

Organização
Juvêncio Vasconcelos Viana

Temas de Direito e Processo

Autores

Aline Sousa Bessa
Danielle de Almeida Rocha
Heloisa Silva de Melo
Jefferson Lopes Custódio
João Paulo de Carvalho Barbosa
José Ivan Ayres Viana Filho
Josefa Maria Araújo Viana de Alencar
Juvêncio Vasconcelos Viana
Lara de Sousa Duarte
Maria Tereza Braga Câmara
Pedro Emanuel Barreto de Azevedo
Pedro Marcelo Clares de Andrade
Raissa Carly Fernandes Macêdo Osterno
Rodrigo Damasceno Leitão
Rodrigo Ribeiro de Vasconcelos
Rômulo Albuquerque Porto
Thaís Coelho Leal
Thales Carneiro Medeiros
Weisley Smith Vieira da Silva



ESA

Organização
Juvêncio Vasconcelos Viana

Temas de Direito e Processo

Autores

Aline Sousa Bessa
Danielle de Almeida Rocha
Heloisa Silva de Melo
Jefferson Lopes Custódio
João Paulo de Carvalho Barbosa
José Ivan Ayres Viana Filho
Josefa Maria Araújo Viana de Alencar
Juvêncio Vasconcelos Viana
Lara de Sousa Duarte
Maria Tereza Braga Câmara
Pedro Emanuel Barreto de Azevedo
Pedro Marcelo Clares de Andrade
Raissa Carly Fernandes Macêdo Osterno
Rodrigo Damasceno Leitão
Rodrigo Ribeiro de Vasconcelos
Rômulo Albuquerque Porto
Thaís Coelho Leal
Thales Carneiro Medeiros
Weisley Smith Vieira da Silva



Fortaleza - Ceará
2024

TEMAS DE DIREITO E PROCESSO

© 2024 By Juvêncio Vasconcelos Viana

Impresso no Brasil / Printed in Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Conselho Editorial

Juvêncio Vasconcelos Viana

Emanuela Paula Martins

Diagramação Eletrônica

Antonio Franciel muniz Feitosa

Revisão Científica e de Referências

Emanuela Paula Martins

Revisão de Português

José Heráclito Paulino da Silva Júnior

Editora: ESA

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

Temas de direito e processo [livro eletrônico] /
organização Juvêncio Vasconcelos Viana. --
Fortaleza, CE : Ed. dos Autores, 2024.
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-01-05784-2

1. Direito administrativo - Brasil 2. Direito
penal - Brasil 3. Direito processual civil - Brasil
4. Direito - Brasil - Miscelânea 5. Direito -
Coletâneas I. Viana, Juvêncio Vasconcelos.

-211776

CDU-34 (082)

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Coletâneas 34 (082)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

APRESENTAÇÃO.....	5
JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROCESSO CIVIL: RISCOS DO POSITIVISMO TECNOLÓGICO NO DECISIONISMO JUDICIAL	7
ALINE SOUSA BESSA, ALINE SOUSA BESSA	
INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS: (IN)COMPATIBILIDADE E CONTROVÉRSIAS DO TEMA 1.209 DO STJ	24
DANIELLE DE ALMEIDA ROCHA	
AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS COLETIVOS EM DECORRÊNCIA DE ATO RACISTA DIRIGIDO A INDIVÍDUO OU INDIVÍDUOS DETERMINADOS	41
HELOISA SILVA DE MELO	
MINISTÉRIO PÚBLICO: FACES DE SUA ATUAÇÃO NO PROCESSO PENAL	57
JEFFERSON LOPES CUSTÓDIO	
A LEI MARIA DA PENHA E OS ASPECTOS PROCESSUAIS CÍVEIS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À MULHER	77
JOÃO PAULO DE CARVALHO BARBOSA	
A IMPORTÂNCIA OU NÃO DA NEGOCIAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO PELA UTILIZAÇÃO DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO ÂMBITO FEDERAL	90
JOSÉ IVAN AYRES VIANA FILHO	
LEGITIMIDADE DOS POVOS INDÍGENAS E O ACESSO À JUSTIÇA	105
JOSEFA MARIA ARAÚJO VIANA DE ALENCAR	
JUIZADO ESPECIAL E O REGIME DE PRECEDENTES SOB A LUZ DOS ENUNCIADOS DO FONAJE	118
LARA DE SOUSA DUARTE	

NORMAS PROCEDIMENTAIS EM MATÉRIA PROCESSUAL	134
MARIA TEREZA BRAGA CÂMARA	
O CONTROLE MIGRATÓRIO NA PANDEMIA DE COVID-19 E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	150
PEDRO EMANUEL BARRETO DE AZEVEDO	
A CADEIA DE CUSTÓDIA COLABORATIVA NAS INVESTIGAÇÕES DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	164
PEDRO MARCELO CLARES DE ANDRADE	
COISA JULGADA E QUESTÕES PREJUDICIAIS INTERNAS NO CPC/2015	183
RAISSA CARLY FERNANDES MACÊDO OSTERNO JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA	
CRITÉRIOS PARA A SUPERACÃO DE PRECEDENTES JUDICIAS	196
RODRIGO DAMASCENO LEITÃO	
PRÁTICAS RESTAURATIVAS NOS ATOS INFRACIONAIS E A COMPETÊNCIA DAS POLÍCIAS JUDICIÁRIAS	212
RODRIGO RIBEIRO DE VASCONCELOS	
A DESAPROPRIAÇÃO POR POSSE-TRABALHO COMO EXCEÇÃO EM AÇÃO POSSESSÓRIA	229
RÔMULO ALBUQUERQUE PORTO	
MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	246
THAÍS COELHO LEAL JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA	
<i>JUSTICE GAP</i> : ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS.....	267
THALES CARNEIRO MEDEIROS	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	280
WEISLEY SMITH VIEIRA DA SILVA	

APRESENTAÇÃO

Entregamos à comunidade jurídica a presente obra acerca de modernos temas de direito e processo.

A atual coletânea foi construída pouco a pouco, decorrente de aulas, debates e seminários realizados na Pós graduação da nossa querida Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, muitos desses realizados em parceria com outras instituições durante disciplinas que estiveram sob nossos cuidados.

Alguns desses seminários foram realizados numa parceria de nosso Programa de Pós graduação da Faculdade de Direito UFC com a Escola Superior de Advocacia de nossa OAB-CE.

A presente coletânea traz temas de direito processual civil, penal e administrativo.

No plano cível, por exemplo, foram tratados aspectos polêmicos da aplicação da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil brasileiro, v.g., tutela executiva, poderes do juiz, coisa julgada e precedentes.

Temas relacionados com a atuação do ministério público no processo penal, com a tutela coletiva de direitos e com a modulação de efeitos das decisões dos tribunais também mereceram destaque, dentre outros.

Pois bem, buscamos tratar de todos esses pontos na presente obra sempre atentos aos princípios maiores tutelares do justo e adequado processo, um processo que se espera para o estado democrático de direito.

Agradeço a dedicação e participação de todos os autores colaboradores.

A todos, boa leitura.

Juvêncio Vasconcelos Viana

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROCESSO CIVIL: RISCOS DO POSITIVISMO TECNOLÓGICO NO DECISIONISMO JUDICIAL

Aline Sousa Bessa¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Inteligência Artificial e Processo Civil 2.1 Definição de Inteligência Artificial 2.2 Aplicações e Impactos da Inteligência Artificial no sistema judicial; 3. Positivismo tecnológico e Decisionismo Judicial 3.1 Conceito de positivismo tecnológico 3.2 Relação e Riscos do positivismo tecnológico no decisionismo judicial ;4 Análise crítica dos riscos da Inteligência Artificial no Processo Civil; 5 Conclusões 6 Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

A evolução da Inteligência Artificial (IA) tem trazido inúmeras possibilidades de aplicação no campo do Direito, especialmente no âmbito do Processo Civil. A IA, por meio de algoritmos e técnicas avançadas de aprendizado de máquina, permite o processamento rápido e eficiente de grandes volumes de dados jurídicos, contribuindo para a agilidade na análise de processos. Além disso, a utilização da IA pode reduzir erros humanos, uma vez que os sistemas são capazes de identificar padrões e tomar decisões baseadas em critérios preestabelecidos (DAMILANO, 2021).

No entanto, é importante considerar os riscos do positivismo tecnológico no decisionismo judicial. Um dos principais desafios é a possibilidade de viés algorítmico nos resultados obtidos pela IA. Isso ocorre quando os algoritmos utilizados refletem preconceitos ou discriminações presentes nos dados utilizados para treiná-los. Além disso, a falta de transparência nos critérios de decisão adotados

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Pós Graduada em Direito pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Vale do Acaraú - UVA. Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/0437379383839041> Link Orcid: <https://orcid.org/00090002-6069-7455> . E-mail: aline_bessa4@hotmail.com

pelos sistemas pode gerar desconfiança e questionamentos sobre a imparcialidade das decisões judiciais (MENDES, 2019).

Diante desses riscos, torna-se fundamental estabelecer limites éticos e legais para o uso da IA no processo civil. É necessário garantir que as decisões tomadas pelos sistemas sejam imparciais e justas, respeitando os princípios fundamentais do Direito. Para isso, é preciso desenvolver mecanismos de auditoria e controle que permitam verificar a conformidade dos sistemas com esses princípios (FERREIRA, 2020).

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROCESSO CIVIL

Os benefícios da utilização da inteligência artificial no processo civil são significativos. A análise automatizada de dados permite uma maior rapidez na identificação de informações relevantes para o caso em questão. Além disso, a utilização de algoritmos pode contribuir para a redução de erros humanos, uma vez que as máquinas são capazes de processar informações com maior precisão e consistência do que os seres humanos. Dessa forma, a inteligência artificial pode auxiliar na tomada de decisões mais fundamentadas e justas no âmbito do processo civil (PEREIRA, 2021).

Porém, algumas críticas ao uso excessivo da inteligência artificial no processo civil são as seguintes: ela não pode substituir completamente o papel dos juízes e advogados, uma vez que a tomada de decisões judiciais envolve aspectos subjetivos e complexos que não podem ser plenamente compreendidos por algoritmos. Além disso, a utilização da inteligência artificial pode gerar uma dependência excessiva em relação à tecnologia, o que pode comprometer a autonomia e a responsabilidade dos profissionais do direito (SEIXAS, 2022).

É importante destacar que a inteligência artificial não está presente apenas como suporte para as decisões dos juízes; ela está integrada em várias áreas do Poder Judiciário. Isso inclui desde a fase de distribuição da petição inicial até a execução de tarefas realizadas pelos cartórios judiciais. Quando se trata de tarefas burocráticas, sua aplicação é justificada, uma vez que muitas dessas tarefas são repetitivas para

os funcionários dos tribunais, e o uso da inteligência artificial pode agilizar a dinâmica dessas atividades institucionais. (LAGO, WECHINEWSKY. 2023)

2.1 Definição de Inteligência Artificial

A evolução da Inteligência Artificial ao longo dos anos tem sido marcada por avanços significativos, tornando-se cada vez mais presente em diversas áreas, inclusive no campo jurídico. A Inteligência Artificial é uma área da ciência da computação que busca desenvolver sistemas capazes de simular a inteligência humana, permitindo que máquinas realizem tarefas que antes eram exclusivas dos seres humanos. No contexto do processo civil, a Inteligência Artificial pode trazer benefícios como a agilidade na análise de processos e a redução de erros humanos. Com algoritmos sofisticados e capacidade de processamento rápido, os sistemas de IA podem analisar grandes volumes de informações em um curto período de tempo, facilitando o trabalho dos profissionais do direito (HÖFLING, 2022).

Nesse contexto, é importante definir o que seria um algoritmo. Algoritmo é um conjunto ordenado e preciso de instruções que descrevem um processo passo a passo. Essas instruções permitem que um computador execute uma tarefa específica com um objetivo predefinido. Divide-se os algoritmos em programados e não programados. Em algoritmos que são programados, as operações a serem executadas já foram definidas antecipadamente pelo desenvolvedor do programa. Em outras palavras, o programa recebe entradas de informações, executa precisamente o que foi programado para fazer com essas entradas e, ao final, gera um resultado como saída. Esse é um modelo fundamental e confiável, pois o programador mantém controle total sobre cada fase da execução da máquina. No caso dos algoritmos não programados, eles recebem dados de entrada e têm a responsabilidade de produzir respostas satisfatórias para um determinado problema. A conexão entre os dados de entrada e o resultado desejado é estabelecida pelo próprio sistema. Isso envolve a capacidade da máquina de aprender por si só a encontrar soluções que levem aos resultados desejados, um campo conhecido como aprendizado de máquina (machine learning). Esses sistemas estão sendo cada vez mais adotados

em ferramentas desenvolvidas para várias áreas, incluindo a jurídica, especialmente na gestão de processos judiciais. (FERRARI,2022)

2.2 Aplicações e Impactos da Inteligência Artificial no sistema judicial

Desde o início dos anos 2000, com a crescente disseminação da internet, temos testemunhado um contínuo avanço na adoção da tecnologia e na sua crescente integração nas vidas das pessoas. A inovação trouxe conveniências que estão modificando a maneira como enfrentamos os desafios cotidianos. Exemplos dessas mudanças em nossas vidas incluem o uso do aplicativo Waze para encontrar o trajeto mais eficiente até um destino e o uso de redes sociais que incorporam algoritmos cada vez mais eficazes. O progresso tecnológico e a chamada Revolução 4.0 estão claramente visíveis em todos os aspectos da sociedade, com a introdução e aplicação de ferramentas de inteligência artificial e tecnologias avançadas. As interações sociais já acontecem nesse contexto há algum tempo, abrangendo desde algoritmos que classificam serviços e estabelecem preços até a automação de processos industriais, serviços financeiros, entretenimento e comunicação. Em outros países, inclusive no setor público, a situação é semelhante, com o uso de inteligência artificial para prever crimes, otimizar a alocação de recursos e automatizar tarefas burocráticas e administrativas do governo. (FERRARI,2022)

Dentro do contexto do Poder Judiciário, essa realidade também se faz presente. Existem numerosos exemplos em que a tecnologia está sendo adotada, com vários tribunais incorporando-a em uma ampla gama de atividades, que abrangem desde tarefas do dia a dia e burocráticas até a triagem de processos, a gestão de fluxo e até mesmo o suporte à tomada de decisões. Um dos softwares de inteligência artificial mais conhecidos no âmbito do sistema judiciário é o robô chamado “Victor”.

O Supremo Tribunal Federal implementou a ferramenta denominada “Victor” em 2018, a qual foi desenvolvida em colaboração com a Universidade de Brasília pela Secretaria de Tecnologia da Informação. Essa iniciativa tem como objetivo utilizar a inteligência artificial para melhorar a eficiência e a rapidez na análise dos processos que chegam ao tribunal. O projeto recebeu o nome

“Victor” em homenagem ao saudoso Ministro Víctor Nunes Leal, que teve um papel crucial na organização da jurisprudência do STF por meio da criação de súmulas. É relevante destacar que há uma clara intenção de promover a integração das ferramentas tecnológicas no sistema judiciário, com o propósito de aplicar de maneira mais eficaz os precedentes judiciais aos recursos apresentados. A melhoria na eficiência decorre da capacidade da inteligência artificial de digitalizar, classificar e organizar os processos. O software Victor atua na triagem dos processos para identificar questões de repercussão geral e orientar o fluxo de admissão ou rejeição dos recursos, porém este apontamento é validado pela efetiva apreciação do caso concreto pelos ministros. (FERRARI, 2022)

A utilização da inteligência artificial no sistema judicial tem se mostrado cada vez mais presente e impactante. Dentre as principais aplicações dessa tecnologia, destaca-se a análise de grandes volumes de dados processuais, o que permite uma maior agilidade na tramitação dos casos e na tomada de decisões judiciais. Além disso, a inteligência artificial também é capaz de identificar padrões e tendências em casos semelhantes, auxiliando os juízes na formulação de suas sentenças. Essas aplicações têm contribuído para a redução de erros humanos e para uma maior eficiência do sistema judicial (PEREIRA, 2021).

Porém, os desafios éticos e jurídicos relacionados à utilização da inteligência artificial no processo civil são muitos. Um dos principais diz respeito à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos nos casos judiciais. É preciso assegurar que o uso da inteligência artificial não viole princípios como o direito à privacidade, o direito ao contraditório e a presunção de inocência. Além disso, também é necessário estabelecer mecanismos de responsabilização em caso de danos causados por decisões tomadas por sistemas de inteligência artificial (SOUZA, 2023).

3. POSITIVISMO TECNOLÓGICO E DECISIONISMO JUDICIAL

O excesso de confiança na automação pode levar à substituição da análise humana pela tomada de decisões automatizadas. Isso pode resultar em uma perda da subjetividade e sensibilidade necessárias para lidar com casos complexos e

situações excepcionais. A decisão puramente baseada em critérios objetivos pode desconsiderar aspectos relevantes que não podem ser quantificados ou mensurados por algoritmos. Além disso, a dependência excessiva da tecnologia pode gerar uma falta de controle sobre as decisões tomadas pelos sistemas inteligentes, o que pode comprometer a imparcialidade e a justiça das decisões judiciais (FERREIRA, 2020).

Diante dessas questões, é fundamental buscar um equilíbrio entre o uso da inteligência artificial e a preservação dos princípios fundamentais do processo civil. O contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais que devem ser respeitadas em qualquer sistema judicial. A automação excessiva pode comprometer a participação das partes no processo, limitando suas possibilidades de argumentação e contestação. Portanto, é necessário estabelecer mecanismos que assegurem a transparência e a possibilidade de intervenção humana nas decisões tomadas por sistemas inteligentes (PEIXOTO; BONAT, 2021).

As críticas ao positivismo tecnológico apontam para a perda da humanidade nas decisões judiciais. A automação excessiva pode levar à padronização e uniformização das decisões, desconsiderando as peculiaridades de cada caso concreto. A análise puramente técnica pode negligenciar aspectos subjetivos e contextuais que são essenciais para uma justiça individualizada e sensível às particularidades dos envolvidos. Além disso, a falta de compreensão dos algoritmos utilizados nos sistemas inteligentes pode gerar desconfiança e questionamentos sobre a legitimidade das decisões automatizadas (NUNES, MARQUES, 2018).

3.1 Conceito de positivismo tecnológico

O conceito de positivismo tecnológico refere-se à crença de que a tecnologia é capaz de resolver todos os problemas e desafios enfrentados pela sociedade. No contexto do processo civil, a relação entre inteligência artificial e o sistema judicial é fundamental para compreender a importância da tecnologia na agilidade e eficiência desse sistema. A utilização de algoritmos e sistemas automatizados pode acelerar o processamento de informações, reduzir custos e aumentar a precisão das decisões judiciais (NUNES, MARQUES, 2018).

Diante dessas considerações, é fundamental adotar uma abordagem cautelosa na implementação da inteligência artificial no processo civil. É necessário considerar os impactos sociais e jurídicos que essa tecnologia pode trazer, bem como garantir a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos no sistema judicial. A adoção precipitada de soluções tecnológicas sem uma análise cuidadosa pode resultar em consequências indesejáveis e prejudiciais para a sociedade como um todo (KIRCHNER, 2020).

3.2 Relação e Riscos do positivismo tecnológico no decisionismo judicial

A relação entre o positivismo tecnológico e o decisionismo judicial no contexto do processo civil é uma questão complexa e multifacetada. O positivismo tecnológico, como corrente filosófica, defende a ideia de que a tecnologia é neutra e objetiva, capaz de fornecer respostas precisas e imparciais para os problemas enfrentados pela sociedade. No entanto, quando aplicado ao decisionismo judicial, essa visão pode gerar riscos significativos (SILVA, 2020).

A criação e o desenvolvimento de um software de inteligência artificial se baseiam e apoiam na utilização de bancos de dados. Após a criação do modelo, são disponibilizados dados para o sistema, permitindo assim o processo de machine learning (aprendizado de máquina). Nesse processo, a máquina examina as informações fornecidas, seguindo as instruções definidas pelo algoritmo, a fim de identificar padrões e, com base nisso, realizar previsões. A qualidade dos dados fornecidos aos sistemas de inteligência artificial também terá um impacto significativo nos resultados. Isso ocorre porque os dados são provenientes da sociedade, que por sua vez é caracterizada por desigualdades, exclusões e discriminações. (MENDONÇA JUNIOR, NUNES, 2023)

O aprendizado de máquina tem a capacidade de validar padrões discriminatórios; se esses padrões estiverem presentes nos dados, o sistema de classificação, conseqüentemente, os replicará de forma precisa. Um exemplo emblemático que ilustra essa questão é o caso do robô Tay, um sistema de inteligência artificial desenvolvido pela Microsoft com o propósito de interagir com os usuários do Twitter. A ideia era que o programa fosse alimentado com

as mensagens enviadas pelos usuários da plataforma. No entanto, em questão de horas, o robô começou a emitir mensagens xenofóbicas, racistas e antisemitas. (BAHIA, NUNES, PEDRON, 2021)

Porém, o caso mais contundente desse viés algorítmico é o caso que ocorreu nos Estados Unidos, especificamente no estado de Wisconsin, em que um software privado chamado COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) foi utilizado para determinar a pena de um condenado em 2013. O algoritmo utilizado não é de conhecimento público, levando o réu a recorrer à Suprema Corte de Wisconsin a fim de obter acesso às diretrizes utilizadas pelo COMPAS, que, assumidamente, foram usadas pelo juiz do caso e resultaram em sua condenação, com a conclusão de que ele tinha um alto risco de cometer violência, fugir e reincidir. Vale ressaltar que nem mesmo os juízes que utilizam o sistema têm acesso ao código-fonte do algoritmo. Neste caso, houve também questionamentos sobre se o sistema estava discriminando afro-americanos. A Suprema Corte de Wisconsin rejeitou o recurso, afirmando que a sentença foi baseada na análise do juiz em relação ao crime cometido e aos antecedentes do acusado. A Suprema Corte dos Estados Unidos também não aceitou o pedido de revisão (writ of certiorari) apresentado pelo condenado, que permanece detido. (FERRARI, 2022)

O uso de sistemas de inteligência artificial na tomada de decisões pode levar a uma situação semelhante ao positivismo clássico, onde as decisões são tomadas de forma mecânica com base em padrões decisórios predefinidos, sem considerar as circunstâncias específicas do caso e sem a participação ativa do juiz no processo de argumentação. Enquanto no positivismo clássico, o juiz era visto principalmente como alguém que aplicava estritamente a lei, acreditando que o arcabouço legal continha todas as respostas para os conflitos, agora, a inteligência artificial fornecerá a solução para casos específicos por meio de um sistema complexo, opaco e incontrolável de tomada de decisões aleatórias. O papel do juiz será, em essência, confirmar e endossar essa solução, criando uma espécie de “positivismo tecnológico”. (FERRARI, 2022)

A inteligência artificial, em particular a técnica de aprendizado de máquina (machine learning), é frequentemente descrita como sendo opaca, ou seja,

como uma “caixa preta”. Diante dessa opacidade, como podemos explicar o funcionamento interno que levou a um determinado resultado gerado pelo algoritmo de aprendizado de máquina com base em uma entrada específica? Como podemos fornecer as razões por trás desse resultado produzido pela máquina? Essas questões estão diretamente relacionadas com a necessidade de transparência perante as partes envolvidas no contexto jurídico. (TAUK, SALOMÃO, 2023)

A opacidade se refere à limitação que os seres humanos têm em entender como os algoritmos de aprendizado de máquina tomam decisões. Mesmo que possamos observar as entradas e saídas dos algoritmos, muitas vezes é difícil compreender o processo intermediário pelo qual o algoritmo chegou a sua decisão. Nesse contexto, é crucial buscar maneiras de orientar a implementação de ferramentas inteligentes com base na transparência. Isso vai além da simples identificação dos critérios usados pelos algoritmos, incluindo a necessidade de fornecer uma fundamentação das decisões automatizadas para aqueles que são impactados por elas, permitindo-lhes o direito de contestá-las. Compreender as premissas e limitações do algoritmo por parte dos usuários e validar os resultados por meio de testes e avaliações adequadas podem ser passos importantes para superar a opacidade e garantir o uso eficaz do aprendizado de máquina. (MENDONÇA JUNIOR, NUNES, 2023).

É importante mencionar que em 2020 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Resolução nº 332, datada de 21 de agosto de 2020, como uma resposta aos desafios em crescimento ligados à aplicação da Inteligência Artificial (IA) no âmbito do Poder Judiciário. Essa resolução foi criada com o objetivo de estabelecer diretrizes e regulamentações que assegurem a ética, transparência e governança na criação e utilização de sistemas de Inteligência Artificial no contexto judicial. transparente da inteligência artificial gerida pelo Poder Judiciário. De acordo com a resolução, é fundamental que os usuários dos serviços jurídicos estejam cientes da utilização de sistemas inteligentes, uma vez que as decisões propostas pela inteligência artificial não são definitivas e sempre passam pela análise humana, podendo ser revisadas pelo magistrado competente. É imprescindível, no entanto,

analisarmos como esses princípios funcionam na prática, especialmente porque precisam estar alinhados com futuras leis relacionadas a esse assunto no Brasil.

4. ANÁLISE CRÍTICA DOS RISCOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO CIVIL

A análise crítica dos riscos da Inteligência Artificial no Processo Civil é de extrema importância para evitar o positivismo tecnológico no decisionismo judicial. A utilização da Inteligência Artificial pode trazer consigo diversos impactos negativos, como a falta de transparência e accountability nas decisões judiciais. Isso ocorre porque os algoritmos utilizados nos sistemas de IA são complexos e muitas vezes opacos, dificultando a compreensão dos critérios utilizados para a tomada de decisões. Além disso, a falta de transparência pode gerar desconfiança por parte das partes envolvidas no processo, comprometendo a legitimidade do sistema (OLIVEIRA, 2019).

É evidente que a aplicação da inteligência artificial no contexto jurídico é fundamental devido aos benefícios que oferece para a gestão eficiente dos processos, especialmente no auxílio das atividades administrativas, dentre os quais destacam-se o agrupamento por similaridade, a realização do juízo de admissibilidade dos recursos, a classificação dos processos por assunto, o tratamento de demandas em grande escala, a penhora online, a extração de dados de acórdãos, o reconhecimento facial, o atendimento de advogados e partes através de chatbot etc. No entanto, quando se trata da tomada de decisões, ou mesmo apoio à tomada de decisão, é imprescindível adotar precauções para garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Isso ocorre porque a eficiência na realização das tarefas não deve prevalecer sobre a qualidade da prestação jurisdicional. (LAGO, WECHINEWSKY, 2023)

Nos casos de processos repetitivos e menos complexos, que geralmente envolvem a criação de documentos e minutas padronizados, a inteligência artificial, desde que devidamente monitorada por um juiz que assuma a responsabilidade pela decisão resultante, pode oferecer seus benefícios, como a considerável redução de tempo e custo nos processos, sem prejudicar os princípios fundamentais do

sistema jurídico. No entanto, mesmo a supervisão humana e validação da decisão judicial pelo juiz traz em si problemáticas consideráveis.

A supervisão humana sobre os resultados gerados pela máquina é uma forma de interação entre humanos e máquinas. A configuração dos sistemas de maneira que permita uma interação contínua entre ambos os lados, humanos e máquinas, leva à criação de um mecanismo chamado “human in the loop” (ou “humano no circuito”, em tradução livre). Um dos principais propósitos da revisão humana sobre os resultados produzidos pela máquina é manter o controle da tomada de decisão nas mãos humanas. No entanto, há problemas associados a uma excessiva dependência dessa supervisão. Uma das razões para esse problema é o chamado “viés de automação” (ou “machine bias”), que é outro viés cognitivo humano. Esse viés envolve a tendência natural dos seres humanos de favorecer os resultados gerados por sistemas automatizados, devido à crença de que esses resultados são fundamentados em cálculos matemáticos e, portanto, são considerados científicos e precisos. Isso pode levar o tomador de decisão a reduzir sua discordância em relação aos resultados dos sistemas de IA, aceitando-os integralmente ou parcialmente, seja porque não reconhece quando os sistemas automatizados cometem erros, seja porque não dá importância a informações que possam contradizê-los. (TAUK, SALOMÃO, 2023)

A ideia de um decisionismo judicial feito exclusivamente pelas máquinas não prevalece. Ou seja, a ideia de um juiz robô continua sendo mais um conceito utópico na tentativa de substituir a governança humana pela governança das máquinas. Mesmo hoje, fica claro que o avanço da computação não conseguiu capturar de forma adequada toda a intrincada complexidade inerente ao Direito e ao processo de tomada de decisão judicial. Por mais abrangente e complexo que um sistema jurídico baseado em inteligência artificial possa ser, uma máquina não pode replicar a capacidade de análise e avaliação humanas, nem pode articular uma sentença de acordo com os princípios como um juiz o faz. A inteligência artificial pode servir, com cautelas, como uma ferramenta de apoio para a tomada de decisões jurídicas e para justificar essas decisões, mas não deve ser vista como um substituto da atividade humana. (OLIVEIRA, COSTA, 2018)

Nesse sentido, é necessário que sejam definidos parâmetros claros sobre quais tipos de decisões podem ser tomadas por sistemas automatizados e em quais situações é necessária a intervenção humana, visando garantir a proteção dos direitos fundamentais das partes envolvidas. Além disso, é preciso assegurar que os algoritmos utilizados sejam imparciais e não discriminatórios, evitando assim possíveis violações aos princípios constitucionais (FERREIRA, 2020).

Outro ponto relevante é a possibilidade de vieses algorítmico na tomada de decisões judiciais automatizadas. Os algoritmos utilizados nos sistemas de IA são treinados com base em dados históricos, que podem conter preconceitos e discriminações presentes no sistema judicial. Dessa forma, se não forem adotadas medidas adequadas, os sistemas automatizados podem reproduzir esses vieses, perpetuando assim injustiças e discriminações. Portanto, é fundamental que sejam implementados mecanismos de controle e supervisão para evitar a ocorrência desses vieses algorítmicos (SILVA, 2020).

Além disso, é necessário promover uma maior discussão pública acerca dos riscos da Inteligência Artificial no Processo Civil. A participação democrática na definição das regras e limites para o uso da IA é essencial para garantir que os interesses das partes envolvidas sejam considerados. É preciso envolver a sociedade civil, especialistas em Direito e tecnologia, bem como os próprios operadores do sistema judicial nesse debate. Somente por meio de uma discussão ampla e inclusiva será possível estabelecer um arcabouço normativo adequado para o uso da IA no Processo Civil (SEIXAS, 2022).

5. CONCLUSÃO

A utilização da inteligência artificial no processo civil tem se mostrado de extrema importância para agilizar e otimizar o sistema judicial. Através de algoritmos e sistemas avançados, é possível automatizar tarefas repetitivas e burocráticas, como a análise de documentos e a pesquisa jurisprudencial, permitindo que os profissionais do direito foquem em atividades mais complexas e estratégicas. Além disso, a inteligência artificial também pode auxiliar na identificação de padrões

e tendências em casos judiciais, contribuindo para uma tomada de decisão mais precisa e embasada (PEREIRA, 2021).

Porém, diante dos inúmeros riscos associados a prática, torna-se necessária uma regulamentação adequada para o uso da inteligência artificial no processo civil. Essa regulamentação deve visar garantir a imparcialidade e justiça das decisões tomadas, estabelecendo critérios claros para a utilização dessas tecnologias e definindo responsabilidades em caso de erros ou violações de direitos fundamentais. Além disso, é preciso promover a capacitação dos profissionais do direito para compreender e utilizar adequadamente a inteligência artificial, evitando assim uma excessiva dependência ou submissão às suas decisões (SILVA, 2020).

Portanto, a questão não é tomar uma posição a favor ou contra o crescente uso dessas ferramentas; o que se torna crucial a partir de agora é aprender a incorporar a tecnologia de maneira responsável, sem nunca ignorar a importância de definir limites que estejam em conformidade com a lei e, até mesmo, com considerações sociais e filosóficas. Para mitigar os riscos do positivismo tecnológico no decisionismo judicial, algumas soluções podem ser adotadas. Uma delas é a criação de comitês de ética para avaliar as decisões tomadas pela inteligência artificial, garantindo que elas estejam em conformidade com princípios éticos e legais. Além disso, é importante implementar mecanismos de revisão humana das decisões automatizadas, permitindo que juízes e advogados possam analisar e questionar as decisões tomadas pelos algoritmos, evitando assim uma excessiva dependência dessas tecnologias (CANTARINI, 2022).

Em síntese, em todos os espaços percebemos que, mais do que valorizar decisões humanas ou valorizar decisões da máquina, a melhor combinação seria trabalhar as duas coisas em conjunto e caminhar para decisões híbridas. A máquina traria aquilo que é repetitivo, previsível e entregaria decisões de forma rápida (questões objetivas, de massa e de preferência vinculantes para o juiz, por exemplo, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), súmulas, súmulas vinculantes e incidente de uniformização de jurisprudência., etc). Por sua vez, o ser humano fica com aquilo que é o diferente, o criativo, aquilo que necessita de um novo olhar. Exemplos são os casos de *distinguishing* e de *overruling*, quando

falamos da teoria dos precedentes. Desse modo, concluímos que os robôs nunca poderiam substituir os seres humanos, pois em um mundo tão dinâmico e em constante mudança muitas novas demandas e desafios estão sempre surgindo, sendo imprescindível o olhar inovador e criativo que só o homem possui.

REFERÊNCIAS

BAHIA, A.; NUNES, D.; PEDRON, F. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: JusPodvim, 2021.

CANTARINI, P. Uma IA inclusiva, com base no valor da cosmoética: contribuições ao projeto de lei 21/20 (marco legal da inteligência artificial no Brasil). **Revista de Relações Internacionais do Mundo Atual**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 1-15, 2022. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/6299>>. Acesso em: 01 out.2023.

DAMILANO, C. T. **O uso da inteligência artificial como ferramenta para garantia de uma maior eficácia pela administração pública no Brasil**. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/91800816/cap._livro_Padova_Vol._1_Direitos_Fundamentais_Italobrasileiro_1_.pdf#page=470>. Acesso em: 01 out.2023.

FERRARI, I. **Discriminação algorítmica e Poder Judiciário: limites à adoção de sistemas de decisões algorítmicas no Judiciário brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 318. 2022.

FERREIRA, R. A. M. **Direito e democracia: tecnologia, inteligência artificial e fake news**. 2020. Disponível em: <<https://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=BcgOEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=Intelig%C3%AAncia+Artificial+e+Processo+Civil:+Riscos+do+positivismo+tecnol%C3%B3gico+no+decisionismo+Judicial+na+Direito&ots=Erz6eGOiMo&sig=gE0lD6-tfrK0UkCvuCFY40cZO8w>>. Acesso em: 01 out.2023

HÖFLING, M. S. **Inteligência artificial no estudo do Direito Processual: metodologia de pesquisa empírica na agenda do acesso à justiça.** 2022.

Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16092022-121920/en.php>>. Acesso em: 16 set. 2023.

KIRCHNER, I. L. **O uso de inteligência artificial sob a ótica dos direitos fundamentais: análise do caso Amazon.** Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/221925>>. Acesso em: 01 out.2023.

LAGO, S.C.V.D.; WECHINEWSKY,P.M. Ciência Não Binária e os Impactos da Inteligência Artificial nas Decisões Judiciais **Academia do Direito**,v. 5, p. 124-149, 2023.Disponível em: <<https://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3807>>. Acesso em: 06 out. 2023.

MENDES, A. J. **O aprimoramento da qualidade da decisão judicial apoiado em modelos de inteligência artificial e sua contribuição para a consolidação do sistema de precedentes brasileiro.** Archivum, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 1-10, 2019. Disponível em: <<https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/000099/000099e9.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2023.

MENDONÇA JUNIOR, C.D.N.; NUNES, D. Desafios e Oportunidades para a Regulação da Inteligência Artificial :A necessidade de Compreensão e Mitigação dos Riscos da IA. **Revista Contemporânea**, 2023. Disponível em: <<https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/1146>>. Acesso em: 01 out. 2023.

NUNES, D.; MARQUES, A.L.P.C. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/57759867/RTDoc_13-11-2018_11_51_AM.pdf>. Acesso em: 01 out. 2023.

OLIVEIRA, ÍJS. **Direito, lógica e inteligência artificial: por quê, como e em que medida automatizar a solução judicial de conflitos no Brasil.** 2019.

Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/35348>>. Acesso em: 01 out. 2023.

OLIVEIRA, S. R. D.; COSTA, R. S. Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso de inteligência Artificial no processo de Decisão Judicial, **Rev. de Argumentação e Hermeneutica Jurídica**, v. 4, n. 2, p. 21 – 39, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/4796>> Acesso em: 01 out. 2023.

PEIXOTO, F. H.; BONAT, D. **Racionalidade No Direito (ia): Inteligência Artificial e Precedentes**. 2021. Disponível em: <<https://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=eY81EAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT27&dq=Intelig%C3%Aancia+Artificial+e+Processo+Civil:+Riscos+do+positivismo+tecnol%C3%B3gico+no+decisionismo+Judicial+na+Direito&ots=yOHPyV8635&sig=Zy8rgm0X2AHj6YSrffhFXho5CyA>>. Acesso em: 01 out. 2023.

PEREIRA, JSDSS. **A padronização decisória na era da inteligência artificial: uma possível leitura hermenêutica**. Disponível em: <<http://52.186.153.119/handle/123456789/3084>>. Acesso em: 01 out. 2023.

SEIXAS, PHP. **O uso da inteligência artificial em decisões judiciais eo paradigma do estado democrático de direito: compatibilidade teórica e metodológica na garantia dos direitos**. 2022. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/1439>>. Acesso em: 01 out. 2023.

SILVA, S. T. T. **Inteligência artificial na análise de patologias corruptivas: delimitação jurisprudencial nas decisões do TCU do conceito aberto de cláusula restritiva ao caráter**. 2020. Disponível em: <<https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/11119>>. Acesso em: 01 out. 2023.

SOUZA, E. N. de. Ensino jurídico e inteligência artificial: primeiro esboço de uma abordagem civil-constitucional. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**,

2023. Disponível em: <<https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/14450>>. Acesso em: 01 out. 2023.

TAUK, C.S.; SALOMÃO.L.F.**Inteligência Artificial no Judiciário Brasileiro:Estudo Empírico sobre Algoritmos e Discriminação** .Diké (Uesc), v. 22, n. 23, p. 02-32, jan./jun. 2023. Disponível em: <<https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/3819>> Acesso em: 01 out. 2023.

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS: (IN)COMPATIBILIDADE E CONTROVÉRSIAS DO TEMA 1.209 DO STJ

Danielle de Almeida Rocha¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Aspectos gerais 2. A desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica na doutrina brasileira 3. O incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica nas execuções fiscais 4. Tema repetitivo 1.209 do STJ² 5. Argumentos fazendários para a incompatibilidade do incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica na execução fiscal 6. Argumentos do contribuinte para o cabimento do incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica na execução fiscal. 7. Considerações finais. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O instituto da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica (IDPJ) não é novidade no Direito Brasileiro, mas sua instituição como incidente processual só veio em 2015 com o Código de Processo Civil (CPC). A desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica é medida que pretende evitar fraudes e abusos da pessoa jurídica, confundindo-se patrimônios que são distintos. O IDPJ é modalidade de intervenção de terceiros que veio cancelar a responsabilização pessoal do integrante da pessoa jurídica, sócio ou sócio administrador, na via processual.

O objetivo principal vem a ser a existência do instituto da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica no Direito Processual a fim de dar suporte jurídico

¹ Advogada tributarista. Mestranda em Direito na Universidade Federal do Ceará - UFC. Lattes: Advogada tributarista. Mestranda em Direito na Universidade Federal do Ceará - UFC.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2023679462008104> . Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1313-3668>. E-mail: daniellealmeidarocha@gmail.com

² **Questão submetida a julgamento.** Definição acerca da (in)compatibilidade do Incidente de DesconSIDERAÇÃO de Personalidade Jurídica, previsto no art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil, com o rito próprio da Execução Fiscal, disciplinado pela Lei n. 6.830/1980 e, sendo compatível, identificação das hipóteses de imprescindibilidade de sua instauração, considerando o fundamento jurídico do pleito de redirecionamento do feito executório.

para a instrumentalização do quanto preconizado na lei material, por exemplo conforme o principal dispositivo trazido no Código Civil sobre o tema, que vem a ser o art. 50 do Código Civil.

Dessa forma, o escopo maior da inserção desse instituto no CPC foi o de conciliar a chance de o patrimônio do sócio ou do administrador ser descoberto pelos efeitos de uma decisão judicial com respeito às normas fundamentais previstas em artigos iniciais do CPC, como os art. 7º ao 9º, os quais também refletem o princípio do contraditório prevista na Constituição Federal.

2. ASPECTOS GERAIS

A descon sideração da personalidade jurídica nada mais é que a autorização dada pelo Poder Judiciário para ignorar a autonomia patrimonial entre a empresa e seus sócios ou administradores sempre que essa for utilizada para prejudicar os credores. Dessa maneira, o patrimônio dos sócios é atingido na reparação dos danos provocados pela empresa a terceiros quando houver desvio de finalidade ou confusão patrimonial e os gestores tenham participado dessa prática³.

A legislação civil e a legislação consumerista brasileira reconheceram o instituto da descon sideração da pessoa jurídica: art. 50 do Código Civil⁴ e art. 28 do Código de Defesa do Consumidor⁵.

Caminhando em paralelo com o direito material, o direito processual, ao qual é encarregado de desenvolver ferramentas para efetivar os institutos do direito material, processualizou a descon sideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil de 2015 (art. 133 e seguintes do CPC).

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 397.

⁴ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, descon siderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

⁵ Art. 28. O juiz poderá descon siderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A descon sideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Já disse o renomado processualista Barbosa Moreira⁶:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.

Para esse fim, como novidade trazida dentro do Código de Processo Civil de 2015, dentro do Título III - Intervenção de Terceiros, foi arrolada a desconsideração da personalidade jurídica como incidente processual, logo não é necessária ação autônoma para que se requeira a intervenção. E intervenção de terceiros é, por albergar o ingresso de terceira pessoa, no caso o sócio ou o administrador, dentro da relação jurídica processual de origem. Assim, há uma ampliação do polo passivo da ação, com o acréscimo no rol de executados/requeridos no processo.

Em consonância com Denise Maciel de Albuquerque Cabral⁷:

O procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica foi uma das novidades do NCPC, com implicância direta no processo de execução. Com efeito, como destacado na Exposição de Motivos, um dos objetivos do novo Código de Processo Civil foi *estabelecer expressa e implicitamente verdadeira harmonia fina com a Constituição*, de modo que muitas regras foram concebidas dando concreção a princípios constitucionais, dentre elas destacam-se as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a personalidade da pessoa jurídica, em sua versão tradicional ou às avessas.

O novo procedimento tornou legítima e executável a desconsideração em respeito à cláusula do devido processo legal. O CPC de 2015 delineou

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo. São Paulo. v. 27, nº, p. 183-190, jan/março 2002, p. 181.

⁷ CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Novo CPC: principais alterações na execução de título extrajudicial e suas influências na execução fiscal. In: O Novo CPC. Coordenação de Juvêncio Vasconcelos Viana. Organização de Janaína Soares Noleto Castelo Branco e Ana Cecília Bezerra de Aguiar. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016. p. 379.

o procedimento, por meio de incidente processual, para dar efetividade à responsabilidade patrimonial. Fazia falta no ordenamento jurídico brasileiro o procedimento adequado a dar azo à regra de desconconsideração.

A desconconsideração da personalidade jurídica é autorizada a acontecer quando do uso fraudulento ou abusivo do instituto da pessoa jurídica, da confusão patrimonial ou de uso que tenha por fim atingir fins ilegítimos e ilegais, em afastamento de sua função social, ainda que o Código Civil, no seu art. 50, somente permita a desconconsideração em caso de abuso de personalidade.

A desconconsideração da personalidade jurídica é, portanto, uma sanção, pois visa atingir o patrimônio da pessoa física ao se retirar o véu, pontualmente, da personalidade jurídica que o encobria a fim de se atingir os bens particulares de seus sócios, de maneira a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

No presente trabalho, serão abordadas a desconconsideração da personalidade jurídica enquanto criação do direito material, o instituto do incidente processual da desconconsideração da personalidade jurídica e, por fim, seu cabimento ou não dentro do rito especial da execução fiscal, que é a tutela jurisdicional executiva própria prestada quando a Fazenda Pública é a parte credora.

Para tanto, será analisada a congruência do ordenamento jurídico das normas pertinentes aos institutos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mais recente para se decidir sobre o (des)cabimento desse incidente processual ao executivo especial do Fisco.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA DOUTRINA BRASILEIRA

A supressão episódica da personalidade jurídica é tida como o antídoto para a disfuncionalidade da pessoa jurídica, em respeito ao princípio da função social da propriedade.

Consoante Carlos Alberto Menezes Direito⁸:

⁸ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Desconconsideração da personalidade jurídica. In: Estudos de direito público e privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107-125.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica representa um afastamento pontual, que não representa a extinção da sociedade, da separação existente entre a pessoa jurídica e seus membros, nos casos em que estes abusam de sua estrutura para fugirem do adimplemento de obrigações, que podem ser originariamente suas ou da sociedade.

Antes de tudo, é necessário esclarecer que a pessoa jurídica nada mais é que uma criação da legislação, uma ficção jurídica, para conferir proteção à organização da atividade econômica, corolário disso vem a desconsideração da personalidade jurídica, que é um recorte da suspensão pontual da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de maneira a descobrir, nos bens dos sócios, o patrimônio que responda pela dívida adquirida⁹.

O atributo basilar da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é estabelecer a ineficácia de certas ações da sociedade, com o fito de ultrapassá-la e também abranger a responsabilidade dos sócios sobre esses atos¹⁰.

Em situação de normalidade, tão-somente o patrimônio da pessoa jurídica responde pelas dívidas contraídas pelo estabelecimento empresarial nas suas atividades negociais. É, pois, a desconsideração medida excepcional.

De acordo com Amadeu Braga Batista Silva¹¹:

A empresa cumpre sua função social quando é instrumento de consecução de valores previstos no ordenamento constitucional e jurídico, de maneira a proporcionar trabalho e emprego, beneficiar a sociedade a qual é integrante, estimular a atividade econômica, respeitar o meio ambiente, investir em projetos sociais, respeitar os valores constitucionais, dentre outros.

⁹ DIDIER Jr., Fredie, Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª edição. Salvador. Edifício Jus Podivm. 2017.p. 584.

¹⁰ O caso de maior repercussão histórica da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi o *Litígio Salomon vs. Salomon & Co.*, ocorrido na Inglaterra em 1897. Em breve síntese: Trata-se do caso de um comerciante de couros e calçados, Aaron Salomon, que fundou, em 1892, a *Salomon & Co. Ltd*, tendo como sócios fundadores ele mesmo, sua mulher, sua filha e seus quatro filhos. A sociedade foi constituída com 20.007 ações, sendo que a mulher e os cinco filhos tornaram-se proprietários de uma ação cada um, e as restantes 20.001 foram atribuídas a Aaron Salomon, das quais 20.000 foram integralizadas com a transferência, para a sociedade, do fundo de comércio que Aaron já possuía, como detentor único, a título individual. DIDIER Jr., Fredie, Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª edição. Salvador. Edifício Jus Podivm. 2017.p. 580 a 582.

¹¹ SILVA, Amadeu Braga Batista. Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário Brasileiro. Revista da PGFN nº 29.p. 206.

Entretanto, a personalização jurídica passou a ser usada como ferramenta de burla, sendo utilizada para a prática de atos antijurídicos, abusivos ou mesmo fraudulentos, vacilando no cumprimento da função social da sociedade e resultando na confusão patrimonial entre os bens da sociedade e do sócio.

Assim, é cabível a desconsideração da personalidade jurídica, tão-somente, se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária constituir um óbice à justa resolução dos interesses em litígio; se a independência patrimonial da sociedade não dificultar a atribuição de responsabilidade ao sócio ou administrador, não há porque se proceder com a desconsideração¹². É sempre a exceção, então.

4. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS

A execução fiscal é o processo executivo especial de quantia certa, tendo como credor obrigatoriamente a Fazenda Pública, seja ela a Federal, a Estadual ou a Municipal, com regramento específico previsto na lei de execuções fiscais, a Lei nº 6.830/80. E logo no seu art. 1º, há a previsão da aplicação subsidiária do CPC ao feito executivo fiscal.

Em relação ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, por não ter regramento específico na LEF, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil ao processo executivo especial, pois apesar da relevância do recebimento do crédito público pela Fazenda, não se pode descuidar da preservação da esfera de direitos do cidadão contribuinte, muito menos da proteção do devido processo legal.

De acordo com professor Hugo de Brito Machado Segundo¹³:

Ou seja, a execução que tem o Poder Público como parte autora é diferente tanto daquela que tem cidadãos como autores, como principalmente da que aloja o Poder Público no polo passivo, na condição de réu, ou executado.

¹² A desconsideração da personalidade jurídica consubstancia regra de exceção e, por isso, deve ser compreendida de modo estrito. LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 513.

¹³ MACHADO, Hugo de Brito. Poder público e litigiosidade [recurso eletrônico]. SP: Editora Foco, 2021. p. 113-114.

Ainda que se entenda que algumas dessas diferenças se justificam pela importância do recebimento do crédito por parte do Poder Público, há fatores que recomendam um maior equilíbrio, ou uma maior simetria, em tais regramentos, até porque os fins não justificam os meios, e embora importante o recebimento, deve-se também preservar a esfera de direitos do cidadão, e, principalmente, o devido processo legal. Do contrário, retornar-se-ia ao período em que o soberano expropriava diretamente o súdito, sem a necessidade de observar limites ou de ser o processo intermediado por terceiros independentes e em tese imparciais.

Em 2015, com esse novo arcabouço jurídico processual (CPC 2015) e a criação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, o tema foi ornado por novos contornos, e o emprego do incidente em matéria tributária foi em parte refutado por parcela da doutrina e da jurisprudência, como elucidada o enunciado nº 53 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.

Talvez o maior desafio para a compatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que corre em apenso ao processo principal e demanda dilação probatória, contraditório e ampla defesa, e o rito específico da execução fiscal é a efetividade desse último em contraponto com a razoável demora exigida para conclusão da desconsideração.

No que tange ao âmbito do Direito Tributário, é necessário que seja elucidado que o novo instituto de direito processual não se envolve no âmbito da regra-matriz de incidência tributária (sujeição passiva), muito menos na seara da relação jurídica tributária. Da mesma forma, não se cuidam de normas atinentes à autoridade administrativa dentro da atividade de lançamento tributário (arts. 142 e 149 do CTN).

