos segundo pós-guerra como Constitucionalismo Contemporâneo, possibilitou-se a definição de alguns postulados básicos desse fenômeno, condição de possibilidade para que fosse possível relevar a recepção desse perfil do constitucionalismo pela Constituição de 1988. Por consectário lógico, tendo em vista que o *ser* da Constituição se releva como substância normativa, sustenta-se uma atuação coerente da jurisdição só ocorrerá sob o manto de uma concepção substancialista.

Referências

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental No Recurso Especial nº 1002335. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Dolores Salton. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado pela Primeira Turma em 21 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 12 abr. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 581352. Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relatorr Ministro Celson de Mello. Julgado pela Segunda Turma em 29 de outubro de 2013. Disponível em: < www.stf.gov.br>. Acesso em 12 abr. 2014.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo em su laberinto. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos: Madrid: Trotta, 2007.

_____. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. *In*.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil** - A sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ainda a questão da discricionariedade positivitas. *In*.: **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXIV, Coimbra, 2008.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam. Crítica à imprecisão da expressão neoconstitucionalismo. **Consultor jurídico**, 19 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-imprecisao-expressao-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

TREIN, Aline; NASCIMENTO, Valéria Ribas de. **O constitucionalismo latinoamericano e os direitos fundamentais:** neoconstitucionalismo? XXIII Encontro Nacional do Conpedi/UFSC: Florianópolis, 2014.

CAPÍTULO 7

BREVE ENSAIO A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DA BUSCA E APREENSÃO SOB A ÓTICA DA LEI 11.101/2005

Mariany de Souza Manga

Doi: 10.48209/978-65-5417-146-7

Introdução

A alienação fiduciária pode ser conceituada como o negócio jurídico através do qual uma das partes adquire a propriedade de um bem sob a obrigação de devolvê-la quando identificado o cumprimento da obrigação pactuada, ou quando sua restituição seja requerida, e é mais frequentemente utilizada para o fim de garantia (GOMES, 2012, p. 357-358).

A Lei nº 4.728/1968, denominada Lei do Mercado de Capitais, regulamentou a alienação fiduciária em tal modalidade, a fim de facilitar negócios creditícios, bem como financiar a aquisição de alguns bens de consumo. O devedor-fiduciante transfere ao credor-fiduciário a propriedade de determinado bem móvel, visando garantir o pagamento da dívida contraída, ficando a devolução da propriedade condicionada à sua quitação (GOMES, 2012, p. 357-358).

Alterando a redação do art. 66 da Lei do Mercado de Capitais, o Decreto-Lei nº 911/1969 cuidou, ainda, de estabelecer normas processuais a respeito da alienação fiduciária, inserindo no ordenamento a ação de busca e apreensão, pautada em rito especial, sobre a qual recairá o foco do presente ensaio, especialmente sob a ótica da Lei nº 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Ações Decorrentes da Alienação Fiduciária em Garantia

O credor, no contrato de alienação fiduciária de bens móveis, pode se valer de algumas ações, quais sejam, a de busca e apreensão, possessória e de execução. Anteriormente à Lei nº 10.931/2004, a garantia decorrente dos mencionados contratos era feita quase que exclusivamente através da busca e apreensão do bem, à luz do Decreto-Lei nº 911/1969, cujo procedimento é dotado de celeridade, permitindo a apreensão do bem liminarmente, apesar de assegurar ao devedor o direito de purgar a mora (CHALHUB, 2021, p. 281).

A legislação anterior ao Código Civil de 2002 (CC/2002) indicava que somente seriam legitimadas à percepção da propriedade fiduciária em garantia, nos casos de bens móveis corpóreos, as instituições financeiras e outras pessoas jurídicas a que a lei viesse a reconhecer tal legitimidade. O Código Civil atual, por sua vez, excluiu tal restrição, permitindo a contratação da alienação fiduciária para a garantia de qualquer dívida, conforme dicção dos arts. 1.361 a 1.368 do CC/2002 (CHALHUB, 2021, p. 281).