O desiderato particular desse apenso processual é exclusivamente legitimar, dentro do processo de execução, a constrição patrimonial dos sócios coadunada com o devido processo legal. A desconsideração não é instrumento de desconstrução da pessoa jurídica, e sim forma pontual de combate ao ilícito praticado por administradores e sócios, esses os destinatários do art. 50 do CC.

Em linhas gerais, há a desconsideração da personalidade jurídica quando há o abuso dessa personalidade. No entanto, seria temerário a presunção absoluta do abuso de personalidade toda vez que houvesse uma conduta antijurídica por parte dessa sociedade, ainda mais em se falando de matéria tributária, afinal a finalidade arrecadatória não pode se sobrepor à livre iniciativa.

A título de exemplo mais que corriqueiro se tem o mero inadimplemento da obrigação tributária pela pessoa jurídica. Vem a calhar, inclusive, o prudente enunciado sumular de nº 430 do STJ: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.” Não fosse dessa forma a Constituição deveria prever a obrigatoriedade de todos alcançarem o sucesso econômico. E por óbvio isso não poderia ser uma prescrição legal.

Da mesma forma, não pode o legislador imputar aos sócios a solidariedade tributária, em detrimento da autonomia da pessoa jurídica, de maneira distinta ou mais abrangente que aquele definido em lei complementar (art. 124 e art 137, inc.III do CTN).

Assim, amparando-se nos princípios processuais e constitucionais, o passo a passo recomendado para a desconsideração da personalidade jurídica no executivo fiscal é a instauração do correlato incidente processual, embora implique em uma maior lentidão processual, o que é inadmissível no processo é o desrespeito ao devido processo legal, em primeiro lugar.

5. TEMA REPETITIVO 1.209 DO STJ¹⁴

A discussão em análise reflete controvérsia jurídica com relevante impacto jurídico e financeiro, pois envolve o interesse da Fazenda Pública, em todas as suas esferas, em garantir o caminho célere e efetivo na cobrança dos seus créditos, enquanto os particulares defendem o direito à ampla defesa antes do redirecionamento dos feitos executórios.

¹⁴ **Questão submetida a julgamento.** Definição acerca da (in)compatibilidade do Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica, previsto no art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil, com o rito próprio da Execução Fiscal, disciplinado pela Lei n. 6.830/1980 e, sendo compatível, identificação das hipóteses de imprescindibilidade de sua instauração, considerando o fundamento jurídico do pleito de redirecionamento do feito executório.

De fato, a submissão dessa questão à sistemática dos recursos repetitivos irá colaborar para a uniformização do entendimento e, por conseguinte, com a diminuição da litigiosidade sistêmica, com o claro objetivo de proporcionar isonomia e segurança jurídica e atacar a repetição de demandas idênticas, problema crônico do sistema judicial brasileiro¹⁵.

No meio dessa celeuma, afinal a Fazenda Pública é relutante quanto à instauração do IDPJ nas execuções fiscais¹⁶, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu afetar, sob a sistemática dos recursos repetitivos¹⁷, no mês de setembro de 2023, o Tema de nº 1.209¹⁸, para definir se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC), é compatível com o rito da execução fiscal (Lei 6.830/1980):

Caso haja compatibilidade, serão verificadas as hipóteses de imprescindibilidade de sua instauração, ou seja, em quais situações ele deve ser aplicado, considerando o fundamento jurídico do pedido de redirecionamento da execução. Os cinco recursos afetados serão analisados através da sistemática, obrigando as demais instâncias do Judiciário e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) a seguirem a orientação da Corte Superior.

¹⁵ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 8ª. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 458.

¹⁶ Costuma-se criticar a necessidade de um incidente prévio, em contraditório, para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica ao argumento de que a duração desse procedimento ensejaria oportunidade para esvaziamento patrimonial dos novos responsáveis. A crítica, todavia, não procede, porquanto, além da presunção de fraude do art. 137, o exequente contará sempre com a tutela de urgência para debelar o intento fraudulento. Com efeito, demonstrado o risco concreto de desvio de bens, seguido da temida insolvência dos codevedores, o exequente terá, ainda, a seu alcance a proteção cautelar genérica, que, no caso de execução, pode ser pleiteada cumulativamente na própria petição inicial, desde que se aponte, objetivamente, o motivo que justifique seu pedido (art. 799, inc. III). Se, portanto, o exequente pode acautelar-se contra a fraude, antes mesmo da citação do executado atingido pela desconsideração, nada há que autorize o afastamento do incidente dos rigores da garantia do contraditório e da ampla defesa, tal como regulado no NCP. Não procede, por isso, o temor de que o procedimento da desconsideração da personalidade abre ensejo a desvios patrimoniais em fraude dos direitos dos credores. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 401.

¹⁷ Foram 5 os recursos afetados - 2.039.132/SP, 2.013.920/RJ, 2.035.296/SP, 1.971.965/PE e 1.843.631/PE-, de relatoria do ministro Francisco Falcão.

¹⁸ Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/11092023-Repetitivo-discute-se-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-compativel-com-execucao-fiscal.aspx>. Acesso em 21 de setembro de 2023.

No caso de ser admissível, a personalidade jurídica será “quebrada” para responsabilização de terceiros, como, por exemplo, o sócio ou o administrador. Nesse caso, abre-se o prazo de 15 dias para manifestação da pessoa física ou jurídica, com suspensão do processo durante o período.

O ministro Francisco Falcão, relator dos recursos especiais afetados, apontou que a discussão sobre a compatibilidade da execução fiscal com o incidente, assim como as hipóteses em que ele é indispensável, são “causa notória de multiplicidade de processos, inclusive em trâmite perante esta corte, sendo necessária a uniformização do entendimento, tendo em vista a divergência entre as turmas da Primeira Seção”¹⁹.

Ainda segundo o relator, a discussão apresenta grande impacto jurídico e financeiro, pois aborda interesse da Fazenda Pública, que busca o caminho mais rápido e efetivo para cobrar seus créditos. Por outro lado, lembra o magistrado, os particulares sustentam o direito à ampla defesa antes do redirecionamento das execuções²⁰.

O colegiado, com base no artigo 1.037, inciso II, do CPC, determinou a suspensão de todos os recursos especiais e agravos em recurso especial nos quais se discuta a mesma matéria, em segunda instância e também no STJ.

A Fazenda Pública e os particulares divergem nesse ponto, como era de se esperar. Logo adiante far-se-á a demonstração e a comparação entre os argumentos antagônicos em mais um embate envolvendo o Poder Público e o contribuinte.

6. ARGUMENTOS FAZENDÁRIOS PARA A INCOMPATIBILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL

O Poder Público há anos se vê desanimado com a efetividade na resolução das execuções fiscais. A demora na citação eficaz do devedor, a busca infrutífera

¹⁹ Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/11092023-Repetitivo-discute-se-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-compativel-com-execucao-fiscal.aspx>. Acesso em 21 de setembro de 2023.

²⁰ Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/11092023-Repetitivo-discute-se-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-compativel-com-execucao-fiscal.aspx>. Acesso em 21 de setembro de 2023.

dos bens do executado e a prescrição do feito executivo em decorrência da não localização muitas vezes nem do executado, muito menos, dos bens dele são evidências que por si mesmas atestam a ineficácia desse rito especial.

De pronto, e levando os fatos retro mencionados em consideração, a Fazenda Pública infirma o cabimento do IDPJ às execuções fiscais, sob o prisma do princípio da especialidade, uma vez que os dispositivos do CPC/2015 não se aplicam aos procedimentos tributários de execução fiscal, afinal esses são regulados na lei específica de nº 6.830/80.

Para a Fazenda Pública, o microssistema da execução fiscal positivado na Lei de Execuções Fiscais (LEF) autoriza a ampliação do polo passivo da cobrança por simples pedido incidental deduzido nos próprios autos do processo de execução.

A Fazenda elucida que o art. 134, §4º do CPC/2015 prevê que, quando da instauração do IDPJ, o feito ficará suspenso, qualquer que seja a fase em que se encontre. Daí o incidente se desenrolará com a fase de instrução, decisão e possibilidade de recurso mediante agravo de instrumento (art. 1.015, IV do CPC) e somente após esgotados todos os atos é que a execução volta a correr. Portanto, é automático arrematar que o manejo do expediente na execução fiscal do crédito tributário embaçará bastante a persecução patrimonial do executado, da mesma forma os atos de constrição e expropriação.

Outro ponto em que a Fazenda Pública bate insistentemente é quanto à desnecessidade de garantia para instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Para a exequente fazendária o exercício do contraditório e da ampla defesa pressupõe a garantia da execução fiscal, assim como se dá para a oposição dos embargos à execução, só aceitando o ente público exequente como defesa do executado sem garantir o feito a exceção de pré-executividade.

Outro argumento que a Fazenda traz é que a descon sideração da personalidade jurídica e a responsabilização tributária em execução fiscal constituem institutos diversos.

Nesse ponto, segundo o credor fazendário, há a responsabilização direta resultante de atuação fraudulenta entre as empresas com fundamento nos arts. 121, 124, inc. I e 133 do CTN, o que impede a incidência do procedimento do

IDPJ por nada ter a ver com a desconsideração da personalidade jurídica e, em não sendo essa situação fática, dever-se-á observar o CTN.

Para a Fazenda, é incompatível o IDPJ em sede de executivo fiscal quando se pretende a responsabilização tributária de pessoas jurídicas integrantes de grupo econômico de fato pelo interesse comum no fato gerador do tributo, bem como nos casos de sucessão empresarial fraudulenta, uma vez que o próprio CTN regula tais hipóteses de responsabilização. Deparando-se com uma situação desse tipo, a Fazenda argumenta que não é impositiva a instauração de IDPJ, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial.

Confira entendimento da 2ª Turma do STJ sobre o assunto:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022, NÃO CONFIGURADA. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. INDÍCIOS DE FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO E CONFUSÃO PATRIMONIAL. NECESSIDADE DE DEFESA PRÉVIA NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA.

(...)

4. A jurisprudência da Segunda Turma do STJ é no sentido de que não é condição para o redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundada nos arts. 124, 133 e 135 do CTN, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

5. Há verdadeira incompatibilidade entre a instauração desse incidente e o regime jurídico da Execução Fiscal, considerando que deve ser afastada a aplicação da lei geral.

(...)

9. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 2.216.614/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda

Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 5/6/2023.)

Assim, a Segunda Turma do STJ, ao analisar o imbróglgio, decidiu pela incompatibilidade do IDPJ com o rito das execuções fiscais, especialmente porque

a responsabilização de terceiros, elencada nos artigos 134 e 135 do CTN, não necessitaria da desconsideração da pessoa jurídica devedora, uma vez que a responsabilidade dos sócios é atribuída com fundamento na própria lei.

7. ARGUMENTOS DO CONTRIBUINTE PARA O CABIMENTO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL

Primeiramente, o contribuinte, por sua vez, defende o cabimento do IDPJ na execução fiscal por expressa previsão legal na lei específica de regência:

Art. 1º, Lei nº 6.830/80 - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, **subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.** (grifo nosso)

Logo, em havendo lacuna na Lei nº 6.830/80, aplicar-se-á subsidiariamente o Código de Processo Civil para reger os casos omissos na legislação especial. Desta feita, é necessária a instauração do incidente, para que somente após a prolação da decisão amparada em dilação probatória com contraditório e ampla defesa, conclua-se com segurança jurídica pela existência ou não de grupo econômico, por exemplo. Afinal, só se confirmará a unidade diretiva, a confusão patrimonial ou o abuso de personalidade jurídica com a escorreita aplicação do IDPJ.

Já no que tange à solidariedade, sabe-se que ela não se presume, mas sim decorre de lei ou do contrato. Na seara da solidariedade tributária, só a lei pode legitimar a solidariedade. Por certo, nem a identificação do grupo econômico autoriza, per se, a inclusão das demais sociedades na execução fiscal. Outrossim, a participação no resultado e eventuais lucros, per se, da mesma forma também nem autorizam a imputação de solidariedade tributária.

No que concerne ao art. 50 do Código Civil, dispositivo que nos elucidava o que é a desconsideração da personalidade jurídica, medida excepcional e episódica, diz que o abuso da personalidade jurídica só se exterioriza pelo desvio de finalidade

ou pela confusão patrimonial. E para chegar nessa complexa decisão é necessária uma decisão²¹.

Para tanto, confira julgado da 1ª Turma do STJ sobre o assunto:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. GRUPO ECONÔMICO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM O RITO ESPECIAL. PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA.

1. Tendo sido o recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado n. 3/2016/STJ.

2. O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência da Primeira Turma deste Superior Tribunal de Justiça que entende que “no redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, depende da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de descon sideração da personalidade da pessoa jurídica devedora” (REsp 1.775.269/PR, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 1º/3/2019). Precedentes.

3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 2.006.433/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3/4/2023, DJe de 11/4/2023).

Dessa forma, a Primeira Turma do STJ, por sua vez, posicionou-se pela compatibilidade da instauração do incidente de descon sideração da personalidade

²¹ É que o procedimento executivo, em sua forma pura, não tem sentença para resolver sobre a responsabilidade nova (a do sócio ou da pessoa jurídica não devedores originariamente) e, sem tal decisão, faltarão título executivo para sustentar o redirecionamento da execução. Somente, portanto, por meio do procedimento incidental em tela é que, cumprido o contraditório, se chegará a um título capaz de justificar o redirecionamento. Cabe, pois, ao incidente a função de constituir o título legitimador da execução contra aqueles a que se imputa a responsabilidade patrimonial pela obrigação contraída em nome de outrem. Ver em: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 400

jurídica, excepcionalmente nas hipóteses em que a responsabilização de terceiro, não elencado na Certidão de Dívida Ativa - CDA, decorra de hipóteses de abuso de direito, fraude e simulação elucidadas no art. 50 do Código Civil e com a condição de que não demonstradas as hipóteses de responsabilidade previstas no art. 134 e 135 do CTN.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do atual cenário na mais alta corte de Justiça brasileira a decidir o caso, tema 1.209 no STJ - definição acerca da (in)compatibilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto no art. 133 e seguintes do CPC, com o rito próprio da Execução Fiscal - tem-se celeuma jurídico-processual relevante a ser resolvida, o que repercutirá em inúmeras execuções fiscais em trâmite no Brasil.

As pessoas jurídicas que estão sendo executadas pelo Fisco, e que se encontram nessa situação de iminente desconsideração de sua personalidade, aguardam uma resposta a fim de que os sócios que a compõem saibam se terão seus bens imiscuídos na lide.

A depender do julgamento, urge-se pela implantação de um compliance tributário mais exigente, que conceitue práticas de regularidade fiscal e que obedçam às normas fiscais, não só para amparo da sociedade (PJ), mas também para salvaguarda de sócios e administradores que, no caso de eventuais cobranças judiciais das dívidas tributárias, podem ser inseridos no polo passivo dessas demandas judiciais, sem que seja instaurado o procedimento próprio para averiguação da responsabilidade, obstando um contraditório regular e devido, com a verificação das provas, a menos que sejam oferecidos bens ou garantias para fazer frente ao valor em discussão.

REFERÊNCIAS

ADAMS. Luis Inácio. As mudanças no sistema de cobrança e execução fiscal. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-02/>

publico-privado-mudancas-sistema-cobranca-execucao-fiscal. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. Repetitivo Tema nº 1.209 de 11 de setembro de 2023. Repetitivo discute se incidente de desconsideração da personalidade jurídica é compatível com execução fiscal. **Superior tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/11092023-Repetitivo-discute-se-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-compativel-com-execucao-fiscal.aspx>. Acesso em: 08 abr. 2024.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 8ª. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. **Novo CPC: principais alterações na execução de título extrajudicial e suas influências na execução fiscal**. In: O Novo CPC. Coordenação de Juvêncio Vasconcelos Viana. Organização de Janaína Soares Noleto Castelo Branco e Ana Cecília Bezerra de Aguiar. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**, parte geral e processo de conhecimento. 19ª edição. Salvador. Edifício Jus Podivm. 2017.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Desconsideração da personalidade jurídica. In: Estudos de direito público e privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

SILVA, Amadeu Braga Batista. Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário Brasileiro. **Revista da PGFN nº 29**.

MACHADO, Hugo de Brito. **Poder público e litigiosidade [recurso eletrônico]**. SP: Editora Foco, 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo.** São Paulo. v. 27, nº, p. 183-190, jan/março 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** Vol. I. 56 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS COLETIVOS EM DECORRÊNCIA DE ATO RACISTA DIRIGIDO A INDIVÍDUO OU INDIVÍDUOS DETERMINADOS

Heloisa Silva de Melo¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ação civil pública: noções gerais, legitimidade e hipóteses de cabimento; 2 Racismo e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; 3 Reparação de danos morais coletivos decorrentes de ato racista contra indivíduo(s) determinado(s) por meio de ação civil pública; Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecido no artigo 3º, IV, da Constituição de 1988, é a promoção do bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, o artigo 4º, VIII, do texto constitucional preceitua que as relações internacionais do Estado brasileiro são regidas pelo princípio do repúdio ao racismo (Brasil, 1988).

A partir da promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro tem consolidado arcabouço normativo que visa o combate de práticas discriminatórias individuais ou sistemáticas, bem como a implementação de políticas públicas voltadas à promoção de igualdade substancial, direcionadas a indivíduos racializados e alvos de alguma forma de discriminação.

Em que pese a existência de tais soluções, atos de discriminação ainda se fazem presentes em grande dimensão na sociedade brasileira, manifestando-se

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – PPGD-UFC. Especialização em Direito Penal pela Universidade de Fortaleza - Unifor. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC-CE. Juíza Federal - Justiça Federal de Primeiro Grau no Ceará. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9878256722800053> Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-9744-8916> E-mail: heloisa.s.melo@hotmail.com

de forma que afeta não apenas as vítimas diretas, mas compromete todo o tecido social, minando princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

A tutela dos direitos e interesses individuais e coletivos lesados em razão de condutas preconceituosas é assegurada pela legislação brasileira no âmbito cível e penal. Nesse contexto, a ação civil pública desempenha papel fundamental na tutela processual coletiva, permitindo que entidades públicas e organizações da sociedade civil atuem em favor da reparação e da prevenção de danos coletivos resultantes de atos racistas.

Regulamentando a matéria, a Lei nº 7.347/1985 estabelece as bases para a utilização da ação civil pública como instrumento de tutela de direitos difusos e coletivos em casos de ofensas direcionadas a indivíduos pertencentes a grupos raciais, étnicos ou religiosos (Brasil, 1985).

Este trabalho explora a interseção entre a ação civil pública e a reparação de danos morais coletivos em casos de condutas discriminatórias dirigidas a indivíduos pertencentes a grupos específicos, com base em suas características identitárias. A pesquisa analisa os fundamentos legais dessas ações e examina casos práticos para identificar elementos comuns que possam ajudar a avaliar a viabilidade desse tipo de demanda.

O estudo discute aspectos teóricos e legais, como a natureza da ação civil pública, as partes legítimas para proposição, as hipóteses de cabimento e a categorização dos direitos afetados por atos racistas como difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Além disso, propõe-se uma análise sobre a utilização da ação civil pública para reparação de danos morais coletivos em situações de racismo direcionado a indivíduos específicos, explorando suas implicações práticas e potenciais impactos na luta contra a discriminação e na promoção da igualdade.

2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA: NOÇÕES GERAIS, LEGITIMIDADE E HIPÓTESES DE CABIMENTO

A ação civil pública (ACP) é instrumento processual do ordenamento jurídico brasileiro destinado à tutela de direitos coletivos *lato sensu*, a partir da substituição processual de indivíduos ou grupos por entidades representativas

legalmente legitimadas (Meirelles; Wald; Mendes, 2009). Com previsão no artigo 129, III, da Constituição Federal, que dispõe ser função institucional do Ministério Público a promoção da ação civil pública para fins de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (Brasil, 1988), a ACP já era disciplinada desde 1985 pela Lei nº 7.347.

De acordo com o artigo 1º da lei em questão, a ação civil pública é cabível para responsabilização por danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica, urbanística, à honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social e a outros interesses difusos ou coletivos (Brasil, 1985).

Além do Ministério Público, têm legitimidade para propor a ação a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações constituídas há pelo menos um ano com finalidades de proteção ao patrimônio público e social, meio ambiente, consumidor, ordem econômica, livre concorrência, direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ou patrimônio artístico, histórico, turístico e paisagístico.

Ressalte-se que o ordenamento jurídico brasileiro é estruturado como um microsistema processual coletivo, composto por um conjunto de normas processuais esparsas que regulamentam, de forma interligada e em interação, a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* de forma independente do Código de Processo Civil, que é aplicado subsidiariamente (Didier; Zaneti Júnior, 2009). Tal sistema inclui, por exemplo, leis específicas que tratam da ação civil pública, tal como a Lei nº 7.853/1989 (proteção de pessoas com deficiência), a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei nº 8.078/1994 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Nesse microsistema, a Lei nº 7.347/1985 contempla os princípios gerais da tutela dos direitos coletivos *lato sensu* e, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, cujo título III é aplicável à defesa de outros direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, forma o que Souza (2013) denomina de base do

sistema da ação civil pública. Nesse contexto, o tratar da defesa do consumidor em juízo, tal código estabelece, em seu artigo 81, que esta poderá ser exercida individual ou coletivamente, trazendo o parágrafo único conceitos esclarecedores para fins de aplicação da norma.

Assim, conceituam-se como interesses ou direitos difusos, segundo a Lei nº 8.078/1994, os transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Por outro lado, são coletivos (em um sentido estrito) os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por fim, são individuais homogêneos, para fins de tutela processual, os interesses ou direitos decorrentes de origem comum (Brasil, 1990).

Vê-se, pois, que os direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu* têm como características comuns a transindividualidade e a indivisibilidade, significando que não pertencem a um indivíduo, mas, indistintamente, a um grupo. Os direitos e interesses individuais homogêneos, por sua vez, são titularizados por indivíduos, independentemente da formação de um grupo, que, no caso da ação civil pública, são tratados coletivamente por razões processuais.

Partindo das conceituações feitas pelo Código de Defesa do Consumidor, Meirelles, Wald e Mendes (2009) sustentam que, ao preceituar sobre as finalidades da ação civil pública, o artigo 1º da Lei nº 7.347/1985 enumera suas hipóteses de cabimento, indicando os direitos e interesses a serem tutelados, tendo o inciso IV do dispositivo enunciado cláusula aberta que estende a possibilidade de propositura da ACP para responsabilização por danos morais e materiais causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Nesse contexto, restariam excluídos da possibilidade de utilização da ação civil pública direitos e interesses individuais homogêneos nos casos que não estejam expressamente previstos em lei.

Embora, em regra, a ação civil pública não seja utilizada para a defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, Souza (2009) argumenta que esses direitos podem ser tutelados por meio de ACP se, indiretamente, um direito difuso ou coletivo estiver sendo defendido. A jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça corrobora esse entendimento ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para propor ações civis públicas visando à tutela de interesses e direitos individuais homogêneos, mesmo que disponíveis e divisíveis, desde que haja relevância social objetiva do bem jurídico em questão (Brasil, 2023).

Este trabalho visa, justamente, analisar situações em que o caráter coletivo *lato sensu* do direito a ser tutelado pode gerar controvérsias, resultando em contestações sobre a adequação da ação civil pública para a defesa de determinados direitos e interesses.

3. RACISMO E DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O artigo 1º, VII, da Lei nº 7.347/1985 que possibilita a ação civil pública para responsabilização por danos morais e patrimoniais causados à honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, fora incluído à lei regulamentadora da ACP pela Lei nº 12.966/2014, em consonância com a legislação antirracista implementada no ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas.

Com efeito, nos termos já referidos, a Constituição de 1988 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil, servindo de base para todos os direitos fundamentais, incluindo o direito à igualdade, que é intrinsecamente ligado à dignidade humana, e a isonomia e não discriminação como seus pressupostos (Sarlet, 2009).

Não por acaso, a Constituição apresenta como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988) e, visando alcançá-lo, medidas como a elaboração de leis, a adesão a documentos internacionais e a criação de políticas públicas, vêm sendo adotadas pelo Estado brasileiro desde a promulgação constitucional.

Do mesmo modo relacionado ao citado desígnio fundamental republicano, precisamente quanto à vedação de comportamentos discriminatórios em razão da raça, a Constituição de 1988 estabeleceu, em seu artigo 5º, XLII, mandamento de criminalização ao dispor que “a prática de racismo constitui crime inafiançável

e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei” (Brasil, 1988). Concretizando referido mandamento, a Lei nº 7.716/1989 definiu os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência, prevendo a figura típica da injúria racial, praticada em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, em seu artigo 2º-A (Brasil, 1989). O Código Penal, por sua vez, no artigo 140, § 3º, definiu o crime de injúria qualificada pela utilização de elementos referentes à religião (Brasil, 1940).

Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal (STF), em situações distintas, declarou que o conceito constitucional de racismo deve ser considerado não em uma dimensão estritamente biológica e sim social, a afetar grupos vulneráveis não pertencentes ao estamento que detém posição social hegemônica. Com esse fundamento, o STF decidiu serem caracterizadas como crime de racismo condutas discriminatórias praticadas contra judeus (Habeas Corpus nº 82.424/RS), homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade de Lésbicas, Gays, Bi, Trans e mais (LGBT+) (Mandado de Injunção nº 4.733/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF).

Em complemento às soluções legislativas antirracistas existentes, a previsão contida no artigo 1º, VII, da Lei nº 7.347/1985 se direciona à tutela processual de direitos coletivos *lato sensu*, consubstanciados na honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos quando restem configurados danos morais e patrimoniais em razão de ato discriminatório.

No tocante à categorização em direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos envolvendo a temática, para fins de utilização da ação civil pública, salutar a análise dos conceitos explicitados no já mencionado artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa conjuntura, indivíduos pertencentes a grupos racializados, etnias ou religiões formam uma categoria indeterminada, vinculados por características distintivas comuns (Gomes, 1999). Atos que atingem a honra e dignidade desses grupos de maneira indistinta e coletiva os afetam de modo transindividual, configurando, segundo o artigo 81, I, da Lei nº 8.078/1990, um direito ou interesse de natureza difusa.

Por outro lado, um ato discriminatório que atinge a honra ou dignidade de indivíduos específicos dentro de um grupo racializado, etnia ou religião, afetando um direito indivisível ligado por uma base jurídica comum, configura um direito ou interesse de natureza coletiva *stricto sensu*. Como exemplo, enquadrar-se-ia nessa situação ofensa discriminatória dirigida a todos os alunos negros ou praticantes de determinada religião de universidade específica.

Finalmente, pode se configurar como individual homogêneo o direito à reparação da honra e dignidade de pessoas ofendidas direta e individualmente, mas em um mesmo contexto fático, com a utilização de elementos discriminatórios em razão de raça, etnia ou religião. Os direitos e interesses individuais lesados são acidentalmente coletivos, ultrapassando a esfera singular da questão.

Quanto à ofensa à honra e à dignidade de um indivíduo em razão de raça, etnia e religião, sem que o agravo tenha sido diretamente dirigido ao grupo do qual é integrante, a tutela processual por meio de ACP, em uma análise inicial, não se mostra a mais adequada, por não se cogitar da defesa direito ou interesse coletivo *latu sensu*. Nos últimos anos, todavia, casos em que ofensas dirigidas não a um grupo, mas a indivíduo, por motivo de raça, etnia e religião, acabaram por ensejar a propositura de ação civil pública para reparação de danos morais coletivos com fundamento no artigo 1º, VII, da Lei nº 7.347/1985. O objetivo de tais ações, entretanto, não é a tutela da honra e dignidade do indivíduo em questão, mas do grupo ao qual pertence, sob o argumento de que o ato discriminatório atinge a todos os membros do grupo representativo.

A iniciativa tem suscitado questionamentos tanto no que diz respeito à utilização da ACP como instrumento adequado para a defesa de tais direitos e interesses, quanto em relação à efetiva existência de dano a um grupo amplo de pessoas a partir de um ato direcionado apenas a um indivíduo.

4. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS COLETIVOS DECORRENTES DE ATO RACISTA CONTRA INDIVÍDUO(S) DETERMINADO(S) POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Para a honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, enquanto coletividade de sujeitos indeterminados, determinados ou determináveis, atos

ilícitos que lhes causem danos podem ser processualmente combatidos por ação civil pública, conforme o artigo 1º, VII, da Lei nº 7.347/1989. A percepção de um viés coletivo *lato sensu* é mais difícil, todavia, quando atos discriminatórios são dirigidos individualmente a pessoas pertencentes a esses grupos devido a suas características identitárias. Apesar disso, alguns legitimados têm utilizado ações civis públicas para proteger direitos coletivos baseados em atos contra um ou alguns indivíduos.

Em 2017, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra uma emissora de televisão, buscando reparação por dano moral coletivo causado por apresentador que proferiu ofensas racistas contra uma cantora nacionalmente conhecida. A ação pleiteava uma indenização de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser revertida em ações de promoção da igualdade étnica e racial, além da obrigação de exibir programação com conteúdo antidiscriminatório (Brasil, 2017). Até o momento, o feito não foi julgado.

No ano de 2021, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul moveu ação civil pública contra ex-deputado federal, buscando uma condenação de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) por danos morais coletivos causados por ofensas homofóbicas dirigidas ao ex-governador do Estado em redes sociais e programas de rádio. A ação foi julgada procedente e o Tribunal de Justiça confirmou a sentença de primeira instância, rejeitando a alegação de inadequação da ação civil pública e de ilegitimidade do Ministério Público para sua propositura (Rio Grande do Sul, 2022).

Também em 2021, Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal propuseram conjuntamente ação civil pública contra ex-presidente da República, então em exercício, e a União, buscando a condenação no pagamento de indenização por danos morais coletivos e sociais causados por declarações tidas por discriminatórias e preconceituosas sobre um homem negro, transmitidas em redes sociais. A sentença de primeiro grau declarou a ilegitimidade passiva da União para figurar na ação e julgou improcedente os pedidos em face do segundo réu. O recurso de apelação dos autores ainda não foi julgado (Brasil, 2022).

Em 2022, quatro associações civis moveram uma ação civil pública contra um ex-piloto de Fórmula 1 devido a declarações racistas e homofóbicas feitas contra outro piloto da mesma modalidade durante um programa esportivo. Argumentando que as falas atingiram o direito fundamental difuso à honra de toda a população negra e da comunidade LGBTQ+, foi pleiteada a condenação do réu à obrigação de publicar um pedido de desculpas e ao pagamento de uma indenização de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) por danos morais coletivos. A ação foi julgada parcialmente procedente, resultando na condenação do réu no pagamento de indenização de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) por danos morais coletivos. Em segunda instância, porém, a apelação do demandado foi provida, resultando na improcedência total dos pedidos iniciais (Distrito Federal, 2023).

A análise dos casos exemplificativos, em conjunto com os requisitos para a propositura da ação civil pública, é fundamental para avaliar a adequação desse instrumento processual na proteção de direitos difusos e coletivos em situações envolvendo atos ilícitos contra um único indivíduo, bem como para que se estabeleçam parâmetros mínimos caso constatada a viabilidade de sua utilização.

Com efeito, em todos os episódios mencionados, os entes legitimados enfatizaram que as ações civis públicas não visavam proteger direitos individuais, mas sim defender direitos transindividuais de toda a sociedade, especialmente das pessoas com características semelhantes ao indivíduo inicialmente ofendido. Além disso, todas as ações têm como causa de pedir ofensas que ganharam grande repercussão devido à forma como foram veiculadas, por meio de mídia e redes sociais. No entanto, é necessário questionar se em casos como esses é possível falar em ofensa à honra e dignidade de toda uma coletividade devido a um ato direcionado especificamente a um de seus membros.

Dito isso, é necessário que se questione inicialmente se, em casos como os mencionados, é possível se falar em ofensa à honra e à dignidade de toda uma coletividade em razão de ato praticado diretamente contra um de seus integrantes.

De início, deve ser ressaltado que manifestações que visam desqualificar e ofender a honra e dignidade de um indivíduo com base em pressupostos preconceituosos sobre características raciais, étnicas ou religiosas refletem um

viés de desigualdade baseado em suposta superioridade de um grupo sobre outro. Essas condutas discriminatórias atacam diretamente a dignidade da pessoa humana, não apenas como indivíduo, mas também como membro de uma sociedade que aspira ser justa e igualitária, onde o respeito mútuo entre os indivíduos é essencial para o funcionamento democrático.

A discriminação preconceituosa pode se manifestar por meio de microagressões, mas sua influência não se limita a eventos isolados ou a alguns membros de um grupo. Ela permeia várias áreas da vida dos indivíduos pertencentes a esse grupo, causando impacto significativo e custoso. As opressões enfrentadas por um membro afetam os outros, indicando que todos estão suscetíveis a tratamentos semelhantes. Algumas formas de discriminação são mensagens direcionadas a toda a coletividade identitária. Além de afetar individualmente, declarações discriminatórias ofensivas podem prejudicar os direitos pessoais de todos os integrantes do grupo, promovendo associações depreciativas e estigmatizantes em relação às suas características, colocando-os em desvantagem frente a sistemas de discriminação sistêmica (Moreira, 2020).

Tal constatação por si só, todavia, não induz à conclusão de que ofensas preconceituosas dirigidas a uma pessoa sejam aptas a atingir direitos e interesses do grupo identitário do qual seja integrante em todo e qualquer contexto, autorizando, em consequência, a utilização da ACP para sua tutela.

Nos casos aqui apresentados, entretanto, as manifestações tidas por ofensivas foram feitas de modo a alcançar ampla repercussão, visto terem sido realizadas em emissoras de televisão, rádio, bem como redes sociais, as quais podem ser consideradas ambientes privados, mas de alcance público. No contexto em que foram proferidas, portanto, as afirmações acabam não se restringirem ao âmbito privado e da esfera disponível do indivíduo inicialmente atingido, podendo induzir e incitar a atribuição de tratamento diferenciado a pessoas que partilhem das mesmas características da vítima imediata das ofensas.

Destarte, além do indiscutível caráter individual, declarações ofensivas de cunho discriminatório poderão lesar direitos personalíssimos dos integrantes de todo o grupo identitário, ao propiciarem associação pejorativa e ofensa estigmatizante

daqueles que se identificam com as características utilizadas como marcador de discriminação. A partir do estigma, sentidos negativos são atribuídos aos membros do grupo, os quais ficam sujeitos a desvantagens sistêmicas (Moreira, 2020).

Tem-se que, do ato discriminatório dirigido à vítima imediata, decorrem efeitos lesivos a direitos e interesses de um grupo e valores essenciais da sociedade como um todo, causando-lhes dano próprio e distinto daquele sofrido pelo indivíduo primariamente atingido. Referido dano possui, portanto, uma natureza reflexa em relação ao dano primário.

Além disso, o caráter autônomo do dano coletivo está presente também numa relação de causalidade própria entre a conduta do ofensor direcionada a uma única pessoa e o dano sofrido pela coletividade. Tal conduta, por atingir o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, é antecedente não só necessário, mas adequado à produção do resultado danoso (Cavaliere, 2014) a grupos identitários atingidos e a toda a sociedade.

Destaque-se, ainda, que, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, “o dano moral coletivo, aferível *in re ipsa*, é categoria autônoma de dano relacionado à violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade” (Brasil, 2019). Isso, significa que, diferentemente do dano moral individual, relacionado a dor, sofrimento e abalo emocional sofrido por alguém, o dano moral coletivo, em decorrência de sua própria natureza, prescinde da comprovação de tais elementos, visto que incompatível com os interesses difusos e coletivos. O que efetivamente se busca é sanar a lesão a valores fundamentais e ao padrão ético dos indivíduos que compõem a sociedade.

Diante da possibilidade de configuração de um dano moral coletivo, mostra-se viável a propositura de ACP com fundamento no artigo 1º, VII, da Lei nº 7.347/1985, atuando os entes legalmente legitimados na tutela de direitos difusos e não em substituição ou como representantes de um só ofendido. Nada obstante, levando-se em conta os aspectos teóricos e legais atinentes à temática, bem como os exemplos utilizados como referência neste estudo, algumas condições mínimas podem ser consideradas para que o manejo da ação civil pública se mostre adequado e eficaz à tutela do direito coletivo.

Nesse sentido, propõem-se os seguintes parâmetros a serem considerados quando da propositura, pelos legalmente legitimados, de ação civil pública para a reparação de danos morais coletivos decorrentes de ato preconceituoso praticado contra indivíduo(s) determinado(s):

As manifestações ofensivas dirigidas ao indivíduo inicialmente atingido devem possuir um caráter discriminatório e preconceituoso, baseado em suposta superioridade de um grupo de pessoas sobre outro, especialmente relacionado a características raciais, étnicas ou religiosas;

As manifestações preconceituosas devem ter tido grande repercussão devido à forma como foram veiculadas, a exemplo de emissoras de televisão, rádio e redes sociais;

Deve ser estabelecida a relação de causalidade entre a conduta discriminatória direcionada a uma única pessoa e o dano sofrido pela coletividade, o qual se configurará na lesão a valores éticos fundamentais da sociedade em geral ou de um grupo identitário, a exemplo dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação;

A ação civil pública deve buscar a tutela dos direitos difusos, não atuando os legitimados em substituição ou representação de uma única pessoa ofendida, mas sim em defesa dos interesses de toda a sociedade, nos termos do artigo 1º, VII, da Lei nº 7.347/1989.

Observados tais parâmetros, a utilização da ação civil pública em hipóteses como as aqui descritas, ademais, configura-se como concretização de uma proteção adequada de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, igualdade e a não discriminação, os quais, conforme declarado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 467/MG, não devem “se basear apenas na tutela penal, tradicionalmente compreendida como *ultima ratio* e incidente apenas após a lesão ou grave perigo de lesão a bens jurídicos fundamentais” (Brasil, 2020).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promoção do bem de todos sem preconceitos é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme estabelecido pela Constituição de

1988. O ordenamento jurídico brasileiro tem evoluído para combater atos de discriminação que afetam não apenas as vítimas diretas, mas também a coletividade, ameaçando os princípios constitucionais. A ação civil pública desempenha um papel crucial na proteção dos direitos e interesses de indivíduos e grupos prejudicados por condutas discriminatórias, incluindo aquelas ligadas a características identitárias. Portanto, pode ser utilizada para proteger direitos difusos e coletivos em tais casos, mesmo quando os atos discriminatórios parecem ser direcionados a um único indivíduo.

Em um contexto em que as ofensas dirigidas a um indivíduo específico, mas amplamente divulgadas em programas de televisão, rádio e redes sociais, podem afetar todo o grupo identitário ao qual a vítima pertence, perpetuando estereótipos prejudiciais e causando danos reflexos à coletividade. A complexidade dessas situações mostra que ofensas discriminatórias individuais podem ter um impacto coletivo significativo. O dano moral coletivo é uma categoria autônoma que não requer a comprovação de dor e sofrimento individual, mas sim a violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade, como a dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação. A ação civil pública é vista como uma forma eficaz de proteger esses direitos fundamentais.

Quando usado adequadamente, o instrumento processual representa uma proteção eficaz desses direitos fundamentais, indo além da tutela penal tradicional e atuando na prevenção de lesões a bens jurídicos fundamentais. Assim, sua utilização desempenha um papel essencial na promoção de uma sociedade mais justa e igualitária. Diante dessa perspectiva, a utilização da ação civil pública nestes casos representa uma forma de garantir uma proteção adequada aos direitos fundamentais, reforçando a importância de combater a discriminação e promover a igualdade, mesmo quando atos ofensivos são direcionados a um único indivíduo. Isso reflete a evolução do entendimento jurídico e a necessidade de uma abordagem mais ampla na defesa dos valores fundamentais da sociedade.

A discussão sobre a extensão dos danos morais coletivos e sua relação com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação demonstra a importância de adaptar as ferramentas legais para enfrentar desafios contemporâneos relacionados à discriminação e ao preconceito.

Portanto, a aplicação da ação civil pública em casos de atos discriminatórios individuais, que afetam de forma reflexa a dignidade e a igualdade de toda uma coletividade, representa um avanço na promoção da justiça e no combate à discriminação. Essa abordagem se alinha à necessidade de uma proteção mais eficaz dos direitos fundamentais, em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação, e reflete a capacidade do sistema legal de se adaptar às demandas da sociedade em constante evolução.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985**. Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.716 de lei de 5 de janeiro de 1989**. Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Civil Pública nº 0016710-22.2017.4.01.3400**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Rádio e Televisão Capital LTDA. Órgão Julgador: 9ª Vara Federal do Distrito Federal. Autuado em 03

de abril de 2017. Disponível em <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/index.php?secao=DF>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Edição 125. Brasília, 17 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoInstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11383/11512>. Acesso em: 12 out. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 467/MG**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 29 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753189469>. Acesso em: 12 out. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma. **AgInt no Recurso Especial nº 1484387/SE**. Agravante: Agência Nacional de Telecomunicações. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 22 de agosto de 2023. Diário de Justiça. Brasília, 29 ago. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=204610204®istro_numero=201402498877&peticao_numero=201900124837&publicacao_data=20230829. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação Civil Pública nº 5053279-66.2021.4.04.7100**. Autores: Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União. Réus: Jair Messias Bolsonaro e União. Órgão Julgador: 10ª Vara Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 08 de fevereiro de 2023. Disponível em https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa. Acesso em: 10 out. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0724479-75.2022.8.07.0001**. Apelante e Apelados: Nelson Piquet Souto Maior; Francisco de Assis: Educação, Cidadania, Inclusão e Direitos Humanos; Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo; Aliança Nacional LGBTI; Associação Brasileira de Famílias Homotransafetivas - ABRAFH. Relator: Des. Fernando Antônio Habibe Pereira – 1º Vogal e Des. Arnaldo Camanho de Assis – 2º Vgal. Brasília, 11 de outubro de 2023. Disponível em: <https://pje2i-consultapublica.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 12 out. 2023.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: v.36, n.142, p. 307-323, abr/jun 1999. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/493/r142-24.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 19 set. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnold. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 5035504-85.2021.8.21.0001**. Apelante: Roberto Jefferson Monteiro Francisco. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Porto Alegre, 24 ago. 2022. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 10 out. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª edição, Editora Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO: FACES DE SUA ATUAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Jefferson Lopes Custódio¹

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 O réu e o MP no duplo grau de jurisdição; 3 Discussão sobre o fundamento legal para a atuação multifacetada do MP; 4 Conclusão; 5 Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) erigiu os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório como direitos fundamentais do réu, inclusive outros, de forma reflexa, como a plena igualdade entre acusação e defesa, cujo preceito é derivado da isonomia constitucional preconizada no art. 5º, *caput*, da CF/88, bem assim foi expressamente previsto no art. 7º do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) (SENADO FEDERAL, 2016)² orientação sobre a paridade de armas, regra estendida à seara penal, por força do artigo 3º do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 2023)³.

O Ministério Público (MP), de sua vez, ganhou autonomia e força a partir da CF/88, destacando-se como um órgão, uno e indivisível, permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe ainda a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, segundo ressaí do art. 127 da CF/88 (BRASIL, 2018)⁴. Por isso,

¹ Professor universitário do grupo Anhanguera.

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2700970976202319> . Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6742-4236> . E-mail: jeffersonlopecustodio@gmail.com

² SENADO FEDERAL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 9 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 5. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2023.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo. Supremo Tribunal Federal**. 6 ed. atual. Até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

não é tarefa fácil separar, dentro de um mesmo órgão, uma parte responsável por acusar e outra para promover e fiscalizar a correta aplicação da lei, sabendo-se ainda que os seus membros permutam internamente de função, com relativa frequência, no âmbito do próprio órgão.

Theodoro Júnior (1989, p. 53)⁵ ensina que a ação, sob o ponto de vista moderno, situa-se no plano do direito público abstrato e subjetivo que pode ser exercitado por uma parte processual para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional, sendo desimportante que esta seja de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. Ademais, o direito de ação de natureza penal se submete a algumas condições, como a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, de maneira que o primeiro requisito, relacionado à legitimidade das partes, será o pano de fundo enfrentado neste trabalho.

Nessa evolução, a estrutura de um processo litigioso induz à conclusão de que, excluindo o juiz da causa, os atores do processo são considerados “partes” e, nesse sentido, Carnelutti (2015, p. 79-80)⁶ desenvolveu o entendimento de que cada parte é um resultado de uma divisão e o *prius* da parte é um todo que se divide. Assim, o jurista italiano arremata na direção de que não haveria litígios, tampouco direitos, se os homens não se dividissem.

E no panorama avaliado, o juiz e as partes estão vinculados por uma série de atos processuais, cujo procedimento se justifica como mecanismo para combater a reação social ao delito, ao mesmo tempo em que visa minimizar a violência existente na sociedade. Para Ferrajoli (2014, p. 516)⁷, contudo, a atividade jurisdicional penal é um instrumento que, na realidade, não serve para proteger a maioria, mas essencialmente os cidadãos individualizados que, embora suspeitos, não podem ser condenados sem provas.

Mais específico, o professor Muñoz Conde (2022, p. 83-92)⁸, defende a ideia de que o processo penal, notadamente num Estado de Direito, deve equilibrar a

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. I.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Pillares, 2015.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

⁸ CONDE, Francisco Muñoz. **La Búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 4ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2022.

busca da verdade e a dignidade dos acusados; ao mesmo tempo em que, somente, deve proceder com uma condenação a partir de prova indubitosa do fato criminoso apontado contra o acusado. E o autor espanhol conclui no sentido de que, tudo que for contrário a seu pensamento, significaria a reimplantação do fascismo e da inquisição no âmbito penal.

Nessa perspectiva, o presente trabalho pretende produzir um estudo, focado na fase recursal penal e, especialmente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), corte de jurisdição nacional, considerando ainda que a situação paradigmática aqui utilizada é representativa em relação ao que ocorre nos demais tribunais do país, de modo a provocar um diálogo entre os seguintes eixos: direitos fundamentais do réu e as faces de atuação do MP na mesma ação penal.

Dessa forma, porque se trata de uma situação não prevista expressamente em lei, senão a partir de uma construção hermenêutica apoiada em regimentos internos de tribunais, tem-se o objetivo de provocar uma reflexão acerca da (in) justificada atuação duplicada do órgão ministerial na mesma ação penal, como possível forma de desequilíbrio processual, com vistas a privilegiar a efetividade da função jurisdicional estatal sob a égide dos princípios constitucionais e regras legais, inclusive do ponto de vista de diplomas internacionais nos quais a República brasileira é signatária, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, promulgado internamente por meio do Decreto nº 678/1992 (BRASIL, 1992⁹).

Nesse diapasão, a proposta apresentada para discussão, que envolve os jurisdicionados, o MP e o Judiciário, revela a importância que se deve ter com o tema relacionado ao postulado da isonomia processual, ao mesmo tempo em que se recomenda o aprofundamento e desenvolvimento de técnicas que aprimorem a prestação da função jurisdicional, compreendendo uma modificação no texto constitucional para uma melhor disciplina sobre o assunto debatido, com o escopo

⁹ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **DOU**. Brasília/DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 26 set. 2023.

de manter o efetivo equilíbrio entre as partes, na busca da igualdade formal e material entre os polos conflitantes de uma ação penal.

2. O RÉU E O MP NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O processo é o caminho adequado para a aplicação correta da jurisdição estatal; enquanto a fase recursal, caracterizada pela sua voluntariedade, materializa-se a partir de um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, no mesmo passo em que devolve ao próprio Judiciário um reexame da matéria decidida na instância inferior, sob o fundamento de que a justiça é una. Desse modo, permite-se uma nova análise da controvérsia, em grau recursal, a fim de suprir eventual erro na interpretação e na aplicação da norma, ou mesmo para combater uma possível decisão injusta ou contrária à lei.

Como pontua o professor Rebouças (2023, p. 1.173)¹⁰, o direito ao recurso fundamenta-se, de forma ampla, no próprio direito de ação e no direito de defesa que, de sua vez, estão entrelaçados com os princípios do duplo grau de jurisdição, ocasião em que pode impugnar a sentença condenatória, bem como exigir clareza e integridade das decisões judiciais ou pleitear a uniformidade da legislação federal ou mesmo combater violação à questão constitucional.

Outra variável que caracteriza o recurso, em termos genéricos, é apresentada por Juvêncio Vasconcelos Viana (2013, p. 3334)¹¹, que entende existirem sentenças que desafiam inconformismos da parte, ainda que julgadas procedentes, mas que não realizam a prestação jurisdicional por completo, como no caso das sentenças condenatórias cognitivas, especialmente as que envolvem as obrigações de fazer e não fazer. No campo penal, pode-se ilustrar o caso de uma condenação ou absolvição em relação a determinado dispositivo da legislação, hipótese em que

¹⁰ REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal**. Vol. 1. 3 ed. rev. amp. atual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

¹¹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Tutela Específica. Revista do Instituto do Direito Brasileiro: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 4, n. 2, p. 3343-3368, 2013. Trimestral. Disponível no endereço eletrônico: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03343_03368.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

o MP e/ou o réu podem se insurgir perante a instância superior, com a finalidade de que seja modificada a base legal da condenação ou da absolvição¹².

Ilustrando de forma prática: o réu pode recorrer para que o fundamento sentencial absolutório, fundamentado no art. 386, II do CPP (não haver prova da existência do fato), seja modificado para o inciso I do mesmo artigo (estar provada a inexistência do fato), com o intuito de que a nova decisão surta efeito na esfera administrativa, considerando a sua qualidade de servidor público e de que responde a um Processo Administrativo Disciplinar sobre o mesmo fato de que foi acusado na esfera criminal.

Em pesquisa na página eletrônica do STJ, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e nos relatórios de Justiça em Números do CNJ, ou mesmo na página do CNMP, não se encontram dados ou estatísticas oficiais acerca do número de recursos propostos pelo Ministério Público, em qualquer ramo do direito.

Noutro modo, consultando o *site* do STJ, na opção Diário da Justiça eletrônico (DJe) e visualizando, de maneira aleatória, alguns dias de fevereiro a setembro de 2021, de outubro a novembro de 2022 e de março a outubro de 2023, em matéria penal: *habeas corpus*¹³, recurso ordinário em *habeas corpus*, bem como em REsp, AREsp e reclamação criminal, verifica-se, sem dificuldade, mesmo não sendo possível de se estabelecer uma porcentagem oficial ou segura, que o Ministério Público figura, predominantemente, na qualidade de recorrido ou apenas interessado.

E quando se conhecem outras informações processuais, eleva-se a preocupação com o assunto estudado, que conduz à alarmante conclusão de que a justiça penal do país está cada vez mais punitivista e bastante encarceradora, o que pode justificar

¹² Conveniente a observação de Cândido Rangel Dinamarco de que essa questão “é uma opção de fundo pandectístico, alimentada no mundo latino por certas disposições do direito francês e reiterada linha jurisprudencial, que se chocam com o desideratum de plenitude da tutela jurisdicional. Na literatura menos recente, contra tal orientação bateram-se Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei, a partir do pressuposto de que, na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem razão tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito a obter” (DINAMARCO, 2000, p. 756).