Em que pese a ampliação do campo de aplicação da garantia, a legitimidade para o procedimento especial de busca e apreensão, regulamentado pelo DL nº 911/1969, alterado pela Lei nº 10.931/2004 e pela Lei nº 13.043/2014, é restrita às pessoas jurídicas de direito público e àquelas submetidas diretamente à fiscalização e ao controle do Estado (CHALHUB, 2021, p. 281). Dessa forma,

só é admitida a ação de busca e apreensão disciplinada pelo DL nº 911/1969 quando a garantia tiver por objeto créditos fiscais, previdenciários e os constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, em conformidade com o art. 8º-A do DL nº 911/1969.

Entende-se que a alienação fiduciária regulamentada pelo Código Civil, em princípio, é contratada entre iguais, presumindo-se a equiparação econômica e técnica entre os contratantes, enquanto a alienação fiduciária regulamentada pelo DL nº 911/1969 pressupõe um desequilíbrio entre as partes, que muitas vezes configura relação de consumo ante a vulnerabilidade do devedor (CHALHUB, 2021, p. 282). Não obstante, esse entendimento deve ser observado com cautela, especialmente considerando que nem toda contratação regulamentada pelo DL nº 911/1969 importará em efetiva vulnerabilidade para uma das partes.

Até a edição do DL nº 911/1969, que criou a ação de busca e apreensão como rito especial, não havia definição de um procedimento judicial de realização da garantia fiduciária de bens móveis corpóreos, o que gerava insegurança jurídica quanto ao procedimento aplicável, acabando por inibir a utilização do contrato naquele período anterior. Diz-se, então, que tal garantia só teve aplicação prática a partir da definição do procedimento especial destinado à realização da garantia (CHALHUB, 2021, p. 282).

Da mesma forma, atualmente, entende-se que a inexistência de um procedimento especial destinado às hipóteses não enquadradas no DL nº 911/1969 pode gerar controvérsia e traduzir dúvida a respeito da eficácia da garantia fiduciária disposta no Código Civil, “[...] pois os titulares dessa garantia terão que recorrer ao procedimento comum, presumindo-se que a ausência de estrutura judicial que assegure a agilidade necessária à recuperação do crédito poderá colocar em risco a efetividade do processo” (CHALHUB, 2021, p. 283).

A Lei nº 10.931/2004 introduziu no procedimento de busca e apreensão a consolidação da propriedade, liminarmente, no patrimônio do credor, autorizando-o à venda imediata do bem, o que se justifica a partir da possibilidade de deterioração dos bens apreendidos. Nesse sentido, pode-se dizer que o procedimento previsto no DL nº 911/1969 é dotado de maior eficácia na realização da garantia (CHALHUB, 2021, p. 283).

A constituição da garantia fiduciária importa na retirada do bem do patrimônio do devedor e seu ingresso no patrimônio do credor. Assim, em caso de insolvência do devedor, o bem objeto da garantia não comporá o ativo da massa, do mesmo modo que não compõe o plano de recuperação judicial de empresa. Em caso de recuperação judicial, então, o contrato garantido por propriedade fiduciária segue seu curso normal, sob administração dos administradores da empresa em recuperação e fiscalização do administrador judicial (CHALHUB, 2021, p. 283).

Defende-se, assim, a necessidade de construir um procedimento especial também para a garantia fiduciária regulamentada pelo Código Civil, em função de sua natureza jurídica peculiar, pontuando que, uma vez que o inadimplemento da obrigação garantida importa em consolidação da propriedade plena ao patrimônio do credor, os efeitos de tal consolidação também deveriam ser regulamentados em “[...] termos compatíveis com a função de garantia, atendendo-se ao princípio de equilíbrio da execução do crédito e às necessidades da circulação do crédito na sociedade contemporânea”. (CHALHUB, 2021, p. 283).