¹³ Embora raríssimo, mas há registro de HC impetrado pelo MP em favor de réu, de que é exemplo: HC 22.216/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 10/3/03.

o intenso volume de ações, como *habeas corpus* (HC), e de recursos manejados em favor de réus, para o fim de resistir às inúmeras condenações, ou decretos de prisões, enfim, de decisões que lhes são desfavoráveis.

Além disso, nas poucas vezes que recorre, o MP-parte obtém um sucesso considerável em seus inconformismos, contando com os pareceres do MP-*custos iuris* que, geralmente, são favoráveis às insurgências interpostas pelos seus colegas de profissão, como se verifica a partir de algumas pesquisas realizadas no sítio do STJ, enfrentadas no tópico 4 deste artigo. Isto é, o Ministério Público, que titulariza a ação penal pública com exclusividade, atua em grau recursal em duas faces: como parte acusadora e como fiscal da ordem jurídica, como se fiscalizasse a si próprio e com relativo poder para influenciar nas decisões dos ministros julgadores.

E a hipótese supra comentada, traz à lume os ideais defendidos por José Frederico Marques (1961, p. 40-50)¹⁴ que construiu o pensamento de que não se pode falar em imparcialidade do órgão ministerial, sobretudo se atuar simultaneamente como parte e fiscal da ordem jurídica, ressaltando ainda que, mormente no âmbito penal, deve o *parquet* atuar, puramente, como parte processual; do contrário, enfraqueceria a função repressiva estatal, visto que é um órgão que atua no interesse punitivo do Estado, muito embora deverá perseguir uma decisão justa em relação ao acusado.

Noutra fonte do direito, extrai-se da jurisprudência um acórdão emblemático sobre a temática discutida, concernente a uma discussão ocorrida no âmbito do Agravo em Recurso Especial (AREsp) nº 650.203/GO (BRASIL, 2020)¹⁵, de relatoria de Rogério Schietti, ocasião em que passou a orientação de que é superficial e simplista a distinção entre Ministério Público agente (parte) e Ministério Público consulente (fiscal); enquanto, na ação penal condenatória, continua o ministro, por mais que uma dessas funções se esconda por trás da roupagem verbal ou escrita da manifestação do membro do *parquet*, estará ela presente.

¹⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. 2. São Paulo: Forense, 1961.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 650.203/GO. Agravante Clóvis Inácio dos Reis. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. **DJe**. Brasília/DF, 3 març. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em 10 out. 2023.

No caso, o intérprete que compõe a Sexta Turma do STJ concluiu o voto, seguido pelos demais integrantes do órgão fracionário, com o comentário de que a forma não desnatura a matéria, mas apenas lhe modifica a aparência, de maneira que o parecer do procurador de justiça não elimina, mas tão-só, esconde a função acusatória que, em outras manifestações do mesmo órgão do MP, como exemplo de que nas alegações finais ou na denúncia do promotor de justiça, a pretensão acusatória se revela bem mais nítida e indiscutível (BRASIL, 2020).

E por meio do Recurso Especial nº 1.594.250/RN (BRASIL, 2022), julgado mais recente, o referido ministro da corte superior reafirmou que o Ministério Público é orientado por princípios constitucionais, destacando-se os da unidade e o da indivisibilidade, que engendram a prática de atos, mediante a atuação uniforme de seus membros, sem que importe a fragmentação do órgão.

Com efeito, a situação debatida é séria e complexa porque, ainda que o MP-parte não assine um recurso endereçado ao STJ, o MPF que oficia no referido tribunal, que compõe o Ministério Público brasileiro, segundo previsão do artigo 128 da CF/88, atua em todos os processos penais que chegam na corte superior, na condição de *custos iuris*, cujos pareceres chegam a influenciar as decisões dos ministros, conforme se apurou no tópico 4 deste estudo acadêmico.

Por tudo isso, o tema discutido exsurge, no sistema judicial brasileiro, como uma desarmonia jurídica que segue invisível aos olhos da sociedade, da comunidade acadêmica e científica, dos jurisdicionados e de autoridades estatais, daí a necessidade de uma reflexão corajosa, profunda e responsável acerca da temática abordada.

Ademais, é certo que o tema em discussão é enfrentado por alguns doutrinadores, como Aury Lopes Júnior (2014, p. 37)¹⁶, segundo o qual não se pode confundir que a observância às garantias e direitos fundamentais dos réus significa uma suposta impunidade; no entanto, deve-se compreender que o processo penal é um percurso legal para se chegar, legitimamente, à pena, se for o caso, mas sempre de forma a respeitar rigorosamente as regras e garantias constitucionalmente asseguradas, que limitam o poder punitivo do Estado.

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury **Direito processual pena**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Ainda no plano de controle da racionalidade das decisões judiciais e da legitimação do poder persecutório estatal, Ferrajoli (1977, p. 22 e s.)¹⁷ sublinha que o modelo criminal, no aspecto garantista, pressupõe a minimização do poder e de maximização do conhecimento judicial, de modo a condicionar a validade das decisões a uma verdade processual, empírica, logicamente controlável e devidamente motivada.

De fato, a atividade jurisdicional penal é um saber-poder, de modo a conjugar o conhecimento, no sentido de expressar o que o direito quer dizer sobre algo, através das decisões judiciais, que é a materialização do poder punitivo do Estado. Logo, na esteira do professor Lopes Júnior (2014, p. 1067), os níveis recursais do sistema judicial brasileiro devem privilegiar o saber sobre o poder e, assim, dá preferência à aplicação de regras e princípios estabelecidos no sistema judicial, celebrando a efetiva paridade de armas, a fim de se chegar a um modelo ideal de jurisdição.

3. DISCUSSÃO SOBRE O FUNDAMENTO LEGAL PARA A ATUAÇÃO MULTIFACETADA DO MP

O novo modelo de Estado brasileiro, instaurado a partir da ordem constitucional de 1988, valorizou de maneira axial a instituição Ministério Público, acompanhando uma tendência mundial¹⁸, ocasião em que conferiu ao órgão autonomia administrativa e funcional, bem como uma série de prerrogativas e garantias, diante de sua importante atuação na defesa da sociedade e dos valores democráticos. No entanto, o legislador constitucional, tampouco as normas ordinárias, não previram absolutos e plenos poderes ao MP para atuar em todas as circunstâncias que envolvam as relações entre as pessoas e o Estado, notadamente no aspecto processual penal.

¹⁷ “(...) el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón** – teoría del garantismo penal. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997, p. 22).

¹⁸ Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **O Ministério Público na Constituição Federal de 1988**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v.2, 2012, p. 177-192. Disponível em: file:///C:/Users/jeff_/Downloads/46-Texto%20do%20Artigo-89-1-10-20121123%20(2).pdf. Acesso em 10 out. 2023.

Por essa ótica, propõe-se a analisar detidamente os parâmetros constitucionais e legais impostos ao MP na realização de sua relevante atividade funcional. No contexto internacional, o artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (SENADO FEDERAL, 2013)¹⁹ e o artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada internamente por meio do Decreto nº 678/1992 (BRASIL, 1992)²⁰, orientam sobre o direito do homem à igualdade de tratamento no campo processual. Mas, obviamente, trata-se de uma orientação genérica, de caráter recomendativo, que serve de orientação principiológica para os países signatários.

No domínio interno, é certo que uma das funções essenciais do MP é promover, privativamente, a ação penal pública, segundo emanado expressamente no art. 129, I da CF/88. E, neste ponto, surge um importante debate: inexistiu previsão constitucional, mesmo porque o seria sabidamente contraditório, instituir uma ala paralela, interna e temporária dentro do órgão ministerial, com a finalidade de fiscalizar o procedimento da ação penal pública, o que representaria uma verdadeira autofiscalização.

Em nível infraconstitucional, encontram-se em algumas normas²¹ disposições expressas acerca da atuação do MP, na qualidade de *custos iuris* e, por isso, impõe-se a sua intervenção obrigatória no feito, independente que o MP-parte tenha promovida a ação respectiva. Nesse sentido, afora outros casos previstos em lei, ilustram-se: o art. 12 da Lei nº 12.016/2009 (mandado de segurança); a ação civil pública: §1º do art. 5º da Lei nº 7.347/85; a ação popular, à vista do §4º do art. 6º da Lei nº 4.717/65 (MANCUSO, 2015)²²; e em causas que envolvem índios (art. 232 da CF/88), menores (Lei nº 8.069/1990), idoso (art. 77 da Lei nº 10.741/2003) e

¹⁹ SENADO FEDERAL. **Direitos Humanos**. 4 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013.

²⁰ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **DOU**. Brasília/DF, 9 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm: -:text=DECRETO%20No%20678%2C%20Deque%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em 10 out. 2023.

²¹ Cf. EDUCAÇÃO, Saraiva. **Vade Mecum Saraiva**: tradicional. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627406. Disponível: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553627406/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml\]!/4/2\[cover\]/2%4050:77](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553627406/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml]!/4/2[cover]/2%4050:77). Acesso em 5 out. 2023.

²² MANCUSO, Sandra Regina. **O processo como relação jurídica**. Vol. 682, ago. 1992, p. 56-61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

violência doméstica contra a mulher, especialmente no art. 25 da Lei 11.340/2006 (DELMANTO, 2014)²³.

Como se observa, nas situações retro a atuação do MP-*custos iuris* é explicitamente determinada em lei. Todavia, na esteira do entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência, entende-se que, caso o MP-parte seja o autor da ação, é desnecessário, e até mesmo contraditório, chamar o MP-*custos iuris* para intervir no processo. Na hipótese aventada, além de considerar que o próprio juiz da causa pode e deve velar pela higidez e pelo devido processo legal, a atuação dobrada do MP desequilibra o princípio constitucional de isonomia que deve existir entre os polos da ação, visto que, na prática, equivalem a duas partes contra uma.

No mesmo contexto avaliado, advirta-se para a previsão constante no artigo 279 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), que impõe a nulidade do feito, no ponto em que o membro do *parquet* não é intimado para acompanhar o processo em que deveria intervir, inclusive para fins de interposição de eventual recurso. E a disposição existente no dispositivo legal compreende a intimação multifacetada: do MP-parte e do MP-*custos iuris*²⁴.

De toda forma, é sempre oportuno registrar o entendimento consolidado no STJ, na direção em que inexistente nulidade de julgamento por ausência de manifestação do MP-*custo iuris*, quando o MP-parte já atua como autor da ação civil pública²⁵. Demais disso, a declaração de nulidade não é absoluta e automática, devendo ser demonstrado o efetivo prejuízo às partes ou para a apuração da verdade real estabelecida na controvérsia jurídica, segundo o princípio *pas de nullités sans grief*²⁶.

²³ DELMANTO, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁴ Em ação civil pública ambiental: “A Segunda Turma desta Corte já decidiu, no julgamento do REsp n. 1.793.015/SP, que, em consonância com o disposto no art. 10, inciso I, da Lei nº 8.625/1993, é obrigatória a citação pessoal do Procurador-Geral de Justiça nos embargos de terceiro, sob pena de nulidade, não servindo a esse propósito a intimação eletrônica do Promotor de Justiça” (Relator o Ministro Herman Benjamin, DJe de 30/5/2019).

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 155681/SP. Agravante Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. **DJe**. Brasília/DF, 18 mai. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em 8 out. 2023.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1183504/DF. Agravante Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Humberto Martins. **DJe**. Brasília/DF, 17 jun. 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 8 out. 2023.

E a partir dessa construção jurisprudencial, oriunda do ramo cível, pode ser desenvolvido o mesmo raciocínio para ser aplicado na seara penal, até porque o MP-parte é sempre autor da ação penal pública e, por isso, não se justifica a atuação conjugada do MP-parte e MP-*custos iuris* a partir do duplo grau de jurisdição.

Contudo, sabe-se que é uma prática comum no sistema judicial-criminal do país, sem previsão expressa em lei, senão apenas nos regimentos internos das cortes judiciais ou decorrente de uma ilação interpretativa. Desse modo, a presente situação está compreendida na gestão de ilegalismos aplicada numa razão criminológica neoliberal, teoria difundida por Foucault (2015)²⁷, o qual entende que o poder punitivo estatal é determinado, predominantemente, pelo mercado e não por normas legais. Pode-se inferir ainda que o mercado é representado pela mídia que, normalmente, dissemina uma ideia manipuladora e tendenciosa contra o garantismo e a favor punitivismo, sobretudo quando os delitos interferem na vida dos poderosos e seus familiares.

Adentrando nas particularidades do tema proposto, notadamente na área penal, a CF/88, a partir do § 1º do artigo 103, dispôs que o Procurador-Geral da República (PGR) deverá ser ouvido previamente nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência da suprema corte. É dizer, o legislador constitucional não previu expressamente, ou não quis fazê-lo, que esta regra alcançasse os demais tribunais brasileiros. E note ainda que a lei fundamental fala em “processos de competência do STF” e, talvez por isso, no julgamento do agravo interno 158.725 AgR-ED, DJe de 08/03/1996²⁸, a corte decidiu que se deve imprimir uma interpretação teleológica ao § 1º do artigo 103, visando ao conhecimento de que ao MP não deva ser enviado, automática e necessariamente, todo e qualquer processo que chega à corte suprema.

No âmbito do CPP, legislação especial em matéria criminal, não se encontra em suas disposições, notadamente a partir do artigo 574 e seguintes (dos recursos em geral), qualquer menção de que o MP-*custos iuris* deverá ser ouvido nos atos

²⁷ FOUCAULT, Michel. **A sociedade Punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

²⁸ Cf. na página do STF, em A Constituição e o Supremo: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/>.

postulatórios manejados pelo réu ou pelo MP-parte. De outro lado, curiosa a situação prevista no § 4º do artigo 600 do CPP²⁹, em que o réu condenado poderá apelar, mas que poderá apresentar as suas razões recursais no tribunal de instância superior, circunstância em que dois membros do mesmo Ministério Público de segundo grau (da Procuradoria Geral de Justiça – PGJ) intervirão nos autos: o primeiro como parte, para contra-arrazoar o inconformismo do réu; e o segundo, para ofertar parecer no feito.

Da mesma maneira, a Lei nº 8.038/1990 (BRASIL, 1990)³⁰, que disciplina normas procedimentais referentes a processos que tramitam no STJ e no STF, veicula em seus artigos 30 ao 35, que, tão logo o recurso ordinário em habeas corpus (RO em HC) ou em mandado de segurança (RO em MS) sejam distribuídos, a secretaria do tribunal abra vista ao MP-*custos iuris*.

Acontece que, na origem, tais recursos já foram impugnados pelo MP-parte³¹ (pelo menos se abre o prazo para a parte contrária), e esta ocorrência traz de volta à discussão que é objeto da presente pesquisa: acerca da desnecessidade da atuação duplicada do Ministério Público na mesma ação penal, porque viola o equilíbrio paritário entre as partes e os direitos fundamentais dos réus.

Assim, por mais que o pronunciamento do MP-*custos iuris* não vincule o julgador (BRASIL, 2023)³², é oportuno trazer a debate um precedente do próprio STJ, de relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura, que firmou a compreensão de que o Ministério Público é parte na ação penal e, por esta razão, convive na mesma dimensão da defesa, de modo que as suas prerrogativas

²⁹ Art. 600, CPP. Assinado o termo de apelação, o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de oito dias cada um para oferecer razões, salvo nos processos de contravenção, em que o prazo será de três dias. (...) § 4º Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância serão os autos remetidos ao tribunal ad quem onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 4.336, de 1º.6.1964).

³⁰ BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Instituiu normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. **DOU**. Brasília/DF, 29 mai. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm. Acesso em 10 out. 2023.

³¹ Segundo consta no § 4º do art. 1.027 do CPC/2015 e nos regimentos internos dos tribunais de segunda instância.

³² “O pronunciamento da Procuradoria da República, na qualidade de custos legis, não vincula o julgador, pois a manifestação do Ministério Público, traduzida em parecer, embora de grande valia, é peça de cunho eminentemente opinativo, sem carga ou caráter vinculante ao órgão julgador. Precedentes” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC nº 632848/ES. Agravante Ana Maria Rodrigues Silverol. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. **DJe**. Brasília/DF, 03 mai. 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em 10 out. 2023).

não podem viciar o equilíbrio que deve prevalecer entre a acusação e a defesa na concretização do contraditório, à luz da paridade de armas, que se revela como princípio e função do processo penal, rumo ao ideal de justiça, que não pode pender para um lado, tornando-se uma justiça tendenciosa, algo inadmissível, sobretudo quando está em jogo a liberdade do ser humano (BRASIL, 2014)³³.

Em se falando de regimentos internos de tribunais do país, as suas disposições não somente disciplinam como instituem regras de natureza processual, como a previsão de intervenção dobrada do MP-parte e MP-*custos iuris* em recursos penais, constituindo verdadeiras normas (i)legais que vêm sendo obedecidas desde a segunda instância jurisdicional.

Sobre o assunto, Marques (1962, p. 237-241)³⁴ partilha do pensamento de que, antes da promulgação da CF/88, o regimento interno do STF assumia a natureza de lei; contudo, na configuração processual, os regimentos internos não podem inovar no mundo jurídico, conforme adverte Cretella Júnior (1992, p. 3033-3034)³⁵.

De todo modo, com a vigência da nova ordem constitucional de 1988, não se confere ao regimento interno a natureza de norma legal, de maneira que o legislador federal pode editar leis que revoguem as normas internas criadas pelos tribunais brasileiros. E para que não paire qualquer dúvida, os regimentos internos dos tribunais não estão elencados entre as sete espécies legislativas definidas pela CF/1988, no seu artigo 59³⁶.

Ademais, no sentido defendido, encontra-se um acórdão de relatoria da ministra Ellen Gracie, na ADI 2.970, publicado na imprensa oficial em 12/05/2006, em que reforça a natureza administrativa do regimento interno do STF, à luz do artigo 96, I, a, da CF/88. Inexiste óbice, entretanto, para que as cortes brasileiras

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1347303/GO. Agravante Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **DJe**. Brasília/DF, 28 mar. 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em 10 out. 2023.

³⁴ MARQUES, José Frederico. **Fontes normativas do direito processual comum em face da Constituição de 1946**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 51, n. 315, p. 237-241, jan. 1962.

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

³⁶ Art. 59, CF/88. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções (BRASIL, 2018).

possam complementar a legislação vigente, segundo decidido na ADI 2.480, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, publicado no DJe em 15/06/2007.

Em termo conclusivos, sobre o assunto regimental, o conceito mais adequado para a natureza jurídica dos regimentos internos é de que se trata de uma norma administrativa, e não de lei, ocasião em que regula matéria *interna corporis* de uma corte, mas de modo a não criar direitos nem obrigações para os jurisdicionados, sobretudo em situação conflitante com a lei, na aceção de Nery Júnior e Rosa Nery (2006, p. 784)³⁷.

Desta feita, como normativo de autogestão, o regimento interno de um tribunal disciplina acerca de um conjunto de disposições estabelecidas para regulamentar a organização e o funcionamento interno do órgão colegiado, hipótese em que especifica as competências, os limites de seus órgãos e serviços auxiliares, bem como dos ritos processuais internos; logo, é justificado como um documento que norteia as atividades da estrutura administrativo-jurisdicional de determinado tribunal.

4. CONCLUSÃO

À vista das ideias desenvolvidas nesta pesquisa, chega-se à compreensão de que o assunto debatido, conquanto seja complexo, não é novo mas pouco explorado na academia e no mundo jurídico. E a admissão dessa disparidade representa uma inconstitucionalidade e ilegalidade, ante às ofensas a princípios e regras constitucionais e a disposições legais, como a previsão de isonomia das partes processuais e da paridade de armas. Trata-se ainda de uma realidade que existe de forma invisível e sob o manto da suposta legalidade.

Ademais, os operadores do direito e os jurisdicionados que sentem, direta ou indiretamente, as consequências dessa desarmonia processual, violadoras dos direitos fundamentais do réu e que, reflexamente, vêm superlotando as penitenciárias brasileiras, ainda não despertaram concretamente para o problema e continuam

³⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

numa situação passiva. Por isso, é necessário o enfrentamento do tema, com a finalidade de discutir e corrigir a matéria abordada.

Igualmente, deparou-se com outra dificuldade durante a pesquisa: de que não há estatística oficial sobre a temática analisada, de modo que, caso se pretenda conhecer o real problema, deve-se explorá-lo de forma manual, o que há enorme dificuldade diante da vultosa quantidade de ações e recursos que chegam aos tribunais.

Na técnica do direito brasileiro, o Ministério Público, no âmbito da ação penal, atua de forma exclusiva com a finalidade de promover a justiça criminal, num determinado caso concreto, durante o qual pode praticar atos de diversas naturezas, como de investigação, produção de provas, impugnações e postulações de natureza cautelar ou meritória. E, na realidade, atua de forma multifacetada num mesmo processo, como parte e *custos iuris*, mas sem perder a sua perspectiva acusatória, cujo fenômeno é aceito no sistema processual brasileiro, mas que é altamente questionável o seu benefício frente a outros valores constitucionais e legais na promoção da justiça ideal.

Nesse ritmo, é chegado o momento de discutir o verdadeiro papel do Ministério Público no ramo penal brasileiro, mantendo-se a estrutura e a essência do órgão, visto que é fundamental para a manutenção e estabilização do Estado Democrático de Direito. Lado outro, não seria razoável concluir que se defende, de forma absoluta, os direitos dos réus, em detrimento do *jus puniendi* estatal, até porque não se deve preservar o atual sistema encarcerador e punitivista, motivo pelo qual o país, há anos, ocupa o terceiro lugar em número absoluto de população carcerária, como se o direito penal fosse a resposta para os males provocados pela violência e criminalidade.

Curioso que, até para se negar as conclusões obtidas nesta pesquisa, seria necessária a apresentação de informações processuais que confirmassem, não somente a imparcialidade do MP-*custos iuris*, mas a efetiva necessidade e legitimidade da existência do MP parecerista, como um possível ponto de equilíbrio entre acusação e defesa na promoção da justiça criminal, sabendo-se que tais dados não estão disponíveis ao público, de modo satisfatório, se é que existem.

Além do mais, quando decidem um processo, muitas vezes, os intérpretes fazem referências, direta ou indiretamente, aos pareceres do MP-*custos iuris*, o que induz à conclusão de que os acórdãos são, também, pautados pelas opiniões jurídicas de outro integrante do mesmo órgão público acusador que, se forem tendenciosas, faz surgir a ideia de que, na fase recursal, operam duas partes processuais contra uma, e com influência sobre as decisões de órgãos julgadores.

No caso, a solução mais rápida e prática seria uma Emenda à Constituição de 1988, a fim de irradiar efeitos em todo o ordenamento jurídico, a partir da qual fosse estipulado que, nas situações em que o Ministério Público figurasse como parte, seria desnecessária e ilegítima a intervenção do MP-*custos iuris*, uma vez que quaisquer das partes processuais e o próprio julgador da causa têm o dever de zelar pela higidez processual, pelo devido processo legal e pelos demais princípios e regras que orientam a ação penal.

Portanto, a reflexão provocada nesta pesquisa é fundamental e válida, à luz de concepções doutrinárias, jurisprudenciais e de ordem prática, apresentadas ao longo do trabalho, uma vez que oportuniza a discussão acerca da efetiva desnecessidade e ausência de legitimidade da atuação multifacetada do MP nas ações penais, visto que ressaí evidente um possível corporativismo de integrantes de um mesmo órgão público que se subdividem internamente para, convenientemente, acusar o réu e fiscalizar a ordem jurídica e o interesse público, com notórios prejuízos à defesa e sérias consequências ao sistema acusatório adotado pela legislação pátria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo. Supremo Tribunal Federal**. 6 ed. atual. Até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília/DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 5. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 650.203/GO**. Agravante Clóvis Inácio dos Reis. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJe. Brasília/DF, 3 març. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL, **Brasil tem terceira maior carcerária do mundo**. Divulgado em 28 de setembro de 2010. Brasília: Agência CNJ, 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília/DF, 9 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20Deque%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 155681/SP**. Agravante Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. DJe. Brasília/DF, 18 mai. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1183504/DF**. Agravante Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Humberto Martins. DJe. Brasília/DF, 17 jun. 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. DOU. Brasília/DF, 29 mai. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC nº 632848/ES**. Agravante Ana Maria Rodrigues Silverol. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. DJe. Brasília/DF, 03 mai. 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 1347303/GO**. Agravante Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJe. Brasília/DF, 28 mar. 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. **DOU**. Brasília/DF, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Pillares, 2015.

CONDE, Francisco Muñoz. **La Búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 4ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DELMANTO, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **O futuro do processo civil brasileiro, Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo II, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 756.

EDUCAÇÃO, Saraiva. **Vade Mecum Saraiva**: tradicional. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. Disponível:[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553627406/epubcfi/6/2 \[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml!\]/4/2\[cover\]/2%4050:77](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553627406/epubcfi/6/2 [%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml!]/4/2[cover]/2%4050:77). Acesso em 5 out. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón** – teoría del garantismo penal. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade Punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

LACERDA, Lucas. **Com 832 mil presos, Brasil tem maior população carcerária de sua história**: número de presos no país cresceu 257% de 2000 a 2022; déficit de vagas em prisões passa de 236 mil. Divulgado em 21/07/2023. São Paulo: UOL/Folha de São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/07/brasil-tem-832-mil-presos-populacao-carceraria-e-maior-que-a-de-99-dos-municipios-brasileiros.shtml>. Acesso em: 08 out. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury **Direito processual pena**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MANCUSO, Sandra Regina. **O processo como relação jurídica**. Vol. 682, ago. 1992, p. 56-61. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. 2. São Paulo: Forense, 1961.

MARQUES, José Frederico. Fontes normativas do direito processual comum em face da Constituição de 1946. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 51, n. 315, p. 237-241, jan. 1962.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v.2, 2012, p. 177-192. Disponível em: [file:///C:/Users/jeff_/Downloads/46-Texto%20do%20Artigo-89-1-10-20121123%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/jeff_/Downloads/46-Texto%20do%20Artigo-89-1-10-20121123%20(2).pdf). Acesso em: 10 out. 2023.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SENADO FEDERAL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 9 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

SENADO FEDERAL. **Direitos Humanos**. 4 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal**. Vol. 1. 3 ed. rev. amp. atual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio. **Recurso bom é recurso morto: é assim que pensam os tribunais?** São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-29/recurso-bom-recurso-morto-assim-pensam-tribunais>. Acesso em: 09 out. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. I.

VERDÉLIO, Andreia. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo**. Publicado em 08/12/2017. Brasília: Agência Brasil, 2017. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 08 out. 2023.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Tutela Específica. Revista do Instituto do Direito Brasileiro: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 4, n. 2, p. 3343-3368, 2013. Trimestral. Disponível no endereço eletrônico: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03343_03368.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

A LEI MARIA DA PENHA E OS ASPECTOS PROCESSUAIS CÍVEIS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À MULHER

João Paulo de Carvalho Barbosa¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Direito a dignidade da Mulher; 3 As medidas protetivas de Urgência; 3.1 As medidas protetivas de urgência cíveis típicas; 4 Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um fenômeno social que afeta milhões de mulheres em todo o mundo. É uma violência que se manifesta em diversos contextos e pode assumir várias formas, prejudicando a saúde física e psicológica das mulheres.

Compreende-se a violência física como aquela que ocorre por meio de agressões físicas. Já a violência de conotação sexual pode ser compreendida como aquela que envolve casos de ato sexual não consentido, incluindo abusos que extrapolam a liberdade da mulher sobre o próprio corpo e a própria vontade, bem como sua intimidade.

A violência de cunho psicológico possui, dentre outras formas, condutas que afetam diretamente a honra subjetiva da mulher, a forma como ela se compreende no mundo, bem como afeta ainda a sua imagem perante a sociedade e seu círculo

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Tribunal do Júri e Execução Criminal pela Faculdade Legale (LEGALE, 2023). Especialista em Direito Público (LEGALE, 2023). Especialista em Direitos Humanos (LEGALE). Graduado em Direito pela Faculdade Ari de Sá (FAS, 2021). Especialista em Ensino de Língua Portuguesa e Literatura pela Universidade Ateneu (UNIATENEU, 2015). Graduado em Letras Português-Italiano (UFC, 2011). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3134307008811520> Orcid: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-5539-4794>. E-mail: joao.decarv@gmail.com.

social. Pode ocorrer por meio de ameaças, humilhações, controle excessivo, chantagem emocional e manipulação.

A violência patrimonial parte do abuso do controle ou destruição dos recursos financeiros e patrimoniais da mulher. E a violência moral ocorre de forma muito próxima a violência psicológica, pois parte de crimes contra a honra (calúnia, difamação, injúria) e outras formas de desrespeito verbal.

Muitos países têm leis que criminalizam a violência doméstica e familiar contra a mulher e estabelecem medidas de proteção, como as medidas protetivas de urgência. No Brasil, por exemplo, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) é um marco legal inovador nesse sentido.

É fundamental que as vítimas de violência doméstica tenham acesso a apoio médico, psicológico e social. Existem organizações e centros de atendimento que oferecem ajuda às vítimas, bem como linhas diretas de apoio e abrigos seguros para mulheres em situação de risco.

A conscientização sobre a violência doméstica e a promoção da igualdade de gênero são ferramentas essenciais para prevenir a violência e apoiar as vítimas. Isso envolve campanhas de educação, programas de sensibilização e a desconstrução de estereótipos de gênero prejudiciais.

Combater a violência doméstica e familiar contra a mulher é um compromisso de direitos humanos e uma questão de justiça social. A conscientização, a educação e a aplicação efetiva da lei desempenham papéis críticos na erradicação desse problema e na proteção das mulheres em situações de vulnerabilidade.

2. DIREITO À DIGNIDADE DA MULHER

A base fundamental dos direitos humanos é a garantia da dignidade humana. Todos os seres humanos devem estar cientes dos seus direitos a uma vida digna (saúde, educação, emprego, moradia, saneamento, justiça etc.). Mas os princípios que regem a dignidade humana, no entanto, estão longe de ser uma realidade em nossa sociedade, e ainda hoje os existe, diversos grupos sociais sendo privados do direito à vida. Em vista disso, a violência nas esferas física, moral, psicológica, social e cultural é inaceitável.

A dignidade vem como um valor indispensável, pois caracteriza os princípios morais e espirituais, que visa garantir o respeito em questões pessoais, resguardando o bem-estar, através das ações de governo no aspecto global enfatizando os valores comuns (ARAÚJO, 2017)

Para D'Alonso as mulheres passam a figurar de forma diversa, deixando de ser apenas pessoas que se obrigam com os cuidados do lar e passam a não somente esposa e mãe, mas ainda ocupar espaços no ambiente de trabalho, podendo exercer diversas profissões (D'Alonso, 2012).

O direito à dignidade da mulher é um princípio fundamental baseado na perspectiva que as mulheres, como toda e qualquer pessoa humana, tem o direito de ser tratada com dignidade, com respeito e com igualdade de oportunidades e condições em todas as esferas da sua vida.

O conceito do direito à dignidade é intimamente ligado às questões relativas à promoção e proteção dos direitos humanos e é fundamental para o combate à discriminação por questões de gênero, bem como para a promoção da igualdade.

A dignidade da mulher exige igualdade de gênero em todas as áreas da vida, incluindo o acesso à educação, ao emprego, à saúde e à participação política. A dignidade da mulher também implica que ela tem o direito de viver livre de violência física, psicológica e sexual. A violência de gênero - como o assédio, a violência doméstica (ora tratada) e o estupro -, é uma grave violação desse direito.

As mulheres têm o direito de tomar decisões sobre suas próprias vidas, incluindo questões relacionadas à sua saúde reprodutiva, carreira, casamento e estilo de vida. Isso inclui o direito de acessar informações e serviços de saúde reprodutiva, como contracepção e aborto seguro. O direito à dignidade da mulher também envolve seu direito de participar ativamente na política e na economia. As mulheres devem ter oportunidades iguais para concorrer a cargos públicos e cargos de liderança empresarial.

Garantir que as mulheres tenham acesso à educação de qualidade e informações é fundamental para capacitar as mulheres e promover sua dignidade. Isso inclui educação sexual, educação sobre direitos humanos e igualdade de gênero.

O direito à dignidade da mulher é reconhecido em várias convenções e tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Plataforma de Ação de Pequim. No entanto, é importante ressaltar que a efetivação desse direito ainda é um desafio em muitos lugares do mundo, e a luta pela igualdade de gênero continua sendo um esforço global.

3. AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

As medidas protetivas de urgência são um conjunto de ações judiciais e medidas de segurança adotadas em situações de violência doméstica e familiar contra mulheres, crianças, idosos e outras vítimas vulneráveis. Elas têm o objetivo de garantir a integridade física e psicológica das vítimas, bem como prevenir novos episódios de violência.

Dessa forma é possível entender as medidas protetivas de urgência contidas na Lei Maria da Penha como uma série de mecanismos, de possibilidades a serem adotadas com intuito de se resguardar e proteger os direitos fundamentais da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Tais medidas são importantes uma vez que esse tipo de violência decorre de uma relação de coabitação ou convivência, pressupondo certa proximidade entre a vítima e seu agressor.

As referidas medidas visam impedir o agravamento da violência contra a mulher quando ainda no início, uma vez que essas violências costumemente ocorrem de forma reiterada durante a convivência entre vítima e agressor, buscando assim a interrupção do ciclo.

São ferramentas abrangentes, pois possuem o condão de executar diversas ações, tais como: afastamento do agressor; proibição de contato do agressor com vítima, dependentes, familiares e testemunhas; restrições financeiras; apreensão de armas de fogo, dentre outras.

As medidas protetivas de urgência seguem o mesmo modelo das conhecidas medidas provisionais, que são aquelas previstas no artigo 888 do Código de Processo

Civil. Entende-se por medida provisional como sendo toda providência judicial de caráter urgente, tomada no curso da causa, exemplo da prestação de alimentos.

Para um melhor entendimento do instituto das medidas provisórias de urgência previstas na Lei Maria da Penha se faz importante entender que as medidas previstas na Lei nº 11.340/2006 seguem o mesmo modelo daquelas previstas no CPC. As medidas provisionais podem ser obtidas por meio de instauração de procedimento cautelar, mesmo se possuir conteúdo de cautela, sem possuir caráter satisfativo.

Tem-se para obtenção de tais medidas uma demanda satisfativa, mas o processamento para essa obtenção é de natureza cautelar. Nas medidas provisionais aquele que demanda vai até o poder judiciário com o pedido de certa providência que se relacionará com apenas uma parte do seu problema, sendo solução somente de parte dele.

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973 não havia ainda previsão que tratasse de uma tutela de urgência satisfativa generalizada. Apenas no ano de 1994 surgiu a generalização do instituto da tutela antecipada. Tal fato foi registrado com a introdução do artigo 273 e do artigo 461, §3º, ambos do CPC.

As medidas provisionais tinham o escopo de conceder, nas situações em que se fazia realmente necessário, a tutela satisfativa de urgência. As medidas provisionais seguem o seguinte modelo de acordo com o código processualista civil: 01) as medidas são processadas pelo procedimento cautelar, de acordo com o parágrafo único do art. 889 do CPC; 2) existe a possibilidade de concessão de uma tutela de urgência de cognição sumária que independe de oferecimento de caução, conforme ainda art. 889 do CPC; 3) é ainda permitido no procedimento cautelar a mitigação do princípio da congruência, havendo a possibilidade que o magistrado conceda uma medida cautelar diversa daquela que foi requerida, uma vez que encontre medida mais adequada para obtenção da tutela, art. 805 do CPC; 4) possibilidade de concessão de medidas provisionais ex officio, com base no caput do art. 888 do CPC; 5) a obtenção da tutela provisional não exige o ajuizamento de uma ação principal, por não se tratar de providência cautelar;

6) a decisão judicial que reconhecer o direito à tutela provisional poderá ficar indiscutível pela coisa julgada material.

Dessa forma, algumas características referentes ao modelo antigo de tutela provisional foram repetidas, quais sejam: 1) possibilidade de obtenção de medida liminar (art. 19, §1º, da Lei Maria da Penha); 2) fungibilidade (art. 19, §2); 3) a ação para concessão da medida protetiva de urgência, por ser satisfativa, é apta a produzir coisa julgada material e dispensa o ajuizamento de ação principal no período de trinta dias.

3.1 As Medidas Protetivas de Urgência Cíveis Típicas

A Lei Maria da Penha, em seus artigos 22 a 24, trouxe a previsão das medidas protetivas de urgência, que são medidas provisionais. Tais medidas são elencadas conforme divisão em relação ao sujeito. O artigo 22 da referida lei apresenta as medidas protetivas dirigidas contra o agressor; já em seu artigo 23, apresenta as medidas protetivas estabelecidas em favor da ofendida; e o artigo 24 apresenta medidas protetivas em favor da ofendida no que diz respeito a resguardar os bens tanto em comum do casal, quanto da mulher.

Todas essas medidas possuem caráter provisional, devendo haver limitação no tempo e buscando alcançar a prevenção dos atos ilícitos e o encerramento do ciclo de violência que se caracteriza desde atos como constrangimentos não só a vítima como a filhos e outros familiares, ameaças, dilapidação de patrimônio, violências de ordem moral e psicológica, dentre outras formas.

Tais medidas podem ser conferidas em favor da vítima e pela preservação de seus direitos, podendo ser concedidas ao final do procedimento ou durante o seu curso, como tutela de natureza antecipada, podendo ser concedidas de forma imediata, independente de audiência prévia entre as partes e de manifestação do Ministério Público, devendo ser imediatamente comunicado da decisão, conforme artigo 19, §1º da Lei 11.340/2006.

Segundo Cavalcante e Resende para a concessão das medidas protetivas de urgência existe a necessidade de que os depoimentos da mulher vítima de violência e das testemunhas sejam semelhantes e convergentes entre si. Alertam ainda que

seja reconhecido o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*, pois se houver atraso na concessão das medidas protetivas a vítima poderá não ter sua integridade resguardada. (CAVALCANTE; RESENDE, 2014).

Figuram como medidas protetivas de urgência que podem ser determinadas pelo juiz a suspensão da posse ou a restrição do porte de arma (art. 22, I), devendo tal decisão ser comunicada ao órgão competente, o Sistema Nacional de Armas (SINARM) e à Polícia Federal; outra medida é o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (art. 22, II), ou até mesmo providenciar o afastamento a própria vítima, sem que esta arque com prejuízos relativos ao patrimônio, alimentos e guarda dos filhos (art. 23, III).

Uma vez que o agressor tenha sido efetivamente afastado do lar é possível que o magistrado determine a recondução da vítima e a de seus filhos e dependentes (se houver) ao respectivo domicílio ou local de convivência (art. 23 II).

A legislação especial prevê ainda a proibição de terminadas ações e condutas por parte do agressor (art. 22, III), tais como: aproximação da ofendida e de dependentes e familiares; proibição de contato com a vítima, familiares e testemunhas; proibição de frequentar determinados lugares. Observa-se que o legislador não se preocupou apenas com impedir a ocorrência de manutenção do ciclo de violência física, mas também de outros tipos, a exemplo dos crimes de ameaça e coação.

Já no art. 22, IV existe a possibilidade de que o magistrado restrinja o suspenda as visitas aos filhos dependentes menores, devendo tal medida ser cercada de maiores cuidados, uma vez que pode ocasionar prejuízos aos filhos menores. É ainda possível que o juiz imponha ao agressor a obrigação da prestação de alimentos provisórios (art. 22, V).

Interessante destacar que a lei confere aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a competência para dispor sobre a questão da prestação de alimentos e quando não houver esses juizados específicos será competência do Juízo das Varas Criminais (art. 33), para os casos em que a prestação de alimentos se deva por questões relativas decorrentes de atos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ainda é possível que o juiz possa providenciar o encaminhamento da vítima e de seus dependentes para receber acompanhamento e atenção especial, bem como a sua inclusão em programa assistencial desenvolvido pelo governo seja nas esferas federal, estadual ou municipal (art. 9º, I), devendo a vítima e seus familiares terem acesso a acompanhamento especializado para esses casos específicos.

As mulheres vítimas de violência doméstica e familiar ainda deverão ter acesso assistencial aos diversos benefícios que possam decorrer do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo serviços de atendimento de urgência e emergência, de contracepção, de profilaxia das doenças sexualmente transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência adquirida (AIDS), dentre outros procedimentos que também são cabíveis em casos de crimes que envolvam violência sexual (art. 9º, §3º).

Se a mulher vítima de violência doméstica e familiar for uma servidora pública poderá o juiz certificar o seu direito de acesso prioritário à remoção funcional, seja ela integrante da administração direta ou indireta (art. 9º, §2º, I).

Também é possível o reconhecimento do seu direito de manutenção do vínculo de trabalho, por um período que pode ir até o prazo de seis meses para os casos em que seja necessário o afastamento da vítima de seu local de trabalho (art. 9º, §2º, II).

Existe ainda a possibilidade que o juiz determine que o agressor restitua à vítima bens que desta tenha subtraído (art. 24, I). Tal dispositivo pode ser plenamente aplicável tanto aos bens de propriedade exclusiva da mulher, como para os bens que pertencem ao casal (nos casos em que vítima e agressor são cônjuges ou companheiros) e que estavam na posse do agressor.

Ainda sobre as questões referentes aos bens e sua propriedade nos casos de violência doméstica e familiar poderá o juiz aplicar medidas na forma do Código de Processo Civil acerca de situações em que havendo dúvidas quanto a titularidade dos bens ou nos casos de dilapidação do patrimônio poderá o juiz, seja de ofício ou a requerimento da parte, determinar a indisponibilidade dos bens e a nomeação de depositário.

Poderá ainda o magistrado decretar que seja proibida em caráter temporário a celebração de contratos de compra, venda e locação de propriedade comum do casal, com exceção de expressa autorização judicial para fazê-lo (art. 24, II).

Faz-se importante destacar o caráter da proibição da celebração desse tipo de contratos, pois não apenas a venda do patrimônio pode ocasionar prejuízos a mulher vítima, mas também situações de aquisição de bens. O CPC em seu art. 1643 autoriza a qualquer um dos cônjuges, sem a necessidade de autorização prévia do outro comprar coisas necessárias à economia doméstica, obter empréstimos para aquisição dessas coisas.

Já o artigo 1644, ainda do CPC, apresenta dispositivo no sentido que reconhece que as dívidas contraídas para fins da situação anteriormente mencionada obrigam solidariamente ambos os cônjuges na questão da quitação destas. Percebe-se que é importante nos casos de violência doméstica contra a mulher a proteção ao seu patrimônio nessas situações, sob pena de continuar a sofrer danos, ressaltando que a violência patrimonial é uma das diversas violências que recaem sobre a mulher.

Poderá ainda o juiz suspender eventual procuração em que a mulher tenha outorgado poderes ao agressor, dessa forma o juiz suspenderá os efeitos da procuração, com intuito que o agressor não possa praticar atos contrários aos interesses da vítima (art. 24, III).

Por se tratar de procuração, nada impediria a vítima de revoga-la por si só, mas faz-se importante considerar a extrema situação de fragilidade e vulnerabilidade da mulher que se encontra como vítima de violência doméstica. Ademais, a possibilidade de revogação da eficácia pelo juiz se demonstra importante também para os casos em que a procuração é irrevogável ou quando a sua revogação ensejar o pagamento de perdas e danos, conforme previsão dos artigos 683 a 685, ambos do Código Civil.

Também é previsível que o magistrado estabeleça a prestação de caução provisório por parte do agressor, que deverá ser realizado por depósito judicial por perdas e danos materiais decorrentes dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher por razões de gênero (art. 24, V).

Nos casos de violência doméstica e em ambiente familiar, as medidas protetivas possuem força impositiva que busca impedir a ocorrência e continuidade de atos de violência do homem contra a mulher por questões de gênero. Atos estes que vão desde ações de imposição de força e violência física contra a mulher, de constrangimento e coação tanto da vítima como de testemunhas, familiares e dependentes, atos de dilapidação de patrimônio e de violências do tipo moral, sexual e psicológica.

Podem o magistrado, dentro de cada caso concreto e conforme a melhor medida para alcançar o resultado esperado, se valer de discricionariedade para concessão da(s) medida(s) que considerar mais adequada, necessária e proporcional. O magistrado possui ainda a capacidade de conceder medidas protetivas diversas daquelas que foram requeridas tanto pela ofendida como pelo próprio Ministério Público.

As medidas protetivas ainda podem ser concedidas de forma isolada ou cumulativamente e no caso de já concedidas podem a qualquer tempo ser substituídas por outras medidas de maior eficácia quando as anteriores se mostrarem insuficientes para proteção dos direitos da vítima.

É importante analisar as medidas protetivas, até pela perspectiva de sua eficácia e que nem todo descumprimento de medida protetiva guarda relação a uma possível ineficácia. Segundo Pacheco, as medidas protetivas que são estabelecidas acabam, no caso concreto, tomando um curso diferente. Algumas vezes a própria vítima aceita a reaproximação do agressor com intuito de reatar o relacionamento e acaba por se retratar das medidas. Dessa forma nem sempre será o poder público responsável por eventual ineficiência das medidas protetivas (PACHECO, 2015).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência é um fenômeno que pode ser considerado como sinônimo de agressividade, tirania, intimidação, constrangimento e coação do mais forte contra o mais fraco. Já a violência doméstica seria caracterizada por todos estes atos de violência ocorridos no âmbito domiciliar ou familiar.

Neste viés, constata-se que a violência doméstica está presente por todo o mundo, tratando-se de um fenômeno globalizado e atingindo diferentes classes e grupos sociais.

A Lei Maria da Penha considera como violência doméstica qualquer ação ou omissão que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Ainda o rol trazido por esta não é exaustivo, desta maneira, além os diversificados tipos de violência, elencadas no rol de formas de violência doméstica, pode haver outras.

A história da sociedade é marcada pelo processo de estigmatização feminina, haja vista que a desigualdade entre os gêneros, na qual a mulher é considerada inferior ao homem, se deve à cultura patriarcal inserida na cultura brasileira. Sendo assim, a violência doméstica passou despercebida durante um longo tempo, visto que esta foi aceita historicamente pela sociedade, a qual se mantinha inerte a essa relação de submissão das mulheres diante da supervalorização da figura do homem em detrimento da figura da mulher.

As legislações que tinham como objetivo a proteção da mulher vítima de violência doméstica, no ordenamento jurídico brasileiro, apresentaram certo grau de evolução, porém ainda necessite de avanços para maior concretização da proteção às mulheres.

Foi sancionada no Brasil a Lei Maria da Penha, como resposta a intervenção internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Lei surgiu como medida específica e especial de se combater a violência doméstica e familiar contra a mulher e trouxe diversas inovações, dentre elas a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95, ao excluir a Lei nº 11.340/06 do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, visto que a violência doméstica não constitui crime de menor potencial ofensivo, os quais são competência deste Juizado, visando à efetiva proteção da mulher. Neste viés, apesar das inovações trazidas pela Lei Maria da Penha, após entrar em vigor, almejou-se que esta se tornasse realmente efetiva e eficaz no combate à violência a mulher

Além disso apresentou mecanismos de combate à violência contra a mulher, quais sejam as medidas protetivas de urgência. Tais medidas, de caráter provisional

se assemelham a outros institutos pertencentes ao CPC e dispõem de mecanismos variados capazes de proteger diferentes direitos da mulher dos mais diversificados tipos de violência.

A Lei 11.340/2006 terminou por garantir ao magistrado discricionariedade nos mecanismos coercitivos para propiciar a eficácia das medidas, possibilitando até a aplicação de outras medidas não previstas em lei, desde que adequadas à situação de fato, com vistas à proteção da ofendida.

Observa-se que as medidas protetivas de urgência possuem características provisionais e guardam relação com dispositivos previstos no CPC e no CC. Ainda assim é possível verificar aspectos processuais de natureza civilista nas medidas protetivas de urgência, uma vez que podem gerar restrições a direitos civis do agressor, direitos de ir e vir, de propriedade, de disposição de bens móveis, imóveis e valores.

Tais restrições possuem o escopo de buscar garantir uma melhor aplicabilidade a Lei que visa garantir o direito das mulheres. Os crimes de violência doméstica contra a mulher constituem verdadeira violação aos seus direitos fundamentais sociais, bem como a atuação estatal deve garantir a redução do dano sofrido com a interrupção do ciclo de violência, a proteção aos bens patrimoniais da mulher, a garantia do seu direito ao trabalho e quaisquer medidas que se mostrem necessárias para a resolução do caso concreto e a restauração da dignidade e dos direitos da mulher.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei nº 11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres; Presidência da República, 2006.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 04 abr. 2024.

D' ALONSO, G.L. **Trabalhadoras brasileiras e a relação com o trabalho: trajetórias e travessias**. Psicol Am Lat. México. N.15, dez. 2008

CAVALCANTE, Caio César Claudino; RESENDE, Gisele Silva Lira de Resende. **A lei Maria da Penha e a Rede de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher no município de Barra do Garças-MT**. In: Facisa-On-line, vol. 3, n. 3, 2014.

LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. **Estudos avançados**, v. 9, n. 25, 1995.

PACHECO, Indiara Cavalcante. **A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência Lei Maria da Penha**. 2 Guanambi - BA: CESG/FG, 2015.

SILVA, Andréia Rosenir da et al. **A construção de gênero no âmbito das relações internacionais: direitos humanos das mulheres e a necessidade de instrumentos eficazes a sua consolidação**. 2013.

SOUZA, Hugo Leonardo; CASSAB, Latif Antônia. Feridas que não se curam: a violência psicológica cometida à mulher pelo companheiro. **SIMPÓSIO SOBRE ESTUDOS DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS**, 1., 2010. Anais... UEL, 2010.

A IMPORTÂNCIA OU NÃO DA NEGOCIAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO PELA UTILIZAÇÃO DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO ÂMBITO FEDERAL

José Ivan Ayres Viana Filho¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Transação tributária e negócio jurídico processual. 2. A importância ou não da negociação no Direito Tributário no âmbito federal: uma análise à luz da transação tributária e do negócio jurídico processual. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 10.522 de 2002, em sua redação originária, no art. 18, dispensava, em alguns assuntos, a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem como o cancelamento do lançamento e da inscrição. Por sua vez, o art. 19, dessa mesma lei, autorizava a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a não manejar recurso ou a desistir dos já interpostos, desde que inexistisse outro fundamento relevante apto a fazer com que eles subsistissem.

A Portaria 502 de 2016, regulamentando, posteriormente, essa lei, foi além, tratando, no art. 2º, X, também da possibilidade de não apresentação da contestação quando houvesse peculiaridades do direito material ou do direito processual, no caso concreto, que indicassem a total inviabilidade do ato processual a ser praticado. Em seguida, foram editadas outras portarias permitindo o negócio jurídico processual por parte da PGFN, como a de nº 985 de 2016, a de nº 360 de 2018 e a de nº 515 também de 2018.

¹ Doutorando e mestre pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Especialista em Direito, Processo e Planejamentos Tributários pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Link de lattes: <http://lattes.cnpq.br/0998035719141580> Link de orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5566-1223> E-mail: ivanviana2013@gmail.com

Ocorre que, mesmo com essa mudança de atuação da PGFN, a Receita Federal continuava a atuar os devedores tributários sobre teses jurídicas que lhes fossem favoráveis, por conta de posicionamentos vinculantes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou do Supremo Tribunal Federal (STF). Mas houve uma alteração dessa realidade, com as alterações introduzidas pela Lei 14.375 de 2022, que “[...] estabelece modalidades de transação de débitos em contencioso administrativo por adesão, realizada através de edital previamente publicado ou de propostas individuais pelo devedor ou pela Receita Federal”².

Não se vislumbra, até este momento, a aplicação de outros mecanismos de resolução de conflitos, no Direito Tributário brasileiro, como a arbitragem tributária. A mediação³ e a conciliação ainda possuem uma aplicação restrita a quando existam entes públicos litigando⁴. A negociação tributária já foi e ainda é, por vezes, utilizada em mutirões fiscais, em execuções fiscais dos entes estaduais e municipais quando exista lei autorizando sua realização⁵. Finalmente, não se observa ainda a aplicação de alguns institutos do Direito Civil, como a teoria do adimplemento substancial⁶, que poderia ajudar contribuintes que tivessem adimplido boa parte da sua dívida tributária.

Este artigo objetiva entender quando seria vantajoso ou não a negociação no Direito Tributário, considerando que essa prática ainda é recente, especialmente

² BRASIL. **Portaria atualiza regras para transação de créditos tributários no âmbito da Receita Federal**. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2022/agosto/portaria-atualiza-regras-para-transacao-de-creditos-tributarios-no-ambito-da-receita-federal>. Acesso em 19 jul. 2023.

³ Em 2023, o Senado aprovou projeto de lei que possibilita a mediação tributária na cobrança de impostos, mas ainda não foi convertida em lei: Cf. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 2485, de 2022**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154740>. Acesso em 19 jul. 2023.

⁴ No âmbito federal, há a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF). BRASIL **Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal**. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccaf>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁵ Já foi, por exemplo, realizado em 2015 no Estado do Ceará, que contou com a iniciativa do Programa Nacional de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais da Corregedoria Nacional de Justiça, realizado em parceria com o Governo do Ceará, com a Prefeitura de Fortaleza e com o Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE). O objetivo foi o de reduzir o número de processos que tramitavam até então. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corregedoria**: Começa o Mutirão de Negociação Fiscal no Ceará. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80514-corregedoriacomeca-o-mutirao-de-negociacao-fiscal-no-ceara>. Acesso em 15 nov. 2015.

⁶ Não se trata, no entanto, de uma forma de negociação tributária, pois, caso fosse aplicável, seria imposta pelo juiz. Carlos Eduardo Ferreira dos Santos, em estudo inédito sobre esse tema, defende que seria possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial, desde que observado o princípio da legalidade. Assim, remissões e isenções seriam instrumentos para a sua concretização, no caso dos crimes contra a ordem tributária, mas não podendo transladar institutos de searas jurídicas distintas, como esta, sem as devidas adaptações que o Direito Tributário exige. SANTOS, Carlos Eduardo Ferreira dos. **Adimplemento substancial nos crimes tributários**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 112-114.

em âmbito federal. Para isso, analisa-se, como objeto de estudo, os instrumentos que dispõe a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) para negociar. Esses instrumentos são o negócio jurídico processual e a transação tributária. Definidos objeto e objetivo, adota-se o tipo de metodologia exploratória, a partir do método de pesquisa bibliográfica e documental sobre transação tributária e negócio jurídico processual.

2. TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O estudo sobre a transação tributária é tema de relevância atual, por dizer respeito a instituto jurídico que se tornou possível de ser praticado, em âmbito federal, apenas em 2020 com a edição da Lei 13.988. Da mesma forma, a potencialização do estudo do negócio jurídico processual, especialmente das convenções processuais, também é fenômeno recente em nossa ordem jurídica, decorrente da cláusula geral aberta do art. 190 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que permite a sua utilização de forma atípica. Posteriormente, a PGFN, em 2018, publicou diversas portarias para concretizar essa negociação processual⁷.

Os dois institutos, acima referidos (transação tributária e negócio jurídico processual), possuem características próprias que os aproximam ou os distanciam. Ambos pressupõem um acordo a ser realizado entre a Fazenda Pública e o contribuinte, o responsável tributário ou o jurisdicionado. Além disso, considera-se que os dois institutos concedem discricionariedade para o Poder Público negociar ou não, com limitações⁸, para essas pactuações.

⁷ Com essa mudança institucional, a PGFN, com o objetivo de concretizar o princípio da publicidade, noticiou várias transações tributárias individuais e negócios jurídicos processuais pactuados por ela BRASIL. **Bem-vindo(a) ao Painel das Negociações**. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos>. Acesso em 03 out. 2022. BRASIL. **Termos de transação individual**. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/termos-de-transacao-individual>. Acesso em 03 out. 2022. BRASIL. **Termos de negócio jurídico processual**. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/termos-de-negocio-juridico-processual>. Acesso em 03 out. 2022.

⁸ Para a transação, há as limitações, por exemplo, decorrentes da proporcionalidade (necessidade e adequação), da razoabilidade (padrão de aceitabilidade) e da eficiência administrativa (redução do custo e da rapidez). OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **A transação em matéria tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito), Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013, p. 15. Para o negócio jurídico processual, por exemplo, Luísa Monteiro Chaloub afirma ser difícil dizer quando negociar sobre normas fundamentais (direitos e garantias fundamentais ou processo legal) ou normas cogentes (imperativas, impositivas ou proibitivas); não pode, para ela, os acordos processuais afastarem os deveres inerentes aos princípios da boa-fé e da cooperação; deve atender a negociação processual à realidade e ao princípio da isonomia. CHALOUB, Luísa Monteiro. **O negócio jurídico processual na execução**. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 19, n. 4, p. 161-176, set./dez., 2017, p. 168-174.

Por sua vez, a diferença mais marcante deles está no objeto do que poderá ser pactuado. Na transação tributária, será negociado o crédito tributário, enquanto que, no negócio jurídico processual, pelas convenções processuais, há o ajuste dos aspectos procedimentais ou das situações jurídicas processuais. Apesar disso, pode-se defender um caráter híbrido, material e processual, quando se vale apenas de um negócio jurídico processual ou de uma transação tributária⁹. Atualmente, é possível realizar negócios jurídicos processuais, mesmo que pendentes transações tributárias, quando se tenta, por exemplo, cumprir decisões judiciais (art. 1º, I, da Portaria PGFN nº 360/2018)¹⁰.

Mas existe uma outra diferença quando se tentou implementar esses dois institutos, que é a abrangência de quem deve ser beneficiado. Em regra, a Fazenda Nacional, pela PGFN, é livre para realizar negócios jurídicos processuais com quem esteja em um processo judicial, desde que essa negociação não envolva o crédito tributário, ressalvadas as hipóteses previstas na Portaria PGFN nº 502 e na Portaria PGFN nº 985, ambas de 2016, de acordo com a Portaria PGFN nº 360 de 2018. Já a transação tributária, promovida pela Lei nº 13.988, “foi tímida. Isso porque [...] proibiu, expressamente, a transação tributária com o chamado devedor contumaz.”¹¹.

Assim os REFIS antigos permitiam que empresas de grande porte que deviam muito, deliberadamente, ficassem no mesmo patamar de igualdade com

⁹ Isso se deve ao fato de que o artigo 171 do Código Tributário Nacional (CTN) preceitua que a transação tributária importa em determinação (término) do litígio e tem como consequente a extinção do crédito tributário. Essa consequência (extinção do crédito tributário) poderia ser direta ou indireta da “determinação” do litígio, sendo possível de ser procedimentalizada judicialmente pelo instrumento processual denominado negócio jurídico processual. Permitiria, portanto, que futuramente, indiretamente, ocorresse a extinção do crédito tributário no processo judicial tributário. Em outras palavras, que houvesse uma troca de interesses processuais e materiais. No mesmo sentido, a tese de Antonio do Passo Cabral é a de que, pelo princípio da liberdade das formas, seria possível a inserção de convenção processual no próprio contrato de direito material, sendo possível, para ele, a troca entre aspectos processuais e materiais (convenções híbridas), inclusive apenas quando uma das partes renuncia a situações de vantagem. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 81.

¹⁰ Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/termos-njp/4a-regiao/njp-ressarcimento-agroaraca-industria-de-alimentos-ltda_.pdf. Acesso em 30 de jul. 2022.

¹¹ TORRES, Carlos Alexandre Dias; VILARES Fernanda Regina. Pontos de contato entre transação tributária e direito penal. SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier (coord) [et al]. **Comentários sobre transação tributária**: à luz da Lei 13.988/20 e outras alternativas de extinção do passivo tributário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021, p. 64-65.

outras empresas regulares que precisavam¹², excepcionalmente, regularizarem-se perante o Fisco federal. Essa situação se agravou, por exemplo, com a pandemia da COVID-19, em que se necessitou, efetivamente, de instrumentos que permitissem uma igualdade material, não sendo justo, em termos concorrenciais, que os mesmos descontos e benefícios fiscais fossem ofertados para empresas com situações tão díspares. A PGFN buscou oferecer um tratamento isonômico ao contribuinte quando ele, efetivamente, merecesse.

Há críticas específicas que podem ser formuladas à transação tributária (e igualmente ao negócio jurídico processual). A mais importante delas é a que questiona a natureza jurídica da obrigação tributária, que é compulsória. A compulsoriedade significa que a obrigação tributária não nasce por vontade das partes, mas pela aplicação da lei. Logo, a vontade não deveria estar entre aqueles elementos que levam à extinção da obrigação. A cobrança tributária também é compulsória, sendo o lançamento uma atividade vinculada. Mas o art. 1º da Lei nº 13.988/2020 menciona que a transação será realizada por um juízo de conveniência e oportunidade.

Os outros questionamentos são os seguintes: acordos são viáveis entre pessoas que estão em uma situação de simetria ou paridade, mas isso não ocorre entre a Fazenda Nacional e os contribuintes¹³; como aplicar esse instituto para evitar situações em que se possa dar aos amigos tudo e aos inimigos a lei? Qualquer um que atenda aos critérios vai conseguir a transação? Então não vai ser por um juízo de conveniência e oportunidade! Mas, se será discricionário, como assegurar a impessoalidade e a isonomia, princípios colocados no início da Lei 13.988? Por conta da assimetria existente entre as partes, o que se deve fazer no caso de descumprimento do acordo?¹⁴

¹² ARAÚJO, Joana Marta Onofre de. **A legitimação do tributo como pressuposto para a concretização do estado social**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012, p. 126-127.

¹³ Há, para o Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes do Direito do Consumidor, no Direito Processual Judicial Tributário, em que a parte fraca da relação seria o fisco, ao que James Marins critica. Cf. MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.

¹⁴ Todas essas críticas foram proferidas, brilhantemente, por Hugo de Brito Machado Segundo em debate, sobre o assunto da transação tributária, com a Procuradora da Fazenda Nacional Joana Araújo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LjMvwDuA53I>. Algumas dessas críticas foram sintetizadas em um artigo. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Breves notas sobre a transação tributária no âmbito federal (Lei 13.988/2020), SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier (coord) [et al.]. **Comentários sobre transação tributária**: à luz da Lei 13.988/20 e outras alternativas de extinção do passivo tributário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Reconhecendo a relação conflitiva existente entre o Fisco e o contribuinte, Tibério Celso Gomes dos Santos ressalta que a importância do estudo da consensualidade, para a recuperação dos créditos públicos, por meio da utilização da transação tributária e do negócio jurídico processual, deve-se ao fato de que “[...] essas técnicas vêm demonstrando um nível de eficácia importante para a resolução de conflitos, assim como merecem exame para se proporem a sanar os conflitos a partir de métodos dialógicos [...]”.¹⁵

Após essa breve comparação entre as semelhanças e as diferenças entre os dois institutos (transação e negócio jurídico processual) para o Direito Tributário, bem como algumas críticas que podem ser formuladas aos mesmos, abordar-se-á, a seguir, quando é importante ou não negociar com o Poder Público, pois esse é um olhar que o especialista tributário não pode prescindir ao lidar profissionalmente nesse ramo.

3. A IMPORTÂNCIA OU NÃO DA NEGOCIAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO NO ÂMBITO FEDERAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Dentre as novas habilidades, exigidas no século XXI para qualquer profissional, segundo o Fórum Econômico Mundial, há a negociação, que é “reunir os outros e tentar conciliar as diferenças” para a resolução de problemas difíceis.¹⁶ Com base nisso, já existe a proposta, por alguns autores, de mudança das matrizes curriculares das instituições de ensino jurídico para atender a essas novas habilidades.¹⁷ No Direito Tributário, a negociação ajuda a aumentar o índice de regularização de um débito, não necessariamente arrecadado ainda. Nesse sentido:

¹⁵ SANTOS, Tibério Celso Gomes dos. A transação tributária, o negócio jurídico processual e o valor jurídico da consensualidade no sistema de recuperação do crédito público. VIANA, Juvêncio Vasconcelos (org.). **O novo CPC: Execução**. Fortaleza, 2022, p. 179.

¹⁶ WORLD ECONOMIC FORUM – WEF. **Future of jobs report**, 2016, p. 53. Disponível em: <file:///C:/Users/Ivan/Downloads/8016-Texto%20do%20Artigo-31043-31946-10-20181203.pdf>. Acesso em: 30 de jul. 2022.

¹⁷ SALES, Lília Maia de Moraes; BEZERRA, Mário Quesado Miranda. **Os avanços tecnológicos do século XXI e o desenvolvimento de habilidades necessárias ao profissional do Direito a partir das abordagens das Universidades de Harvard e Stanford**. Fortaleza: Pensar (Revista de Ciências Jurídicas), v. 23, n. 4, out./dez., 2018.

Entende-se por regularizado um débito que se encontra garantido, parcelado (benefício fiscal) ou suspenso por decisão judicial. É uma medida para avaliar o sucesso do setor de cobrança da PGFN. A partir da regularização do estoque, o problema passa a ser de gestão da dívida ativa (acompanhar parcelamento) ou do setor de representação judicial (créditos garantidos ou suspensos por decisão judicial).¹⁸

O Estado, dentro deste novo *paradigma do serviço*, a fim de concretizar essa conformidade fiscal cooperativa por meio da negociação, passa a tratar o contribuinte como um cliente, prestando serviços para ele melhor recolher os seus tributos, sanando possíveis dúvidas e esclarecendo a legislação. Deixa, ademais, de aplicar pesadas penalidades para melhorar essa relação, além de simplificar obrigações acessórias.¹⁹ Tentando conjugar esse *paradigma do serviço* com o *paradigma da evasão fiscal*, existe o *Slipery Slope Framework*²⁰ (Estrutura de Inclinação Escorregadia), em que quando “o fisco usa a força para obter o cumprimento tributário temos o *enforced compliance*, já o cumprimento voluntário teria como mediador a relação de confiança entre o fisco e o contribuinte – o *voluntary compliance*.”²¹

Cristiano Carvalho, no seu livro ‘Teoria da Decisão Tributária’, pela Teorema de Coase, defende que, havendo baixos custos de transação, as partes naturalmente chegarão a uma solução eficiente, sendo que o bem em discussão irá para aquele

¹⁸ COSTA, Eduardo Rodrigues da. **A tecnologia e estratégia na cobrança da dívida ativa da União**. Dissertação (mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020, p. 16.

¹⁹ CAVALCANTE, Lucas Ernesto Gomes. **Conformidade fiscal cooperativa: novas perspectivas para o relacionamento entre o fisco e o contribuinte**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021, p. 57-58.

²⁰ PEREIRA DA SILVA, Fábio *et al.* **Voluntary versus enforced tax compliance: the slippery slope framework in the Brazilian context**. *International Review of Economics*, [s. l.], v. 66, p. 147-180, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Eduardo-Flores/publication/331597612_Voluntary_versus_enforced_tax_compliance_the_slippery_slope_framework_in_the_Brazilian_context/links/61ddb1013a192d2c8af3240e/Voluntary-versus-enforced-tax-compliance-the-slippery-slope-framework-in-the-Brazilian-context.pdf. Acesso em 01 de ago. 2022.

²¹ COSTA, Eduardo Rodrigues da. **A tecnologia e estratégia na cobrança da dívida ativa da União**. Dissertação (mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020, p. 27-28.

que o valor mais, alcançando-se a eficiência de Pareto²². O problema surgiria quando um dos litigantes fosse pessoa de direito público, por este não ter autonomia da vontade, representando interesse que não os seus pessoais. A autonomia para transigir restaria limitada, vinculada à lei que instituir a transação. Essas limitações elevariam os custos da transação, dificultando a solução coseana.²³

Desse modo, para Cristiano Carvalho, alguns requisitos deveriam ser atendidos para que a lei de transação cumprisse os efeitos desejados, como o atendimento da transparência²⁴ e não ser uma solução facilmente empregada pelos contribuintes, sempre que estes se vissem com dificuldades para pagar suas dívidas tributárias²⁵. Para evitar o último problema, uma solução seria a criação de algum custo, não necessariamente monetário, aos contribuintes que optassem pela transação tributária²⁶. Conclui Cristiano Carvalho da seguinte forma:

Seja como for, a Administração Tributária sempre terá vantagens em um processo de negociação com o contribuinte. Justamente pelo fato de a atuação discricionária de seus agentes ser limitada e circunscrita à lei específica que a sua posição estratégica na transação é reforçada. Trata-se

²² Historicamente, a eficiência é orientada na AED por dois critérios tradicionais elaborados pelo economista Vilfredo Pareto: o da *melhoria de Pareto*, que se exprime pela ideia de uma alteração que gere vantagens para uma parte e não gere prejuízos a outra; e o do ótimo de Pareto, que se exprime por uma dada situação em que se pode melhorar até um ponto ótimo no qual uma vantagem para uma parte necessariamente acarretará prejuízo a outra. [...] Diante de uma impossibilidade de adoção de um critério objetivo para se aferir o nível de satisfação de um determinado agente (ou do público), adota-se a fórmula teórica de Pareto, que afasta a ideia de se piorar o nível de bem-estar de alguma das partes. No entanto, mais recentemente surgiu o **modelo teórico de Kaldor-Hicks**, elaborados pelos autores Nicholas Kaldore e John Hicks, que trazem que determinada situação é eficiente mesmo que haja prejuízos causados no âmbito de sua aplicação, de forma que as partes podem, ainda que hipoteticamente (a compensação não tem de fato que ocorrer), compensar terceiros que ficam em pior situação, atingindo, assim, um resultado de melhoria em relação à situação anterior. Trata-se de modelo teórico menos restritivo que o critério de Pareto, sendo, assim, muito mais atingível e muito mais aplicável a casos concretos, como o caso da transação tributária. A sua fórmula do bem-estar social abarca os *trade-offs* necessários para que ambas as partes possam chegar a uma solução social e individualmente benéfica, sendo de grande utilidade para uma situação na qual a consensualidade é exigida. [...] Essa solução ponderada somente é alcançável a partir de concessões mútuas, às quais se aplica a **teoria dos jogos**, de forma que o contribuinte e o Fisco deverão tomar decisões cooperativas para fazer valer seus interesses próprios.” BECHO, Renato Lopes; FEDERIGHI, André Catta Preta. *Análise econômica da transação tributária: fundamentos de justificação e elementos de crítica*. In: SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier [et al.] (coords.). **Comentários sobre transação tributária: à luz da Lei 13.988 e outras alternativas de extinção do passivo tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 386-387.

²³ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 262; 263.

²⁴ Resolve o problema dos agentes contratados que agem, por conta da dificuldade de monitoração das suas condutas, em interesse próprio, não coincidente com os interesses de quem os contratou.

²⁵ Resolve o problema do seu uso irrestrito, quando a transação afeta o sistema de preços normativos, criando incentivos errados e permitindo o inadimplemento geral.

²⁶ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 263; 264.

do *jogo do covarde*²⁷ [...]. A tática estratégica se dá à medida que o agente administrativo sinaliza, desde antes do jogo, que sua margem de negociação é determinada e inflexível.²⁸

Quanto ao negócio jurídico processual, Tibério Celso Gomes dos Santos explica que esse instituto possui menos benefícios do que a transação tributária, quando há pagamento parcelado, por não possuir a previsão do estímulo da suspensão de exigibilidade, além de não haver, *a priori*, redução de valores em cobrança.²⁹

Para fins deste artigo, é importante lançar a seguinte consideração: em regra, não é porque um sujeito passivo tributário quer negociar a sua dívida que o advogado deve recomendá-lo, pois este deve observar, antes de tudo, se a dívida está correta ou não. Não se pode negociar aquilo que não deve ser pago, a menos que exista, através da estipulação de critérios objetivos, a comprovação da incerteza de uma tese tributária e o fisco ofereça uma transação por adesão, para questões tributárias que ultrapassem os interesses subjetivos da causa e, preferencialmente, que não foram afetadas a julgamento pelos tribunais.

Foi o que ocorreu em 2021, com o tema da incidência da contribuição previdenciária sobre a Participação nos Lucros e Resultados (PLR) em que, no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), o contribuinte perdia, mas havia algumas decisões judiciais favoráveis a ele.³⁰ Em 2022, foi publicado edital para o tema da amortização de ágio decorrente de aquisição de participações societárias.³¹

²⁷ “Outro jogo clássico é o do ‘covarde’. Nessa situação, dois jogadores precisam se enfrentar, e, caso levem às últimas consequências as suas iniciativas, o resultado será o pior possível, tanto para ambos quanto para a sociedade. Negociações em conflitos intersubjetivos envolvem invariavelmente sinalizações similares ao jogo do covarde. Ambas as partes querem os melhores resultados possíveis para si, o que envolve ameaçar (explícita ou implicitamente), ceder, pactuar etc.” CARVALHO, Cristiano. **A tributação estratégica: introdução à teoria dos jogos no Direito Tributário**. LUCENA, Denise (coord.). **Direito tributário contemporâneo: estudos em memória do Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho**. Fortaleza: Mucuripe, 2018.p. 31-32.

²⁸ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 264.

²⁹ SANTOS, Tibério Celso Gomes dos. A transação tributária, o negócio jurídico processual e o valor jurídico da consensualidade no sistema de recuperação do crédito público. VIANA, Juvêncio Vasconcelos (org.). **O novo CPC: Execução**. Fortaleza, 2022, p. 200-202.

³⁰ BRASIL. **Edital nº 11/2021**. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/arquivos/2021/edital-11-2021-transacao-no-contencioso-plr.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

³¹ BRASIL. **Edital nº 9/2022**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/edital-n-9/2022-397019463>. Acesso em 30 de jul. 2022.

O que a Fazenda Nacional quer é fazer um acordo antes que a jurisprudência se consolide contrariamente a ela, pois nenhuma das partes vai querer fazer um acordo que não lhe seja favorável quando se está em uma posição de vantagem jurídica, com possibilidade de aplicação vinculante de um determinado precedente judicial. Essa é uma exceção com relação às modalidades de transação tributária. Isso porque, se o fato gerador não aconteceu ou se a jurisprudência já estipulou uma tese vinculante favorável ao sujeito passivo, não existem motivos fáticos ou jurídicos que recomendem a utilização de instrumentos de negociação com o fisco ou com a procuradoria.

Existe também, como segunda exceção, a possibilidade de haver controvérsia fática que demande a necessidade de uma transação tributária para a determinação da base de cálculo, mesmo que a tese jurídica seja favorável ao contribuinte. Hugo de Brito Machado escreve, por exemplo, que a transação tributária foi uma prática corrente para prevenir ou evitar litígios, não sendo rara a situação em que o agente do fisco negociava com o contribuinte o valor a ser atribuído ao imóvel para a incidência do ITBI³². A última exceção ocorre com a própria utilização dos negócios jurídicos processuais, pois são, como regra, acordos sobre aspectos processuais e não materiais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se, aqui, que a PGFN e a Receita Federal vêm alterando a sua atuação nos últimos anos, permitindo instrumentos que permitem a negociação no Direito Tributário, como a transação tributária e o negócio jurídico processual. E cabe ao advogado, que trabalha com o Direito Tributário, saber qual o melhor momento para recomendar a negociação para o seu cliente e, dentre as várias possibilidades que a legislação lhe oferece, qual a mais vantajosa financeiramente e operacionalmente.

³² MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao código tributário nacional**, volume III. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2009, p. 492-493.

Dentro dessa lógica, além do mais, é que interessa ao profissional do Direito Tributário saber quando optar ou não pela negociação, não devendo ele apenas observar os possíveis honorários que obteria com uma ação judicial, mas também analisar a celeridade do procedimento e a regularidade da pessoa jurídica. Por outro lado, não se pode negociar aquilo que se sabe indevido.

Concluiu-se com a seguinte consideração: em regra, não é porque um sujeito passivo tributário quer negociar a sua dívida que o advogado deva recomendá-lo, pois este deve observar, antes de tudo, se a dívida está correta ou não. As exceções ocorrem na modalidade da transação tributária do contencioso judicial ou administrativo de grandes controvérsias jurídicas; na hipótese de incerteza fática sobre a base de cálculo a ser utilizada; e, por fim, na utilização do negócio jurídico processual, em que se negociam, como regra, apenas situações jurídicas processuais ou procedimentos judiciais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Joana Marta Onofre de. **A legitimação do tributo como pressuposto para a concretização do estado social**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012.

BECHO, Renato Lopes; FEDERIGHI, André Catta Preta. Análise econômica da transação tributária: fundamentos de justificação e elementos de crítica. *In*: SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier [et al.] (coords.). **Comentários sobre transação tributária: à luz da Lei 13.988 e outras alternativas de extinção do passivo tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. **Acordos de transação**. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/servicos/orientacoes-contribuintes/acordo-de-transacao/acordo-de-transacao>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. **Bem-vindo(a) ao Painel das Negociações**. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccaf>. Acesso em: 28 abr. 2024.

BRASIL. Edital nº 9/2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/edital-n-9/2022-397019463>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Edital nº 11/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/arquivos/2021/edital-11-2021-transacao-no-contencioso-plr.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] república do Brasil**, Brasília, 19 de julho de 2002.

BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. **Diário Oficial [da] república do Brasil**, Brasília, 14 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.375, de 21 de junho de 2022. Altera as Leis nºs 10.260, de 12 de julho de 2001, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 12.087, de 11 de novembro de 2009, para estabelecer os requisitos e as condições para realização das transações resolutivas de litígio relativas à cobrança de créditos do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) [...]. **Diário Oficial [da] república do Brasil**, Brasília, 21 jun. 2022.

BRASIL. Portaria atualiza regras para transação de créditos tributários no âmbito da Receita Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2022/agosto/portaria-atualiza-regras-para-transacao-de-creditos-tributarios-no-ambito-da-receita-federal>. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Portaria PGFN nº 502. Revoga as Portarias PGFN nº 294, de março de 2010, PGFN nº 276, de maio

de 2015 e o item 3.8, coluna “múltiplas assinaturas (item 3.6.5)”, (sic – item 3.7.5) no que se refere à nota justificativa da Portaria PGFN nº 870, de 24 de novembro de 2014, e dispõe sobre a atuação contenciosa judicial e administrativa dos Procuradores da Fazenda Nacional. **Diário Oficial [da] república do Brasil**, Brasília, 12 maio 2016.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Portaria PGFN nº 985. Dispõe sobre a atuação judicial dos Procuradores da Fazenda Nacional no âmbito do microsistema dos Juizados Especiais Federais. **Diário Oficial [da] república do Brasil**, Brasília, 18 out. 2016.

BRASIL. **Termos de negócio jurídico processual**. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/termos-de-negocio-juridico-processual>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Termos de transação individual**. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/termos-de-transacao-individual>. Acesso em 03 out. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 2485, de 2022**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154740>. Acesso em: 19 jul. 2023.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO, Cristiano. **A tributação estratégica: introdução à teoria dos jogos no Direito Tributário**. LUCENA, Denise (coord.). **Direito tributário contemporâneo: estudos em memória do Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho**. Fortaleza: Mucuripe, 2018.

CAVALCANTE, Lucas Ernesto Gomes. **Conformidade fiscal cooperativa: novas perspectivas para o relacionamento entre o fisco e o contribuinte**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

CHALOUB, Luísa Monteiro. **O negócio jurídico processual na execução**. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 19, n. 4, p. 161-176, set./ dez., 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corregedoria**: Começa o Mutirão de Negociação Fiscal no Ceará. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80514-corregedoriacomeca-o-mutirao-de-negociacao-fiscal-no-ceara>. Acesso em: 15 nov. 2015.

COSTA, Eduardo Rodrigues da. **A tecnologia e estratégia na cobrança da dívida ativa da União**. Dissertação (mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao código tributário nacional**, volume III. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Breves notas sobre a transação tributária no âmbito federal (Lei 13.988/2020), SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier (coord) [et al]. **Comentários sobre transação tributária**: à luz da Lei 13.988/20 e outras alternativas de extinção do passivo tributário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **A transação em matéria tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito), Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

PEREIRA DA SILVA, Fábio *et al.* **Voluntary versus enforced tax compliance: the slippery slope framework in the Brazilian context**. International Review of Economics, [s. l.], v. 66, p. 147-180, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Eduardo-Flores/publication/331597612_Voluntary_versus_enforced_tax_compliance_the_slippery_slope_framework_in_the_

Brazilian_context/links/61ddb1013a192d2c8af3240e/Voluntary-versus-enforced-tax-compliance-the-slippery-slope-framework-in-the-Brazilian-context.pdf. Acesso em: 01 ago. 2022.

SALES, Lilia Maia de Moraes; BEZERRA, Mário Quesado Miranda. **Os avanços tecnológicos do século XXI e o desenvolvimento de habilidades necessárias ao profissional do Direito a partir das abordagens das Universidades de Harvard e Stanford.** Fortaleza: Pensar (Revista de Ciências Jurídicas), v. 23, n. 4, out./dez., 2018.

SANTOS, Carlos Eduardo Ferreira dos. **Adimplemento substancial nos crimes tributários.** Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SANTOS, Tibério Celso Gomes dos. A transação tributária, o negócio jurídico processual e o valor jurídico da consensualidade no sistema de recuperação do crédito público. VIANA, Juvêncio Vasconcelos (org.). **O novo CPC: Execução.** Fortaleza, 2022.

TORRES, Carlos Alexandre Dias; VILARES Fernanda Regina. Pontos de contato entre transação tributária e direito penal. SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier (coord) [et al]. **Comentários sobre transação tributária:** à luz da Lei 13.988/20 e outras alternativas de extinção do passivo tributário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

WORLD ECONOMIC FORUM – WEF. **Future of jobs report**, 2016, p. 53. Disponível em: file:///C:/Users/Ivan/Downloads/8016-Texto%20do%20Artigo-31043-31946-10-20181203.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

LEGITIMIDADE DOS POVOS INDÍGENAS E O ACESSO À JUSTIÇA

Josefa Maria Araújo Viana de Alencar¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 Contexto histórico e social dos povos indígenas. 1.2 O Diretório dos Índios Normativo da causa indígena 2. Constituição Federal de 1988 e a Legitimidade dos Povos Indígenas. 3. O Reconhecimento Internacional dos Povos Indígenas pela ONU 3.1 Legitimidade e acesso à justiça. 4. Marco Temporal demarcação de terras indígenas 4.1 Breve Histórico do Processo Judicial 4.2 O Marco Temporal no Congresso Nacional 4.3 O Tema nas Cortes e Organismos Internacionais 4.4 Desafios, incongruências com a aprovação do Marco Temporal. 5 Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, efetivamente deu-se início ao verdadeiro marco na história dos direitos e garantias individuais aos povos indígenas, vez que resultou numa grande vitória significativa, pois modificou paradigmas com relação a lei, e não mais só sob a tutela do Estado. Foi-lhes garantido dois capítulos importantes, da Ordem Social e Dos Índios. O direito às garantias e devido respeito e proteção à cultura dos povos originários, o respeito à organização social, suas crenças, línguas, tradições. Ou seja, os povos indígenas efetivamente têm direito às suas terras, têm direito à proteção e resguardo de seus costumes, de sua forma de vida, com como de se relacionar com os demais povos não indígenas, sua cultura aldeada se assim entender, que é a melhor forma de preservação, fatos estes apoiados por organizações internacionais. Sem esquecer que alguns dos direitos dos povos indígenas no Brasil refletem o reconhecimento

¹ Especialização em Direito Tributário-UNIFOR, Mestre em Negócios Internacionais-UNIFOR. Doutoranda pela Universidade Livre de Amsterdan, Holanda, Advogada e Professora Universitária, Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8206120723999745>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-3453-2382>. E-mail: josyvianaalencar@gmail.com

da sua diversidade, da sua história e da sua contribuição para a formação da nação brasileira.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E SOCIAL DOS POVOS INDÍGENAS

Num contexto histórico e social da situação dos povos indígenas, necessário se faz destacar os principais marcos registrados, iniciando-se no ano de 1570, quando pela primeira vez ocorreu de forma oficial e efetiva, a Lei contra o cativo indígena. Historicamente, mesmo com a promulgação singular da lei supra referenciada, os povos indígenas continuaram sendo mantidos em cativeiros, ao arripio da lei, principalmente por estrangeiros que aqui vinham explorar as riquezas do Brasil. Daí, somente em 1609 passados 39 anos, foi reafirmada através de uma nova lei, para que fosse concedida a liberdade aos indígenas.

Decorridos setenta anos depois, na data de 21 de dezembro de 1686, foi então criado o Regimento das Missões, com forte influência do jesuíta João Felipe Bettendorff que implantou uma forma de administração das aldeias de índios livres descidos por missionários e sua repartição para trabalho entre os moradores.

2.1 O Diretório dos Índios — Normativo da causa indígena

O Diretório dos Índios nasceu em 1757, no entanto o Regimento vigoraria até o fim do governo temporal das aldeias pelos religiosos e a construção e decretação do referido Diretório. No ano de 1758, fora então decretado o fim da escravidão indígena, onde o Diretório foi extensivo a toda América portuguesa.

O Diretório procurava organizar os índios junto aos brancos, para que assim ali surgisse uma coletividade miscigenada. Os agentes do Diretório, acreditavam que os índios integrados às vilas, poderiam ser melhor absorvidos pela sociedade, ocasionando assim um menor custo social de adaptação. Ademais, o código induzia a miscigenação, inclusive incentivando o casamento de brancos com índios, na forma da lei cristã, introduzida pelos missionários com a monogamia, fato este já dificultoso para cultura local, posto que ali o normal era a prática da poligamia.

O que ocorria na verdade, era que o Diretório abria portas para *os não índios*, cedendo terras reservadas a vilas para nativos e brancos em detrimento aos direitos dos indígenas sobre as suas propriedades. Ademais, é cediço que, muitos casos de litígios de terras que hoje se dão em áreas indígenas, advêm da política injusta e cruel praticada anos atrás pela administração do governo da dita Coroa Portuguesa. Uma verdadeira hipocrisia estatal, posto que, o discurso paternalista e tutelar do Diretório na preservação da cultura indígena, não era real, e sim, a verdadeira intenção era de criar um projeto de um *extrato mestiço*, colocando brancos e nativos juntos, em núcleos e costumes urbanos, descaracterizando toda uma cultura nativa indígena.

3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEGITIMIDADE DOS POVOS INDÍGENAS

Em estudos de constituintes de uma forma generalizada, percebe-se claramente que as constituições de várias nações nascem ou morrem a partir de momentos que marcam rupturas e necessidade de uma nova ordem política, econômica ou social. Efetivamente isso também se deu no Brasil, desde a formação de sua primeira Carta Constitucional de 1824, durante o Império até a Constituição Cidadã, promulgada em 1988, um exemplo de Constituição, pois foi a que mais concedeu atenção aos direitos fundamentais dos cidadãos, inclusão e de justiça social.

O Brasil teve sete Constituições desde o Império que são: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Ao longo da história brasileira, percebe-se que os textos constitucionais alternavam com momentos de maior ou menor equilíbrio entre o poder estatal e os direitos fundamentais dos cidadãos, transitando por períodos democráticos e autoritários, sendo efetivamente aplicado aos índios o mesmo entendimento.

No entanto, durante o regime militar, no ano de 1973, foi criado o Estatuto do Índio, nesse período, no Brasil, numa tentativa de compilar as normas de direito indigenista existentes até então, organizado em sete títulos, onde no

estatuto dispôs desde os direitos civis e políticos dos índios até as normas penais que incidem sobre essas comunidades.

O Estatuto do Índio estabelece que a União poderá, em qualquer parte do território nacional, destinar áreas de terras à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência. O Estatuto do Índio, foi instituído, através da Lei 6.001/1973. Na referida Lei, orientava para que os indígenas fossem integrados a sociedade, sem que ali fossem respeitados, seus costumes, suas crenças, sua cultura, com maior acuidade.

Após aprovação dos constituintes, na data de 5 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição brasileira, inaugurando assim um novo arcabouço jurídico-institucional no país, com ampliação das liberdades civis, religiosas e os direitos e garantias individuais. A nova Carta consagrou cláusulas transformadoras com o objetivo de alterar relações econômicas, políticas e sociais, concedendo direito de voto aos analfabetos e aos jovens de 16 a 17 anos. Estabeleceu também novos direitos trabalhistas, como redução da jornada semanal de 48 para 44 horas, seguro-desemprego e férias remuneradas acrescidas de 1/3(um terço) do salário do empregado.

Outras medidas adotadas Constituição de 1988 foram: instituição de eleições majoritárias em dois turnos; direito à greve e liberdade sindical; aumento da licença-maternidade de três para quatro meses; licença paternidade de cinco dias; criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em substituição ao Tribunal Federal de Recursos; criação dos mandados de injunção, de segurança coletivo e restabelecimento do *habeas corpus*. Foi também criado o *habeas data* (instrumento este que garante aos indivíduos o direito de informações relativas à pessoa do interessado, mantidas em registros de entidades governamentais ou banco de dados particulares que tenham caráter público).

Destacam-se ainda as seguintes mudanças; reforma no sistema tributário e na repartição das receitas tributárias federais, leis de proteção ao meio ambiente; fim da censura em rádios, TVs, teatros, jornais e demais meios de comunicação; e alterações na legislação sobre seguridade e assistência social, bem como reconhece o direito dos povos indígenas as suas terras, suas propriedades.

4. O RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS PELA ONU

Desde o ano de 1985, a ONU-Organização das Nações Unidas, vem trabalhando no sentido de estabelecer diretrizes e normatizações sobre a Declaração dos Direitos do Povos Indígenas. Referido trabalho nasceu com a intenção de mapear os povos, suas línguas, suas terras, seus problemas, as violações sofridas ao longo dos tempos. Passaram-se anos de negociações com formação de grupos de trabalhos voltados aos povos indígenas, até nascer a proposta, com participação estatal, representantes de várias etnias e da própria sociedade civil. No entanto, a burocracia internacional em muito prejudicou os trabalhos, vez que era necessário passar por várias comissões e subcomissões de Prevenção de discriminação e proteção de melhorias da própria ONU, chegando até meados de 1993/1994, estando pendente com a Comissão de Direito Humanos.

Já em 1993, a ONU proclamou o Ano Internacional das Populações Indígenas do Mundo, e pela primeira vez falou-se na criação de um Fórum Permanente encarregado das questões relacionadas aos povos indígenas. No entanto, somente no ano de 2002 foi inaugurado o primeiro período de sessões do Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas. Marcou-se então uma nova era na qual os especialistas designados pelas organizações indígenas tomaram assento em pé de igualdade com os especialistas designados pelos governos, fazendo ouvir sua voz como membros plenos entre os povos das Nações Unidas. Hoje um dos mandatos do Fórum Permanente é subsidiar o trabalho do Relator Especial da ONU sobre direitos humanos e liberdades fundamentais indígenas e monitorar a implementação da Declaração sobre os direitos dos povos indígenas no mundo. Sua sede fica em Nova York-EUA, onde toda organização ou representante indígena pode assistir e participar das sessões do Fórum que acontece todos os anos.

Em junho de 2006, na sede da ONU, após um extenso trabalho de conscientização e pesquisa em países membros, juntamente com vários representantes de etnias indígenas, chegou-se a um consenso do inteiro teor da tão sonhada Declaração do Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Tal momento histórico foi

registrado com a aprovada da ata na Comissão de Direitos Humanos. Oportuno ressaltar que vários países foram contrários a referida carta, a exemplo dos Estados Unidos, que capitaneava os trabalhos à fim de retirar direitos, mesmo admitindo erros, buscando reiterar condições não muito benéficas aos indígenas. Como método de estratégia, após algumas rodadas de negociações, os representantes dos povos indígenas preferiram ceder no fator tempo a ceder em alguns outros aspectos peculiares de suas reivindicações básicas. Tais reivindicações por países contrários a carta dizia respeito a terminologia “*povos*” e “*autodeterminação*”. Os argumentos eram de que com tais terminologias linguísticas poder-se-ia criar imbróglis a nível fronteiriço com riscos de mais divisões e conflitos étnicos.

4.1. Legitimidade e Acesso à Justiça

Na nossa carta Magna de 88, em seu art. 231 reconheceu “aos índios sua organização social”, enquanto o art. 232 definiu que “os índios, suas comunidades e organizações são parte legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

Todos os cidadãos devem ter acesso à justiça, em especial por se tratar de um direito assegurado pela própria Constituição Brasileira. Desta forma, os povos indígenas contemplados na constituinte de 1988, não poderiam ter tratamento diferente. Entretanto, tal acesso além de dificultoso, é restrito e não são todos os indivíduos que o conseguem ter, especialmente os indígenas.

Ademais, a parcela populacional que consegue se apropriar desse acesso, não necessariamente, a justiça é alcançada, o que demonstra uma relação complicada, pois ao mesmo tempo em que se tem um “restrito” acesso, na maioria das vezes não se tem justiça, ou seja, a história se repete.

O Constituinte originário criou um arcabouço jurídico consistente, com garantias amplas e abrangentes, incluindo os diferentes povos ou etnias indígenas e suas especificidades. A consistência destes direitos, frente às constantes ameaças de revisão do marco jurídico que regulam as terras indígenas especialmente, fizeram com que renomados juristas viessem a público defender que os direitos dos índios estão inseridos nas cláusulas pétreas.

Dessa forma, as populações indígenas foram contempladas, indiscutivelmente, nos princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça congêntos, não sendo possível analisar seus direitos isoladamente. Entre um sistema e outro, os índios saíram da condição de tutelados para a condição de igualdade frente aos demais cidadãos brasileiros, conseqüentemente, foram reconhecidos como sujeitos coletivos de direitos.

Para os índios, a dignidade da pessoa humana corresponde a dignidade étnica, e o acesso à justiça precisa ser compreendido em extensão maior na medida que afeta uma coletividade e todas as suas especificidades, decorrente de um modo de vida comunal e da forma com que se relacionam com a terra, sem excluir outras necessidades das comunidades ou aldeias, como saúde e educação, também abarcadas pelas principiologias do direito.

Todo este modo de ser e viver dos povos indígenas, depende de um espaço territorial, no qual se desenvolve a sua cultura, crenças e tradições. Por estes motivos é que a terra, para estes, tornou-se o tema central de suas reivindicações, sem mencionar que desde os primórdios, seus direitos vêm sendo violados essencialmente no quesito “terras indígenas”.

5. O MARCO TEMPORAL DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

5.1 Breve histórico do Processo judicial

A Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – FATMA, de Santa Catarina- acionou judicialmente a reintegração de posse de uma área de 37.108 hectares da Terra Indígena (TI) Ibirama-La-Klãnô. Referidas terras, localizam-se numa região a pouco mais de 200 km de distância de Florianópolis, já reconhecida pela Funai, no ano de 2001, como uma área efetiva e tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas Xokleng.

Em meados de 2009, a justiça federal de Santa Catarina proferiu uma decisão favorável ao Instituto do Meio Ambiente. Ou seja, seria mantida em 2013 pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região (TRF-4), que acolheu a tese de que os Xokleng não teriam direito à terra porque não moravam na área na época em que

foi promulgada a Constituição de 1988. Em seu artigo nº 231, a Carta reconhece os direitos dos povos originários aos seus territórios tradicionais. Para questionar a decisão, a Funai recorreu levando o caso para discussão junto ao Supremo Tribunal Federal, em tramitação sob o nº 1.017.365, pois a luta dos *Xokleng* pelo seu território tradicional, é muito anterior a discussão em julgamento no STF.

Considerando, a tese do Marco temporal, em que os indígenas somente teriam direito à terra, se estivessem sob a sua posse em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal. A tese em discussão é extremamente desumana, abusiva, estarrecedora, quando ignora a própria história de um povo, colocando “venda nos olhos”, em favor de não indígenas, menosprezando e distorcendo a verdade, frente todas as graves violações de direitos sofridas ao longo dos tempos, pelos povos indígenas originários deste Brasil, pois, até a promulgação da Constituição de 05 de outubro 1988, os povos indígenas eram tutelados pelo Estado e não tinham autonomia para lutar por seus direitos, diretamente.

Pelo que se vê, a tese do Marco Temporal é uma tese puramente “ruralista”, onde se buscar restringir direitos já albergados pelos povos indígenas que há muitos ocupam suas terras, dela dependem para a sua sustentação, seus costumes, suas tradições.

O Processo de RE- Recurso Extraordinário de nº 1.017.365 encontra-se em tramitação junto ao STF- Supremo tribunal Federal desde 2021. No referido julgamento, já decidido pelo STF em repercussão geral, que se aprovado, demais casos envolvendo demarcações de terras indígenas devem seguir, se aprovado a tese do Marco Temporal.

Referido RE no STF iniciou-se em meados de 2021, tendo a Relatoria do processo o Ministro Edson Fachin, que se pronunciou contrário a tese apresentada do Marco Temporal. Por várias vezes o julgamento foi interrompido com pedido de vistas. Referida tese é defendida por muitos e encontra guarida especialmente por outras inúmeras tribos, bem como por organismos nacionais e internacionais em defesa dos povos indígenas. Em seu voto o Ministro André Mendonça ressalta à condicionante de comprovação das expulsões forçadas apenas por conflitos que tenham perdurado até 05 de outubro de 1988 ou por ação judicial que já estivesse proposta nesta

data. E ainda ressalta em seu voto que: “*Haverá uma grande insegurança jurídica se nós não fizermos as delimitações correspondentes da perspectiva de marco temporal*”.

Em 20 de setembro de 2023, numa nova sessão para continuidade do julgamento, o placar foi encerrado por 9x2, sendo nove ministros votaram contra o Marco Temporal e apenas dois, a favor, deixando toda a comunidade dos povos indígenas em festa.

5.2. O Marco Temporal no Congresso Nacional

No entanto, segue em discussão paralela, através do PL nº2.903/2023, que transformou a tese do Marco Temporal em Lei. Agora temos um julgamento no Supremo Tribunal Federal que entende ser inconstitucional a tese do Marco Temporal, e um Congresso que editou e aprovou a Lei, com pequenos vetos do Presidente Lula. A discussão ainda não está totalmente definida, há percalços a serem seguidos, indenizações a serem pagas, a justiça ainda não fora feita.

Muitas entidades indigenistas, entendem que o projeto revela quatro pontos mais preocupantes e críticos, tais como: Inconstitucionalidade do projeto; inviabilidade da demarcação das terras indígenas; total desprezo à consulta e consentimento prévio e livre aos entes envolvidos; e por fim, divergência com os esforços de proteção ambiental e enfrentamento a mudanças climáticas.

Já, na Câmara Federal, o Projeto originou-se sob o nº409/2007 da lavra do Deputado Homero Pereira-PL-MT, que foi votada em 30 de maio de 2023, conseguindo o placar de 283 votos à favor do Marco Temporal, contra 155 votos, tendo seguido para tramitação regular no Senado Federal, que fora aprovado.

No Senado, o Projeto de Lei tramita sob o nº 2.903/2023, tendo a relatoria do Senador Marcos Rogério-PL, na CCJ-Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. O Projeto de Lei tinha o intuito de regulamentar o art. 231, da Constituição Federal/88, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas e altera as Leis n.º 11.460, de 21 de março de 2007, de nº4.132, de 10 de setembro de 1962, e nº6.001, de 19 de dezembro de 1973. O voto da relatoria é no sentido da aprovação da Lei, o que efetivamente

ocorreu. Resta agora os desafios de novos julgamentos de inconstitucionalidades e indenizações no Supremo Tribunal Federal.

5.3 Desafios, incongruências com a aprovação do Marco Temporal

Pelo que se consta junto aos anais da história brasileira, e como tal deve ser reconhecida, a demarcação das terras indígenas é um direito garantido pela própria Constituição de 1988, ainda assim os povos originários enfrentam dificuldades até hoje, para ter seus direitos reconhecidos, numa demonstração ímpar de completa insegurança jurídica.

Estatisticamente tem-se comprovado através do IBGE, que as terras destinadas à agropecuária ocupavam 41% do território nacional em 2017, com tamanho médio de 69 hectares por dono. Enquanto isso, os indígenas — que tem uma população de 896.917, de acordo com o último Censo de 2010 — possuem demarcados apenas 13,8% de todo território nacional. A média mundial é 15%, segundo pesquisa publicada na revista “*Nature Sustainability*”.

De acordo com levantamento do Mapa Biomas, as terras indígenas são grandes responsáveis por garantir a proteção dos biomas brasileiros. Somente 1,6% de todo desmatamento que aconteceu nos últimos trinta anos foi registrado nessas áreas (territórios demarcados ou aguardando demarcação). Por outro lado, as áreas privadas foram responsáveis por 68% da perda de vegetação nativa.

A conservação das grandes extensões de vegetação das Terras Indígenas garante a manutenção de serviços ecossistêmicos essenciais, como a regulação climática e do regime de chuvas, a manutenção dos mananciais de água, a estabilidade e fertilidade do solo, controle de pragas e doenças, entre outros. Além de benéficas para a vida na Terra, essas funções também são essenciais à agricultura e à pecuária, e garantem também a manutenção da indústria e do bem-estar nas cidades.

6. CONCLUSÃO

A legitimidade dos povos indígenas no Brasil é um tema que envolve aspectos históricos, jurídicos, culturais e sociais. Os povos indígenas são os primeiros

habitantes do território brasileiro, e por isso têm direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esses direitos foram reconhecidos pela Constituição de 1988, que também garantiu aos indígenas o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

No entanto, alguns dos principais direitos dos povos indígenas no Brasil podem e devem ser enaltecido, a destacar principalmente o Direito à terra. A Constituição define as terras indígenas como aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Essas terras são de propriedade da União, mas destinadas à posse permanente dos indígenas, que têm o direito de usufruir exclusivamente das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. A demarcação das terras indígenas é uma obrigação da União, que também deve protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens.