Nesse particular, vale destacar a disposição do art. 327, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015):

Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. [...]
§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos

procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Dessa forma, a importação de técnicas previstas no DL nº 911/1969 poderia ser suficiente à compatibilização de eventual consolidação patrimonial com a efetiva função de garantia decorrente da alienação fiduciária, considerando a aparente compatibilidade entre o direito material debatido (MAZZEI; GONÇALVES, 2020, p. 27), sem necessidade da criação específica de um novo procedimento especial.

Ação de Busca e Apreensão

É uma ação autônoma, regida pelo procedimento especial, aplicável somente aos casos em que o crédito tenha natureza fiscal, previdenciária ou tiver sido contratado no âmbito do mercado financeiro e de capitais. Visa a devolução do bem e a consolidação da propriedade e da posse plenas ao credor-fiduciário, conferindo prazo ao devedor-fiduciante para pagamento integral da dívida (CHALHUB, 2021, p. 284).

A comprovação da mora é requisito indispensável à propositura da ação, a qual pode ser realizada através da remessa de carta registrada com aviso de recebimento, sendo desnecessário que o aviso seja assinado pelo próprio destinatário, conforme dicção do art. 2º, § 2º, do DL nº 911/1969. Uma vez preenchidos os requisitos legais, o juiz defere liminarmente a busca e apreensão do bem (CHALHUB, 2021, p. 284).

A partir da Lei nº 13.043/2014, o procedimento regulamentado pelo DL nº 911/1969 sofreu profundas alterações. Na hipótese da prática de ato processual fora da sede do juízo no qual tramita a busca e apreensão, se o objeto da alienação fiduciária for veículo automotor, o autor poderá requerer sua apreensão diretamente ao juízo da comarca onde o veículo for localizado, “[...]”

bastando que em tal requerimento conste a cópia da petição inicial da ação e, quando for o caso, a cópia do despacho que concedeu a busca e apreensão do veículo”, conforme dita o art. 2º, § 12, do DL nº 911/1969. Tal requerimento acaba cumprindo o papel típico da carta precatória, uma vez que é apresentado diretamente pelo autor a juiz de comarca diversa daquele que deferiu a medida. (CHALHUB, 2021, p. 285).

Outra alteração introduzida foi a permissão da apreciação do pedido de busca e apreensão por um juiz em regime de plantão judiciário, conforme art. 3º, *caput*, do DL nº 911/1969, apesar dessa espécie de medida não comportar, via de regra, os requisitos de urgência que autorizam a atuação do juízo de plantão (CHALHUB, 2021, p. 286).

Frise-se, ainda, que o art. 7º do DL nº 911/1969 também inovou com o intuito de proteger a propriedade do bem alienado fiduciariamente do risco de constrição por obrigações do devedor-fiduciante, assim dispondo que não se deve aceitar bloqueio judicial de bens constituídos por alienação fiduciária, “[...] nos termos deste Decreto-Lei, sendo que qualquer discussão sobre concursos de preferências deverá ser resolvida pelo valor da venda do bem, nos termos do art. 2º”.

A Lei nº 13.043/2014 atualizou as normas sobre alienação fiduciária também em relação à recuperação judicial de empresa, incluindo o art. 6º-A do DL nº 911/1969, que consigna que “O pedido de recuperação judicial ou extrajudicial pelo devedor nos termos da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, não impede a distribuição e a busca e apreensão do bem”, o que será abordado com mais veemência no capítulo seguinte.

Caso a busca e apreensão seja frustrada pela não localização do bem na posse do devedor-fiduciante, a lei possibilita o requerimento de conversão em execução ao credor-fiduciário, conforme art. 4º, do Decreto-Lei mencionado, o

que já vinha sendo admitido pela jurisprudência mesmo antes de tal alteração (CHALHUB, 2021, p. 287).