Outro direito preservado pela constituinte, é o Direito à diferença, ou seja, a Constituição reconhece aos indígenas o direito de serem índios e de permanecerem como tal indefinidamente. Isso significa que eles não são obrigados a se integrar à sociedade nacional nem a renunciar à sua identidade cultural. Pelo contrário, eles têm o direito de manter e valorizar sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. A Constituição também assegura aos indígenas a utilização de suas línguas e processos próprios de aprendizagem no ensino básico, inaugurando um novo tempo para a educação escolar indígena.

Outro direito reconhecido é o Direito à participação, pois a Constituição de 88 garante aos indígenas o direito de participar da vida política do país, podendo votar e ser votados nas eleições. Além disso, a Constituição prevê que os povos indígenas devem ser consultados sempre que medidas legislativas ou administrativas afetem seus interesses. Esse direito está em consonância com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 2004, que estabelece o princípio do consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas sobre as decisões que lhes dizem respeito.

Não menos importante, é o destaque ao Direito à proteção, pois na Carta Magna, determina que é dever da União e dos demais entes federativos proteger as manifestações das culturas indígenas, bem como o patrimônio histórico, artístico e arqueológico dos povos indígenas. A Constituição também proíbe a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país.

E por fim, no intuito de dar ênfase a legitimidade dos povos indígenas, vem Direito e o acesso à justiça. A Constituição prevê que os povos indígenas, assim como qualquer pessoa física ou jurídica no Brasil, têm legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Isso significa que os indígenas podem processar judicialmente qualquer pessoa ou ente, inclusive o próprio Estado brasileiro. Além disso, a Constituição estabelece que os crimes cometidos contra os indígenas serão julgados pela Justiça Federal, garantindo uma maior imparcialidade e especialização na apuração das violações aos seus direitos.

No entanto, esses direitos nem sempre são respeitados na prática, e os povos indígenas enfrentam diversos desafios e ameaças, como a invasão de suas terras, a violência, o racismo, a falta de assistência, a perda de suas línguas e culturas, entre outros. E, oportuno destacar que a “tese” do Marco Temporal, em tramitação no Congresso, é uma verdadeira contradição frente as normas internacionais e interamericanas de direitos humanos, e, em particular a Convenção Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, um descalabro, uma verdadeira injustiça contra os povos indígenas.

Por esta razão, é importante que a sociedade brasileira se informe e se sensibilize sobre a situação dos povos indígenas no país, e que o Estado cumpra seu papel de garantir e efetivar os direitos constitucionais dos índios, especialmente o acesso à Justiça. Respeito e reconhecimento de seus direitos, é o mínimo que podemos contribuir numa sociedade justa e livre.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **“Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e**

jurisdição constitucional”. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: 217:55-66, jul./set., 1999.

CORDEIRO, José- **Os Índios no Siará- Massacre e Resistência**, Fortaleza-Ceará, Ed. Hojejul - Assessoria em educação, 1989.

CUNHA, Manuela Carneiro- **Os Direitos do Índio. Ensaios e Documentos**. São Paulo, Editora Brasiliense, 1987.

GALINDO, Marcos- **O Governo das Almas- A Expansão Colonial no País dos Tapuias (1651-1798)**, Editora Hucitec, São Paulo- 2017.

MACEDO, Agenor F. de e Eduardo P.C. de Vasconcelos- **O Índio Brasileiro**, Editora Casa Mattos, Rio de Janeiro, 1935

MOREIRA NETO, Carlos de Araújo – **A Política Indigenista Brasileira durante o Século XIX**. Tese doutorado - Rio Claro, 1971.

NETO, João Leite- **Índios e Terras- Ceará 1850-1880- Recife-PE, tese doutorado** - 2006.

SILVA, Isabelle Braz Peixoto- **Direitos Humanos e a questão Indígena no Ceará- Relatório do Observatório Indígena**, Biênio-2007-2008, Imprensa Universitária, Fortaleza- 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Federico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1. Editora Juruá-1998.

JUIZADO ESPECIAL E O REGIME DE PRECEDENTES SOB A LUZ DOS ENUNCIADOS DO FONAJE

Lara de Sousa Duarte¹

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Microssistema dos Juizados Especiais. 3 O Sistema de Precedentes do CPC. 4 Enunciados do FONAJE e a Teoria de Precedentes. 5 Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, responsável pela criação dos Juizados Especiais, surge em um contexto de redemocratização do país e fortalecimento da cidadania e participação popular. Nesse sentido, é possível perceber a criação dos Juizados Especiais como uma forma de viabilizar os direitos previstos no texto constitucional. O Juizados Especiais, na forma que conhecemos hoje, surgem com a Constituição de 1988 em uma modernização dos juizados de pequenas causas, previstos pela Lei 7.244/1984. Em 1995, a Lei 9.099 regulamenta o microssistema dos juizados especiais e apresenta os seus princípios norteadores de simplicidade, oralidade, celeridade.

Ainda na década de 1990, ocorre a publicação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.756/1998 que possibilita decisões pelos juízes monocraticamente, em um movimento de fortalecimento da atuação monocrática dos magistrados que iria se intensificar posteriormente. Com a instauração dos Juizados Especiais foi possível constatar um grande volume de ações, maior do que a estrutura do judiciário era capaz de absorver. Dessa maneira, o acesso à justiça

¹ Bolsista pela CAPES. Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduada em Direito e Processo Constitucional. Pesquisadora do grupo de pesquisa Processo e Constitucional vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob a orientação do Prof. Dr. Handel Martins. laaraduarte@hotmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/455203257794680> 7 Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-7693-9610>

de forma ampla e facilitada dos Juizados Especiais acarretou um represamento de ações, e o congestionamento do Poder Judiciário.

Em face desse problema, diversas soluções surgiram, dentre elas a utilização de precedentes, através de decisões monocráticas, por força dos Enunciados 102 e 103 do FONAJE, que encontram albergue no art. 932 do Código de Processo Civil de 1995.

O presente artigo tem por objetivo compreender o fenômeno da utilização dos precedentes dentro do microsistema dos Juizados Especiais, especialmente a aplicação dos Enunciados 102 e 103 do FONAJE. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, com análise documental através de legislação, doutrina e jurisprudência, realizando uma análise quantitativa desses dados. Através dessa pesquisa pretende-se compreender como a aplicação de uma teoria dos precedentes pode auxiliar na efetivação do princípio da celeridade no âmbito dos Juizados Especiais, e como os Enunciados do FONAJE podem auxiliar nessa empreitada.

2. O MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a competência administrativa de União, Estados, Distrito Federal e Territórios de criarem juizados especiais com competência para conciliação, julgamento e execução de causas com menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, em substituição ao antigo juizado de pequenas causas, então regulamentado pela Lei 7.244/1984. Determina ainda que o procedimento seja realizado de forma oral e com rito sumaríssimo (BRASIL, 1988).

Com isso, o que antes era tratado como juizado de pequenas causas ganha status constitucional, e, sobretudo, princípios norteadores capazes de criar um microsistema processual específico para o processamento de causas cíveis, criminais, e, posteriormente, de fazenda pública, com peculiaridades que as diferenciam do rito originário. Constata-se, ainda, que a criação dos Juizados Especiais atende ao que Cappelletti e Garth (1988) nomearam como terceira onda de acesso à justiça, ao possibilitar que esse acesso ocorra de forma efetiva, seja pela gratuidade de justiça, seja pela representação adequada. Para os autores, essa onda de acesso

à justiça constitui “uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais (...) destinadas a evitar litígios ou facilitar a sua solução.” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 71)

De acordo com Ferraz (2009, p. 54), a criação dos Juizados Especiais Cíveis se deu no intuito de aprimorar o acesso à justiça no Brasil, através de uma corte simples, ágil e adequada ao julgamento de causas de menor valor ou complexidade, após a constatação de que essas demandas não estavam chegando à apreciação do Poder Judiciário, seja “pela descrença generalizada nesse órgão, quer pela desproporção entre o valor reclamado e os custos processuais, quer pela desinformação”.

Ou seja, constata-se que os juizados visam solucionar o problema de que determinadas causas não chegavam ao conhecimento do Poder Judiciário. Os obstáculos que impediam o seu ajuizamento podiam ser resumidos em ausência de conhecimento da população sobre os seus direitos e como acessá-los; os custos para o ingresso em juízo quando havia conhecimento prévio sobre os direitos, e, por fim, a confiança de que o Poder Judiciário poderia solucionar essa controvérsia (Ferraz, 2009, p. 54).

O microsistema é atualmente formado pelas Leis nº 9.099/95, nº 10.259/01 e nº 12.153/09. Na ausência de dispositivos que tratam sobre determinado ponto, e não havendo incompatibilidade entre os ritos, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil. O artigo 2º da Lei 9.099/95 prevê os princípios que deverão balizar todo o procedimento no âmbito dos Juizados Especiais: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, e ressaltando a importância de fomentar a conciliação ou transação entre as partes (BRASIL, 1995).

Os princípios da oralidade, celeridade e a obrigação legal de se buscar, dentro do possível a conciliação/transação, possuem previsão expressa na Constituição Federal de 1988, enquanto os demais princípios podem ser extraídos através de uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional.

Com base nesses princípios a tramitação nos juizados especiais possui peculiaridades como a possibilidade de apresentação de pedido inicial de forma

oral, possibilidade de ingresso em juízo sem o patrocínio por advogado nas causas de até 20 salários-mínimos no âmbito dos juizados especiais estaduais. Há também um sistema processual que preza pela unirrecorribilidade das decisões judiciais, de forma a privilegiar o princípio da celeridade. No que diz respeito ao princípio da simplicidade, observa-se que as causas de maior complexidade fogem à competência dos juizados, do qual decorre a incompatibilidade de apresentação de provas periciais.

Os princípios têm como objetivo a formação de um sistema processual capaz de ser acessível a todas as camadas da população, especialmente àquelas rotineiramente marginalizadas e excluídas desse exercício de cidadania. Para Melo e Pozzetti (2015, p. 171), “a simplicidade como regra de funcionamento do Juizado Especial, além de inovadora no contexto do sistema processual vigente, representa um desafio aos aplicadores do sistema. Isso porque, no fundo, rompe com o tradicionalismo tão evidente no rito comum”.

Apesar da sistemática dos Juizados Especiais ter sido criada com o objetivo de uma prestação jurisdicional célere, inclusive de forma a reaver a confiança da população no Poder Público (no caso, o Poder Judiciário), a verdade é que a estrutura não estava preparada para o volume de ações que foram ajuizadas nos anos seguintes a sua instauração (Ferraz, 2009, p. 55), de forma que o princípio da celeridade foi drasticamente atingido em muitas unidades.

Ilustrando essa informação, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, em 2022, meta para que no ano de 2023 fossem julgados no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, 90% dos processos distribuídos até 31/12/2020. Ou seja, é possível visualizar que a duração processual de 03 anos é uma realidade no microsistema dos juizados (CNJ, 2022, p. 1). O tempo de demora para julgamento em 03 anos é alto ainda que se esteja analisando a jurisdição comum, mas quando se analisa o Juizado Especial, com seus princípios de celeridade, simplicidade, e informalidade, esse transcurso de tempo é incompatível, e demonstra uma falha na prestação do serviço jurisdicional.

Ademais, percebe-se que os dados do CNJ estabelecem uma meta de 90%, o que nos permite inferir que ainda que a meta seja alcançada, é possível que 10% dos processos permaneçam em tramitação por mais um ano.

Com base nessa realidade fática dos Juizados Especiais, com vasto acervo, alta taxa de congestionamento e tempo de tramitação que ultrapassa em muito o razoável, há um trabalho contínuo para melhorar essa prestação jurisdicional. Dentre essas, podemos citar a criação de novas Turmas Recursais, ampliando a estrutura física e humana para julgamento das causas, criação ou ampliação da contratação de Juízes Leigos, aprimoramento dos órgãos julgadores, podendo ser ilustrado através dos Enunciados do FONAJE/FONAJEF.

Essas medidas buscam agilizar o andamento processual, especialmente ao compreender que grande parte do acervo dos juizados é composto por ações que se repetem de forma sistemática. Para Mello e Barroso (2016, p. 11 e 12) a massificação de processos implica na necessidade de se otimizar tempo e recursos, de forma a evitar retrabalhos, onde a utilização de jurisprudência e precedentes seria imprescindível. Ressalta ainda, ser a massificação de demandas uma característica das sociedades de massa contemporâneas.

Essa repetitividade do conteúdo jurídico em debate torna possível a tentativa de unificar jurisprudência. De um lado, esses julgamentos semelhantes para casos semelhantes são capazes de imprimir celeridade no tempo de processo e julgamento, além de contribuir para cumprir a determinação do Código de Processo Civil, de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente. Isso tudo, sem falar na segurança jurídica e sensação de justiça a ser incutida no jurisdicionado uma vez que as decisões são harmônicas.

3. O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CPC

O Código de Processo Civil de 2015 (Brasil) surge com o objetivo de aprimorar o sistema processual brasileiro, e apresenta, em seu artigo 926 a obrigatoriedade de que os Tribunais mantenham as suas jurisprudências estáveis, íntegras e coerentes. Percebe-se, então, uma preocupação por parte do legislador, para que se elevasse o nível de segurança jurídica, ao mesmo tempo em que se retraem os números de decisões conflitantes e opostas dentro de um mesmo Tribunal. Embora, o livre convencimento dos magistrados permaneça em voga, é preciso que as Cortes, como órgãos em sua integralidade, possuam entendimentos coesos.

Nesse sentido é que Medina (2016, p. 01), afirma que “as decisões judiciais, assim, encontram-se inseridas em um todo, não podendo ser consideradas, cada uma delas, como se fossem parte de um amontoado de elementos estranhos e desconexos entre si”. Dessa forma, corrobora-se com a necessidade de que os Tribunais, institucionalmente, possuam entendimentos coerentes e coesos, resguardando então o postulado constitucional de igualdade, material e substancial, aqui aplicado ao âmbito processual.

Logo, a manutenção da jurisprudência com coerência, estabilidade e integridade atende aos preceitos constitucionais, respeitando o princípio da segurança jurídica, sem o qual há uma violação aos fundamentos basilares do Estado de Direito (Medina, 2016, p. 2).

É válido destacar que a valorização da atuação monocrática tem ocorrido desde a década de 1990, podendo ser exemplificada com o surgimento da Lei 9.756/1998, que autoriza a inadmissão ou provimento monocrático de recursos pelo relator, caso estes sejam contrários ou semelhantes à súmula ou jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores.

O surgimento do Código de Processo Civil de 2015 modifica o sistema processual vigente, e privilegia a utilização de precedentes. Nesse sentido, a previsão do art. 927 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015) assevera que juízes e tribunais deverão observar as orientações do plenário e órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Já o art. 932 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015) estabelece ao juiz relator a faculdade de negar provimento ao recurso que contrarie súmulas do STF, STJ ou do próprio Tribunal, acórdão do STF ou STJ em decisão de recurso repetitivo, ou entendimentos alcançados em incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidentes de assunção de competência.

A possibilidade de decisão pelo juiz relator de forma monocrática, tem o condão de acelerar o ritmo do andamento processual, sem, contudo, desprezitar o contraditório e ampla defesa. A observância de precedentes de Tribunais Superiores ou do próprio Tribunal local, confere um caráter de cautela e agilidade. Cautela ao atentar para os precedentes, de forma a evitar prolação de decisões que

contrariam entendimento das instâncias superiores, e agilidade ao permitir que um entendimento que já se sabe qual é, possa ser aplicado de forma mais célere a demandas semelhantes.

Para Mello e Barroso (2016, p. 23), a aplicação de precedentes normativos ou vinculantes pode ser justificada pelos princípios da segurança jurídica, isonomia e eficiência. A aplicação de precedentes a casos idênticos além de acelerar o tempo de processamento ainda diminui as decisões conflitantes, o que garante a segurança jurídica e isonomia.

Os dispositivos do Código de Processo Civil devem ser aplicados apenas de maneira subsidiária e naquilo que não contrariarem o microsistema dos juizados especiais. De certo, entretanto, que a aplicação da teoria dos precedentes e os seus efeitos não apenas não violam o sistema dos juizados especiais, como, em verdade, lhe privilegia. Isso porque, sua aplicação atende ao princípio da celeridade, postulado basilar de todo o arcabouço.

Como se sabe, os Juizados Especiais são órgãos com alta demanda, o que resulta em um grande acervo e alto índice de congestionamento. Dessa forma, a aplicação dos precedentes se torna um grande aliado para imprimir a celeridade necessária na tramitação, atendendo aos preceitos da Lei 9.099/95. Para Mello e Barroso (2016, p. 24) a aplicação dos precedentes “contribui para a redução do tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade”.

Para Hermes e Costa (2021, p. 393/394), a própria formatação do sistema recursal dos Juizados Especiais dificulta a uniformização da jurisprudência, nacionalmente falando. Isso porque, para possibilitar que o provimento jurisdicional de fato ocorra com celeridade, houve uma diminuição na possibilidade de recursos, de forma que não há, no âmbito dos Juizados Especiais, possibilidade de Recurso Especial para o STJ. É válido destacar que é o STJ, naturalmente, o órgão do poder judiciário incumbido de uniformizar as jurisprudências.

Destaca-se ainda que as Turmas Recursais, apesar de serem uma instância recursal, não possuem natureza jurídica de Tribunal. A despeito disso, entende-se que a obrigatoriedade prevista no CPC de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente também a elas se aplica. A priori porque não se trata de uma norma

que viole o microssistema, do contrário, o beneficiamento da segurança jurídica apenas privilegia a celeridade na tramitação. Em segundo lugar porque o fato de não ter natureza jurídica de tribunal não lhe afasta a responsabilidade fática de ser o órgão responsável pela análise recursal.

Ademais, a simplicidade do rito previsto na Lei 9.099/95 e a preocupação com o seu processamento de forma célere estabeleceu uma abreviação na estrutura recursal. Sentença proferida por juízo de uma unidade do Juizado especial pode ser atacada através de Recurso Inominado para Turma Recursal, que se trata de órgão de primeiro grau, não possuindo natureza jurídica de Tribunal.

A despeito da singularidade da natureza jurídica da Turma Recursal as suas decisões não podem ser revistas pelo Tribunal de Justiça local, uma vez que não há subordinação entre eles, de forma que o recurso cabível de seus acórdãos é apenas o Recurso Extraordinário para o STF, em caso de violação do texto constitucional. Dessa forma não há, dentro da estrutura dos Juizados Especiais recurso ao Tribunal de Justiça ou STJ com a possibilidade de uniformizar entendimentos.

O que de um lado prestigia os princípios da celeridade e simplicidade previstos na Lei 9.099/95 ao reduzir as possibilidades recursais, de outro, abre espaço para a existência de decisões conflitantes entre as Turmas Recursais, ou entre estas e o Tribunal de Justiça local, sem a existência de uma estrutura própria para uniformização, o que pode comprometer a segurança jurídica, além de desprezitar o comando normativo do Código de Processo Civil de manter a jurisprudência, íntegra, estável e coerente.

Estudo de Pugliese e De Lara (2022) defende a possibilidade de aplicação das teses jurídicas firmadas em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelos Tribunais de Justiça sejam aplicadas aos Juizados Especiais como ferramenta de uniformização entre estes. Isso porque, os IRDR's surgem como alternativa para uniformizar a jurisprudência no âmbito dos Tribunais locais, em um paralelo ao que o STJ e STF realizam em seus julgamentos de casos repetitivos.

O IRDR possibilita o julgamento, pelo Tribunal de repetitivas questões de direito. Logo, no referido incidente não há a possibilidade de análise de questões fáticas. Ademais, o próprio art. 976, II do CPC estabelece como requisito para a sua realização o risco de ofensa à isonomia e a segurança jurídica, decorrência lógica da

possibilidade de decisões conflitantes. A estrutura dos Juizados Especiais impede o julgamento de IRDR, visto que não se trata de órgão dotado de natureza jurídica de tribunal, porém, conforme expressa autorização legislativa do art. 985, I do CPC, é devida a aplicação da tese elaborada pelo Tribunal local aos Juizados Especiais.

A hipótese legal não está isenta de críticas pela doutrina², porém as pesquisadoras defendem a aplicação da tese construída no IRDR aos Juizados Especiais por entender que há convergência de finalidades entre o instituto do IRDR e a garantia de acesso à ordem jurídica justa, pela necessidade de ponderação da celeridade processual e por entender inexistente a violação à autonomia do microsistema dos Juizados (Pugliese e De Lara, 2022, p. 1424).

Dessa forma, a aplicação da teoria de precedentes do CPC de 2015 ao microsistema dos Juizados Especiais é possível, uma vez que plenamente compatível, além de ser uma ferramenta capaz de possibilitar o alcance da celeridade processual estabelecida como princípio na Lei 9.099/1995.

À título de crítica, entretanto, é preciso destacar que a teoria dos precedentes, não é, por si só, a solução para o descongestionamento do judiciário. Não é possível apresentar soluções simples e únicas para problemas complexos e multicausais, e o congestionamento processual, em todas as esferas, mas aqui especificamente no Juizado Especial, é multicausal. Além da demora no processamento e maior número de ajuizamento do que capacidade de finalização dos processos, também é preciso considerar que a maior parcela de ações que tramitam nos Juizados Especiais corresponde a demandas consumeristas, o que nos leva ao diagnóstico de que há, no Brasil, um descumprimento renitente às normas do CDC.

Ademais, é preciso ainda destacar que a aplicação de precedentes, em qualquer esfera, deve ser aplicada com cautela, de forma a atentar para as possibilidades de diferenciação da demanda em análise para a demanda que gerou o precedente, assim como para a possibilidade de superação deste, sob pena de gerar um engessamento da atuação do Poder Judiciário, que ocasionaria, por fim, uma situação de injustiça.

² Questionamento sobre a constitucionalidade do art. 985, I do CPC, em razão da ofensa à autonomia dos Juizados Especiais e ausência de hierarquia entre estes e os Tribunais locais (Pugliese e De Lara, 2022, p. 1421).

4. ENUNCIADOS DO FONAJE E A TEORIA DOS PRECEDENTES

Conforme destacado nos pontos anteriores, os Juizados Especiais hoje se deparam com um grande volume de ações com aspectos de demandas repetitivas. Nesse sentido, estratégias para o seu trâmite de forma célere - ou pelo menos de maneira a diminuir o tempo de processamento - foram desenvolvidas com o passar do tempo. Uma dessas estratégias é a criação de Enunciados, que tem como objetivo padronizar e unificar procedimentos e jurisprudência. Esses enunciados são criados pelo Fórum Nacional de Juizados Especiais, criado em 1997, reunindo magistrados que atuam nesse microssistema (BRASIL CNJ).

Percebe-se que, muito antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, já havia por parte dos integrantes do microssistema dos juizados especiais uma preocupação em prestar um serviço jurisdicional que fosse íntegro, estável e coerente. De acordo com Linhares e Honório (2018, p. 208), os Enunciados aprovados pelo FONAJE se assemelham às súmulas dos Tribunais, visto que tem como objetivo garantir a segurança nas relações jurídicas e a previsibilidade dos atos, entretanto, diferencia-se delas no que diz respeito a sua força vinculante, pois o descumprimento dos enunciados não acarreta sanções. Ou seja, os Enunciados são recomendações para que todo o microssistema atue de forma organizada e sem discrepâncias, mas não obriga a atuação dos magistrados.

Para Camargos (2019, p. 26), os enunciados do FONAJE visam apenas a padronização dos atos processuais, e não podem agir em desconformidade com a legislação que regulamenta o procedimento. Logo, é perfeitamente possível que o magistrado atue de forma contrária a determinado enunciado do FONAJE, utilizando-se do seu livre convencimento motivado.

Embora exista a possibilidade de não aplicação dos Enunciados do FONAJE pelos juízes e turmas recursais, é importante destacar que a sua aplicação por todos aqueles integrantes do microssistema dos juizados especiais é um procedimento benéfico e que possibilita a uniformização de procedimentos, de forma a alcançar o resultado pretendido pelos princípios da celeridade e simplicidade.

Nas palavras de Hermann (p. 129):

Estabelece o Código de Processo Civil a possibilidade de julgamento de improcedência in limine de pedido idêntico àquele que já havia sido anteriormente julgado totalmente improcedente no mesmo juízo. O julgamento liminar de improcedência, sem citação do réu, na medida em que inspirado nos princípios da efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, encontra-se plenamente afinado aos princípios orientadores dos processos dos Juizados Especiais, razão por que a eles se aplicam. Nesse sentido, o Enunciado n. 101 do Fórum Nacional de Juizados Especiais, o FONAJE: “Aplica-se ao Juizado Especial o disposto no art. 285-A, do CPC (aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE)”.

Nesse diapasão o FONAJE editou ainda outros dois enunciados, estes aplicados ao âmbito dos Recursos apresentados nos Juizados Especiais, de forma a negar seguimento, ou prover o mérito, quando se tratar de matérias repetitivas e preenchidos os requisitos:

Enunciado 102: O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em desacordo com Súmula ou jurisprudência dominante das Turmas Recursais ou de Tribunal Superior, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de cinco dias (aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE)

Enunciado 103: O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá dar provimento a recurso se a decisão estiver em manifesto confronto com Súmula do Tribunal Superior ou Jurisprudência dominante do próprio Juizado, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de cinco dias (aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE).

Os referidos enunciados apresentam uma forma de agilizar o processamento da lide naqueles casos que se repetem de forma reiterada nos Juizados Especiais. Conforme ressaltado anteriormente, grande parte das demandas ajuizadas no âmbito dos Juizados Especiais são decorrentes de relação de consumo e possuem características de demandas repetitivas. É preciso contextualizar que estando inseridos em uma sociedade de consumo, a massificação dessas relações é uma realidade, e apenas reflete na massificação de litígios que envolvem relações consumeristas.

Dessa forma, não raros determinadas demandas possuem entendimento reiterado naquela unidade judiciária ou Turma Recursal, de forma que a aplicação

da legislação àquele caso, já se encontra pacificada. Logo, além de uma análise individualizada das provas carreadas aos autos que precisa ser feita com grande atenção, a aplicação do direito em si, pode ocorrer de forma mais célere, inclusive, abreviando a tramitação daquela ação.

Uma vez que é feita a análise dos fatos e provas apresentadas, e certifica-se que aquela lide se adequa no entendimento já pacificado pela Turma Recursal, é possível, com base nos Enunciados 102 e 103 do FONAJE abreviar o procedimento. Conforme analisado no tópico anterior, a utilização dos precedentes judiciais para agilizar o processamento dos feitos, sem, contudo, macular a qualidade do julgamento, não é uma inovação do FONAJE, visto que está previsto no Código de Processo Civil de 2015.

A inovação trazida pelos Enunciados é unicamente aquela relacionada a inserir, como parâmetro de precedente, a jurisprudência dos Juizados Especiais. Não se trata de uma violação ao sistema previsto pelo Código de Processo Civil, mas sim de uma adaptação da norma processual geral ao microsistema dos Juizados Especiais, com todas as suas especificidades e princípios.

Essa alteração não macula o princípio do contraditório e ampla defesa, de forma que apenas adapta norma processual as peculiaridades do microsistema. No caso em análise, uma vez que a estrutura recursal dos Juizados Especiais impede o ajuizamento de recursos ao Tribunal de Justiça, necessário se faz que as Turmas Recursais, embora não tenham natureza jurídica de tribunais, atuem de forma a garantir a integridade, coerência e estabilidade da jurisprudência.

A aplicação de precedentes para negar provimento ou dar provimento ao Recurso Inominado através de decisão monocrática não constitui uma violação ao princípio do devido processo legal, uma vez que dessa decisão é cabível recurso para a Turma Recursal. Entretanto, é capaz de agilizar o procedimento e privilegiar o princípio da celeridade, reitere-se, sem atingir a segurança jurídica para todos os envolvidos. A duração razoável do processo, além de ser uma determinação do Código de Processo Civil, e um princípio do sistema dos Juizados Especiais, é fundamental para o alcance da justiça em sua dimensão subjetiva. Ademais, é

importante também para que se transmita credibilidade do sistema de justiça ao jurisdicionado.

Essa massificação das relações de consumo vem de um problema estrutural que permite aos fornecedores desrespeitar os direitos dos consumidores de maneira sistemática e ainda assim alcançar alta lucratividade. De acordo com o Painel de Grandes Litigantes do Conselho Nacional de Justiça, o segundo maior litigante do Brasil no âmbito dos Juizados Especiais em polo passivo é o Banco Bradesco S/A, mesma instituição que teve um lucro líquido de 4,5 bilhões de reais no segundo trimestre de 2023 (G1, 2023).

Dessa forma, o que se percebe é que a alta litigiosidade brasileira, especialmente essa que tramita no âmbito dos juizados especiais, é em verdade, um sintoma da má prestação de serviço pelos fornecedores e do desrespeito sistemático ao Código de Defesa do Consumidor. Nesses termos, ao poder judiciário cabe trabalhar para melhorar a tramitação processual e entrega do serviço judiciário com qualidade ao usuário. Porém, é necessário também que poder público e sociedade civil organizada trabalhem, em outras frentes, especificamente para garantir a efetividade da política nacional de defesa do consumidor.

5. CONCLUSÃO

A criação dos juizados especiais com o advento da Constituição da República de 1988 e a instituição de um microsistema com princípios claros como celeridade, simplicidade, oralidade, foram responsáveis por levar o acesso à justiça no Brasil para outro patamar, especialmente considerando as camadas marginalizadas da população. Consequentemente, esse acesso à justiça possibilitou o conhecimento de qual a situação em que são tratados os direitos do consumidor pelos fornecedores. Ou seja, foi possível perceber um aumento exponencial do número de ações dentro dos juizados especiais que versam sobre direitos dos consumidores.

A realidade dos juizados especiais é de causas majoritariamente sobre direito dos consumidores, e com características de lides repetitivas. Dessa forma, o aumento de ações com a estrutura dos Juizados Especiais gerou um represamento de acervo processual e uma mácula ao princípio da celeridade. Com isso, necessária se fez

a criação de estratégias para acelerar o julgamento das lides e diminuir a taxa de congestionamento das unidades judiciárias. Toda essa necessidade de tramitação mais célere se deu de forma paralela a um fortalecimento das atuações dos juízes monocraticamente e da criação de uma teoria de precedentes a partir do Código de Processo Civil de 2015.

Aliado a essas mudanças processuais, os Juizados Especiais perceberam a necessidade de criar estratégias para o seu microsistema e padronizar procedimentos, de forma a criarem o Fórum Nacional de Juizados Especiais e seus enunciados. Estas são ferramentas capazes de uniformizar procedimentos, e com isso imprimir maior celeridade e segurança jurídica aos procedimentos, a despeito de não terem força vinculante. Dentre esses, a análise dos Enunciados 102 e 103 do FONAJE, que tem sua redação na mesma linha do art. 932 do CPC, apenas ampliando a sua margem de aplicação, abrangendo também os entendimentos já consolidados nas Turmas Recursais.

Dessa forma, a análise que se faz no presente estudo é que os referidos enunciados não extrapolam a sua competência e nem violam o microsistema dos juizados especiais. Do contrário, a tentativa de padronizar a utilização dos entendimentos das Turmas Recursais como parâmetro para deferimento ou não conhecimento dos recursos através de decisão monocrática tem o condão de efetivar o princípio da celeridade processual.

Para além da celeridade na tramitação dos processos, a atenção aos precedentes da Turma Recursal também é capaz de propiciar maior segurança jurídica e isonomia entre as partes. Ressalte-se ainda que o fato de a decisão ser realizada de forma monocrática não impede a interposição de recurso ao plenário, de forma que não há cerceamento de defesa.

Conclui-se, então, pelo benefício que os Enunciados 102 e 103 do FONAJE são capazes de produzir ao microsistema dos juizados especiais, ao se utilizar de entendimentos já consolidados para aplicá-lo de forma mais célere a demandas que possuam tratem sobre a mesma matéria, garantindo uma prestação jurisdicional célere. Entende-se, portanto, que os referidos Enunciados são ferramentas capazes

de dar efetividade à garantia constitucional da tutela efetiva, conjugando o acesso à justiça nos juizados especiais e a aplicação dos precedentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil.

CAMARGOS, Karla Maria Nunes. **A aplicação dos enunciados no âmbito dos juizados especiais à luz do princípio da legalidade**. 2019. Disponível em: http://www.atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/spic/monography/A_APLICACAO_DOS_ENUNCIADOS_NO_ambito_DOS_JUIZADOS_ESPECIAIS_A_LUZ_DO_PRINCIPIO_DA_LEGALIDADE.pdf Acesso em: 03 out. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. Tradução: NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988

BRASIL. Metas Nacionais de 2023. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/01/metas-nacionais-aprovadas-no-16o-enpj.pdf> Acesso em: 20 out. 2023.

FERRAZ, Leslie Shériida. Acesso à justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos juizados especiais cíveis no Brasil. **O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/259/1/Acesso%20%20%20Justi%20%20e%20processamento%20de%20demandas%20de.pdf> Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Bradesco tem lucro líquido de R\$ 4,5 bilhões no segundo trimestre... **G1, Portal**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/08/03/bradesco-tem-lucro-liquido-de-r-45-bilhoes-no-2o-trimestre-queda-de-36percent.gh.html> Acesso em: 03 out. 2023.

HERMES, Beatriz da Silva Amaro de Castro; COSTA, Letícia Fuly da Silva. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: a insuficiência dos mecanismos de uniformização de jurisprudência. **Contexto Jurídico**, v. 8, n. 1, p. 380-411, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/contexto/article/view/74287/45378>. Acesso em: 12 out. 2023.

LINHARES, Erick; CARMO HONÓRIO, Maria do. FONAJE–21 ANOS DE ENUNCIADOS ESTABILIZANDO A JURISPRUDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. **Direito em Movimento**, v. 16, n. 2, p. 205-210, 2018. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/317/91>. Acesso em: 02 out. 2023.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 3, p. 9-52, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Patricia-Perrone-Campos-Mello/publication/327656756_TRABALHANDO_COM_UMA_NOVA_LOGICA_A_ASCENSAO_DOS_PRECEDENTES_NO_DIREITO_BRASILEIRO/links/5be4d1e5299bf1124fc41d7f/TRABALHANDO-COM-UMA-NOVA-LOGICA-A-ASCENSAO-DOS-PRECEDENTES-NO-DIREITO-BRASILEIRO.pdf?origin=journalDetail&_rtd=e30%3D. Acesso em: 08 out. 2023.

POZZETTI, Valmir César; MELO, Jorge Alberto. A INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE INCIDÊNCIA E O ACESSO À JUSTIÇA NO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS. **Revista Direito UFMS**, v. 1, n. 1, 2016.

PUGLIESE, William Soares; DE LARA, Juliane Guiesmann. A aplicação da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas aos juizados especiais estaduais. **Revista eletrônica de Direito Processual UERJ**, v. 23, n. 2, 2022.

NORMAS PROCEDIMENTAIS EM MATÉRIA PROCESSUAL

Maria Tereza Braga Câmara¹

SUMÁRIO: 1. Introdução: Reflexões sobre as Normas Procedimentais em Matéria Processual – Uma Análise Preliminar; 2. Competência Legislativa para Procedimentos em Matéria Processual; 3. Explorando os Procedimentos em Matéria Processual: Desafios, Definições e Perspectivas; 4. Iniciativas Legislativas Estaduais e sua Relevância nos Procedimentos; 5. Os Procedimentos no Estado do Ceará: Melhorias e Inovações; 6. Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO: NORMAS PROCEDIMENTAIS EM MATÉRIA PROCESSUAL - UMA ANÁLISE PRELIMINAR

O sistema jurídico brasileiro prevê a produção legislativa de procedimentos em matéria processual. No entanto, há uma zona nebulosa entre as normas processuais e as procedimentais, o que dificulta a compreensão precisa de suas distinções e determinações sobre quais normas são consideradas gerais ou suplementares. Essa complexidade requer uma análise cuidadosa para uma interpretação mais clara do arcabouço legal.

Os aspectos vinculados aos procedimentos processuais são contemplados pelo artigo 24, inciso XI da Constituição Federal, que estipula competência legislativa compartilhada entre União, Estados e Distrito Federal. Essa competência cooperativa reflete a natureza federativa brasileira, conferindo aos Estados e ao Distrito Federal a autoridade para legislar sobre procedimentos processuais,

¹ Advogada Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/3157059778636926>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-8596-8369> E-mail: mterezabcamara@gmail.com

possibilitando a adequação às circunstâncias locais, sem transgredir princípios fundamentais.

A competência legislativa, portanto, pode ser entendida como critério que, em um primeiro momento, se identifique os procedimentos em matéria processual no ordenamento jurídico, especialmente quando de iniciativa estadual ou distrital. No entanto, devido à competência privativa atribuída à União para legislar sobre “processo”, conforme o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, observa-se uma sobreposição conceitual entre os institutos, dificultando a demarcação precisa de cada um.

A Constituição Federal de 1988 objetiva estabelecer uma convivência harmônica entre normas processuais e procedimentais no ordenamento jurídico. As vastas dimensões territoriais do Brasil e as particularidades do funcionamento do Poder Judiciário em cada Estado e no Distrito Federal influenciam a percepção e aplicação da jurisdição local. O intuito é conduzir uma análise crítica dos procedimentos processuais como instrumentos de otimização da função jurisdicional do Estado (Beraldo, 2015).

Fatores como economia, geografia e volume de demandas judiciais anuais por Estado podem ser considerados para avaliar a realidade local do Poder Judiciário Estadual e a necessidade de estabelecer legislação procedimental específica para assegurar a plena efetivação da função jurisdicional.

Contudo, os procedimentos processuais não devem exorbitar sua competência material, nem contradizer normas processuais, nem prejudicar os jurisdicionados, evitando estabelecer condições inconstitucionais, questões frequentemente submetidas à análise do Supremo Tribunal Federal.

Os desafios em compreender os objetivos e limites das normas procedimentais na ordem jurídica brasileira indicam, empiricamente, a subutilização desse instituto no âmbito local, devido ao desconhecimento de sua extensão e aplicabilidade frente aos Judiciários Estaduais ou Distrital. A disseminação dos procedimentos processuais pode incentivar o Legislativo local a estabelecer procedimentos que aprimorem o funcionamento do Judiciário.

A interação entre normas procedimentais e a efetividade da função jurisdicional do Estado, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e suas disposições sobre organização estatal, distribuição de competências e temas abordados, assim como a análise dessas normas no ordenamento jurídico brasileiro é o cerne desta pesquisa.

Para alcançar esse propósito, adotou-se como abordagem metodológica a revisão bibliográfica, com análise crítica de literatura acadêmica, publicações jurídicas, documentos oficiais nacionais e internacionais, decisões judiciais e legislação vigente. O estudo é de natureza qualitativa, descritiva e exploratória, focando nas contribuições teóricas de Fernando da Fonseca Gajardoni, Paula Sarno Braga e Maria Carolina Silveira Beraldo, além da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nos capítulos seguintes, foram analisados os procedimentos em matéria processual, considerando a estrutura federalista brasileira e sua distribuição de competências, adotando-se o conceito de procedimentos para compreensão dessa matéria no ordenamento jurídico. As iniciativas estaduais que tratam desse assunto e o desafio enfrentado pelos intérpretes são aspectos relevantes para compreender a aplicação e a vigência dessas normas, e para propor procedimentos adequados à realidade cearense.

2. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA PROCEDIMENTOS EM MATÉRIA PROCESSUAL

A tradição dos Estados federais, que remonta à formação da Federação norte-americana, tem como característica fundamental a utilização de critérios jurídico-formais para estabelecer a estrutura federal, definindo claramente as esferas de atuação dos Estados-Membros e da União. Essa delimitação, denominada repartição de competências, representa o alicerce do federalismo, sendo indispensável para garantir a autonomia e a soberania dos entes federativos (Bercovicci, 2008).

As Unidades Federativas recebem de forma direta da Constituição Federal suas competências, ou seja, a consolidação de seus poderes aliada à atribuição de responsabilidades específicas. Este arranjo não se limita à simples descentralização

administrativa, mas sim à existência simultânea de múltiplos centros de tomada de decisão política, cada qual detendo a exclusividade sobre determinadas áreas. Enquanto a União concentra-se nos interesses gerais, os Estados e demais entidades federativas (quando presentes) cuidam de seus próprios interesses regionais ou locais, ou ainda daqueles que podem ser mais eficientemente geridos no âmbito local.

No contexto brasileiro, a partir da redemocratização da década de 1980, o advento da Constituição de 1988 representou uma oportunidade para a renovação das estruturas federativas no Brasil, enfatizando a cooperação entre os entes federativos e na busca pela superação das disparidades regionais. (Bercovici, 2004)

A análise à luz da Constituição de 1988, portanto, revela que o grande objetivo do federalismo é a busca da cooperação entre União e entes federados, e isto se reflete na distribuição de competência, especialmente na competência concorrente, que mais interessa a esta pesquisa.

O artigo 24 da Constituição Federal estabeleceu que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre uma série de temas, dispostos nos dezesseis incisos que

compõem o dispositivo legal, destacando que, em se tratando de legislação concorrente, a competência da União seria limitada às normas gerais, mas que esta competência da União não excluiria a competência suplementar dos Estados, como disciplinam os parágrafos primeiro e segundo do referido artigo.

O mesmo dispositivo legal, no parágrafo terceiro, precisa de que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades, ressalvando-se a superveniência de lei federal sobre normas gerais, que suspenderia a eficácia da lei estadual, no que lhe fosse contrário, nos termos do parágrafo quarto.

Ao examinar a competência em áreas onde a regulação é compartilhada por várias entidades federativas, identifica-se os procedimentos em matéria processual, cuja atividade legislativa foi compartilhada com os Estados e com o Distrito Federal. A competência para legislar sobre Direito Processual, por seu turno, foi atribuída privativamente à União, como dispõe o artigo 22, inciso I da Constituição Federal.

Compreende-se, portanto, que no ordenamento jurídico brasileiro coexistem normas processuais e normas procedimentais em matéria processual. A existência desses dois segmentos normativos e o estabelecimento de competências distintas para legisla-los enseja uma série de questionamentos sobre o que seria cada uma delas e os limites de atuação de cada ente federado no exercício legislativo sobre as matérias discutidas.

Além do obstáculo material, há ainda um obstáculo formal em relação ao entendimento do que seriam as normas gerais e as suplementares. Os intérpretes enfrentam dificuldades de compreender, quando se trata de processo e procedimento, os limites de cada um para que possam continuar a coexistir, exercendo as funções às quais a Constituição orientou que propusessem, sem que isso signifique uma generalização rasa ou usurpação de competência legislativa.

No caso dos procedimentos em matéria processual, não há um código específico que determine as normas procedimentais gerais de iniciativa da União, razão pela qual as iniciativas estaduais e distritais enfrentam o desafio de identificar, dentre as normas postas como “processo”, quais possuem comandos gerais procedimentais, com o objetivo de não usurpar competências, imitando-se a editar leis procedimentais suplementares.

Na ausência de leis gerais, no entanto, a própria Constituição Federal atribuiu competência aos Estados e ao Distrito Federal para que legissem normas gerais e suplementares de procedimentos em matéria processual. Assim, o desafio conferido aos referidos entes federados

O estudo da distribuição de competências e da coexistência de normas processuais e procedimentais revela a complexidade do federalismo brasileiro e os desafios enfrentados na harmonização das esferas de atuação dos entes federativos.

A necessidade de compreender as nuances entre processo e procedimento, bem como entre normas gerais e suplementares, é crucial para garantir a eficácia do sistema jurídico e a proteção dos direitos dos cidadãos, especialmente o acesso à justiça. Portanto, é fundamental que os intérpretes do direito continuem a aprofundar suas análises teóricas e práticas, visando aprimorar a aplicação das normas e promover uma justiça mais acessível, eficiente e equitativa em todo o território nacional.

3. EXPLORANDO OS PROCEDIMENTOS EM MATÉRIA PROCESSUAL: DESAFIOS, DEFINIÇÕES E PERSPECTIVAS

O debate em torno das normas processuais e procedimentais no ordenamento jurídico brasileiro é complexo e suscita questionamentos essenciais sobre sua natureza e interconexão. A similaridade terminológica entre esses conceitos instiga uma profunda reflexão sobre suas diferenças e complementaridades. Liebman (1985) e Gajardoni (2007) oferecem contribuições significativas para essa discussão, delineando a distinção entre normas puramente processuais e procedimentais. Enquanto Liebman enfoca a sequência de atos jurídicos ligados à sentença, Gajardoni destaca a importância dos procedimentos na condução adequada da relação jurídica processual.

Este estudo, portanto, parte do pressuposto de que o ordenamento jurídico brasileiro permite a coexistência e interação entre ambas as normas, desencadeando uma análise aprofundada de seus papéis e impactos no sistema jurídico nacional. Ao considerar o contexto multifacetado do Brasil, onde questões geográficas, culturais, econômicas e sociais influenciam o acesso à justiça, torna-se evidente o papel fundamental dos procedimentos em adaptar a lei processual às diversas realidades estaduais, garantindo uma jurisdição eficaz e equitativa.

A similitude dos termos e a sua comum utilização enquanto sinônimos assevera a necessidade de se compreender se este emprego pretende atribuir aos institutos caráter semelhantes, diametralmente opostos ou distintos, complementares – espécie e gênero –, ou se não seria possível enfrentá-los de modo isolado. A reflexão, portanto, pode ser aprofundada no aspecto teórico para analisar a origem e as consequências da vivência destes segmentos jurídicos no ordenamento.

Enquanto concepção clássica, a conceituação de Liebman (1985) sobre processo é a de que se refere a uma série de atos jurídicos sucessivos e interligados, cuja finalidade comum é a sentença, que só será alcançada por meio do exercício dos direitos, deveres e ônus entre os sujeitos processuais. Gajardoni (2007), ao enfrentar o desafio de diferenciar normas processuais das procedimentais, compreendeu que as normas puramente processuais, de competência privativa

da União, seriam aquelas que se relacionam com a concepção da relação jurídica processual, “como jurisdição, ação, defesa e contraditório, entre as quais se inclui a definição da capacidade e legitimação das partes, a disciplina da prova, dos efeitos da sentença e da coisa julgada” (Gajardoni, 2007, p. 45).

Contudo, mesmo as normas puramente processuais não dispensam a existência de procedimentos, condições essenciais para o seu funcionamento. Seriam, na visão do Autor, normas procedimentais aquelas que “preveem não o ato processual em si considerado, mas a forma como se combinam os atos processuais como um todo, lógica e cronologicamente” (Gajardoni, 2007, p. 50).

As normas procedimentais seriam, portanto, as que regulam a maneira como a relação jurídica processual se desenvolve (Bermudes, 1994), isto é, para garantir que a função judicial seja realizada de forma adequada, a lei estabelece que o processo, o instrumento pelo qual a jurisdição funciona, deve ser conduzido de uma maneira específica, excluindo outras possibilidades de desenvolvimento. Essa maneira específica de conduzir o processo é chamada de procedimento.

Para esta pesquisa, parte-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico pátrio autoriza a existência de ambas as normas e conta com exemplos de cada uma delas capaz de instigar a investigação sobre o comportamento das normas procedimentais no Brasil, sob a ótica da sua função dentro do sistema jurídico. A doutrina que enfrenta este desafio e considera a existência de ambos os tipos de normas jurídicas, compreende que as normas processuais são aquelas que regem o processo, enquanto as normas procedimentais regem o procedimento (Braga, 2015).

As normas procedimentais em matéria processual podem ser entendidas como normas jurídicas que possibilitam a adaptação dos ritos processuais às necessidades e às peculiaridades da localidade em que se demanda a prestação jurisdicional. O sentido de adaptar os ritos processuais à realidade local é o de destravar a morosidade da tramitação processual considerando os aspectos próprios de cada localidade que a ocasionam.

Considerando a extensão continental brasileira, a realidade de cada Estado federado guarda suas especificidades que podem interferir, diretamente, no acesso à justiça. Certo é que o acesso à justiça não se restringe à garantia de possibilidade

de ajuizamento de uma ação judicial, mas na garantia de que, além da porta de entrada, os jurisdicionados vislumbrem a porta de saída da demanda judicial, atendo-se ao devido processo legal e à razoável duração do processo.

Fatores geográficos, culturais, econômicos, sociais e estatísticos podem influir e resultar em maiores dificuldades de acesso à justiça em determinadas localidades, de modo que, nestas realidades, os procedimentos em matéria processual ganham um papel fundamental na equalização da lei processual às necessidades específicas de cada Estado federado, considerando as suas variáveis.

Os procedimentos, ao serem legislativamente adaptados pelos Estados conforme as nuances locais e as demandas específicas, representam uma ferramenta valiosa para desburocratizar as práticas administrativas nas varas judiciais.

A definição clara de procedimentos e a padronização das práticas permitem uma maior previsibilidade e organização no trâmite dos casos ajuizados. Além disso, normas procedimentais elaboradas com base nas especificidades de cada estado podem reduzir a ineficiência e retrabalhos nas varas e nos Juizados Especiais do Judiciário Estadual, garantindo uma maior eficácia na prestação jurisdicional do Estado.

4. INICIATIVAS LEGISLATIVAS ESTADUAIS E SUA RELEVÂNCIA NOS PROCEDIMENTOS

Os procedimentos podem não apenas facilitar o acesso à justiça, mas também desempenhar um papel fundamental na modernização e otimização da gestão judiciária. Sua normatização pode sugerir melhorias significativas no desempenho das funções dos operadores do direito, como a rotina dos advogados - tanto privados quanto públicos -, dos servidores e do Ministério Público, assim como dos jurisdicionados. Ao estabelecerem diretrizes claras e previsíveis, os procedimentos proporcionam uma estrutura mais eficiente e organizada para o sistema judiciário, promovendo, assim, uma maior eficácia e celeridade no processamento dos casos.

No entanto, apesar dos procedimentos oferecerem um potencial significativo de aprimoramento do funcionamento do sistema judiciário, observa-se uma

estagnação nas iniciativas estaduais relacionadas a eles após mais de 35 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988. Essa estagnação, em parte, decorre da falta de avanço substancial na definição dos limites desses procedimentos pela doutrina e pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Como resultado, as iniciativas tendem a ser tímidas e enfrentam o desafio do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Apesar do pouco avanço nas iniciativas estaduais relacionadas aos procedimentos judiciais, cabe à comunidade acadêmica avançar com pesquisas sobre o assunto. Analisar as iniciativas já realizadas pelos Estados e pelo Distrito Federal pode oferecer perspectivas valiosas para identificar os obstáculos, as melhores práticas e para sugerir procedimentos que sejam adaptados à realidade específica de cada Estado-Membro, considerando suas particularidades e necessidades.