O art. 3º, § 2º, do DL nº 911/1969, da forma como escrito atualmente, prevê a possibilidade de pagamento integral do saldo da dívida indicada na inicial. A princípio, os tribunais admitiam a purgação da mora consubstanciada pelo pagamento das parcelas vencidas e seus respectivos encargos. (CHALHUB, 2021, p. 287). Atualmente, a jurisprudência segue o entendimento de que a purgação da mora somente ocorre com o pagamento da integralidade da dívida, vejamos:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. 1. PURGAÇÃO DA MORA. NÃO CABIMENTO. PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DO DÉBITO. DECRETO-LEI N. 911/1969, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.931/2004. [...] 3. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência da Segunda Seção, no julgamento do REsp n. 1.418.593/MS, DJe 27/5/2014, da relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, consolidou o entendimento de que a purgação da mora somente se dará com o pagamento da integralidade, ou seja, as parcelas vencidas e vincendas da dívida. [...] 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1928259/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/05/2021, DJe 28/05/2021).¹ (Grifos nossos).

No tocante à resposta, a redação original do art. 3º acima destacado restringia as matérias de defesa, apontando que o réu só poderia alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais. Com a nova redação, destacando também o § 3º do mesmo artigo, o campo de defesa foi ampliado, assegurando ao devedor-fiduciante a apresentação de resposta no prazo de 15 dias da execução da liminar (CHALHUB, 2021, p. 287).

Paira controvérsia a respeito da possibilidade de apresentação de reconvenção no procedimento de busca e apreensão, havendo autores que a defen-

1 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1928259/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 25 mai. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1231826283/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1928259-mg-2021-0081170-4>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

dam², enquanto outros entendem pela sua inadmissibilidade “[...] por se tratar de ação em que se postula uma tutela jurisdicional diferenciada, bem como por causa de regras processuais especiais que não se limitam à fase postulatória” (CHALHUB, 2021, p. 288).

Uma vez quitada integralmente a dívida, o credor-fiduciário poderá levantar o valor correspondente ao seu crédito e deverá restituir o bem ao devedor, o qual restará livre do ônus da propriedade fiduciária (CHALHUB, 2021, p. 288). Caso não ocorra o pagamento, consolida-se a propriedade e a posse plena do bem no patrimônio do credor, a quem será permitida a venda do bem, conforme art. 3º, § 1º, do DL nº 911/1969.

Antecipação de Tutela: CPC/2015 X DL Nº 911/1969

O art. 300 do CPC/2015 determina que a tutela de urgência será concedida quando preenchidos os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, ressaltando, ainda, o §3º do mencionado artigo, que o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão obsta tal concessão.

O DL nº 911/1969, por sua vez, ao instituir a ação de busca e apreensão como processo autônomo e independente, com caráter de procedimento especial, traz, desde sua redação original, em seu art. 3º, *caput*, disposição a respeito da antecipação de tutela em seu âmbito, a qual é concedida liminarmente quando preenchido seu requisito, qual seja, a comprovação da mora (RESTIFFE NETO; RESTIFFE, 2000, p. 824-825):

Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

2 FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: RT, 2005.

Dessa forma, se mostraria incorreto considerar os requisitos do CPC/2015³ como pressupostos adicionais para a concessão da liminar prevista no DL nº 911/1969, bastando, assim, a comprovação da mora na hipótese levada ao Judiciário (RESTIFFE NETO; RESTIFFE, 2000, p. 825).

Falência e Recuperação de Empresa

Na garantia fiduciária, a propriedade do bem é transmitida ao credor, sendo o devedor investido de um direito de aquisição do bem objeto da garantia, portanto, titular de um direito expectativo à propriedade plena do bem. Logo, o domínio do credor sobre o bem se dá até o efetivo cumprimento da condição resolutiva (CHALHUB, 2021, p. 300).

Na hipótese de recuperação da empresa devedora-fiduciante, em conformidade com o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, que exclui dos efeitos da recuperação os créditos garantidos por propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, vedando, contudo, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial, o contrato mantém seu curso normal até a integral extinção da dívida. Nesse caso o credor-fiduciário poderá adotar todos os procedimentos previstos na legislação se o devedor incorrer em mora ou se tornar inadimplente (CHALHUB, 2021, p. 300).

Tal exclusão alcança a garantia fiduciária de modo geral, entendendo-se que a expressão “propriedade fiduciária” foi empregada pelo legislador em sentido abrangente. Isso porque “[...] a constituição de garantia fiduciária, de qualquer espécie, importa na retirada do bem ou do direito do patrimônio do devedor e na sua transmissão ao patrimônio do credor [...]”, dessa forma, deve permanecer imune aos efeitos da insolvência, seja do credor ou do devedor, a fim de que sua destinação seja cumprida (CHALHUB, 2021, p. 300).

3 Os autores se reportavam ao CPC/1973, porém, o mesmo raciocínio pode ser aplicado ao CPC/2015.

Por isso, o art. 119, IX, da Lei nº 11.101/2005 consigna regra genérica de exclusão dos patrimônios de afetação dos efeitos da falência, compreendendo todas as espécies de garantia fiduciária:

Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras: [...]

IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

Uma vez decretada a falência do credor-fiduciário, pontua-se que deverá o síndico/administrador proceder como se fosse o titular da propriedade, valendo a condição resolutiva “[...] contra os credores do fiduciário, visto que a propriedade foi transferida unicamente para o fim de garantia, não para uso ou gozo do seu titular provisório, tanto assim que se extingue” (GOMES, 1975, p. 142).

Dessa forma, a relação jurídica decorrente da alienação fiduciária é mantida, assumindo a massa falida a posição do credor-fiduciário. Logo, caso o fiduciante pague, obterá a propriedade plena do bem, mas, caso contrário, a propriedade poderá ser consolidada em favor da massa falida do credor-fiduciário, operando em benefício do concurso de credores (CHALHUB, 2021, p. 301).

Quando a hipótese é de falência do devedor-fiduciante, o art. 7º do DL nº 911/1969 explicita que ao credor-fiduciário é possibilitado requerer a restituição do bem. Isso se explica pelo fato de que, ao se contratar a alienação fiduciária e se constituir a propriedade fiduciária em nome do credor, “[...] o bem objeto do negócio é excluído do ativo do devedor-fiduciante e, portanto, não faz parte da massa”. O credor, então, promove a venda do bem, a fim de satisfazer seu crédito e repassa eventual saldo sobressalente à massa falida (CHALHUB, 2021, p. 301).

Ainda nesse caso, se o credor houver ajuizado ação de busca e apreensão antes da decretação da falência, tal ação seguirá seu curso normal, agora com o administrador, no mesmo juízo em que foi proposta (CHALHUB, 2021, p. 301).

Nesse aspecto, originou-se uma controvérsia quando do surgimento da legislação sobre alienação fiduciária. Por um lado, entendia-se que, se já houvesse a apreensão antes da decretação de falência, a ação deveria prosseguir, caso contrário, a ação ficaria prejudicada, “[...] devendo o credor-fiduciário requerer a restituição do bem no Juízo da falência”. De modo contrário, entendia-se que a falência não suspenderia o curso da ação, “[...] pois o crédito não se sujeita a rateio e a ação visa coisa certa” (CHALHUB, 2021, p. 302).

Sobre tais divergências, a jurisprudência consolidou o entendimento de que a ação de busca e apreensão deveria prosseguir até o final, com o síndico/administrador, no juízo em que foi inicialmente proposta, independentemente da efetivação da apreensão. Considerou-se, então, que “[...] a propriedade fiduciária, posto que limitada ao escopo de garantia, coloca o credor-fiduciário entre os credores por títulos não sujeitos a rateio na falência” (CHALHUB, 2021, p. 302).

Nesse contexto, vale destacar os arts. 52, II e 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, respectivamente:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: [...] III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei; [...]