Em uma decisão recente do TRF-1², um membro da comunidade indígena Enawenê-Nawê, localizada no noroeste de Mato Grosso, foi notificado pela Justiça por suposta participação em um crime. No entanto, surgiu uma questão crucial: a barreira linguística. Por serem povos de recente contato e muitos não falarem português, a citação em Português não foi considerada válida, visto que o acesso à justiça e os atos processuais praticados devem prezar pelas tradições, territórios, culturas e línguas indígenas, garantindo que os indígenas tenham ciência do teor de todas as ações judiciais. Caso contrário, há o risco de exclusão social no acesso à Justiça.

Nos estados onde há uma considerável concentração de povos indígenas, a implementação de procedimentos que os integrem nas práticas do Poder Judiciário pode ser crucial para garantir seu acesso à Justiça, a efetividade da função jurisdicional do Estado e a otimização dos atos processuais.

O ato de citação pode requerer abordagens específicas devido às condições geográficas, culturais e linguísticas particulares dessas regiões. A disponibilização de traduções para as línguas nativas das comunidades indígenas pode representar

² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-25/citacao-a-indigena-e-anulada-no-trf-1-por-falta-de-interprete-de-lingua-nativa/>. Acesso em 09 mai. 2024

uma compreensão mais efetiva dos atos processuais, especialmente aqueles que envolvem interações diretas com os jurisdicionados, contribuindo assim para ampliar o acesso à justiça para essas comunidades.

Pensando nas realidades locais, nos índices elevados de burocratização de determinados processos ou instituições, alguns Estados propuseram Leis que disciplinavam procedimentos próprios, como o Estado de Mato Grosso que promulgou Lei estadual nº 6.176/1993, com as alterações operadas pela Lei nº 6.490/1994, na qual os artigos 9º e 60 disciplinavam a competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito estadual, estendendo a competência estabelecida pelas Leis Federais para que o rito dos Juizados Especiais atingisse outros novos assuntos.

Por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.807 Mato Grosso, de relatoria do Min. Dias Toffoli, em 2014 foi declarada a inconstitucionalidade desses dispositivos da referida Lei Estadual, pois, embora a Lei Estadual tenha sido promulgada antes do advento da Lei Federal nº 9.099/95, que tratou da matéria em âmbito nacional, os dispositivos mencionados, ao pretenderem delimitar as matérias de competência dos juizados especiais, invadiram a esfera reservada à União para legislar sobre Direito Processual Civil e Criminal, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal.

Por meio deste exemplo, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu como matéria eminentemente processual o estabelecimento de competência – neste caso, dos Juizados Especiais, mas acredita-se que extensivo à Justiça Comum –, de modo que apenas a União poderia legislar sobre este assunto.

Nesta mesma oportunidade, o Relator destacou que outros dispositivos da mesma Lei Estadual, sob a sua perspectiva, estariam usurpando a competência da União, pois estariam tratando sobre competência, atos processuais, partes, pedido, citações e intimações, revelia, conciliação, instrução e julgamento, resposta do réu, provas, sentença, recursos, extinção do processo sem julgamento de mérito, execução, despesas, fases processuais e transação, contudo, restringindo-se ao pedido formulado na ADI, não poderia apreciar a Lei Estadual na íntegra, pois

excederia os limites do objeto da Ação que impugnou, tão somente, os artigos 9º e 60 da Lei nº 6.176/93 do Estado do Mato Grosso.

Embora não tenham sido discutidos os motivos pelos quais os referidos assuntos seriam considerados processuais, e não procedimentais, o Ministro Dias Toffoli manifestou temáticas que, a seu modo de interpretar, estariam restritas à competência legislativa da União. O debate raso sobre o que seria “processo” e o que seria “procedimento” ao enfrentar dispositivos legais estaduais, assim como o seu efetivo conteúdo e não apenas o assunto principal, reforça a necessidade de enfrentar a pesquisa nesta área para que avanços sejam testemunhados em relação à delimitação de competência legislativa para editar leis que tratem procedimentos em matéria processual no âmbito estadual.

O Estado de Pernambuco, por meio da Lei Estadual nº 16.397/2018, editou um Código de Procedimentos, aplicáveis no âmbito estadual, que tratou sobre medidas que otimizam as práticas administrativas do Poder Judiciário, assim como uniformizam os procedimentos a serem adotados para fins de priorizar os direitos dos jurisdicionados, o respeito aos atores do processo e a eficiência funcional. A Lei, por exemplo, padroniza os procedimentos de autuação, dos registros e da distribuição dos processos, assim como estabelece diretrizes para os atos de intimação e citação, protocolo e demais outros assuntos.

Como medida de otimização do trabalho das secretarias de varas judiciais, a referida Lei estabelece que nos casos de intimação por via postal, o ato judicial que a ordenar pode funcionar como a própria carta de intimação, desde que contenha todos os elementos desta última, necessários e suficientes à identificação do destinatário da ordem e à sua execução (artigo 28, §4º, da Lei nº 16.397/2018 do Estado de Pernambuco).

Além disso, ao considerar a realidade local, especialmente fatores físico-geográficos, econômicos e sociais, assim como o acervo físico do Tribunal de Justiça Estadual, a mesma Lei disciplinou o chamado “protocolo integrado”, por meio do qual qualquer petição ou recurso poderá ser entregue no protocolo de um foro ou de uma comarca, ainda que destinado a juízo de outro foro ou comarca, destacando-se que o ajuizamento da petição ou a interposição do recurso será

considerado realizado quando de sua apresentação ao protocolo originário, ainda que demore para chegar ao foro ou comarca de destino, nos termos do artigo 40 da Lei nº 16.397/2018 do Estado de Pernambuco.

Ao avaliar aspectos econômicos e geográficos estaduais, a medida certamente objetiva democratizar o acesso à justiça aos jurisdicionados, refletindo diretamente no trabalho dos advogados, e permitindo que no âmbito do Estado de Pernambuco, todos os operadores do direito que lá atuarem tenham a previsibilidade deste procedimento que deverá ser aplicado em todas as unidades.

O estabelecimento de normas procedimentais equaliza as leis processuais com as especificidades de cada localidade. O nível de litigiosidade, os campos de morosidade identificados na caminhada processual, o acervo do Tribunal de Justiça são aspectos que podem ser considerados para o surgimento das normas locais. A uniformização das práticas, além de propor a eficiência funcional, garante previsibilidade dos procedimentos que serão adotados por todas as unidades do Estado federado, assingelando a atuação dos advogados.

5. OS PROCEDIMENTOS NO ESTADO DO CEARÁ: MELHORIAS E INOVAÇÕES

O Poder Judiciário do Estado do Ceará, classificado como de médio porte no último Relatório Anual do CNJ intitulado “Justiça em Números”³, opera em um contexto marcado pela vulnerabilidade econômica. De acordo com os dados de 2023⁴, o Ceará possui 184 municípios, dos quais 120 são sede de unidades judiciárias. É relevante salientar que uma parcela significativa desses municípios cearenses carece da estrutura adequada do Poder Judiciário, especialmente para a realização de atos processuais que exigem a presença física dos jurisdicionados.

³ BRASIL. Justiça em números 2023. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 29 abr 2024

⁴ CEARÁ. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará – IPECE. Disponível em: <https://www.ipece.ce.gov.br/limites-municipais/#:~:text=Neste%20link%20%C3%A9%20disponibilizado%20o,%2F2022%20e%2018.559%2F2023.&text=Disponibiliza-se%20o%20arquivo%20georreferenciado,cartogr%C3%A1fica%20UTM%2C%20datum%20SIRGAS%202000>. Acesso em: 08 maio 2024.

Em relação a este ponto, se por um lado a virtualização dos atos figura como modo de democratizar o acesso, por outro também exclui parcela carente da população que não possui acesso à internet ou não reúne conhecimento técnico específico para utilizar o sistema eletrônico da justiça. Facultar a participação presencial, na unidade da comarca, nos atos processuais como audiência, ainda que designada de forma virtual, pode ser entendido como um mecanismo procedimental de acesso à justiça.

Assim como foi adotado no período pandêmico, as comarcas podem perpetuar a prática de disponibilizar salas para a realização de atos processuais, possibilitando a utilização inclusive em relação aos jurisdicionados ou testemunhas que compunham demandas judiciais de outras comarcas, com o intuito de democratizar o acesso aos atos que demandem a presença das partes e/ou das testemunhas.

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará conta com taxa de congestionamento total de 68,4% e líquida de 65,2%, demandando atenção para às operações no trâmite processual. O aproveitamento dos atos, desde que revestidos das formalidades e critérios exigidos por Lei, é uma prática que otimiza o trabalho dos servidores, a exemplo da faculdade de se utilizar o ato judicial que ordenar a citação como o próprio mandado de citação, desde que respeitados os elementos necessários ao mandado.

A uniformização e disseminação desse procedimento poderá resultar em uma otimização do funcionamento da Justiça Estadual, reduzindo burocratizações desnecessárias. A recomendação de que nos modelos reproduzidos pelas Varas já sejam incluídas as informações necessárias aos Mandados, por exemplo, poderia reduzir o trabalho dos servidores e garantir maior celeridade ao processo.

As cartas precatórias e o cumprimento dos atos solicitados também representam um obstáculo no desenvolvimento por tempo razoável do processo no Estado do Ceará. O retorno das cartas precatórias aos Deprecantes por motivos fúteis configura um embaraço processual, sedimenta o congestionamento das demandas processuais e reforçam a ineficiência para questões que, por vezes, são de simples resolução, como o redirecionamento da carta precatória ao juízo deprecado

correto, caso constate-se o envio para juízo inapropriado. Este procedimento evitaria o dispêndio de tempo de retornar a carta precatória ao juízo deprecante por situação que não demandaria decisão meritória, mas apenas prática de redirecionamento.

Medidas de gestão como a implementação do Núcleo de Produtividade Remota (NPR) merecem ser exaltadas, ainda que necessários aperfeiçoamentos da prática cotidiana, como forma de redução da taxa de congestionamento judiciário e da morosidade dos processos. A ressalva que se faz, no entanto, é na preocupação com a equalização da produtividade do núcleo com a efetiva necessidade das unidades, assim como a coerência e coesão com os demais atos praticados no processo.

O Estado do Ceará pode avançar em questões procedimentais, de modo a otimizar o funcionamento do Judiciário Estadual. As situações empiricamente observadas e trazidas à discussão como exemplos de atos a serem melhorados e procedimentos a serem adotados representam um norte para o debate e a continuidade das pesquisas em relação às inovações que podem ser propostas para a efetiva garantia da função jurisdicional do Estado e o acesso à justiça.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão em torno dos procedimentos em matéria processual revela a necessidade premente de uma abordagem colaborativa por parte da comunidade acadêmica, do poder legislativo e do poder judiciário. A análise dos procedimentos, sua aplicação e impacto no acesso à justiça destacam-se como questões centrais que merecem uma investigação mais profunda e sistemática.

Um dos pontos de destaque é a importância de delinear os limites de competência de cada ente federativo em relação às normas processuais e procedimentais. Este tema demanda uma análise detalhada das competências e responsabilidades de cada esfera do poder público, visando à harmonização e eficiência do sistema jurídico nacional.

Além disso, é importante reconhecer que os procedimentos muitas vezes são subutilizados pelos entes federativos. Esta subutilização representa um obstáculo significativo para o acesso à justiça e para a eficácia da função jurisdicional do

Estado. A aplicação adequada dos procedimentos pode não apenas facilitar o acesso à justiça, mas também simplificar práticas administrativas e otimizar a tramitação dos processos, garantindo uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz.

Os procedimentos podem ser utilizados como forma de compatibilizar as leis federais à realidade local, razão pela qual essa competência foi, também, atribuída estadual e distritalmente. Como discutido, estados como o Ceará apresentam características únicas, em virtude de fatores como economia, cultura, geografia e dados estatísticos e sociais que demandam uma atenção especial. Isso sugere a importância de uma abordagem mais regionalizada na formulação e implementação de procedimentos, levando em conta as especificidades locais e as necessidades das comunidades envolvidas.

Propõe-se, portanto, um esforço conjunto e coordenado para explorar o potencial dos procedimentos em matéria processual. Isso inclui não apenas uma análise mais aprofundada por parte da comunidade acadêmica, mas também a colaboração entre os poderes legislativo e judiciário na formulação e posterior implementação das práticas eleitas como promoção da eficiência judiciária.

O debate sobre os procedimentos em matéria processual é fundamental para o aprimoramento do sistema jurídico brasileiro. Reconhecendo os desafios existentes e buscando soluções colaborativas e eficazes, é possível garantir a efetividade da atribuição de competência estabelecida pela Constituição Federal e o desempenho prático do espírito desta norma, possibilitando que os entes mais próximos da realidade local contribuam para a otimização do funcionamento da justiça, sem usurpar competências outras, promovendo um acesso à justiça mais equitativo, eficiente e adaptado às necessidades das diversas comunidades brasileiras.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 298-300.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. **Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988: normas processuais e procedimentais civis.** 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

BERCOVICI, Gilberto. O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa. **Revista Jurídica da Presidência**, [S.L.], v. 10, n. 90, p. 01, 18 jan. 2011. Biblioteca da Presidencia da Republica.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado federal brasileiro.** Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004.

BERMUDES, Sérgio. Procedimentos em matéria processual. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, ano 44, n. 5, p. 161, fev. 1991.

BERMUDES, Sergio. “Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual”, in **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 21, out/dez 1994, p. 46-50.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** 2015.

DALL OLIO, Gustavo. **Legislative competence on process and procedure.** 2010. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

DE ALENCAR, Luis Carlos Fontes. Procedimentos em matéria processual. **Revista CEJ**, p. 91-95, 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** 2007. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1.

O CONTROLE MIGRATÓRIO NA PANDEMIA DE COVID-19 E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Pedro Emanuel Barreto de Azevedo¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A legislação especial de controle migratório na pandemia da Covid-19. 2.1 Medidas de retirada compulsória. 3. Devido processo legal e medidas de retirada compulsória. 4. A (in)validade das medidas de retirada compulsória. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia originada pela disseminação do vírus SARS-CoV-2 (Covid-19) gerou uma crise sanitária mundial sem precedentes na história recente. O contexto de pandemia demandou medidas emergenciais dos Estados, inclusive no tocante a restrições para entrada e saída de migrantes de seus territórios.

No Brasil, foi promulgada a Lei n.º 13.979/2020², que prevê em seu art. 3º, VI, *a*, que as autoridades, no âmbito de suas competências, podem determinar a restrição excepcional e temporária, da entrada e saída no país, por rodovias, portos ou aeroportos.

Regulamentando a Lei n.º 13.979/2020, uma série de Portarias Interministeriais³ foram editadas, visando dar execução a essas medidas de restrição de entrada. Estabelecem ainda sanções em caso de descumprimento a tais restrições, conduzindo à devolução dos estrangeiros em desacordo com seus termos.

¹ Defensor Público Federal. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0868878210720430>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-8922-0389>. E-mail: pedroeb.azevedo@gmail.com

² BRASIL. Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 fev. 2020. Edição: 27, Seção 1, p. 1.

³ Portaria Interministerial n.º 120, de 17 de março de 2020 até a Portaria Interministerial n.º 678, de 12 de setembro de 2022, atualmente vigente. Há uma compilação elaborada pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República de todos os atos normativos no âmbito federal sobre o COVID-19, com atualizações diárias, sendo possível visualizar toda a sequência de edições das Portarias Interministeriais que tratam da restrição excepcional e temporária de entrada no país. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm. Ainda, visando evitar repetições, destaca-se que, quando o autor menciona no trabalho "Portarias Interministeriais", faz referência às Portarias Interministeriais editadas com base na Lei n.º 13.979/2020 que tratam especificamente da restrição excepcional e temporária de entrada no país.

A partir da problemática exposta, constitui objetivo geral da presente pesquisa analisar a aplicação da garantia do devido processo legal aos imigrantes em situação irregular das medidas de controle migratório adotadas no enfrentamento da Covid-19. Quanto aos objetivos específicos, delinear a legislação migratória instituída pela Lei n.º 13.979/2020 e Portarias Interministeriais que a regulamentam, detalhando-se as medidas de retirada compulsória nelas previstas. Em seguida, discute-se acerca da aplicabilidade do devido processo legal aos procedimentos de devolução do imigrante em situação em regular.

Para realizar a pesquisa proposta, adota-se o método hipotético-dedutivo, isto é, a partir das hipóteses formuladas, serão deduzidas algumas conclusões, as quais serão testadas ao longo da pesquisa. Quanto ao objetivo, a pesquisa tem caráter descritivo, exploratório e explicativo. Em relação à abordagem, utiliza-se a pesquisa qualitativa. Não se busca quantificar o objeto de estudo apontado. Quanto às técnicas de pesquisa, serão adotadas a pesquisa bibliográfica e documental.

2. A LEGISLAÇÃO ESPECIAL DE CONTROLE MIGRATÓRIO NA PANDEMIA DA COVID-19

Com base na Lei n.º 13.979/2020, sucessivas portarias do Poder Executivo foram editadas, efetivando a competência outorgada pela lei. Tais atos infralegais restringem o acesso ao território nacional, a partir de critérios relacionados à origem do imigrante, ao meio de ingresso, à motivação para a entrada, entre outros. Preveem, em caso de descumprimento, medidas de retirada compulsória do imigrante, como a repatriação, a deportação imediata e a inabilitação de pedido de refúgio, a par da responsabilidade civil e penal.

2.1 Medidas de Retirada Compulsória

As três medidas de retirada compulsória do imigrante previstas nas Portarias Interministeriais editadas com fulcro na Lei n.º 13.979/2020 são a repatriação, a deportação imediata e a inabilitação de pedido de refúgio.

a) Repatriação

A repatriação está prevista no art. 49 da Lei n.º 13.445/2017⁴, consistindo em medida administrativa de devolução ao país de procedência ou de nacionalidade de pessoa em situação de impedimento. É, portanto, o ato pelo qual um migrante impedido de entrar no território nacional é enviado para o país de procedência ou de nacionalidade, ou para qualquer outro que o aceite.⁵ Os motivos pelos quais alguém pode ser impedido de ingressar no Brasil estão elencados nos incisos do art. 45 da Lei de Migração, representando ditames de ordem pública a serem preservados de interesse da soberania nacional.

Nota-se que a repatriação é uma consequência do impedimento de entrada, sendo este o meio pelo qual o Estado rejeita a passagem do estrangeiro pela sua fronteira, determinando sua devolução, não se tratando de ato arbitrário, mas devidamente fundamentado e precedido de entrevista pessoal e individualizada do estrangeiro⁶. O caput do art. 45 da Lei n.º 13.445/2017 dispõe sobre a necessidade de entrevista pessoal e a fundamentação do impedimento.

O art. 49 da Lei n.º 13.445/2017, nos seus parágrafos 1º ao 4º, estabelece o procedimento para sua aplicação, dispondo inicialmente acerca da necessidade de notificação da empresa transportadora e da autoridade consular do país de nacionalidade do migrante ou visitante. Existem hipóteses de vedação à aplicação da repatriação, nos seguintes casos previstos.

As Portarias Interministeriais mencionam a repatriação prevista na Lei de Migração, sem indicar qualquer excepcionalidade na sua aplicação aos casos relacionados às medidas de controle migratório no contexto da pandemia da Covid-19.

b) Deportação imediata

O instituto original da deportação está previsto no art. 50 da Lei n.º 13.445/2017, sendo conceituado legalmente como a medida decorrente de

⁴ BRASIL. Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 mai. 2017. Seção 1, p. 1.

⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 12ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 375.

⁶ Idem, p. 375.

procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional.

Nos parágrafos dos artigos 50 e 51 da Lei de Migração, há regulamentação do procedimento administrativo para aplicação da deportação, iniciando com a notificação pessoal do deportando, concedendo-lhe prazo de até 120 dias para regularização de sua permanência, se possível. A notificação não impede a circulação do estrangeiro pelo território.

O art. 51 da Lei aduz que os procedimentos conducentes à deportação devem respeitar o contraditório e a ampla defesa e a garantia de recurso com efeito suspensivo. Finalmente, no art. 52 há vedação da deportação, se a medida configurar extradição não admitida pela legislação brasileira. Tais hipóteses estão previstas no art. 82 da Lei, destacando-se o inciso IX, que veda a extradição para o beneficiário de refúgio.

As Portarias Interministeriais preveem como medida aplicável, por descumprimento das hipóteses de proibição de entrada no território nacional, a deportação imediata. Esta modalidade de deportação não encontra previsão na legislação de regência (Lei de Migração e demais normas legais em sentido estrito), tratando-se de um instituto inaugurado pelos atos infralegais⁷.

A interpretação dada pelos tribunais é no sentido de entender a deportação imediata como uma medida de devolução sumária do estrangeiro em desacordo com os termos das Portarias Interministeriais, prescindindo da instauração de procedimento administrativo prévio, com contraditório e ampla defesa.⁸ Considerando que a repatriação não é mais possível quando há ingresso do estrangeiro no território nacional⁹, com a deportação imediata pretende-se a

⁷ FONSECA, Elisa Marina Fonseca; MEDEIROS, Mirna de Lima; MIRANDA, João Irineu de Resende. **O controle migratório nas fronteiras do Brasil durante a pandemia: sinais do autoritarismo à nossa porta**. Revista Simbiótica, v.8, n.2, p. 11-37, mai.-ago. 2021, p. 28.

⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – **Remessa Necessária/RO: 1002246-59.2021.4.01.4200**. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, Data de Julgamento: 03/11/2021, 5ª Turma, Data de Publicação: PJe 03/11/2021. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – **Agravo de Instrumento/SP: 5009515-17.2021.4.03.0000**. Relator: Desembargador Federal Marli Marques Ferreira, Data de Julgamento: 30/11/2021, 4ª Turma, Data de Publicação 10/12/2021.

⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 12ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 372.

com base na Lei n.º 13.979/2020. Tal discussão se dá a partir do exame de algumas premissas: natureza jurídica das medidas de retirada compulsória; os influxos do devido processo legal no processo administrativo; aplicação das medidas de retirada compulsória como juízo de ponderação.

a) Natureza jurídica das medidas de retirada compulsória

As medidas de retirada compulsória estão previstas no Capítulo V da Lei 13.445/2017, nos artigos 49 (repatriação), 50 (deportação) e 51 (expulsão). No que toca às medidas objeto deste trabalho, o artigo 49 indica expressamente que a repatriação se trata de “medida administrativa”, da mesma forma que o artigo 50 aduz que a deportação é “medida decorrente de procedimento administrativo”. A doutrina comenta que esses atos de exclusão do estrangeiro são sanções administrativas aplicadas em decorrência de sua entrada ou estada irregular no território nacional¹³. Infere-se, portanto, que as medidas de retirada compulsória, enquanto sanções administrativas, só podem ser aplicadas no âmbito de um processo administrativo, uma vez que os atos punitivos impostos pela Administração só o podem ser de forma processual¹⁴.

Existem algumas implicações em reconhecer que as medidas em estudo possuem natureza jurídica de sanção administrativa. A primeira é que esses atos são empregados com fundamento no poder de polícia, sendo a prerrogativa instituída em favor do Estado para, por meio da limitação de direitos individuais, garantir o interesse público e da coletividade¹⁵. Por conseguinte, tais atos são dotados de autoexecutoriedade e coercibilidade. Isso significa que é possível à Administração, pelos próprios meios, pôr em prática as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário, pois munidas de força executiva¹⁶. Como decorrência, o Estado pode, tratando-se de medida urgente ou prevista em lei, compelir material e imediatamente o administrado, usando meios de coação, como quando há interdição de um edifício em risco à população¹⁷.

¹³ MAZZUOLI, Valerio de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1.076.

¹⁴ FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª edição, São Paulo: Atlas, 2019, p. 191.

¹⁵ Idem, p. 191.

¹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 165.

¹⁷ Idem, p. 165.

Fixada a primeira premissa de análise acerca da natureza jurídica das medidas de retirada compulsória, um último dado merece destaque.

b) Influxos do devido processo legal no processo administrativo

A Constituição Federal é categórica em determinar, nos incisos LIV e LV do art. 5º, que o processo administrativo deve observar o devido processo legal, não havendo controvérsia sobre a aplicabilidade do princípio aos procedimentos em curso no âmbito da Administração. Sempre que há exercício de poder, por qualquer das funções do Estado (administrativa, legislativa ou jurisdicional), deve-se fazê-lo por meio de um processo (administrativo, legislativo ou judicial), e em harmonia com o devido processo legal, enquanto garantia contra o exercício abusivo de poder, de qualquer poder¹⁸.

O conteúdo normativo do devido processo legal determina que os processos jurídicos (em sentido amplo) devem respeitar uma série de garantias, como o contraditório, a produção de provas, um julgamento imparcial, tratamento isonômico, etc., para poderem ser considerados válidos¹⁹. O processo administrativo que visa impor sanções também deve conferir, em linha de princípio, todas essas garantidas para ser considerado legítimo²⁰.

Neste momento da pesquisa, o seguinte problema se impõe: como harmonizar, então, a possibilidade de as sanções administrativas fundadas no poder de polícia, conforme visto, serem aplicadas de forma imediata, autoexecutável, e a necessidade de garantia do devido processo legal em relação aos atos do processo administrativo? Em suma, como o Estado pode em alguns casos, ao mesmo tempo, sancionar sumariamente o indivíduo e estar obrigado a garantir a ele um devido processo administrativo?

Em uma primeira aproximação, o estudo remete a discussão para o tema do contraditório diferido, entendido como a postergação do exercício do direito de defesa para momento ulterior à medida imposta, com base em fundadas razões, como perigo de demora na sua realização ou o risco de ineficácia, caso haja ciência

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 88.

¹⁹ Idem, p. 90.

²⁰ ALVIM, Eduardo, A. et al. **Direito processual civil**. 6ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 189.

prévia²¹. Entende-se que esta hipótese não representa uma exceção ao princípio do contraditório, mas que se trata de uma realocação temporal do exercício desse direito, quando o caso requer²².

O sistema jurídico autoriza, portanto, que, em alguns casos, medidas sejam adotadas em face do indivíduo, inclusive de caráter sancionatório, prescindindo-se da sua oitiva anterior, e isso não implica violação ao devido processo legal, pois em momento oportuno (mas posterior) poderá exercer a sua atividade processual com plenitude. Acomoda-se a possibilidade de adoção de atos sumários, quando necessários, e a observância do devido processo legal, através do contraditório diferido.

Como visto, o fundamento que permite a tomada de providências antes do desfecho natural e definitivo do processo é afastar situações graves de risco de dano ou ineficácia da medida, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes do desenvolvimento regular do processo²³. Quando o contraditório é postergado, entende-se que é mais relevante evitar o dano ou garantir a eficácia da medida do que oportunizar a defesa prévia. O que ocorre é uma ponderação entre, de um lado, o bem jurídico que se deseja proteger com a providência tomada de forma imediata e o contraditório prévio, de outro²⁴.

O sistema jurídico estabelece, então, que é lícito, no contexto de ponderação de princípios, a postergação do contraditório. Quando o juiz determina em sede liminar a internação de usuário de plano de saúde ou a Administração embarga uma obra que oferece risco à população, por exemplo, em ambos os casos se considera que os bens protegidos (saúde e segurança da coletividade, respectivamente) devem ter primazia sobre o direito ao contraditório prévio (devido processo legal). São normas-princípio em colisão, a ser resolvida por meio da técnica da ponderação com aplicação do princípio da proporcionalidade²⁵.

²¹ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 90.

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 63.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**. 2. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2001, p. 4.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: civil penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 202.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio Sobre a Procedibilidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 97.

O princípio da proporcionalidade vincula todos os poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário), sendo entendido como o justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados²⁶. Tal princípio implica em uma escolha baseada na ponderação da relação existente entre a restrição imposta (no caso, do direito ao contraditório prévio) e a vantagem conseguida (evitar o dano ou a eficácia do processo), que não pode aniquilar o direito restringido²⁷.

Aplicando as premissas construídas neste tópico, é possível solucionar a questão levantada acerca de como harmonizar a possibilidade de aplicação imediata das sanções administrativas fundadas no poder de polícia, de forma autoexecutável, e a necessidade de garantia do devido processo legal, também aplicável ao processo administrativo.

O sistema jurídico dispõe que, em um juízo de ponderação de princípios, pode ser conferida a prerrogativa à Administração de impor sanções de forma imediata, visando evitar dano ou para garantir a eficácia da medida, autorizando o exercício postergado do contraditório, que não pode ser elidido ou esvaziado, como deferência ao devido processo legal.

Outro elemento relevante para a discussão é que o postulado da proporcionalidade encontra seu fundamento constitucional, na experiência jurídica brasileiro, justamente no devido processo legal²⁸. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que a proporcionalidade, que possui sua justificativa dogmática, entre outras cláusulas constitucionais, no devido processo legal, acha-se vocacionada a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais²⁹.

Portanto, quando a Administração, na ponderação de princípios em colisão, escolhe agir de forma imediata a privilegiar o interesse coletivo, deve fazê-lo de forma legítima, não apenas considerando o contraditório prévio restringido, mas

²⁶ Idem, p. 97.

²⁷ Idem, p. 97.

²⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 92.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 374.981**. Relator: Ministro Celso de Mello, Data: 28/03/2005.

em observância à própria proporcionalidade em geral, como derivação da cláusula constitucional do devido processo legal, sob pena de invalidade.

c) Aplicação das medidas de retirada compulsória como juízo de ponderação

Neste momento da pesquisa, os institutos sancionatórios de exclusão do imigrante editados com fundamento na Lei n.º 13.979/2020 são examinados, conforme o raciocínio até aqui desenvolvido, enquanto juízos de ponderação de princípios em colisão.

A repatriação, a deportação imediata e a inabilitação de pedido de refúgio, segundo a configuração normativa já exposta, são sanções administrativas impostas de forma sumária ao imigrante em situação irregular.

Em termos concretos, a repatriação é realizada no próprio controle de fronteira pela autoridade migratória; a deportação imediata segue lógica similar, diferindo apenas quanto ao momento de aplicação (após o ingresso no território); a inabilitação de pedido de refúgio é ato puramente material de não processamento da solicitação administrativa de refúgio.

Dessa forma, as Portarias Interministeriais editadas com base na Lei n.º 13.979/2020 não preveem oportunidade de contraditório prévio à aplicação das sanções em questão.

Conclui-se, então, que as Portarias Interministeriais que tratam da restrição excepcional e temporária de entrada no país, em um juízo de ponderação, conferem primazia à soberania nacional e à saúde coletiva em face do direito ao contraditório e da defesa prévios (elementos do devido processo legal).

Na própria jurisprudência sobre o tema, encontra-se manifestação confirmando que tais medidas visam tutelar a defesa da coletividade ante o cenário de crise sanitária, contrapondo-se aos direitos dos imigrantes, “medidas essas que, por certo, não se justificariam em outros contextos”³⁰.

Todavia, é preciso aprofundar a análise desse juízo de ponderação realizado pelo Poder Executivo na implementação das medidas de retirada compulsória

³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – **Agravo de Instrumento 1026771-32.2020.4.01.0000** ACP. Relator: Desembargador Federal DANIEL PAES RIBEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2020, 5ª e 6ª Turmas, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 03/09/2020.

do imigrante, examinando a sua validade ou invalidade (objetivo primário da pesquisa) à luz do devido processo legal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do conteúdo trazido, em relação ao objeto de análise, é possível inferir as seguintes conclusões.

As medidas de retirada compulsória do imigrante apresentadas pelas Portarias Interministeriais editadas com fundamento na Lei n.º 13.979/2020 constituíram o principal objeto da pesquisa. Analisou-se a sua configuração, bem como houve destaque acerca do fato de que a repatriação encontra previsão na Lei n.º 13.445/2017 (Lei de Migração), ao passo que a deportação, na modalidade imediata, e a inabilitação de pedido de refúgio são uma inovação no ordenamento por obra das Portarias Interministeriais. Ainda, elas não contêm a oportunidade de contraditório prévio no seu procedimento de aplicação.

As medidas de retirada compulsória do imigrante possuem natureza jurídica de sanção administrativa, e, por isso, são atos dotados de autoexecutoriedade e coercibilidade, podendo ser aplicadas forma imediata (sem contraditório prévio). Por outro lado, a Constituição Federal é categórica em determinar, nos incisos LIV e LV do art. 5º, que o processo administrativo deve observar o devido processo legal, não havendo controvérsia sobre a aplicabilidade do princípio aos procedimentos em curso no âmbito da Administração. A harmonia entre essas duas conclusões ocorre da seguinte forma.

Em primeiro lugar, o sistema jurídico harmoniza a possibilidade de realização de atos sem oitiva ou ciência prévias e o devido processo legal, por meio do contraditório diferido. Todavia, o que autoriza, então, a realocação temporal do momento de exercício do contraditório? O fundamento que permite a tomada de providências antes do desfecho natural e definitivo do processo, é afastar situações graves de risco de dano à efetividade da medida, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes do desenvolvimento regular do processo. O que ocorre é uma ponderação entre o bem jurídico que se deseja proteger com a providência tomada de forma imediata e o contraditório prévio

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 374.981**. Relator: Ministro Celso de Mello, Data: 28/03/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – **Remessa Necessária/RO: 1002246-59.2021.4.01.4200**. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, Data de Julgamento: 03/11/2021, 5ª Turma, Data de Publicação: PJe 03/11/2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – **Agravo de Instrumento 1026771-32.2020.4.01.0000** ACP, Relator: Desembargador Federal DANIEL PAES RIBEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2020, 5ª e 6ª Turmas, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 03/09/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – **Agravo de Instrumento/SP: 5009515-17.2021.4.03.0000**. Relator: Desembargador Federal Marli Marques Ferreira, Data de Julgamento: 30/11/2021, 4ª Turma, Data de Publicação 10/12/2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – **Remessa Necessária/MS: 5000225-08.2021.4.03.6004**. Relator: Desembargador Federal Antônio Carlos Cedenho, Data de Julgamento: 04/02/2022, 3ª Turma.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – **Remessa Necessária/CE: 0816771-56.2021.4.05.8100**, Relator: Desembargador Federal Fernando Braga Damasceno, Data de Julgamento: 07/07/2022, 3ª Turma.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2018.

FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª edição, São Paulo: Atlas, 2019.

FONSECA, Elisa Marina Fonseca; MEDEIROS, Mirna de Lima; MIRANDA, João Irineu de Resende. O controle migratório nas fronteiras do Brasil durante a pandemia: sinais do autoritarismo à nossa porta. **Revista Simbiótica**, v.8, n.2, p. 11-37, mai.-ago. 2021.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio Sobre a Procedibilidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2021

MENEZES, Ricardo Fernandes de; SOARES, Adilson; CAMARGO, Iara Alves de. Panorama Internacional sobre o enfrentamento à pandemia de Covid-19. **Revista Humanidades & Inovação**, v. 8, n. 35, p.54-70, fev. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: civil penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 12ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**. 2. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2001.

A CADEIA DE CUSTÓDIA COLABORATIVA NAS INVESTIGAÇÕES DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Pedro Marcelo Clares de Andrade¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As nuances sobre o crime de lavagem de dinheiro; 3 A cadeia de custódia na legislação brasileira; 4 A obrigatoriedade de informar operações suspeitas como contribuição investigativa; 5 As consequências da quebra da cadeia de custódia; 6 Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O crime de lavagem de dinheiro encontra um ambiente favorável para a sua prática dentro do atual contexto de economia globalizada. A partir dos avanços tecnológicos envolvendo as formas de se realizar transações econômicas, os agentes infratores encontram as mais variadas ferramentas de aperfeiçoamento do ato de dissimular ou omitir o proveito econômico do crime antecedente.

Acontece que, neste cenário, as autoridades investigativas necessitam criar políticas que consigam identificar todo o fluxo percorrido por este valor monetário até a reintrodução na economia formal com aparência de licitude.

Reconstruir esta cadeia de custódia é de suma importância para identificar todos envolvidos na empreitada criminosa, bem como para sufocar a atividade econômica do grupo criminoso e recuperar o dinheiro lavado. Nesse quesito, o Estado elabora uma exigência preventiva de colaboração com o setor privado ao obrigar este a repassar informações de transações suspeitas aos órgãos de controle e de inteligência.

Ocorre que, a partir da introdução da cadeia de custódia ao Código do Processo Penal, a ferramenta, no contexto da prática da lavagem de dinheiro, passa a

¹ Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9136178923686308> Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-8088-4826>. E-mail: claresandrade@gmail.com

adotar, também, o significado de idoneidade do caminho a ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, a fim de evitar a ocorrência de qualquer interferência durante o trâmite processual e que possa resultar na sua imprestabilidade ou na eventual condenação injusta do infrator.

Desse modo, visando preservar a eficácia investigativa da lavagem de dinheiro, a lei antilavagem combinada ao código processual, busca exigir que o setor privado também tenha a devida responsabilidade em preservar a integridade e a autenticidade das provas e informações em torno das investigações da lavagem de dinheiro, pois a quebra da cadeia de custódia pode produzir diferentes desfechos processuais e violações ao devido processo legal, além de impedir a real identificação do caminho seguido para a consumação do crime.

Diante disto, o presente estudo busca compreender a importância do atendimento às exigências da cadeia de custódia nas investigações do crime de lavagem de dinheiro, a partir da colaboração entre o setor privado e as autoridades judiciais no contexto da política preventiva ao delito em análise.

A pesquisa terá uma abordagem expositiva e qualitativa, pois se buscará compreender a importância em torno da cadeia de custódia colaborativa. Para tanto, faremos uso de uma metodologia dedutiva, tendo como premissas gerais a legislação e a doutrina em matéria de cadeia de custódia da prova e de política preventiva à lavagem de dinheiro.

2. AS NUANCES SOBRE O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A ação núcleo do crime de lavagem de dinheiro consiste no conjunto de práticas econômico-financeiras que têm por finalidade dissimular ou esconder a origem ilícita de determinados ativos financeiros ou bens patrimoniais, de forma que tais ativos aparentem uma origem lícita ou de que, pelo menos, a origem ilícita seja difícil de se provar. A ideia em torno da figura típica é o dolo do agente de buscar proveito econômico de um crime anterior a partir do disfarce da origem

² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 405.

desses valores para se desvincular ou se distanciar da fonte criminosa e dar uma aparência de licitude.²

Como normatizado pela Lei nº 9.613/98, a lavagem de dinheiro tem por objetivo tornar invisível a relação entre a infração penal antecedente e os valores obtidos, de modo a incorporar estes recursos na economia legal, onde o criminoso poderá usufruí-lo de maneira plena.³ Para tanto, a atividade de lavagem de dinheiro se desdobra em inúmeros atos, que podem variar de acordo com a operação, sendo que a sua consumação depende de múltiplas ações sucessivas, notoriamente conhecidas por três fases: colocação, ocultação e integração, divisão construída pelo Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI) e tipicamente utilizada pela legislação brasileira, mas que não exige a necessária da ocorrência das três etapas para a sua consumação, pois o cumprimento de todas as ramificações consistirá no mero exaurimento do crime.

Conhecida como *placement* ou colocação, a primeira etapa dá-se quando o criminoso busca disfarçar a origem do ativo para integrá-lo ao sistema econômico-financeiro, iniciando o distanciamento de sua origem. Nessa fase torna-se evidente a vinculação da lavagem ao sistema financeiro, o qual, com sua manipulação, permite o sucesso na aparência de licitude a ser conferida aos ativos oriundos de crimes.⁴

Dentro destes atos, comumente utilizada é a técnica do fracionamento de grandes quantias em pequenos valores a serem transferidas para inúmeras contas bancárias, sendo corriqueira a transferência dos valores, a título de supostos investimentos, destacando-se quatro canais de vazão aos capitais: instituições financeiras tradicionais, instituições financeiras não tradicionais, inserção nos movimentos financeiros diários e outras atividades de transferência do dinheiro para além das fronteiras nacionais⁵, o que acaba refletindo a natureza transnacional da lavagem de dinheiro.

³ BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 p. 47.

⁴ ANSELMO, Márcio Adriano. Criminal compliance e a investigação de crimes contra a empresa. Consultor Jurídico. São Paulo. Versão online. v. 1, p. 67, 2017.

⁵ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

A segunda fase trata-se do *layering*, estratificação ou transformação, consistido no afastamento do dinheiro lavado de sua origem, mediante a utilização de interpostas pessoas físicas, empresas e atividades comerciais com o fim de simulação de supostos lucros. Neste cenário, resta perceptível a utilização de contas abertas em nome de “laranjas” ou a utilização de empresas “de fachada”, que só existem formalmente, sem de fato produzir bens ou serviços.

Já a terceira fase diz respeito à *integration* ou reinversão, ocorrendo quando os valores retornam com aparência de licitude às mãos dos criminosos, geralmente por meio de investimentos, lucros e aquisições de bens. O regresso apresenta uma grande importância, tendo em vista que parte do produto criminoso é reinserida no mercado formal e reinvestida na própria atividade criminal, perpetuando-se, assim, um círculo vicioso característico. Ao final desta etapa, se torna quase impossível que as autoridades identifiquem a extensão da lavagem de dinheiro, a não ser que tenham rastreado desde o início.⁶

Além destas, para alguns estudiosos há uma quarta etapa, chamada por Fausto Martin de Sanctis de reciclagem, que seria a oportunidade em que o agente busca eliminar todos os vestígios das transações ilegais, ou seja, apagando todos os indícios das fases anteriores concretizadas.⁷

Compreender essas três fases mostra-se relevante frente à atividade investigativa, exatamente para identificar o momento ou o andamento da prática criminosa, bem como a possibilidade de localizar o capital dissimulado ou ocultado. Ainda, a partir deste acompanhamento, será possível traçar os meios que foram utilizados na execução delituosa, os agentes envolvidos e o crime antecedente.

A figura típica antecedente ocorre de modo autônomo do crime de lavagem, sendo possível, discutivelmente, a condenação pela prática de lavagem de dinheiro

⁶ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de Dinheiro. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37.

⁷ SANCTIS, Fausto Martins de. Lavagem de Dinheiro Por Meio de Obras de Arte: uma perspectiva judicial criminal. 1. ed. Minas Gerais: Del Rey, 2015. p. 18.

⁸ Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

com base em meros indícios e indicativos do delito primário, independentemente de processo e condenação. Tal entendimento fortalece o princípio de autonomia entre os dois crimes, como narra o artigo 2º, inciso II, da Lei 9.613/1998.⁸

Apesar desta exigência mínima, deve o Ministério Público zelar pela narração da infração penal antecedente, sendo que a descrição de como se deu o delito anterior é ainda mais relevante, tendo em vista a regra de independência do processo e julgamento nos crimes de lavagem, tornando-se indispensável a certeza de sua ocorrência e de que tal conduta rendeu produto financeiro capaz de ser dissimulado e, posteriormente, reinserido na economia com aparência de licitude.⁹

A imputação do crime de lavagem de capitais na ação penal, além de evidenciar em concreto como ocorreram os atos de ocultação e dissimulação, demanda a descrição do delito antecedente e da relação de causalidade entre o produto gerado por este e os atos posteriores que configurariam o núcleo da conduta criminoso.¹⁰

Frente a isto, para aumentar o poderio investigativo e preventivo contra a lavagem de dinheiro, nasceu a iniciativa de colaboração entre o Estado, as autoridades jurídicas e o setor privado, permitindo a rastreamento do percurso do produto financeiro proveniente da prática antecedente até a dissimulação, a partir da união de provas colhidas por ambos os agentes contributivos. Todavia, para firmar esta cooperação, resta necessário que se preze pela correta preservação da integridade e autenticidade dos elementos e informações probatórias, instante em que se debate a importância da cadeia de custódia nas investigações pública e particulares em relação à figura típica aqui em análise.

3. A CADEIA DE CUSTÓDIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 324 2016.

¹⁰ MATTOS, Pedro Henrique. A imputação e o crime de lavagem de capitais: um estudo crítico sobre a viabilidade da denúncia. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 8, p.429, 2022.

¹¹ AVENA, Noberto. Processo Penal. 15ª ed. Reio de Janeiro: Método, 2023, p. 991.

A ideia em torno da cadeia de custódia ganhou maior relevância a partir de sua inclusão pormenorizada no Código do Processo Penal com a Lei nº 13.964/2019, mas a sua existência na legislação brasileira já ocorria de modo anterior à novidade.¹¹

A cadeia de custódia, mesmo que de modo implícito, já poderia ser visualizada como integrante do chamado corpo de delito disposto no artigo 158, do Código do Processo Penal, ao aduzir a necessidade de exame do corpo de delito, de modo direto ou indireto, naquela prática criminosa que deixar vestígios, fazendo recair sobre o Estado o ônus de demonstrar que os objetos por ele colhidos e periciados correspondiam exatamente àqueles conexos a atividade delituosa.

Com os acréscimos empreendidos pelo Pacote Anticrime, mais especificamente o artigo 158-A, do Código do Processo Penal, a cadeia de custódia passou a adotar uma conceituação mais enxuta, ao mesmo tempo que detalhou as etapas a serem adotadas para preservar a matéria probatória. Apesar de estar ligada à prova científica e, mais especificamente, à perícia de laboratório, a sua aplicação é mais ampla, estando relacionada com qualquer fonte de prova real. Além disso, não se deve obstar a total aplicação aos casos que envolvem a coleta de elementos imateriais e registrados eletronicamente, como o conteúdo de conversas telefônicas, de transmissão de e-mails, fotografias digitais e entre outros.¹²

No cenário da lavagem de capitais, observa-se que o delito, apesar de produzir consequências patrimoniais e materiais, como imóveis, veículos, obras de arte e joias, os principais meios de informações probatórias são as transações financeiras e as movimentações mercadológicas, que geralmente ocorrem por meios eletrônicos, exatamente para permitir um maior alcance do montante a ser dissimulado e para evitar levantar suspeitas por parte dos órgãos de controle.

A importância da documentação da cadeia de custódia está atrelada à finalidade de assegurar a autenticidade e a integridade da fonte de prova. A primeira significa que a fonte de prova é genuína e autêntica quanto à sua origem. Por

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, p. 695, 2021.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, p. 697, 2021.

outro lado, a integridade é a condição da fonte de prova que se apresenta íntegra ou inteira, não tendo sido adulterada, nem tido qualquer diminuição ou alteração de suas características, que devem se manter as mesmas desde a sua colheita até o seu contraditório em juízo.¹³

Interessante esclarecer que a ênfase no aspecto do registro documental acabou sendo associada, conceitualmente, ao termo cadeia de custódia, definida como a documentação da história cronológica do vestígio. Todavia, a cadeia de custódia é o próprio conjunto de procedimentos sequenciais, sendo que o registro desses procedimentos e etapas diz respeito à documentação da cadeia de custódia,¹⁴ como determinado pelo novo dispositivo normativo processual.

No entorno dos crimes financeiros e, mais especificamente no de lavagem, as provas a serem colhidas geralmente encontram-se de modo virtual, fazendo nascer a discursão sobre a documentação da cadeia de custódia desses elementos de informação dotados de incorporeidade, impalpabilidade e volatilidade, tratando-se de uma fonte de prova que pode ser facilmente contaminada e que necessita de uma gestão delicada e bem documentada.

Conhecidos como *computer forensics*, esses elementos de prova são conservados e transmitidos em linguagem não natural, mas digital. Assim, ainda que os dados digitais, em seu conteúdo informativo, possam ser diretamente percebidos por quem está em contato com eles, esses não possuem materialidade imediatamente constatável, sendo necessária uma análise atenta e interpretativa acerca dos dados operados.

Quando se deparam com a investigação em relação ao crime de lavagem, as autoridades jurídicas vão buscar reconstruir todo o fluxo do montante dissimulado ou ocultado. Não há sentido falar em lavagem se não ficar claro quais os bens, direitos e valores provenientes de uma infração antecedente e que foram, posteriormente, acobertados e reinseridos na economia formal, com aparência de licitude.¹⁵

¹⁴ REBOUÇAS, Sérgio. Curso de Direito Processual Penal. Volume 1. 2ª ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 731.

¹⁵ MATTOS, Pedro Henrique. A imputação e o crime de lavagem de capitais: um estudo crítico sobre a viabilidade da denúncia. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 8, p.430, 2022.

Com isso, diante desta necessidade de identificação, há a sugestão de ampliar a conceitualização da cadeia de custódia, mais especificamente para os casos envolvendo o delito em estudo. De forma simples, a palavra cadeia pode assumir o sentido de uma série de peças, objetos ou ações entrelaçadas uma a uma, ou um conjunto de coisas que vêm umas como consequência das outras e que têm alguma relação entre elas, em um claro efeito de sucessão, continuidade.

Por isso, além da importância de se assegurar a autenticidade da prova colhida, há a importância de visualizar e compreender a cadeia de custódia de todos os fatos e atos realizados pelos infratores para executarem a dissimulação do dinheiro proveniente do delito antecedente.

Acontece que, frente à modernização das relações econômicas e da necessidade de sufocar as práticas das organizações criminosas que se utilizam da própria lavagem de dinheiro para financiar a atividade ilícita, a legislação combativa trouxe a necessidade de adoção de medidas preventivas a serem adotadas por setores comerciais para fins de identificar os rastros delituosos, bem como passou a exigir uma contribuição do setor privado ao exercício investigativo do poder público, consistindo em uma política-criminal de compartilhamento de responsabilidades entre Estado e particular.¹⁶

Essa exigência veio a ser integrada a partir do texto normativo dos artigos 10 e 11, da Lei nº 9.613/98, que determina os mecanismos de controle e o registro de informações que possam indicar qualquer suspeita delituosa do ilícito econômico.

4. A OBRIGATORIEDADE DE INFORMAR OPERAÇÕES SUSPEITAS COMO CONTRIBUIÇÃO INVESTIGATIVA

O primeiro passo adotado pela lei antilavagem foi a enumeração de sujeitos que devem adotar ferramentas de política interna e de controle sobre as suas atividades financeiras para fins de contenção de riscos e para a proteção contra a prática de lavagem de dinheiro. Dentro destas obrigações, destaca-se a comunicação

¹⁶ NAVES, José Paulo Micheletto. O crime de lavagem de dinheiro no mercado de luxo. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance – RDPE, v. 7, p. 33, 2021.

das operações suspeitas às autoridades de regulação do setor a qual a atividade comercial está inserida, além do armazenamento de informações sobre as transações comerciais realizadas e a realização do controle atualizado dos dados acerca de seus clientes.

As atividades listadas no artigo 9º, da Lei nº 9.613/98, são classificadas como financeiras e não financeiras, sendo frequentemente atualizadas de acordo com os avanços dos setores mercadológicos. Essa indicação ocorre frente aos setores que são classificados como vulneráveis, por apresentarem características que facilitam o seu uso como meio para a prática delituosa, como o mercado de capitais, de bens imóveis e de bens de luxo.

A partir disto, os artigos 10 e 11 da lei antilavagem determinam a necessidade de implementação de acervo que contenha informações sobre os seus clientes, as relações e as transações econômicas realizadas. Essa medida surge dentro do cenário de *compliance* de e políticas internas que devem ser atendidas por esses agentes financeiros.

A exigência em torno da adoção de mecanismos de registro e arquivamento dessas informações, diz respeito a um ato de prevenção e colaborativo que o Estado exige do setor privado com a visão de buscar mecanismos mais eficientes na identificação das práticas de lavagem de dinheiro, bem como de todos os agentes envolvidos e os atos praticados. Na posse desses dados, os setores obrigados deverão comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) as operações e movimentações que possam apresentar indícios de práticas ilícitas, dentro das especificidades de cada segmento comercial, como determina o artigo 11º, da Lei 9.613/98.

De natureza administrativa¹⁷, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras tem uma função regulatória e atua como um instituto de inteligência financeira ao receber, analisar e disseminar informações com outros órgãos de

¹⁷ ROMANTINI, Gerson Luis. O desenvolvimento institucional do combate à lavagem de dinheiro no Brasil desde a lei 9.613/98, 2003. 226 f. (Dissertação de Mestrado em Ciências Econômicas) – UNICAMP, Campinas, 2003. p. 138. Disponível em: <https://repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/275835>. Acesso em 23 junho 2023.

¹⁸ COAF. Plano de Dados Abertos 2022-2024. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/PlanoDadosAbertosCoaf2022-2024.pdf>. Acesso em 22 junho 2023.

investigação, como o Ministério Público e a Receita Federal, por meio da produção de Relatórios de Inteligência Financeira (RIF)¹⁸.

Ao receber essas comunicações dos sujeitos obrigados e cruzar as informações das mais diversas fontes, o COAF analisa os potenciais lesivos e ilícitos da atividade econômica, identificando as ocorrências suspeitas de tipicidade e comunicando às autoridades competentes para instauração dos procedimentos cabíveis, como um inquérito policial ou um procedimento de investigação criminal (PIC/MP), por exemplo.

Frente aos poderes concedidos, constata-se que a atividade do COAF não é investigativa, tampouco, confunde-se com uma agência reguladora, mas presta assessoramento aos órgãos reguladores e outros órgãos de justiça criminal, sendo que sua atividade tem a qualidade de inteligência.¹⁹

A notificação pelo setor obrigado acerca de uma operação ou transação suspeita ao COAF não significa uma denúncia de lavagem de dinheiro, mas sim o repasse da descrição sobre uma transação que tenha apresentado características que permitem incluí-la no rol de situações que devem ser obrigatoriamente comunicadas ao Conselho. Ainda, as informações recebidas e processadas pelo COAF não constituem meio de prova, ou seja, não possuem valor probatório, uma vez que configuram atividade de inteligência. O valor é de elemento informativo de fase pré-processual, condicionado à observância de garantias mínimas e à corroboração posterior no marco oficial,²⁰ mas não sendo impedidas de serem levadas ao processo como eventuais provas.

Mais do que um simples controle do negócio, o registro de operações destina-se a cumprir uma regra básica de prevenção à lavagem de capitais, que é a visualização da cadeia de custódia do dinheiro. Por meio desta ideia, busca-se identificar a origem e o destino dos recursos financeiros de procedência ilícita.

A elaboração de um relatório de comunicação ao COAF é de responsabilidade do órgão regulador, bem como da pessoa jurídica ou física vinculada a ele, que,

¹⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. Desafios na investigação de organizações criminosas: meios de obtenção de prova; relatório de inteligência financeira. Revista jurídica ESMSPSP, São Paulo, v.10, p. 174, 2016. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMSPSP/article/view/314. Acesso em 23 junho 2023.

²⁰ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Licitude e validade da prova penal nas investigações empresariais internas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 9, p.638, 2023.

em atuação conjunta, devem buscar alinhar as informações mínimas e basilares a serem exigidas para trazer informações transparentes, objetivas e direcionadas à identificação dos envolvidos e de todo o caminho percorrido pelo dinheiro dentro daquela operação suspeita.

Dentro dos indícios de uma atividade suspeita de lavagem, destaca-se as seguintes ocorrências: quando a origem do dinheiro ou a fundamentação econômica não sejam claramente aferíveis; quando o valor for incompatível com o patrimônio, com a capacidade financeira, com a atividade ou ramo de negócio do cliente; transação realizada com cliente cujo beneficiário final não for passível de identificação; as operações injustificadas, complexas ou com custos mais elevados, e que visem dificultar o rastreamento dos recursos e a identificação do real objetivo da operação.

Evidentemente que essas informações colhidas pelos agentes privados e a serem repassados os órgãos de controle do Estado fortalecem a compreensão de que, para uma investigação, não basta a simples coleta de provas de autoria e materialidade do crime. Será necessário identificar, em tempo hábil, o produto do crime e a sua localização.²¹ Ademais, o que se busca é a reestruturação de um evento passado, a fim de restabelecê-lo da forma mais próxima como ocorreu.²²

Das características do delito em debate, muito se fala na teoria *Twin Track Fight*, em que o combate à lavagem de dinheiro ocorre em uma via de mão dupla, onde o Estado atua na repressão, através dos seus aparelhos próprios, como Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia Federal, e das instituições financeiras, como as entidades privadas, na prevenção e nas comunicações financeiras suspeitas, junto ao COAF.²³

A visualização da prática ilícita não é uma atividade simples, pois as organizações criminosas e o agente solitário conseguem criar condições opacas e resistentes a qualquer observação despreziosa, que não é fruto de uma programação artesanal, mas de um projeto racionalmente elaborado e ramificado²⁴. Por isso é de suma importância essa soma de forças para sufocar o desdobramento financeiro do crime de lavagem, estando o Estado no aguardo das informações probatórias repassadas pelos setores obrigados.

O crime de lavagem de dinheiro reclama uma investigação de inteligência, de gabinete, mais burocrática, mas que não dispensa as providências tradicionais de investigação de campo, tradicionalmente executadas pelos órgãos de investigação²⁵. Contudo, resta necessário que, a partir do início das investigações pela pessoa jurídica do setor privada, há que se ter uma visão de futuro da ação penal a ser proposta, na medida que as informações repassadas ao COAF tenham sido obtidas por meios lícitos e que se tenha preservado toda a sua integridade e autenticidade. Afinal, na posse desses dados, o COAF irá elaborar relatórios de inteligência que embasaram os prosseguimentos futuros a serem adotados pelo Ministério Público.

Todo este panorama vai reclamar a exigência de uma atuação que se busque preservar as provas na sua integridade e sem que traga prejuízo ao âmbito jurídico processual para fins de se evitar uma condenação eivada de vícios.

Assim, a lei antilavagem usa o direito penal para suprir a incapacidade do Estado de investigar o crime antecedente da lavagem de dinheiro e rastrear seu produto.²⁶ O bom funcionamento de uma unidade de inteligência financeira, não só depende da colaboração dos sujeitos obrigados, mas da sua estrutura que deve apresentar condições ideais direcionadas, especialmente, para agilizar a troca e a compilação de informações junto ao setor regulador de modo mais célere e menos burocrático possível²⁷, mas que não pode se ater a obter essas informações sem exigir o devido respeito aos ideais da cadeia de custódia processual.

5. AS CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Como já exposto, no âmbito da lavagem de dinheiro, o termo cadeia de custódia também assume o conceito do percurso realizado pelo montante obtido ilicitamente de um crime antecedente até a sua dissimulação ou omissão com o posterior retorno à economia com a aparência de licitude. Ocorre, que essas informações precisam ser relatadas, armazenadas, notificadas e preservadas, dentro das exigências estipuladas pela Lei nº 9.613/98 e pelo Código do Processo Penal.

A partir do desrespeito aos dispositivos normativos que legislam sobre a cadeia de custódia, conhecido como quebra da cadeia de custódia, duas consequências são plausíveis, uma em âmbito administrativo e outra em âmbito processual.

No primeiro cenário, a lei de antilavagem, por meio de seu artigo 12º, estipula a aplicação de advertências e de penalidades pecuniárias às pessoas obrigadas de informarem, bem como aos administradores destas pessoas jurídicas que deixarem de cumprir as obrigações de *compliance* exigidas.

Válido lembrar que as obrigações administrativas consistem na manutenção de um cadastro de clientes atualizado, ao registro das operações que se enquadrem em determinados patamares fixados pelas autoridades administrativas, como o Banco Central, e o dever de comunicação ao COAF acerca das operações suspeitas.²⁸

Não se pode olvidar que o desrespeito à adoção de uma política interna de controle e prevenção, também poderá ensejar em uma condenação criminal pela própria prática da lavagem de dinheiro que, neste caso, irá recair sobre os profissionais que exercem cargo de liderança ou de controle naquela empresa, desde que observado o limite de atuação e o elemento subjetivo da ação de cada agente.

A consequência administrativa da quebra da cadeia de custódia, por meio da ausência de contribuição do setor privado dificulta, em muitas nuances, a eficiência do papel investigativo do Estado em identificar o real fluxograma de uma prática de lavagem de dinheiro. Os deveres de colaboração foram definidos como uma determinação delegada por parte do Estado para um grupo específico de indivíduos. O objeto desta delegação consiste em sua atuação proativa em prol do interesse público, na prevenção do crime e na promoção das funções preventivas da Administração da Justiça.²⁹

No segundo cenário, já sob a óptica processualista, as irregularidades cometidas no trajeto do vestígio desde o início da cadeia de custódia, e não sendo possível apurar a legitimidade das fases que a compõem, haverá a hipótese da quebra dessa cadeia, com implicações na integralidade e na validade dos elementos de convicção produzidos no laudo pericial³⁰ ou no relatório conclusivo das investigações, sendo, a consequência jurídica desta quebra, a ilicitude da prova, com seus consectários de inadmissibilidade e de exclusão material, que pode ser por desentranhamento e inutilização.³¹

Desse modo, as irregularidades da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se

a prova é confiável.³² Em não ocorrendo nenhuma outra prova capaz de sustentar a acusação, deverá o réu ser absolvido por insuficiência probatória.³³

Quando se tratar de um processo envolvendo a prática do delito de lavagem de dinheiro, existindo provas que possam complementar a análise dos dados informados pelas pessoas jurídicas do setor privado e que demonstrem o fluxo percorrido pelo dinheiro dissimulado, o magistrado deverá prosseguir pela valoração daquele elemento probatório por meio do livre convencimento em torno da confiabilidade daquela prova.

No processo penal, em que devido a um *standard* probatório elevado, normalmente identificado com a prova distante de qualquer dúvida razoável, o desrespeito à regra de documentação integral da cadeia de custódia gera problemas ainda mais agudos, pois a possibilidade de adulteração da prova, ou mesmo uma ausência de demonstração segura de sua autenticidade e integridade, poderão ser suficientes para impedir um resultado condenatório.³⁴

Já nas hipóteses em que os elementos ou fontes de prova forem obtidos por meio de investigações privadas, o ônus da documentação da sua cadeia de custódia deverá recair sobre as pessoas que participaram da coleta, manuseio, guarda e produção, até a sua apresentação judicial.³⁵ Trata-se da aplicação do princípio da autorresponsabilidade das partes, em que ambas são devidamente responsáveis e assumem as consequências e os respectivos desdobramentos de sua atividade probatória no processo.³⁶

A partir dessa perspectiva de análise da política de *compliance* em seu viés de colaboração para com a administração da justiça, exigida pela lei antilavagem, visualiza-se uma espécie de extensão do gabinete dos órgãos de controle e de persecução, impondo às pessoas jurídicas e aos seus responsáveis pelo cumprimento normativo e pelas investigações internas, uma inegável preocupação para com a fiabilidade das provas colhidas, uma vez que, também, encontram-se na responsabilidade de observar a documentação da cadeia de custódia.³⁷

Assim, uma eventual quebra da cadeia de custódia poderá prejudicar a confiabilidade da prova, trazendo relevantes prejuízos ao devido processo penal, além de uma imputação administrativa para aquele que não atender às exigências normativas de prevenção à lavagem de dinheiro, que poderá, a depender do caso, desencadear uma eventual condenação pelo crime de lavagem de dinheiro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reprimir o crime de lavagem de dinheiro significa atacar as consequências do crime, respeitando de modo assíduo os procedimentos de prevenção que devem servir como uma espécie de obstáculo para o retorno dos recursos ilegais no sistema financeiro. A adoção dessa política preventiva implica em agilizar e tornar eficiente o trabalho da administração pública em ter que lidar com um crescente fluxo de informações e, conseguir, evitar os riscos e as consequência que o crime de lavagem de capitais possa trazer à ordem financeira e social. Para atingir um resultado mais eficiente, a norma passou a exigir uma contribuição colaborativa com o setor privado, mas com o Estado ainda mantendo um poder regulamentador e de ação punitiva aos que descumprirem com essas exigências.

As comunicações pelas autoridades obrigadas acerca de transações suspeitas ao COAF se mostram como uma das principais necessidades determinadas pela Lei nº 9.613/98, sendo importante estarem munidas de dados obtidos de forma lícita, por meio de uma apuração de informações do modo mais regular possível pois, caso sejam construídas com provas obtidas de forma ilícita, toda a regularidade das investigações posteriores e, consequentemente, do processo penal será infectada.

Nesse cenário, a cadeia de custódia, ferramenta regulada pelo Código de Processo Penal, traz determinações que buscam dar maior confiabilidade às informações probatórias obtidas a partir destas investigações internas do setor privado, bem como daquelas realizadas pelas autoridades jurídicas, devendo ambas proverem pela máxima manutenção da integralidade dos dados colhidos, que irão demonstrar, de forma mais aproximada, o fluxo percorrido pelo dinheiro advindo de uma atividade ilícita antecedente até o ato de dissimulação que proporcionou a aparência de licitude do proveito econômico.

A eventual elipse, ou quebra da cadeia de custódia, nestes registros poderá acarretar menor confiabilidade do elemento probatório, o que deverá ser considerado quando de sua eventual apresentação em processo penal e na provável responsabilização daquele infrator. Desse modo, a cadeia de custódia colaborativa se mostra como uma importante ferramenta de prevenção à lavagem de dinheiro, ao exigir que os setores investigativos respeitem as diretrizes de integralidade da prova e ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **Criminal compliance e a investigação de crimes contra a empresa**. Consultor Jurídico. São Paulo. Versão online. v. 1, 2017.

AVENA, Noberto. **Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021.

BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais**. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Desafios na investigação de organizações criminosas: meios de obtenção de prova; relatório de inteligência financeira. **Revista jurídica**

ESMPSP, São Paulo, v.10, p. 159-186, 2016. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/314. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2023.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 03 DE OUTUBRO DE 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 06 jun. 2023.

BRASIL. **LEI Nº 9.613, DE 03 DE MARÇO DE 1998**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm> . Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL.

BRASIL. **LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.. Brasília , Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 653.515**. Relator: Desembargador Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 23 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1365911352>. Acesso em: 15 out. 2023.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; GOMES, Rodrigo Carneiro; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Polícia Judiciária no Estado de Direito**. EDITORA LUMEN JURIS. Rio de Janeiro. 2017. 2ª edição.

COAF. **Plano de Dados Abertos 2022-2024**. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/PlanoDadosAbertosCoaf2022-2024.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2023.

CORRÊA, Barbara Galvão Antunes; BARONE, Marcelo Luiz. **Cadeia de custódia e sua relevância na persecução penal**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 22, 2022. Disponível em: [file:///C:/Users/G-fire/Downloads/CADEIA%20DE%20CUST%20C3%93DIA%20E%20SUA%20RELEV%20NCIA%20NA%20PERSECU%20C3%87%20C3%83O%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/G-fire/Downloads/CADEIA%20DE%20CUST%20C3%93DIA%20E%20SUA%20RELEV%20NCIA%20NA%20PERSECU%20C3%87%20C3%83O%20(1).pdf). Acesso em: 01 out. 2023.

DE LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. Uma reflexão sobre as dificuldades da investigação criminal do crime de lavagem de dinheiro. **Revista Justitia**, v. 197, p. 23-35, 2007.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 7, n. 2, p. 1453-1453, 2021.

JUNIOR, Almir Santos Reis; DE ARAUJO MARANGONI, Hugo. O crime de lavagem de dinheiro frente ao atual panorama de investigação criminal. **Revista Uniabeu**, v. 14, n. 35, p. 50-64, 2021.

LINHARES, Sólón Cícero. **Manual de prevenção à lavagem de dinheiro e políticas de compliance**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

MATTOS, Pedro Henrique. A imputação e o crime de lavagem de capitais: um estudo crítico sobre a viabilidade da denúncia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, p. 409-440, 2022.

NAVES, José Paulo Micheletto. O crime de lavagem de dinheiro no mercado de luxo. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance – RDPE**, v. 7, p. 29-51, 2021.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de et al. **Los deberes de colaboración en blanqueo de capitales: contexto y fundamentos normativos**. 2021. Universitat Pompeu Fabra. Disponível em: <https://www.tdx.cat/handle/10803/671512#page=1>. Acesso em: 25 jun. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA**. Tese. (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>. Acesso em: 15 out. 2023.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Licitude e validade da prova penal nas investigações empresariais internas. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 2, p. 609-644, mai.-ago. 2023. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/22/27>. Acesso em: 01 jul.2023.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Volume 1. 2ª ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

ROMANTINI, Gerson Luis. **O desenvolvimento institucional do combate à lavagem de dinheiro no Brasil desde a lei 9.613/98**. 2003. 226 f. (Dissertação de Mestrado em Ciências Econômicas) – UNICAMP, Campinas, 2003. Disponível em: <https://repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/275835>. Acesso em: 23 jun. 2023.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Lavagem de Dinheiro por meio de Obras de Arte - uma perspectiva judicial criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

COISA JULGADA E QUESTÕES PREJUDICIAIS INTERNAS NO CPC/2015

Raissa Carly Fernandes Macêdo Osterno¹
Juvêncio Vasconcelos Viana²

SUMÁRIO: 1. Palavras introdutórias; 2. Questão principal e questão prejudicial; 3. A coisa julgada e o regramento da questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de 1973; 4. A coisa julgada e o regramento da questão prejudicial incidental no CPC/2015; 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A coisa julgada é a autoridade que torna imutável e indiscutível a questão de mérito decidida no processo, isto é a inteligência do art. 502 do CPC de 2015 (BRASIL Para sua formação, infere-se do artigo citado a necessidade de dois pressupostos: a) necessidade de decisão de mérito; e b) que esta não seja mais sujeita a recurso, melhor dizendo, que haja o trânsito em julgado.

A indiscutibilidade tratada na norma diz respeito à impossibilidade da mesma questão ser tratada novamente (rediscussão da matéria), impedindo uma nova propositura de demanda para o autor e gerando uma defesa para o réu quando este é demandado em um segundo momento pelo mesmo objeto. Já a imutabilidade está relacionada à decisão não poder ser alterada em outro processo, a não ser através da ação rescisória, mecanismo previsto no art. 966 e seguintes do CPC/2015³, cuja proposição demanda o respeito aos cabimentos especificados.

¹ Advogada, Professora da Faculdade Luciano Feijão, Doutoranda pela Universidade Federal do Ceará - UFC.. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9220721326203702> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1166-3534> E-mail: raissaosterno@yahoo.com.br

² Advogado, Procurador do Estado do Ceará, Professor Titular da Universidade Federal do Ceará - UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2656349355458379> Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-7782-2731> E-mail: juvencioviana6883@hotmail.com

³ Existem algumas situações onde se pode ver a flexibilidade da coisa julgada, contudo são circunstâncias que geram discussão se realmente há uma mutabilidade/rediscussão ou se estamos diante de questões que não preenchem a tríplce identidade, porque há mudança da causa de pedir. Para fins de aprofundamento: BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Jus Podvim, 2016, pp. 583 a 636.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 5º, XXXVI a utilização do termo apenas como “coisa julgada”⁴, já o CPC/2015 traz o termo “coisa julgada material”. Por sua vez, a doutrina classifica a coisa julgada em coisa julgada material e coisa julgada formal

Entende-se, pois, por coisa julgada material a autoridade dada pela lei⁵ para que uma decisão de mérito - que analisa o pedido principal⁶ e não é mais passível de recurso, não possa mais ser rediscutida ou modificada dentro do mesmo processo em que foi discutida ou fora dele, em um processo novo. Havendo, pois, um alcance endoprocessual e outro de índole extraprocessual.

Já a coisa julgada formal se expressa claramente sobre os processos que foram extintos sem a análise do mérito⁷, a qual tem alcance apenas endoprocessual, impedindo a rediscussão apenas dentro do mesmo processo. Como o mérito sequer foi apreciado por problemas formais que impediram o desenvolvimento regular do feito, caso haja a correção do vício, tem-se a possibilidade de propositura de nova ação, não havendo neste ponto, o alcance extraprocessual.

Para Marinoni (2017) e Didier (2017), a coisa julgada formal nada mais seria que uma preclusão⁸, posto que dentro do mesmo processo não poderia mais se rediscutir aquela decisão, trazendo um alcance apenas interno, já que possibilita a repropositura da demanda com correção do vício^{9 10}.

⁴ Art. 5º [...]XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁵ Didier estabelece que esse instituto estabelecido na norma jurídica é “a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva” (DIDIER, 2017)

⁶ “[...] as sentenças definitivas, as quais contêm resolução do objeto do processo [...] devem alcançar a coisa julgada material (ou substancial). Esta consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo [...]” (CÂMARA, 2014, P. 527)

⁷ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I - indeferir a petição inicial; II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; VIII - homologar a desistência da ação; IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X - nos demais casos prescritos neste Código.

⁸ “[...] a preclusão é a perda, extinção ou consumação de uma posição jurídica operada no curso do processo do processo” (MARINONI, 2017, p. 669)

⁹ Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito. (CPC, 2015)

¹⁰ A coisa julgada formal ocorre dentro de processos com análise de mérito também, até porque não há possibilidade de mudança da decisão dentro do mesmo processo. Mas, como se analisa o mérito, há também a coisa material, havendo, portanto, manifestações endo e exoprocessual. No caso, para Marinoni (2009), “a coisa julgada formal opera-se em relação a qualquer sentença, a partir do momento em que precluir o direito do interessado em impugná-la internamente `relação processual”.

A coisa julgada formal ocorre também dentro de processos com análise de mérito, até porque não há possibilidade de mudança da decisão internamente, em face da existência da preclusão do direito das partes em recorrer pela concretização do instituto do trânsito em julgado. Desse modo, como se analisa o mérito, há também a coisa material, sendo, pois, para a formação da coisa julgada material “pressuposto inafastável a coisa julgada formal” (MARINONI, 2009, p. 643).

Quando se trata da coisa julgada material, importa deixar claro também o que é a questão principal do processo para posteriormente entender o conceito de questão prejudicial, a qual pode ser uma prejudicial incidental ou uma prejudicial principal. Veja-se no tópico abaixo.

2. QUESTÃO PRINCIPAL E QUESTÃO PREJUDICIAL

O termo “questão principal” do processo é utilizado para descrever o mérito do processo, o pedido principal da demanda. Já a questão prejudicial é um tipo de relação jurídica que o magistrado precisa se debruçar antes de decidir o mérito, antes de julgar procedente ou improcedente o pedido. Ou seja, a análise da questão prejudicial influencia diretamente, seja para beneficiar ou prejudicar o julgamento do mérito¹¹.

Importante um breve parêntesis para tratar das questões preliminares, as quais não se confundem com questões prejudiciais. As preliminares são questões que impedem o conhecimento do mérito, notadamente por dizer respeito a questões processuais. Por exemplo, caso um juiz seja incompetente, o mérito não é analisado porque a incompetência impede tal aprofundamento, isso se a preliminar foi acatada. Logo, a questão preliminar está ligada ao conhecimento ou não do mérito. Já a prejudicial está ligada ao conteúdo do pedido principal, influenciando diretamente no resultado do seu julgamento, se procedente ou improcedente (MINAMI e PEIXOTO, 2017).

¹¹ Segundo Marinoni, a “questão prejudicial é aquela que condiciona o conteúdo do julgamento de outra questão, que nessa perspectiva passa a ser encarada como questão subordinada” (2017, p. 683). O termo “questão”, conforme Barbosa Moreira (1988, p. 243) é um “ponto duvidoso, de fato ou de direito” que será analisado pelo juiz.

Assim, importa salientar que, quando estamos diante de uma decisão judicial, a tratativa da questão prejudicial se dá na parte da fundamentação da sentença, já a concessão ou não do pedido (questão principal) se dá no dispositivo. Esta análise importa porque tanto no código de processo civil de 1973 como no Código de Processo Civil de 2015, o legislador estabeleceu que a coisa julgada não recai sobre os motivos da decisão^{12 13}.

Nesse sentido, pode-se pensar na relação de especialidade de uma atividade laboral e a necessidade de análise dessa especialidade para a concessão de um pedido de aposentadoria especial¹⁴; cita-se também como exemplo a relação de paternidade (filiação) quando se pede alimentos.

Didier estabelece que a “questão prejudicial é aquela de cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento” (2017, p. 604). Assim, no que tange à concessão ou não da aposentadoria especial, o reconhecimento ou não da especialidade é ponto fundamental a ser averiguado. Da mesma forma ocorre na concessão de alimentos, para a concessão destes, obrigatoriamente o juiz decide sobre a relação de filiação.

Para fins de caracterizar a prejudicial como incidental ou principal é importante asseverar que a prejudicial pode vir como um pedido expresso, como exemplo de uma Ação para Reconhecimento de Paternidade e Concessão de Alimentos. No caso, tem-se dois pedidos, os quais se caracterizam como principais. Mas um é prejudicial em relação ao outro, e estando o pedido prejudicial como pedido expresso, é uma prejudicial principal, sendo, pois, pedido principal.

Já quando não há pedido expresso, mas a relação obrigatoriamente tem que ser analisada naquele processo para fins de concessão do mérito, entende-se diante

¹² Art.469 do CPC/73 e art. 504, CPC/2025.

¹³ Segundo Minami e Peixoto: “Mas o aspecto da fundamentação importante para nossas conclusões é de um viés mais técnico. Isso porque é na fundamentação o lugar da decisão para a análise das questões incidentais. Essas questões são alvo de cognição, mas não farão parte do dispositivo da decisão. No dispositivo são analisadas apenas as questões ditas principais. A doutrina explica que na fundamentação ocorre análise *incidenter tantum*, enquanto no dispositivo ocorre análise *principaliter*. A repercussão prática dessa diferença é grande.” (2017, p. 280)

¹⁴ Aquela que é concedida quando o trabalhador desenvolve suas funções sob condições especiais, isto é, sujeito a alguns agentes nocivos como o ruído, agentes biológicos (vírus e bactérias) e agentes químicos (graxas e hidrocarbonetos).

de uma prejudicial interna, como quando se tem apenas uma Ação de Alimentos. Nesse caso, o pedido da demanda é apenas os alimentos, que é a questão principal do processo. Contudo, para que o juiz analise a possibilidade de concessão ou não dos alimentos, necessita-se enfrentar a relação de filiação, que será, por sua vez, a prejudicial incidental (já que não está como pedido expresso).

Nos dois próximos tópicos, desenvolve-se a relação entre as questões prejudiciais e a coisa julgada, estabelecendo os limites objetivos da coisa julgada, ou seja, sobre o quê, dentro do processo, recai a coisa julgada.

3. A COISA JULGADA E O REGRAMENTO DA QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

A coisa julgada recai sobre a questão principal do processo, isto é, sobre o mérito do processo, sobre o pedido principal, o qual, em regra, deve vir decidido no dispositivo da sentença. Assim, a coisa julgada recai sobre a norma jurídica do caso concreto¹⁵ que vem expressamente decidida¹⁶ no dispositivo.

Dentro do processo jurisdicional, para fins de se decidir, por vezes o magistrado necessita se debruçar sobre questões que influenciam diretamente o julgamento do mérito. Como visto acima, estar-se diante de questões prejudiciais de mérito, as quais podem vir de forma expressa, como pedido expresso, que no caso seriam as prejudiciais principais, sendo, portanto, pedido principal. Mas podem vir como questões incidentes apenas, demandando análise e decisão sobre as mesmas, para posterior decisão do mérito.

Nesses casos, diante de uma prejudicial incidental, como se deve enfrentar o instituto da coisa julgada? Isto é, sobre o quê recairá a coisa julgada dentro de um processo? Já que o magistrado se manifesta sobre essas possíveis relações jurídicas que influenciam o mérito, sobre estas também recai a coisa julgada?

No Código de Processo Civil de 1973 não havia possibilidade da coisa julgada material recair sobre questões prejudiciais incidentais, isso porque o tratamento

¹⁵ Quando há a subsunção da norma abstrata ao caso concreto, na decisão que resolve o conflito se projeta a norma jurídica do caso concreto. O exercício da função jurisdicional é dizer o direito no caso concreto, criar a norma jurídica do caso concreto, a qual, assim como a norma abstrata, deve ser imutável, recaindo, pois a coisa julgada (MARINONI, 2009, p. 644).

¹⁶ Expressamente decidida: expressão utilizada pelo art. 502 do CPC (BRASIL, 2015).

estabelecido pelos arts. 467 a 475 à matéria, limitava objetivamente sobre o que a coisa julgada recaía. O art. 469¹⁷, por sua vez, determinava expressamente que a coisa julgada não recaía sobre a prejudicial incidental decidida expressamente, o que era corroborado pelo inciso I do mesmo artigo, uma vez que também a coisa julgada não recairia sobre os motivos, local onde se trata sobre as questões prejudiciais incidentais.

Para que uma questão tratada como prejudicial incidental dentro do processo fosse abarcada pela autoridade da coisa julgada, necessitava-se propor ação declaratória incidental tendo como objeto a questão prejudicial¹⁸. No caso, através de uma ação declaratória, notadamente porque questões prejudiciais apenas reconhecem ou não relações jurídicas, o reconhecimento da existência de uma relação jurídica será um pedido principal e, por conseguinte, incidiria a coisa julgada quando decidida expressamente.

Agora, veja-se o regramento da questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de 2015.

4. A COISA JULGADA E O REGRAMENTO DA QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTAL NO CPC/2015

Com o novo código, veio uma mudança considerável sobre os limites objetivos da coisa julgada, isto é, enquanto que no CPC de 1973 a coisa julgada recaía apenas sobre a questão principal, no código atual houve uma extensão dos limites objetivos, estendendo-a a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais expressamente decididas, conforme prevê art. 503, *caput* do CPC/2015.

Além de ser uma questão prejudicial expressamente decidida, há necessidade de se respeitar outros requisitos estabelecidos nos parágrafos 1º e 2º art. 503, isto é, que tenha havido no processo contraditório prévio, que o juiz seja competente

¹⁷ Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. (BRASIL, 2015).

¹⁸ Art. 325, § 2º e 470 do CPC/1973.

em razão da matéria e da pessoa e que tenha havido amplo produção de provas sobre a questão prejudicial incidental dentro dos autos.

Nesse ínterim, pode-se resumir em 5 requisitos, cumulativos, as exigências para o reconhecimento da extensão dos limites objetivos da coisa julgada à prejudicial incidental: a) a questão estar decidida expressamente; b). a questão a ser resolvida influenciar no julgamento do mérito; c) tenha havido contraditório prévio; c) O juiz deve ser competente em razão da matéria e pessoa para reconhecer a questão prejudicial; d) tenha havido ampla produção de prova dentro do processo sobre a questão prejudicial.

No que tange ao primeiro requisito, deve constar por escrito na decisão a tratativa sobre a prejudicial incidental e como se deu o convencimento do julgador, ou seja, “não há coisa julgada implícita [...] do que não foi decidido” (DIDIER, 2017, p. 596).

O segundo requisito é uma decorrência lógica em face do conceito de questão prejudicial já tratada no tópico anterior, como uma relação jurídica que influenciará diretamente na decisão de mérito. “Portanto, questão prejudicial de mérito, é toda afirmação inserida pelas partes ou pelo juiz da qual depende a resolução da questão principal e que deve ser, por ele, decidida”. (MINAMI e PEIXOTO, 2017, p.283).

O outro requisito exigido é uma convergência da nova sistemática processual civil, onde o princípio do contraditório desempenha um papel central. Segundo arts. 9º e 10º do CPC, o juiz não poderá proferir decisão sem que as partes tenham se manifestado sobre o assunto, até mesmo naquelas matérias em que o magistrado deva decidir de ofício.

Esse posicionamento do julgador é voltado para impedir decisões surpresas dentro do processo, uma vez que se infere da normatividade do contraditório, o direito a ser ouvido, e, que os argumentos e provas produzidos devem influenciar na decisão judicial, isso para não acarretar às partes uma decisão inesperada, a qual possa impedir sua rediscussão, uma vez que os fundamentos não estariam condizentes diretamente com os pontos argumentados pelos litigantes.

Cunha¹⁹ determina que o contraditório, além de ser a possibilidade de ser ouvido e influenciar, também seria o direito de acompanhar os atos processuais, de produzir provas, de ser informado acerca dos atos do processo, direito a ter uma decisão fundamentada e o direito a impugnar as decisões.

Nesse sentido, o respeito ao contraditório, permitindo dentro dos autos a efetivação dos direitos acima para as partes, a respeito da questão prejudicial, é condição impreterível para a extensão da coisa julgada à prejudicial incidental. Dessa forma, logo se compreende a parte final do inciso II do §1º do art. 503, uma vez que impede a formação especial²⁰ da coisa julgada quando ocorre revelia.

O quarto requisito exige que o juiz tenha competência para julgar a questão prejudicial como se fosse uma questão principal. Ou seja, as relações jurídicas que o magistrado precisa se debruçar para a concessão ou não do mérito, deve ser uma questão que tal juiz também tenha competência para julgar como se fosse questão principal. Quando não há competência para julgar a prejudicial como se fosse pedido principal, como por exemplo, na inconstitucionalidade declarada no controle difuso²¹; o reconhecimento da união estável numa ação de pensão por morte contra o INSS²² (DIDIER, 2017, p. 610), não há que se falar em formação de coisa julgada sobre prejudicial incidental.

Por fim, o § 2º do art. 503 prevê a necessidade de ampla produção de prova sobre a questão prejudicial, pois, havendo qualquer tipo de restrição, a cognição não seria exauriente, não havendo, portanto, um debate necessário para esclarecer o fato envolvido na prejudicial incidental, não possibilitando, pois, a formação da coisa julga especial²³.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis, no enunciado n. 165 afirma: “Independentemente de provocação, a análise de questão prejudicial incidental,

¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 9º. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p.51;

²⁰ Segundo DIDIER (2017), a coisa julgada sobre a prejudicial incidental é chamada de coisa julgada especial. Já a formação da coisa julgada sobre o pedido, é a formação comum da coisa julgada.

²¹ A competência para declarar a inconstitucionalidade como questão principal é do STF.

²² O art. 109 da Constituição não prevê competência para tratar de questões de família para a justiça federal, sendo competência residual da Justiça Estadual.

²³ Para DIDIER (2017, p. 611) a restrição probatória pode ser por lei, limitação por exemplo dos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis, no procedimento de inventário ou partilha. Ou, essa restrição probatória pode ser mesmo de negócios processuais.

desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada”. Desse modo, caso sejam respeitados tais critérios, cumulativamente²⁴, pode-se dizer que há a extensão da coisa julgada material à prejudicial incidental dentro dos mesmos autos da questão principal, não necessitando de ação declaratória incidental para tanto.

A formação da coisa julgada sobre a prejudicial incidental se dá na ação principal em que a prejudicial foi discutida, sem limitação probatória e de cognição, exigindo o respeito aos critérios exigidos por lei.

Portanto, esses requisitos precisam ser observados de forma cumulativa para se poder falar em coisa julgada de uma prejudicial interna resolvida dentro do processo. Assim, quando a formação dessa especial coisa julgada for utilizada como fundamento para outro pedido (em outra ação), será necessário também, neste novo processo, demonstrar que no processo anterior houve o cumprimento de todos os requisitos exigidos no CPC/2015. Ou seja, “neste segundo processo haverá uma certificação da formação daquela coisa julgada de questão prejudicial incidental” (MINAMI e PEIXOTO, 2017, p. 298).

Diante de todo o exposto, percebe-se a diferença entre as duas normas processuais, isto é, enquanto que no CPC de 1973, para se ter o reconhecimento da coisa julgada sobre prejudicial incidental seria necessária uma ação declaratória incidental, no CPC de 2015 foram estendidos os limites objetivos da coisa julgada para que esta possa recair sobre a prejudicial incidental dentro dos mesmo autos que o pedido principal, bastando para isso apenas o cumprimentos dos requisitos do art. 503, *caput* e seus respectivos parágrafos, § 1º e 2º, cumulativamente.

O motivo da alteração do novo código foi notadamente a economia processual e coerência entre as decisões judiciais como asseverou José Maria Tesheiner²⁵. Na exposição de motivo do Novo Código de Processo Civil, inclusive, restou estabelecido no item 4 que: “O novo sistema permite que cada processo

²⁴ O enunciado 313 do FPPC ratifica a cumulatividade dos requisitos, senão veja: “São cumulativos os pressupostos previstos no § 1º, e seus incisos, observado o § 2º do art. 503”.

²⁵ TESHEINER, José Maria. Art. 503. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. Pp- 715-717.

tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais²⁶.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns aspectos finais importam. Primeiro, a coisa julgada sobre a prejudicial incidental (quando reconhecida porque se respeitou cumulativamente todos os requisitos) também é passível de desconstituição pelo mecanismo da ação rescisória, instituto utilizado para desconstituir uma decisão que já transitou em julgado²⁷.

A despeito do uso da ação rescisória, é válido trazer que é possível também levantar objeções à existência da coisa julgada sobre a prejudicial incidental. Isso porque, dependendo de qual polo, ativo ou passivo, se está no processo, quando se fundamenta um pedido com a existência de coisa julgada especial em processo anterior, é possível a parte contrária refutar esse argumento estabelecendo que não há coisa julgada especial por não se ter respeitado os requisitos exigidos no processo que supostamente haveria coisa julgada sobre a prejudicial. Logo, não haveria formação especial da coisa julgada, o que não vincularia o julgador a reconhecer o fundamento apresentado para o novo pedido²⁸.

Um segundo ponto diz respeito ao direito transitório, o legislador de 2015 deixou claro no art. 1.054 que o regramento da extensão dos limites objetivos da coisa julgada à prejudicial incidental somente é válido para os processos propostos após a vigência do novo código²⁹.

²⁶ Exposição de motivos do CPC/2015. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmninnbpcajpgclefindmkaj/https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/5124_22/001041135.pdf> Acesso em 20 mar 2024.

²⁷ Corroborar tal premissa o enunciado n. 338 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental”.

²⁸ Fredie Didier (2015, p. 91) esclarece quando é possível se esclarecer que a coisa julgada sobre a prejudicial sequer existiu: a) O sujeito propõe uma demanda, ignorando a resolução da prejudicial incidental havida no processo anterior; nesse caso, caberá ao réu alegar a coisa julgada (art. 503, §1º, CPC); ao replicar a contestação, o autor poderá objetar a alegação de coisa julgada, afirmando um dos fatos que impedem a extensão da coisa julgada à prejudicial incidental. b) O sujeito propõe uma demanda, valendo-se do efeito positivo da coisa julgada relativa à prejudicial incidental; o réu, em defesa, objeta, alegando um dos fatos que impedem a extensão da coisa julgada à prejudicial incidental.

²⁹ Art. 1.054. O disposto no art. 503, § 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Por fim, ressalte-se que a mudança legislativa trouxe reflexos positivos na efetividade da segurança jurídica, a qual é tida como um ideal normativo de primeira grandeza³⁰, isso porque a coisa julgada faz parte do núcleo desse princípio e a Constituição e o legislador escolheram/escolhem “a estabilidade das situações jurídicas em detrimento da possibilidade de infundáveis discussões e rediscussões dos problemas em busca de uma decisão supostamente mais justa do litígio”. (MARINONI, 2017, p. 668)

Desse modo, percebe-se uma otimização do processo através da mudança trazida pelo código de 2015 no que tange aos limites objetivos da coisa julgada através da extensão desses limites à prejudicial incidental, favorecendo a segurança jurídica, a duração razoável do processo, a eficiência processual, a efetividade processual e a efetividade da tutela jurisdicional, e, por conseguinte, o respeito ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum**. 3ª ed. rev., atual. e ampl., vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4ª ed, ver., atual., vol 2. Salvador: Juspodivm, 2009.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12ª, vol 2. Salvador: Juspodivm, 2017.

³⁰ Termo utilizado por Humberto Ávila.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1973.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER, Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Civil Procedure Review**, v. 6, n.1: 81-94, jan-abr., 2015. ISSN 2191-1339. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com> Acesso em: 11 abr. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo** | vol. 259/2016 | p. 97 - 116 | Set / 2016 DTR\2016\22770. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5340275/mod_resource/content/0/Luiz%20Guilherme%20Marinoni%20-%20Coisa%20julgada%20sobre%20quest%C3%A3o%20inclusive%20em%20benef%C3%ADcio%20de%20terceiro.pdf> Acesso em: 20 abr 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 7ª ed. ver. e atual. 3ª tir, vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental Constitucional no STF e o novo regime da coisa julgada. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Pernambuco, n. 10, pp 277-302, 2017. Disponível: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/174>>. Acesso em: 04 abr. 2024.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. **Temas de direito processual – 2ª série**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SENADO FEDERAL (2014). **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015** [Arquivo PDF]. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> .Acesso em: 20 mar 2024

STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança**. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr.-2014. Disponível em: < <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/20691>>. Acesso em: 06 abr. 2024.

CRITÉRIOS PARA A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Rodrigo Damasceno Leitão¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 Construindo um conceito de precedentes judiciais. 2. A força obrigatória dos precedentes. 3. A superação e seus requisitos necessários. Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 positivou normas de direito processual que não encontram aplicação limitada ao âmbito cível, servindo, em verdade, a todo o sistema jurídico brasileiro.

Entre tais normas, realce-se o dever de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência (CPC, art. 926, *caput*); o dever de observar precedentes e demais padrões decisórios (CPC, art. 927); o dever de fundamentação específica na aplicação, no afastamento ou na superação de tais padrões, sob pena de nulidade (CPC, art. 489, §1º, V e VI).

Eis onde o aprofundamento no estudo dos precedentes judiciais, e na adequada forma de superá-los, ganha maior relevo.

Portanto, este artigo se propõe a analisar *cases* julgados pelo STF, com foco em identificar se houve uma adequada utilização de critérios para a superação de precedentes.

1. CONSTRUINDO UM CONCEITO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Embora não seja tarefa fácil chegar a um conceito uníssono de precedentes judiciais e, muito menos, de suas características, funções, aplicabilidade *etc.*,

¹ Advogado, Pós-graduado em Direito Tributário (UNIFOR), Mestrando em Direito Universidade Federal do Ceará - UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7245421984246794> Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-3186-202X> E-mail: rodrigodl.adv@gmail.com

trabalhe-se, em princípio, com a ideia de precedente como sendo uma decisão tomada em um caso pretérito, que possua fundamentos aptos a justificar sua aplicação na decisão de um caso presente.

No âmbito jurídico, mostra-se razoável que um magistrado, ao decidir, ofereça respostas iguais para casos iguais, ou seja, em havendo identidade/semelhança entre o caso que está prestes a ser julgado e outro que já fora julgado anteriormente, o juiz não pode ignorar a decisão pretérita e criar um novo padrão decisório que destoe da primeira.

Ademais, dada a hierarquia que há entre as instâncias do Poder Judiciário, tal respeito aos precedentes também deve ser observado em um plano vertical, em que os julgadores não devem observar apenas suas próprias decisões, mas também àquelas proferidas pelas instâncias que lhes são superiores.

Quando comparado a tempos remotos, nota-se que a percepção acerca dos precedentes judiciais deixou de ser a ideia de uma mera e qualquer decisão antecedente, para ser uma decisão jurisdicional, ou seja, uma decisão que traga um ganho hermenêutico, um acréscimo de sentido, facilitando a mediação entre a lei e a realidade social, pelo fornecimento da experiência (Lopes Filho, 2016, p. 275)

Ainda que nem toda a doutrina expressamente pondere acerca da necessidade de um ganho de sentido, a posição majoritária consagra dois elementos cumulativos: i) a existência de uma decisão judicial; ii) e que o núcleo de tal decisão possa contribuir para o julgamento posterior de casos semelhantes.

Quanto ao segundo item, o mencionado núcleo da decisão perpassa por uma análise dos fatos debatidos na lide. É nessa óptica que lembra Taruffo (2014, *online*):

la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull'analisi dei fatti. Se questa analisi giustifica l'applicazione nel secondo caso della ratio decidendi applicata nel primo, il precedente è efficace e può deterare la decisione del secondo caso².

Com isso, o que se pretende esclarecer é que, para uma utilização adequada dos precedentes judiciais, mostra-se primordial uma análise completa das razões de

² Tradução livre do autor: a estrutura fundamental do raciocínio que leva à aplicação do precedente ao caso posterior é baseada em uma análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso.

decidir que resultaram na tomada daquela decisão que agora serve como possível referência ao novel caso que se apresenta, bem como um papel ativo dos sujeitos do processo, os quais arcarão com um ônus argumentativo em demonstrar a aplicação ou o afastamento do precedente ao caso sob análise.

Construído um conceito de precedentes e ressaltando que estes também possuem uma função norteadora das decisões judiciais, também se pode avançar para aquilo que não é precedente, ou seja, precedente não se confunde com ementa, jurisprudência e, tampouco, com enunciados de súmulas.

Desde logo, infere-se que, pela própria natureza, as ementas são comumente encontradas em provimentos jurisdicionais recursais proferidos por órgão colegiado, enquanto uma decisão singular, ainda que de 1ª instância, também se mostra apta a gerar um precedente.

Ademais, as ementas são destinadas à tentativa de um agrupamento de decisões, dividindo-as por grupos de assuntos, visando facilitar as buscas e o acesso de julgamentos por quaisquer interessados, de modo que não conseguem — e nem se propõem a — expressar os fundamentos decisórios específicos de cada caso concreto, por isso a gravidade em confundir ementa com precedente, prática corriqueira na atividade jurídica brasileira.

Já a jurisprudência pode ser entendida como um conjunto de decisões reiteradas de um mesmo tribunal, em um mesmo sentido. Em um próprio caráter quantitativo, diferencia-se de precedente, na medida em que este advém de uma única decisão tomada à luz de um caso específico, não de vários casos.

Em última instância, enquanto a jurisprudência pode ser vista como o entendimento formado por uma reunião de diversos precedentes, as súmulas são a materialização da jurisprudência, consubstanciada por meio de um enunciado.

Nesse contexto, tais enunciados, diferentemente dos precedentes e da jurisprudência, não possuem um caráter decisório, haja vista que não são propriamente feitos a partir do julgamento de uma causa, mas sim por meio de uma atividade administrativa dos tribunais, possuindo caráter universal e abstrato, que mais se parecem um texto de lei.

Por tais características, as súmulas também são objetos de interpretações, sendo que, muitas delas, passam ao largo do contexto fático que motivou sua

criação, sem mencionar as situações em que as próprias súmulas já são criadas com uma redação e, conseqüentemente, com um sentido díspare dos fundamentos que lhes serviram — ou deveriam ter lhes servido — para sua elaboração.

Outrossim, cabe realçar que a aplicação do precedente — assim como da jurisprudência, ementa ou enunciados de súmula — não se confunde com mera subsunção da norma ao caso concreto, de modo que o intérprete, tendo o dever de fundamentar suas decisões, deve, pois, demonstrar em qual exata medida o precedente se enquadra ao caso em julgamento.

Em se tratando do STF, expõe Câmara (2018, p. 169) que praticamente nenhum ministro da composição analisada tem se utilizado adequadamente dos precedentes judiciais, considerando que não os empregam como um princípio argumentativo, tampouco realizam um confronto analítico entre a demanda anterior e a presente, ao passo que, na realidade, limitam-se a copiar e colar ementas e número de processos, sob a equivocada denominação de precedentes.

São inúmeros os casos em que se transcrevem ementas, jurisprudência, enunciados de súmula, “precedentes”, números de processos, sem a real responsabilidade em confrontar os fundamentos determinantes do caso julgado na oportunidade, com o que se usa como paradigma, como se a simples menção a tais institutos, quando utilizados desprovidos do contexto em que foram decididos, possuísem alguma relevância decisória.

Mesmo que de uma aparente simplicidade as distinções aqui apontadas, o uso correto de tais institutos tem se mostrado não como regra, mas como exceção pelos juízes e tribunais brasileiros. Tais constatações resultam na percepção da urgência de uma reforma do modo de decidir e fundamentar.

2. A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES

Consoante assinalado anteriormente, os precedentes possibilitam que o julgador pacifique determinado entendimento sobre um caso concreto específico, de sorte que este poderá ser utilizado como um meio norteador para fundamentar a decisão de uma demanda semelhante e posterior.

Resta saber se tal utilização se dá de maneira obrigatória/vinculativa, termos tratados indistintamente neste trabalho, ou meramente persuasiva. O centro de tais controvérsias pode ser encontrado no art. 927, do CPC³, que expõe um rol exemplificativo de hipóteses que devem ser observadas pelos juízes e tribunais, ao proferirem seus pronunciamentos judiciais.

Não se desconhece que alguns autores criticam o uso dos precedentes com o objetivo de reduzir a grande massa de processos repetitivos (*ex vi* Streck, 2018, p. 188), contudo, da mesma forma que pouco valeria aplicar precedentes com base na subsunção, sem análise precisa dos fatos que motivaram o litígio, também não seria positivo que um juiz singular ou um tribunal, privilegiando seu posicionamento pessoal, decida de modo contrário a precedente vinculante verdadeiramente aplicável dos tribunais superiores, tendo em vista que bastaria um recurso para essas cortes, a fim de que a dita decisão fosse, regra geral, reformada.

Em vez de abrir margem para possíveis revezamentos entre provimentos e não provimentos recursais, bem como prezando por uma harmonia com o entendimento de que a estabilidade da jurisprudência deve ser a regra — e não a exceção — revela-se mais apropriado que as instâncias inferiores decidam em conformidade com as superiores, empregando, sempre que desta discordaram, a técnica do *disapprove precedent*⁴.

Assim agindo, nada impedirá que a parte sucumbente recorra da decisão proferida e se aproprie dos fundamentos decisórios que corroboram sua tese, a fim de que, chegado à instância superior, esta — e somente esta — pondere os argumentos suscitados e, ocasionalmente, promova a superação de seu precedente. Pelo menos, nessa hipótese, o novo precedente gerado servirá a todos.

Indo além, saliente-se que não há somente um dever dos juízes e tribunais de guardar observância aos provimentos dos tribunais superiores, o que se convencionou chamar de vinculação vertical, como também estes devem respeitar suas próprias

³ Técnica que possibilita ao julgador fundamentar sua decisão com base no seu entendimento pessoal, ressalvando, contudo, que terá que decidir o caso seguindo a *ratio decidendi* adotada pelos tribunais superiores.