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham

cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. [...]

Verifica-se, portanto, que a legislação que disciplina a recuperação e a falência do empresário e da sociedade empresária seguiu o curso da jurisprudência, excluindo a ação de busca e apreensão do rol de feitos a serem suspensos, bem como o crédito decorrente da propriedade fiduciária dos próprios efeitos da recuperação judicial.

Conclusão

Compreendendo a alienação fiduciária como um direito real de garantia, avaliar as maneiras de efetivação de tal garantia, dentre elas, as ações possíveis para a efetiva tutela jurisdicional, com especial foco no procedimento da busca e apreensão, uma vez que dotado de maior eficácia, adquire relevância.

Nota-se que, na oportunidade do advento da Lei do Mercado de Capitais, a alienação fiduciária foi regulamentada na modalidade de garantia, contudo, não foi estabelecido um procedimento específico para sua realização, o que veio a ocorrer somente a partir do Decreto-Lei nº 911/1969.

A partir das considerações traçadas neste breve ensaio, é possível verificar que, desde a edição do DL nº 911/1969, o texto legislativo sofreu importantes alterações, dentre elas a possibilidade de requerimento da apreensão de veículo automotor fora da sede do juízo em que tramita a ação de busca e apreensão, a possibilidade de apreciação do pedido em regime de plantão judiciário, a proteção do bem alienado fiduciariamente do risco de constrição por obrigações do devedor-fiduciante e a possibilidade de conversão da busca e apreensão em execução quando frustrada a localização do bem.

Percebe-se, ainda, que a purgação da mora através do pagamento das parcelas vencidas e seus respectivos encargos não é mais admitida, devendo, obrigatoriamente, haver o pagamento integral da dívida, no prazo legal, a fim de que o bem seja restituído livre de ônus ao devedor fiduciário.

Também há defesa de parcela da doutrina pela necessidade de instituição de um procedimento especial para a garantia fiduciária regulamentada pelo CC/2002, contudo, nos parece que avaliar a possibilidade de importação de algumas técnicas do procedimento da busca e apreensão regulamentado no DL nº 911/1969 já seja suficiente à compatibilização dos efeitos da consolidação da propriedade com a função de garantia.

No tocante à antecipação de tutela regulamentada no DL nº 911/1969, traçando um comparativo com a tutela de urgência prevista no CPC/2015, verifica-se que para a concessão liminar no procedimento de busca e apreensão basta a comprovação da mora pelo credor-fiduciário, não cabendo inserir os requisitos previstos no art. 300 do CPC/2015 como critérios adicionais para tanto.

Por fim, acentua-se que, de modo geral, os efeitos decorrentes da recuperação judicial e da falência, regulamentadas pela Lei nº 11.101/2005, não alcançam a ação de busca e apreensão, prezando-se pela continuidade do contrato de alienação fiduciária, imunizando a propriedade dos efeitos de eventual insolvência a fim de que seja cumprida a sua destinação.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDRADE, José Alfredo Ferreira de. **Da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1970.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.** Lei de falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.** Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965.** Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm#art67>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias; prorroga o prazo de que trata a Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011; altera as Leis nºs 10.179, de 6 de fevereiro de 2001, 12.431, de 24 de junho de 2011, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.996, de 18 de junho de 2014, 11.941, de 27 de maio de 2009, 12.249, de 11 de junho de 2010, 10.522, de 19 de julho de 2002, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 11.774, de 17 de setembro de 2008, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 11.977, de 7 de julho de 2009, 12.409, de 25 de maio de 2011, 5.895, de 19 de junho de 1973, 11.948, de 16 de junho de 2009, 12.380, de 10 de janeiro de 2011, 12.087, de 11 de novembro de 2009, 12.712, de 30 de agosto de 2012, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 11.488, de 15 de junho de 2007, 6.830, de 22 de setembro de 1980, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 10.147, de 21 de dezembro de 2000, 12.860, de 11 de setembro de 2013, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 12.598, de 21 de março de 2012, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 11.371, de 28 de novembro de 2006, 9.481, de 13 de agosto de 1997, 12.688, de 18 de julho de 2012, 12.101, de 27 de novembro de 2009, 11.438, de 29 de dezembro de 2006, 11.478, de 29 de maio de 2007, 12.973, de 13 de maio de 2014, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 9.782, de 26 de janeiro de 1999, 11.972, de 6 de julho de 2009, 5.991, de 17 de dezembro de 1973, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.775, de 17 de setembro de 2008, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, e 10.865, de 30 de abril de 2004, e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969; revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977, das Leis nºs 5.010, de 30 de maio de 1966, e 8.666, de 21 de junho de 1993, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo interno no recurso especial. Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Purgação da mora. Não cabimento. Pagamento da integralidade do débito. Decreto-lei n. 911/1969, com redação dada pela lei n. 10.931/2004. [...] Agravo improvido. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1928259/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 25 mai. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1231826283/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1928259-mg-2021-0081170-4>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: RT, 2005.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. São Paulo: RT, 1975.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords). **Processo de execução e cumprimento da sentença: temas atuais e controvertidos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 19-35.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOBRE O ORGANIZADOR

Thieser da Silva Farias



Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale. Graduado em Direito com Láurea Acadêmica pela Universidade Federal de Santa Maria. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Democracia e Constituição (GPDECON) da UFSM. Residente jurídico do Ministério Público.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0826-4110>.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4540009812337374>.

SOBRE OS AUTORES

Anaís Matos Torres

Mestranda no Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Governança, Gestão de Riscos e Compliance pela Faculdade de Direito de Vitória. Assessora no Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Ariane Langner

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), na linha de pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede”. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano. Integrante do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria – NEAPRO.

Cibeli Soares Zuliani

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), na linha de pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede”. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Assessora jurídica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Fabiano Lucio de Almeida Silva

Doutorando em Direito (UNESA/RJ). Mestre em Saúde Coletiva (IEP-HSL). Pós-graduação Lato Sensu em Direito Administrativo (Centro Educacional Renato Saraiva) e Direito Processual (CESMAC), Pós-Graduação em Gestão em Saúde (ENSP/FIOCRUZ). Graduação em Direito (CESMAC) e Administração (UNEAL). Licenciado em Sociologia (UNOPAR). Professor no Curso de Direito da Faculdade CESMAC do Agreste.

Marcelo Machado de Figueiredo

Servidor da Justiça Militar da União, mestrando em direito - PPGD Unichristus.

Maria Juliana Dionisio de Freitas

Mestra em Direito Público/Fundamentos Constitucionais dos Direitos (UFAL). Pós-graduação Lato Senso em Direitos Humanos (UFAL). Graduação em Direito (UFAL). Advogada, pesquisadora e professora da Faculdade Cesmac do Agreste.

Mariah Ferrari Pires

Advogada atuante, sócia do escritório Machado, Mazzei & Pinho Advogados localizado em Vitória/ES. Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Pós-graduada em Direito Empresarial pelo INSPER/SP. Graduada em Direito pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória.

Mariany de Souza Manga

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Graduada em Direito pela FAESA Centro Universitário. Advogada.

Nina Trícia Disconzi Rodrigues Pigato

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em Democracia e Constituição (GPDECON) da UFSM.

Othavio Cardoso de Melo

Procurador do Estado do Ceará, mestrando em direito - PPGD Unichristus.

Thieser da Silva Farias

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale. Graduado em Direito com Láurea Acadêmica pela Universidade Federal de Santa Maria. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Democracia e Constituição (GPDECON) da UFSM. Residente jurídico do Ministério Público.

Estudos Avançados de Direito Processual



www.arcoeditores.com
contato@arcoeditores.com
(55)99723-4952

ARCO
EDITORES ● ● ●