⁴ CPC, art. 927, § 4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

decisões anteriores (autovinculação). Aqui, importa frisar que o precedente, como ferramenta que impõe limites ao poder jurisdicional, é emanado pelo órgão julgador e por ele deve ser observado, não sendo suficiente para rechaçar sua aplicação a simples alteração dos membros quem compõem a corte.

Com efeito, cumpre evidenciar que não se está a defender a inexistência de precedentes persuasivos, tendo em vista que também se fazem presentes no direito brasileiro e igualmente guardam tamanha valia. Exemplificando, para um juiz singular, mostram-se como precedentes persuasivos os proferidos por outros juízes ou por tribunais de justiça/tribunais regionais federais, conquanto não seja aquele que lhe é direta e hierarquicamente superior. De modo semelhante, os TJs e TRFs teriam como precedentes persuasivos aqueles emanados pelos tribunais de outros estados e outras regiões.

Ademais, não necessariamente toda a fundamentação de um provimento jurisdicional terá caráter vinculativo. É que parte da decisão, ainda que unânime, pode conter informações que não possuem relevância para a efetiva conclusão da causa, o que se denominou de *obiter dictum*, contrapondo-se à *ratio decidendi*, parte efetivamente vinculante do julgado.

Retomando à literalidade do *caput* do retrocitado artigo 927, do CPC, o legislador optou por utilizar o termo “observarão”, não deixando margem para uma faculdade aos aplicadores do direito. Por isso, Lopes Filho (2016, p. 308/309) defende que os padrões decisórios devem ser enfrentados, não ignorados, proporcionando uma demonstração de que seus fundamentos, de forma total ou parcial, se adequam ao caso sob análise, para aplicá-lo (observar positivamente), ou não, para fins de afastá-lo (observar negativamente), por meio da técnica de comparação e distinção entre precedentes (*distinguishing*).

Por isso, todos os precedentes devem ser enfrentados, independentemente de constarem, ou não, no rol do art. 927, do CPC, que apenas elenca, em rol não taxativo, padrões decisórios que gozam de instrumentos processuais próprios que permitem um procedimento mais célere para decisões que estejam em consonância ou dissonância com eles, *e. g.*, reclamação constitucional, decisão monocrática de relator, tutela provisória de evidência e improcedência liminar do pedido.

Pelo mesmo motivo, sendo os precedentes próprios e superiores obrigatórios, tem-se que a exigência do §4º, art. 927, do CPC⁵, que demanda fundamentação adequada e específica para fins de modificação de padrões decisórios, também deve ser cumprida para todos os casos de superação de quaisquer precedentes que sejam.

Desta feita, dizer que um precedente não se faz presente no rol do art. 927 não significa que este não detenha de força vinculativa e que não deva ser observado, ou ainda que sua superação não demande argumentação específica.

Na realidade, tal obrigatoriedade se soma aos deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência, devendo ser respeitada sua utilização para com todos os precedentes invocados, aplicáveis ou superáveis, possuindo, todos eles, relevante escopo como fator preponderante na incessante busca por segurança jurídica.

3. A SUPERAÇÃO E SEUS REQUISITOS NECESSÁRIOS

Um sistema hígido de precedentes judiciais poderia levar a crer que o resultado seria um engessamento do direito, em que as decisões judiciais, por ficarem “vinculadas” ao passado, não acompanhariam os avanços do futuro e passariam a não mais estar de acordo com eventuais anseios da sociedade em constante modificação.

Todavia, o próprio sistema de precedentes traz mecanismos que permitem sua aplicação, não aplicação, mas também as formas de superação de posicionamentos anteriores, desde que respeitados critérios necessários.

Outrora, já se teve a oportunidade em demonstrar que para corretamente aplicar um precedente, faz-se necessário comparar a *ratio decidendi* da causa em julgamento com as nuances do caso paradigma. Por sua vez, a forma de não aplicar um precedente consiste quando se realiza referida comparação e se conclui tratarem-se de demandas distintas (*distinguishing*).

⁵ Nesse sentido, dispõe o enunciado n. 322, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, *in verbis*: “(art. 927, §4º) A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

Diversamente, em se tratando de *cases* que debatem o mesmo assunto já tratado no âmbito interno da vara, câmara ou turma, solução diversa apenas se dará na hipótese de superação do precedente, que exige fundamentação específica e inovadora, a fim de esclarecer aos interessados as razões de mudança de paradigma, sendo certo que, tratando-se de decisões dos tribunais superiores, o novo entendimento guiará certas condutas para o futuro.

Tal técnica somente pode ser realizada pelo próprio órgão julgador que fixou o então precedente, ou por tribunal que lhe seja hierarquicamente superior, visto que todo ele (*overruling*), ou parte dele (*overriding*), será substituído pelo novo, cessando seus efeitos obrigatórios no mundo jurídico.

Embora haja a manutenção de efeitos persuasivos, não seria adequado cogitar nova superação com base nos mesmos argumentos, por faltar o requisito da inovação argumentativa, ou seja, a relevância de que a superação ocorra em razão de fundamentos ainda não apreciados, possivelmente surgidos por uma mudança no contexto econômico, político, cultural, social ou mesmo por alteração legislativa, conforme enunciado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis⁶.

A rigorosidade acima para com o dever de estabilidade da jurisprudência tem razão de ser: é que se está diante de hipótese excepcional em que se permitirá ao julgador conferir resposta diversa — muitas vezes até contrária — a caso semelhante. Inegavelmente, a situação é ainda mais traumática quando se trata de precedente da própria corte e o *overruling* se dá em sentido contrário, rompendo integralmente para com o entendimento anterior.

Desse modo, será ônus do julgador demonstrar em que medida superar o precedente e, com efeito, flexibilizar o princípio da segurança jurídica com o fito de contribuir para o progresso do direito é mais razoável do que manter a estabilidade do direito com sua preservação.

Em que pese todas as cautelas para que o instituto da superação seja utilizado da forma mais segura possível, infelizmente, no cenário brasileiro, o que se observa

⁶ Com a reforma editada pela Lei nº 12.403/2011, passou a assim prever o atual art. 283, do CPP, *in verbis*: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”.

é uma série de superações seguidas de novas superações, que vêm ocorrendo, especialmente, pela simples alteração dos membros das cortes, sem a existência de argumentos novos e de uma fundamentação específica capazes de alterar os então precedentes, algo que não pode ser admitido.

Wambier bem pontua sobre o tema que:

Situação extremamente diversa é a que ocorre quando a alteração da jurisprudência tem lugar como decorrência da “mudança de opinião” dos juízes. Esta alteração, via de regra, é brusca, não significa, em sentido algum, evolução do direito e inviabiliza de modo definitivo a uniformização, já que impossibilita a estabilização. Esta alteração de compreensão do direito decorrente de “fatores pessoais” é extremamente crítica e nociva, ainda mais porque normalmente ocorre em tribunais superiores, cuja função (e razão de ser) é justamente a de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário. (WAMBIER. 2012, p. 268)

Similarmente, a mesma observância acima se espera do Supremo Tribunal Federal quando da análise de matérias constitucionais. Caso célebre pode ser obtido quando se analisa a jurisprudência do STF acerca da execução provisória da pena criminal, popularmente conhecida pelo debate diante da (im)possibilidade de prisão a partir de sentença penal condenatória já em 2ª instância, portanto, antes do trânsito em julgado.

Desde a Constituição de 1998, o STF possuía jurisprudência estável no sentido de ser possível a execução antecipada da pena, consoante se extrai do *Habeas Corpus* 68.037/RJ, de 1990, *Habeas Corpus* 67.857/SP, de 1990, *Habeas Corpus* 69.263, de 1992, *Habeas Corpus* 69.964, de 1992, *Habeas Corpus* 72.077/RS, de 1995, *Habeas Corpus* 72.168/RS, de 1995, *Habeas Corpus* 79.972/SP, de 2000, *Habeas Corpus* 84.235/SP, de 2004, *Habeas Corpus* 91.675, de 2007.

Após aproximadamente duas décadas de uma jurisprudência pacífica, ocorreu o primeiro *overruling* e o Pretório firmou entendimento em sentido contrário, por meio do *Habeas Corpus* 84.078/MG, julgado em fevereiro de 2009.

Curiosamente, ao tempo do primeiro *HC* julgado, em 1990, apenas o min. Celso de Mello ainda compunha o Supremo, sendo indubitável o fato de que a alteração de quase a totalidade nos membros da Suprema Corte fora fator

determinante na mudança de entendimento, tendo em vista que não se fizeram presentes argumentos substancialmente novos, tendo os ministros interpretado o mesmo contexto legislativo – a Constituição, o Código de Processo Penal, entre outras normas – para formar seu convencimento.

Mesmo que se cogite uma alteração no contexto histórico, político, social ou econômico, é certo que os ministros não elucidaram tal eventual alteração em seus votos, não podendo a modificação ser presumida, tão somente pelo passar dos anos. Aliás, pela análise dos votos, mais parece que o posicionamento majoritário fora formado, exclusivamente, com base na soma de vários entendimentos pessoais.

Embora se estivesse em data anterior à entrada em vigor do Código de Processo Civil vigente, o CPC de 73, recepcionado pela Constituição Federal de 88, já regulava um incidente de uniformização da jurisprudência (CPC/73, arts. 476-479), demonstrando a já existente relevância e preocupação processual para com a segurança jurídica.

De todo modo, sob a égide do CPC/2015, sucedeu o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, de 2016, em que, mesmo tendo havido uma alteração legislativa no art. 283, do CPP⁷, para especificar os tipos de prisão admitidos no direito brasileiro (prisão em flagrante; prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado; prisão temporária; e prisão preventiva), não foi suficiente para impedir o retorno ao entendimento originário, pelo STF.

Novamente, está-se diante de um segundo *overruling* em que o julgamento contou com alteração de mais de 50% dos membros da Suprema Corte, quando comparado com o entendimento firmado no *Habeas Corpus* 84.078/MG, sem que houvesse uma novidade argumentativa capaz de promover a superação do precedente firmado em 2009.

Apesar do entendimento fixado no *Habeas Corpus* 126.292, lembra Oliveira Neto (2018, p. 161-163) diversos julgados em que ministros vencidos continuaram a deferir, monocraticamente, liminares contrárias à execução antecipada da pena, com base nos seus posicionamentos pessoais, alegando que o referido HC, uma

⁷ Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

vez julgado em processo de caráter subjetivo, não possuiria efeito vinculante, mostrando sua irresignação ante a reviravolta jurisprudencial.

Ademais, ainda que se verifique argumentos inéditos e um aprofundamento nos anteriormente apresentados, percebe-se que, mesmo que se atribuísse alguma relevância abstrata ao cumprimento do requisito, os argumentos não foram abarcados nos votos da maioria, não tendo sido fator essencial à conclusão do julgado, mostrando-se, portanto, como um mero *dictum* na tomada da novel decisão.

Diante disso, reitere-se que, para fins de superação de precedente, espera-se um maior diálogo entre as fundamentações dos ministros, sendo insuficiente que votos, às vezes, desconexos, puramente concordem no que tange ao dispositivo da demanda e assim seja fixado o novo precedente.

Retomando ao tema sob análise, em 2019, o STF deu causa à nova reviravolta jurisprudencial (terceiro *overruling*), quando do julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, ao reconhecer a constitucionalidade do art. 283, do CPP, e levar à conclusão pela impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Contudo, será que se faz possível chegar a essa conclusão com base no acórdão?

É que, sobre a matéria de fundo, o que se tem são quatro ministros que entenderam ser inconstitucional a execução provisória da pena⁸, cinco ministros que sustentam ser possível após decisão em segunda instância⁹ e dois ministros que se posicionam pela possibilidade após condenação em recurso especial ou agravo em recurso especial¹⁰.

Desse modo, para um correto encerramento do julgado, restando vencida a possibilidade de prisão pena após segunda instância (6 ministros votaram contrariamente), deveriam os demais ministros ter se manifestado sobre a terceira via, proposta pelos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, a fim de que se tivesse uma *ratio decidendi* uníssona quanto aos fundamentos decisórios.

Inclusive, ao final da sessão de julgamento, pairavam dúvidas de como ficaria a situação dos réus presos na condição debatida (deveriam ser imediatamente

⁸ Ministros Alexandre de Moraes, Carmén Lúcia, Edson Fachin, Luiz Fux e Roberto Barroso.

⁹ Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

¹⁰ Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

libertados? Os juízes poderiam, de ofício, analisar cada caso, para averiguar se seria a hipótese de prisão preventiva ou somente mediante provocação?), o que também terminou sem uma resposta concreta.

Tais problemas são alguns dos apontados quando não há uma regular argumentação com base em precedentes, e mais: parece-se está diante de uma superação implícita, que deixa uma série de questões não solucionadas, gerando uma verdadeira afronta à segurança jurídica.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão à pesquisa realizada, contata-se que os critérios utilizados para a superação de precedentes judiciais passam ao largo do que se espera de um ordenamento jurídico pautado em um sistema processual democrático.

Pela exemplificativa análise jurisprudencial acima, os julgados não observaram as técnicas de superação necessárias à ruptura de entendimentos consolidados, como a presença de argumentos novos e específicos, bem como a alteração no contexto social, político, econômico.

Ao revés, identificou-se que os ministros proferiam diversas decisões sem um real compromisso com a estabilidade do precedente, manifestada por reiteradas decisões firmadas pelo colegiado, mas sim visando reafirmar suas convicções pessoais.

Isso resultou em sucessivas superações baseadas, tão somente, na alteração da composição de membros do STF, o que ocorreu especialmente no *overruling* firmado no *Habeas Corpus* 84.078/MG, de 2009, e no *Habeas Corpus* 126.292/SP, de 2016.

Não por menos, um entendimento que prevaleceu na jurisprudência majoritária do Supremo por 75% do período de vigência da Constituição Federal de 88 e que fora adotado por 25 dos 34 ministros que compuseram o Supremo em tal período (dados de 2018), deixou de ser aplicável, pois mais importou o posicionamento pessoal dos onze ministros que se encontravam investidos na toga quando do último julgamento sobre o tema.

Situação ainda mais gravosa pode ser observada com o apontado deferimento de liminares que se opunham ao precedente do colegiado, como se um ministro isoladamente pudesse superar um precedente de uma turma.

Considerando que todos os precedentes devem ser obrigatoriamente observados, onde pairava a previsibilidade do direito aos jurisdicionados, já que a concessão do *writ* ficava à mercê da lotérica distribuição do *habeas corpus*?

Ademais, sendo os novos julgados sucedidos dos mesmos problemas anteriores, ainda surgira um novo: a parte mínima dos argumentos capazes de verdadeiramente superar o precedente anterior era esposada, individualmente, por um ou outro ministro, não sendo a *ratio* integrante de todos os votos vencedores.

Em tais casos, parecia que se tinha uma maioria formada por concordarem quanto ao dispositivo, mas não formavam um convencimento uniforme acerca das razões, sendo tarefa dificultosa identificar os reais argumentos vencedores e vencidos e, mais ainda, auferir a real *ratio decidendi* que levou à superação dos precedentes.

Com efeito, os resultados demonstram que os jurisdicionados brasileiros vivem sob a égide de uma grave insegurança jurídica, o que fragiliza a confiança que os cidadãos depositam em suas instituições, pela esperança de que possa agir de determinado modo, possuindo ciência das consequências de sua conduta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm . Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. **Enunciado n. 322**. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impresao.htm . Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm . Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EREsp 228.432/RS**. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 01/02/2002, DJ 18/03/2002. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> . Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Relator(a): Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269> . Acesso em: 08 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44**. Relator(a): Ministro Marco Aurélio, andamento do processo. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: Acesso em: 09 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 54**. Relator(a): Ministro Marco Aurélio, andamento do processo. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 09 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078**. Relator(a): Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 09 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292**. Relator(a): Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em; 09 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Histórico de Composições**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>. Acesso em; 09 nov. 2023.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 489. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.227-1.237.

DIDIER JR., Fredie. **Overruling incidental e concentrado**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-166/>. Acesso em: 14 out. 2023.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 40, vol. 245, p. 333-349, jul. 2015.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do Habeas Corpus 126.292. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, vol. 142, p. 133-170, abr. 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARUFFO, MICHELE. **Precedente e jurisprudência**. Civilistica.com: Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/03/Taruffo-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 22 out. 2023.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_parametros_de_eficacia_e_criterios_de_interpretacao_do_precedente_judicial.aspx. Acesso em: 30 set. 2023.

VIANA, Emílio de Medeiros. **Padronização decisória e jurisdição ordinária: análise da atuação dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais a partir das disposições do CPC/2015 e da Resolução n.º 235/2016 do CNJ**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Fortaleza. Defendida em 30 de agosto de 2019 e ainda não publicada. Versão gentilmente cedida pelo autor.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. In: Idem (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

PRÁTICAS RESTAURATIVAS NOS ATOS INFRACIONAIS E A COMPETÊNCIA DAS POLÍCIAS JUDICIÁRIAS

Rodrigo Ribeiro de Vasconcelos¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Justiça Restaurativa no âmbito juvenil; 3 Competência das polícias judiciárias para práticas restaurativas nos atos infracionais; 4 Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família, a sociedade e o Estado passaram a ter o dever formal de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos das crianças e dos adolescentes, vide literal disposição do Art. 227 desta Carta Política², todavia, com efeito, ainda verifica-se grande número de crianças e adolescentes em condições precárias, inclusive, por vezes, nas ruas, completamente marginalizados, privados do gozo de direitos sociais básicos. Nessa senda, por exemplo, conforme o Anuário Brasileiro da Educação Básica (2021), havia, no Brasil, 158.888 crianças e jovens de 6 a 14 anos e 481.884 jovens de 15 a 17 anos fora da escola em 2020.

Ademais, os dados apontam que crianças e adolescentes são alvos das mais diversas formas de violência, em âmbito doméstico, social e institucional. Nesse sentido, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023, p. 191 - 192), ao apurar

¹ Delegado de polícia civil da Polícia Civil do Estado do Ceará (PCCE). Mestrando em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3046220037298291>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-1682-8243>
E-mail: rodrigorvjus@gmail.com

² CF, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

as estatísticas de crimes de estupro, constatou que “Em 2022 foram quase 41 mil vítimas de 0 a 13 anos, das quais quase 7 mil tinham entre 0 e 4 anos, mais de 11 mil, entre 5 e 9 anos, mais de 22 mil entre 10 e 13 anos e mais de 11 mil entre 14 e 17 anos”, sem considerar os números do estado do Pernambuco, que não foram incluídos nesse cálculo por terem sido informados de forma diversa do padrão utilizado pelo anuário.

Como consequência desse contexto de negação de direitos sociais e de violência, tem-se uma alta taxa de homicídio em face da população jovem. De acordo com o Atlas da Violência (2021, p. 29), “(...) em 2019, de cada 100 jovens entre quinze e 19 anos que morreram no país por qualquer causa, 39 foram vítimas da violência letal (...). Dos 45.503 homicídios ocorridos no Brasil em 2019, 51,3% vitimaram jovens entre 15 e 29 anos”.

Outrossim, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), por meio do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2021, p. 226), divulgou que “em 2020, ao menos, 267 crianças de 0 a 11 anos e 5.855 crianças e adolescentes de 12 a 19 anos foram vítimas de mortes violentas intencionais. Ou seja, trata-se de 6122 crianças e adolescentes que morreram por causas violentas”. Em âmbito estadual, segundo o relatório “Cada Vida Importa” do Comitê Cearense pela Prevenção de Homicídio na Adolescência (2020), até o segundo semestre de 2020, 18,22% das vítimas de homicídio no estado do Ceará (número que representa 409 pessoas) tinham de 10 a 19 anos.

Desse modo, crianças e adolescentes, que, em sua essência, são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, nos termos da Constituição Federal de 1988, portanto mais facilmente influenciadas, ao serem inseridas nesse preocupante quadro de exclusão e violência, findam por incorrer na prática de ilícitos, desde aqueles decorrentes do *bullying* em âmbito escolar até os mais graves perpetrados no seio de organizações criminosas, seja como meio de afirmação social, seja como meio de sobrevivência.

Verificada a prática de ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê, em seu Art. 112, medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei (a advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de

serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional), as quais, contudo, em regra, de fato, não se preocupam com a conscientização e reintegração social do jovem (ou mesmo integração – nos casos em que o jovem nunca esteve realmente integrado) nem com as necessidades dos ofendidos, que figuram como atores secundários durante todo o processo tradicional.

Percebe-se também que as medidas socioeducativas que restringem a liberdade do adolescente (regime de semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional) possuem larga aplicação prática, o que, assim como a prisão, reforça o etiquetamento, a estigmatização, e atravança ainda mais a vida do jovem vulnerabilizado, dificultando, até mesmo, o seu ingresso no mercado de trabalho.

Ademais, a marginalização dos adolescentes em conflito com a lei se reflete, até mesmo, no descaso do poder público quando da aplicação das medidas socioeducativas, impelindo aos jovens, não raramente, situações degradantes, como superlotação e agressões físicas e psicológicas dentro de unidades de internação, em aguda violação à Doutrina da Proteção Integral e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, a Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2015, por meio da Resolução 71/2015 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), impôs diversas medidas cautelares ao Brasil por violações de direitos no Sistema Socioeducativo do Ceará, tais como implementar programas e atividades idôneas e aptas para garantir o bem-estar e a integridade física, psíquica e moral dos adolescentes internos em centros socioeducativos, executar ações imediatas para reduzir consideravelmente o número de adolescentes apreendidos e evitar a superlotação e o uso de celas de isolamento no interior das unidades socioeducativas.

Nessa senda, constata-se que o jovem é algoz e vítima dentro de um círculo vicioso macabro de violência que lhe é imposto. O enredo começa com violência estrutural (a partir da desestruturação familiar, da pobreza, de abusos físicos e psicológicos, da exclusão e da ausência de políticas públicas com viés social), passando à violência subversiva (reação marginal como uma estratégia de afirmação

ou sobrevivência que pode tomar forma ilícita), e finaliza com a violência reativa (ou seja, com a resposta repressiva do Estado por meio do seu corpo de instituições).

Em outras palavras, o jovem marginalizado é culpabilizado quando vítima e alvo de ataques quando infringe uma norma, o que faz ganhar força os discursos punitivistas (como a redução da maioria penal) e surgir o que Berenice Bento (2018) denomina de necrobiopoder, que consiste em um conjunto de técnicas que promovem a vida e a morte, escolhendo-se quem deve viver ou ser eliminado a partir de singularidades que qualificam e distribuem os corpos em uma hierarquia, a qual elimina o reconhecimento do sujeito como humano.

Desse modo, diante de situações de injustiça social e negação de direitos, conforme lecionam Raquel Coelho e Luciana Nogueira (2022), é imperiosa a indignação epistêmica dos operadores do direito para se refletir os caminhos traçados e os planos a serem delineados na defesa dos direitos da infância e juventude, abrindo espaço para novas possibilidades teóricas e metodológicas.

Assim, emerge a Justiça Restaurativa como matéria a ser profundamente estudada e debatida como via para assegurar, de forma profícua, a resolução das querelas sociais, inclusive as decorrentes de violações de normas penais, especialmente quando envolvam os adolescentes em conflito com a lei, em razão da condição peculiar do adolescente de pessoa em desenvolvimento. Outrossim, resta patente a necessidade de discutir a resignificação das delegacias de polícias e como as polícias civis podem colaborar para aplicação de práticas restaurativas com vistas ao fortalecimento de cidadanias e, dessa forma, fomentar a pacificação social.

2. JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO JUVENIL

Após ganhar adeptos em todo mundo nas últimas décadas, a justiça restaurativa começa a ser debatida amplamente, a ganhar aplicação prática no Brasil, e, em razão da ebulição da matéria, a receber diversos conceitos da doutrina e dos diplomas legais, alguns mais amplos, outros mais restritos, por vezes, até mesmo, com elementos contraditórios. Howard Zehr (2022), popularmente chamado de avô da Justiça Restaurativa, faz a observação de que os conceitos se multiplicam e uma simples pesquisa na *internet* seria capaz de comprovar isso.

Documentos internacionais e nacionais, como a Resolução n° 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, a Declaração de Lima sobre Justiça Juvenil Restaurativa e a resolução n° 225 do CNJ, também apresentam conceitos próprios. Assim, percebe-se que, conforme assevera Pallamolla (2009), definir Justiça Restaurativa é uma missão difícil, pois trata-se de modelo ainda em construção e com diferentes formas de manifestação ao redor do mundo, sendo modificado constantemente a cada experiência desenvolvida.

Ideias atreladas à Justiça Restaurativa, por sua vez, há décadas, são previstas em diversos documentos internacionais preocupados com tratamento a ser ofertado aos jovens em conflito com a lei, a começar dos dispositivos presentes nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985, também chamadas de “Regras de Beijing”.

Logo nas orientações fundamentais, o referido documento internacional, que, por certo, é de um dos principais acerca da delinquência juvenil, prevê que é dever do Estado promover o bem-estar do jovem e da sua família, permitindo o seu desenvolvimento pessoal e educacional, de modo que tenha vida útil em sua comunidade, afastando-o da criminalidade e a delinquência (Regra 1.1 e 1.2). Salienta-se que as Regras de Beijing reconhecem que a juventude é o período da vida em que a pessoa é mais suscetível a adotar um comportamento desviante (regra 1.2), devendo cada país desenvolver um sistema de justiça juvenil apto a proteção dos jovens e a manutenção da paz e da ordem na sociedade como parte integrante do seu processo de desenvolvimento nacional (regra 1.4).

As Regras De Beijing, no tópico 11.2, expressamente verberam que “A polícia, o Ministério Público ou outros organismos que se ocupem de casos de delinquência juvenil deverão dispor de competência para lidar com eles discricionariamente, sem recurso a um processo formal (...)”, o que realça a importância da adoção de meios extrajudiciais no âmbito dos atos infracionais pelos referidos atores do

³ “Tal como é apontado na regra 11.2, o recurso a meios extrajudiciais pode dar-se em qualquer fase do processo decisório – pela polícia, pelo Ministério Público ou por outras instituições, tais como tribunais, julgados, comissões ou conselhos. Pode ser exercido por uma ou várias destas autoridades ou por todas elas, segundo as regras e políticas dos respetivos sistemas e de acordo com as presentes Regras. O recurso a meios extrajudiciais constitui um instrumento importante, que não deve ser necessariamente limitado a casos de menor gravidade”. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras_minimas_beijing.pdf>. Acesso em: 30 set. 2023.

sistema de justiça, conforme reconhecido pela Procuradoria-Geral da República do Ministério Público de Portugal³. Ademais, as Regras de Beijing (regra 12.1) preveem que os agentes policiais que cuidam da prevenção da delinquência juvenil precisarão receber uma qualificação especial, devendo ser criadas unidades policiais especializadas nas grandes cidades, o que denota o reconhecimento da importância da atuação policial ante os atos infracionais.

Já os Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riad), de 14 de dezembro de 1990, destacam a importância de políticas preventivas que favoreçam a socialização e integração do jovem, garantindo o seu desenvolvimento pessoal (Art. 10).

Além disso, reconhece a obrigação dos governos de fomentar uma educação pública acessível a todos os jovens, de modo a promover um sentimento de identificação e de pertença à escola e à comunidade (Arts. 20 e 21), que, no que lhe toca, deve ficar atenta ao seu papel de apoiar os jovens, especialmente os que enfrentam risco social, promovendo medidas de auxílio para que haja o efetivo respeito aos direitos individuais (Art. 33), do que se infere a preocupação de conferir ao jovem o exercício da cidadania.

A Justiça Restaurativa foi expressamente regulamentada na Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Organização das Nações Unidas, de 24 de julho de 2002, que dispõe sobre os Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal e prevê a participação de “menores”⁴ em programas de Justiça Restaurativa, desde que, além de observadas as garantias processuais fundamentais (como assistência jurídica sobre o processo restaurativo e segurança das partes), sejam assistidos pelos pais ou responsáveis legais (Art. 13, a).

De acordo com a Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Organização das Nações Unidas, havendo prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor,

⁴ Ressalta-se que, embora seja empregado o termo “menor” na vertente resolução da ONU, tal referência não é adequada no Brasil, pois remete à Doutrina da Situação Irregular, esculpida, como exposto, no Código Mello Mattos (1927) e no Código de Menores de 1979, na qual crianças e adolescentes eram tratados como meros objetos de direito em vez de sujeitos de direitos.

os programas de Justiça Restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, conforme a legislação nacional (Arts. 6º e 7º).

A Declaração de Lima sobre Justiça Juvenil Restaurativa, por seu turno, complementa as disposições da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Organização das Nações Unidas. 1.000 (mil) participantes de 63 (sessenta e três) países apresentaram recomendações para o desenvolvimento e implementação da Justiça Juvenil Restaurativa. Dentre as recomendações, enfatiza-se a da aplicação da Justiça Restaurativa em todas as etapas do processo de justiça juvenil, como uma medida alternativa ou adicional, inclusive em nível policial, devendo a polícia ser capacitada e instruída sobre a aplicação dessa opção⁵.

Nessa toada, o Art. 35, III e IX, da Lei nº 12.594/2012 assevera que a execução das medidas socioeducativas rege-se prioritariamente por práticas ou medidas que sejam restaurativas, atendendo, sempre que possível, às necessidades das vítimas e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. Pouco depois, em 2016, ciente da necessidade de expansão dos mecanismos de resolução de conflitos e considerando as recomendações da Organização das Nações Unidas para fins de implantação da Justiça Restaurativa nos Estados membros, exaradas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 225/2016 para dispor sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Porém, no que tange aos adolescentes em conflito com a lei, constata-se, na prática, a ausência de mecanismos práticos para superar a aplicação quase exclusiva da Justiça Retributiva, bem como ainda são patentes os resquícios da Doutrina da Situação Irregular no Brasil no tratamento conferido ao jovem, haja vista os dados mencionados no primeiro tópico deste trabalho.

⁵ “A justiça restaurativa deve ser aplicada em todas as etapas do processo de justiça juvenil, seja ela como uma medida alternativa ou como uma medida adicional. Em nível policial, uma das opções deve ser a remissão dos jovens a um processo de justiça restaurativa. A polícia deve estar perfeitamente capacitada e instruída com respeito ao emprego desta opção e quando for apropriado deve prestar especial atenção ao possível abuso desta ou outras formas de remissão”. **Declaração de Lima Sobre Justiça Juvenil Restaurativa.** In: I Congresso mundial de justiça juvenil restaurativa. Lima, Peru, 2009. Disponível em: <https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/portalweb/declaraao_de_lima_08022021_1457.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

Poucos são os núcleos de Justiça Restaurativa no âmbito infanto-juvenil no Brasil e desconhece-se registros de tais práticas pelas polícias judiciárias, que, limitam-se à análise técnico-jurídica dos fatos diante do estado de flagrância e, fora dessa hipótese, a atuar na investigação dos atos infracionais com vistas a verificar sua materialidade e desvendar a eventual autoria, para subsidiar as decisões do Ministério Público e do Poder Judiciário, carecendo, entretanto, de atividades que observem os problemas sociais em sua origem, holisticamente, e que fortaleçam os laços do jovem com a sociedade e, conseqüentemente, sua cidadania.

3. COMPETÊNCIA DAS POLÍCIAS JUDICIÁRIAS PARA PRÁTICAS RESTAURATIVAS NOS ATOS INFRACIONAIS

A Justiça Restaurativa no âmbito juvenil apresenta expressivos resultado onde costuma ser aplicada, independentemente das assimetrias culturais e econômicas dos locais, sempre que realizadas as devidas adaptações. No Centro de Justiça Restaurativa da Defensoria Pública do Estado do Ceará, por exemplo, entre abril de 2018 e abril de 2019, foram submetidos 22 (vinte e dois) processos a práticas restaurativas e 18 (dezoito) casos ensejaram acordos que foram cumpridos, o que significa 81% de êxito no trabalho realizado (Centro de Justiça Restaurativa, 2020).

Por sua vez, os documentos internacionais acima citados esmiúçam que as polícias podem lidar com casos de delinquência juvenil e ser uma alternativa ao sistema de justiça formal (tópico 11.2, Regras de Beijing), que os programas de Justiça Restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal (Art. 6º da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Organização das Nações Unidas) e em todas as etapas do processo de justiça juvenil, o que, evidentemente, inclui a fase pré-processual (Declaração de Lima sobre Justiça Juvenil Restaurativa).

Todavia, não temos exemplos no Brasil de práticas restaurativas pelas polícias judiciárias no âmbito da justiça juvenil, embora as polícias judiciárias sejam dirigidas por um operador do direito, o delegado de polícia, o qual tem a missão de ser o primeiro garantidor da justiça e dos direitos fundamentais, conforme asseverado pelo ministro Celso de Mello quando de seu voto no julgamento do HC 84548/

SP. Desse modo, é premente a necessidade de se analisar a legitimidade jurídica para implementação da Justiça Restaurativa pelas polícias judiciárias no Brasil, ponto que pode suscitar dúvida naqueles que não compreendem exatamente o papel constitucional dessas instituições, que, via de regra, são responsáveis pela apuração do ato infracional.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a polícia judiciária (também chamada de repressiva) é aquela auxilia o Poder Judiciário em suas funções, seja no seu mister de reprimir delitos, por meio de suas investigações, seja em suas outras atividades diversas, mediante, por exemplo, o cumprimento de mandados, conduções coercitivas e a guarda de bens apreendidos vinculados a processos judiciais (como armas e veículos). Em outras palavras, a “Polícia Judiciária” é o órgão de apoio do Poder Judiciário no âmbito do Poder Executivo. O maior exemplo, no Brasil, são as polícias civis estaduais.

Em razão do caráter instrumental das atividades das polícias judiciárias, Cretella Júnior (1985) critica a expressão “polícia repressiva” e, pertinentemente, propõe o uso do termo “polícia auxiliar”, haja vista que o seu real mister não é reprimir delitos, mas sim auxiliar o judiciário na repressão aos delitos. A observação de Cretella Jr. é bastante oportuna, pois, de fato, a função repressiva à criminalidade é do Poder Judiciário, cabendo às polícias civis e à *Polícia Federal* auxiliá-lo nessa tarefa, via de regra, exercendo a função técnica de investigar, seja para constatar a presença ou ausência da materialidade delitiva, seja para descortinar a autoria da infração, servindo as provas e elementos informativos que produzem imparcialmente tanto ao agente acusador como à defesa e, em última instância, para subsidiar o exercício (ou não) do *jus puniendi* estatal a ser aplicado pelo Poder Judiciário.

Chama-se a atenção ao fato de que o termo “Polícia Judiciária” por vezes se confunde com as polícias civis dos estados e a Polícia Federal, as instituições que exercem as funções de polícia judiciária, que, como dito, são aquelas instrumentais para aplicação do direito ao caso concreto pelo Poder Judiciário e desenvolvimento de suas demais atividades. Salienta-se, todavia, que, embora as atribuições inerentes às polícias judiciárias sejam auxiliares para as atividades jurisdicionais, são imprescindíveis para escoreita aplicação da lei penal e consecução da justiça.

No que concerne à Justiça Restaurativa, diante, especialmente, da Lei nº 12.594/2012, que prevê que a execução das medidas socioeducativas reger-se-á pela prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas, e da Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, não resta dúvida sobre a legitimidade do Poder Judiciário para aplicá-la no âmbito dos atos infracionais.

Consequentemente, haja vista a atribuição de auxiliar o Poder Judiciário em suas atividades, pode-se afirmar que as polícias judiciárias também possuem competência para realizar justiça restaurativa por disposição constitucional (Art. 144, §4º, da Constituição Federal), o que tende a ser bastante útil à pacificação social, diante da capilaridade de atuação dessas instituições, que costumam conhecer o cotidiano das comunidades em que atuam.

É bem verdade que as funções de polícia judiciária, historicamente, são atreladas à coercitividade, funcionando as polícias civis e a Polícia Federal como braço forte do Poder Judiciário para amparar seu funcionamento administrativo e fazer valer suas decisões, conforme exemplos colecionados anteriormente. Entretanto, o significado de funções de polícia judiciária merece uma interpretação atualizada, consoante o Estado Democrático de Direito vigente, devendo essa atividade auxiliar ir bem além daquelas que demandam o exercício potencial da força.

As atividades de polícia judiciária, na realidade, devem ser realizadas à luz dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de modo a assegurar a cidadania e a dignidade da pessoa humana, até porque são nas delegacias que as pessoas, independentemente de classe social, costumam primeiro se socorrer quando tem seus direitos fundamentais ameaçados ou tolhidos, o que incrementa a possibilidade de se tratar os conflitos não apenas com base nas suas causas aparentes, mas desde suas causas ocultas.

Como segundo fundamento, tem-se que as polícias civis e a Polícia Federal são, conforme a Constituição Federal, órgãos de segurança pública e, portanto, possuem a atribuição de garantir a paz social, direito fundamental de quinta dimensão (Bonavides, 2019). A paz social, inclusive, é prevista na Declaração

das Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em paz, presente na Resolução 33/73, aprovada na 85ª sessão plenária da Assembleia Geral de 15 de dezembro de 1978, da seguinte forma: “toda nação e todo ser humano, independente de raça, convicções ou sexo, tem o direito imanente de viver em paz, ao mesmo passo que propugna o respeito a esse direito no interesse de toda a humanidade”.

Para Bonavides (2008), a paz é direito imanente à vida e essencial para o desenvolvimento de todas as nações, indistintamente, em todas as searas, razão pela qual as competências constitucionais das instituições devem ser interpretadas, com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, da forma mais ampla possível para se alcançar esse desiderato.

Além disso, dentre os órgãos de segurança pública, as polícias judiciárias (polícias civis estaduais e Polícia Federal) são as únicas com competência para agir após a ocorrência do delito (haja vista que as atribuições das demais forças policiais são para realizar patrulhamento ostensivo, cessando logo que as hipóteses de flagrante delito são dissipadas) e dirigidas por servidores necessariamente bacharéis em direito (Art. 3º da Lei nº 12.830/06), o que confere maior segurança jurídica aos particulares diante da atuação estatal.

Assim, por serem chefiadas por agentes públicos imparciais e juridicamente qualificados, por possuírem competência constitucional para agir após o ilícito e diante da missão de assegurar a paz, há que se considerar a competência para realização de práticas restaurativas pelas polícias judiciárias com base na teoria dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente *McCulloch v. Maryland*, adotada pelo sistema jurídico brasileiro a partir de 2009, quando do julgamento do HC 91661/PE⁶, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a competência investigativa do Ministério Público na seara criminal para instrumentalizar o exercício da ação penal pública ao considerar que quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios.

⁶ STF, Segunda Turma, HC 91.661/PE, Rel. Ellen Gracie, 11.03.2009.

⁷ STF, Segunda Turma, HC 91.613/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, 15.05.2012.

A vertente decisão é, de certo modo, temerária, pois implica em um filtro a menos na persecução criminal, gerando insegurança jurídica ao investigado, tanto que posteriormente, no julgamento do HC 91.613/MG⁷, em 2012, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal delineou limites para a investigação por parte do Ministério Público, deixando claro que deve se dar de forma excepcional e subsidiária. Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes, relator do caso, consignou em seu voto que o poder investigativo ministerial não poderia ser exercido de forma ampla e irrestrita, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais.

Porém, aqui, a perspectiva é outra, é aplicar a teoria dos poderes implícitos para tutelar dos direitos fundamentais, promover a dignidade da pessoa humana e o fortalecimento da cidadania (fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme Art. 1º, II e III, da Constituição Federal), viabilizando, assim, a pacificação social, por meio do exercício da Justiça Restaurativa pelas polícias judiciárias, o que legitima amplamente a sua pertinência.

Ademais, ressalta-se que ambos fundamentos apresentados (atividade inerente às funções de polícia judiciária e competência por poderes implícitos) ganham relevo quando analisados em cotejo com os documentos de direito internacional supracitados, não restando dúvida acerca da competência das polícias judiciárias para aplicação de práticas restaurativas no âmbito dos atos infracionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, sem a pretensão de esgotar a análise da matéria, repara-se que a aplicação indiscriminada do processo tradicional no âmbito dos atos infracionais tem se mostrado insuficiente, acarretando, até mesmo, violação aos direitos fundamentais do jovem e conflitos sociais e a insegurança pública.

Doutra banda, inobstante ainda seja pouca explorada no cotidiano brasileiro, as práticas restaurativas no âmbito juvenil evidenciam-se bastante exitosas e há um largo embasamento legal para sua aplicação, o que propicia o fortalecimento de políticas pedagógicas e a efetivação de direitos sociais. Logo, revela-se razoável que as ideias de Justiça Retributiva sejam revisadas, dando-se espaço também à Justiça Restaurativa.

Ademais, constata-se que é reconhecida internacionalmente a pertinência da participação da polícia nesse processo e que, de acordo com nosso ordenamento jurídico, tal missão cabe às polícias judiciárias, que são chefiadas por delegados de polícia, os quais têm a missão de ser os primeiros garantidores da justiça e dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, registra-se que as polícias judiciárias possuem a capilaridade necessária para conhecer a dinâmica social das mais remotas comunidades, haja vista que as delegacias se espriam pelos rincões do Brasil e costumam ser os primeiros pontos de apoio buscados pela população quando da violação ou ameaça a direitos fundamentais, elevando a possibilidade de se conhecer não só as causas aparentes do conflito, mas também as ocultas, fator relevante para o real sucesso da Justiça Restaurativa.

Desse modo, o exercício das práticas restaurativas pelas polícias judiciárias tende a ressignificar as delegacias, viabilizar a reparação dos danos causados a partir do ato ilícito e colaborar ativamente para fortalecer os laços dos adolescentes em conflito com a lei com a sociedade, viabilizando, assim, a sua cidadania e, em última instância, fomentando a construção da paz social.

REFERÊNCIAS

Anuário Brasileiro da Educação Básica, 2018. São Paulo: Moderna, 2021.

BENTO, Berenice. **Necrobiopoder: quem pode habitar o Estado-nação?**. Cadernos Pagu, v. 53, p. 1-16, jun. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. Direitos Fundamentais & Justiça nº 3 – ABR./JUN. 2008. Disponível em: <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. **Habeas Corpus Coletivo. HC 143.988/ES**. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ, 25 de abril de 2017. Disponível em: <<https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2018/08/hc-143988-1-petini-17082018.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.830/06. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia**. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 20 set. 2023.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS (MDH). Levantamento Anual Sinase 2015. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (MMFDH). **Levantamento Anual Sinase 2017**. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.613/MG**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/05/2002. DJe, Brasília, 17 de setembro 2012. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765764>>. Acesso: 24 set. 2023.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC 91.661/PE**. Relator: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 11/03/2009. DJe, Brasília, 02 de abril 2009. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2091661%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 30 set. 2023.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC 143.988/ES**. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de setembro de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 set. de 2022.

CEARÁ, Assembleia Legislativa do estado do Ceará. **Cada Vida Importa**. Disponível em: <<https://cadavidaimporta.com.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-final-dia-12-08.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ. **STF proíbe superlotação em centros socioeducativos em quatro estados**. Fortaleza: Defensoria Pública do Estado do Ceará, 25 maio 2019. Disponível em: <<https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/stf-proibe-superlotacao-em-centros-socioeducativos-em-quatro-estados/>>. Acesso em: 26 set. 2023.

Centro de Justiça Restaurativa: CJR: **orientações técnicas para uso de práticas restaurativas como alternativa ao processo judicial** / [organização Antonio

Renato Gonçalves Pedrosa, Érica Regina Albuquerque de Castro Brilhante Farias, Carlos Roberto Cals de Melo Neto]. – Fortaleza, CE : Tdh Brasil: Defensoria Pública do Ceará, 2020.

CERQUEIRA, Daniel. IPEA. **Atlas da Violência 2021 / Daniel Cerqueira et al.**, — São Paulo: FBSP, 2021.

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução n. 71/2015 – Medida Cautelar nº 60-15**. Washington: CIDH, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Polícia e poder de polícia**. Revista de informação legislativa, v. 22, n. 88, p. 105-128, out./dez. 1985 | Revista de direito administrativo, n. 162, p. 10-34, out./dez. 1985. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181650/000420250.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 225**. Brasília: CNJ, 2016.

DECLARAÇÃO DE LIMA SOBRE JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA. In: I Congreso mundial de justicia juvenil restaurativa. Lima, Peru, 2009. Disponível em: <https://novogerenciadortjma.jus.br/storage/porta/web/declarao_de_lima_08022021_1457.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

FREITAS, Raquel Coelho de; NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Indignação epistêmica e decolonização do conceito de minorias**. Revista Direito e Práxis, v. XX, Rio de Janeiro, 2022, p. 1742-1770.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Fórum brasileiro de segurança pública**. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/13-a-violencia-contracrianças-e-adolescentes-na-pandemia-analise-do-perfil-das-vitimas.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2021.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Fórum brasileiro de segurança pública** São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: < <https://>

forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. Resolução nº 40/33, de 29 de novembro de 1995. **Regras Mínimas das Nações Unidas Para A Administração da Justiça de Menores**: Regras de Beijing. Assembleia Geral das Nações Unidas, Disponível em: <<https://www.social.go.gov.br/files/institucional/Sinase-RegrasdeBeijing.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Resolução nº 40/33, de 29 de novembro de 1995. **Regras Mínimas das Nações Unidas Para A Administração da Justiça de Menores**: Regras de Beijing. Ministério Público de Portugal. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras_minimas_beijing.pdf>. Acesso em: 30 set. 2023.

BRASIL. Resolução nº 45/112, de 14 de dezembro de 1990. **PRINCÍPIOS ORIENTADORES DE RIAD - Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil**. Assembleia Geral das Nações Unidas, Disponível em: <<https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2018/04/principios-orientadores-de-riad.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2023.

_____. Resolução nº 2002/12, de 24 de julho de 2002. **“Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal”**. Conselho Social e Econômico. Disponível em: <https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6407>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

ZEHR, H. **Justiça Restaurativa**. 4. ed. São Paulo: Palas Athena, 2022.

A DESAPROPRIAÇÃO POR POSSE-TRABALHO COMO EXCEÇÃO EM AÇÃO POSSESSÓRIA

Rômulo Albuquerque Porto¹

SUMÁRIO: 1 introdução; 2 entre a desapropriação e a usucapião: aspectos e desdobramentos do instituto da desapropriação por posse-trabalho; 3 a aplicação da desapropriação pro labore como arguição de defesa em juízo possessório, e entre outros casos, no âmbito do direito processual civil; 4 considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Perscruta-se acerca da desapropriação por posse-trabalho como arguição de defesa em ação de reintegração de posse; de maneira mais ampla, no entanto, abarca-se nesta investigação tanto as situações em juízo possessório, como em juízo petitório.

É necessário, primeiramente, analisar a posse-trabalho como uma posse qualificada que legitima de uma nova maneira o direito de propriedade, de modo a superar as vetustas linhas do liberalismo, nas quais, até então, se alicerçavam as bases do direito subjetivo sobre a propriedade.

Deve-se, demais, investigar sobre a verdadeira relação entre o direito de propriedade e a função social da propriedade, com o fito de desvendar se existe uma verdadeira tensão entre eles ou se há, na verdade, uma nova perspectiva de relacioná-los, a fim de que se não colidam como se fossem dois princípios que precisam ser sopesados em face do caso concreto.

À vista disso, no âmbito propriamente processual, faz-se necessário estudar o fenômeno de incidência da norma veiculadora da desapropriação por posse-trabalho ao suporte fático, com o fito de descrever as condições de integralidade do

¹ Advogado. Mestrando e graduado na Universidade Federal do Ceará (UFC). Link de lattes: <http://lattes.cnpq.br/8315955338817217> Link de Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-2808-4001>. E-mail: romuloporto95@gmail.com

suporte, à luz de alguns princípios do direito processual, tais como: o contraditório e a estabilização do processo.

Para isso, é imperioso examinar alguns contextos em que são possíveis a aplicação da desapropriação *pro labore*, como meio de defesa em ação possessória (ou reivindicatória) ou de ofício por ato de juiz. Cada contexto se identificará as condicionantes para que não se infrinja o devido processo legal e, em particular, o contraditório substancial na estrutura do processo.

Por derradeiro, usa-se, como metodologia, a pesquisa do tipo bibliográfico, por meio da análise de livros, artigos jurídicos e precedentes judiciais. A pesquisa é de natureza qualitativa, com fins descritivos e exploratórios.

2. ENTRE A DESAPROPRIAÇÃO E A USUCAPIÃO: ASPECTOS E DESDOBRAMENTOS DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO POR POSSE-TRABALHO

O Código Civil de 2002 determina a função social da propriedade no art. 1.228, §§ 1º e 2º². No primeiro parágrafo, percebe-se a inexorabilidade do entrelaçamento do exercício do direito de propriedade em harmonia com as finalidades sociais intrínsecas à própria propriedade; de modo não exaustivo, desvela-se que a *facultas agendi* do proprietário deverá ser conforme com “a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Nesse teor, assevera-se que o direito fundamental à propriedade - conforme crivo constitucionalista pelo qual se considera a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais – transita por todas as dimensões do direito: com caráter acentuadamente individual, principalmente se considerado no seu nascedouro; contudo, adstringido a partir do ideário funcionalizador da propriedade; e,

² Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º - São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

também, pela sua própria nota de solidariedade ou fraternidade, *v.g.*, quando se observa manifestação desta nota no Direito Ambiental, nas problemáticas de ordem coletiva ou difusa.³

Além disso, no segundo parágrafo, mister é anotar que são proibidas as atitudes antissociais e abusivas no exercício das faculdades concernentes à propriedade; aplicando-se, desse modo, a lição de Louis Josserand citando Voltaire, que enuncia: *un droit porté trop loin devient une injustice* (um direito levado longe demais se torna uma injustiça), porquanto o absolutismo do direito de propriedade pressupõe a concepção do voluntarismo individualista, que se repousa no postulado errôneo de que o homem é isolado da sociedade.⁴

Nessas linhas, o referido diploma criou um instituto aparentemente controvertido, que é um amálgama de requisitos da desapropriação e da usucapião, de cuja intervenção expropriadora advém do próprio Poder Judiciário, a teor dos §§ 4º e 5º do citado art. 1.228. Trata-se de um instituto inovador de grande alcance, que se baseia no cerne social do direito à propriedade.⁵

A partir da literalidade do disposto nos parágrafos em comento, é possível destrinchar critérios que deverão ser respeitados, a fim de se realizar a aplicação da desapropriação por posse-trabalho, tendo em vista, para isso, a integridade do suporte fático. Nessa senda, pode-se utilmente classificar os requisitos para a aplicação do instituto em função dos seguintes critérios: quanto ao bem; quanto à posse; quanto aos possuidores.

Nesse sentido, consoante a esses critérios e ao lume do texto atinente ao instituto de desapropriação judicial, são os seguintes os requisitos para o fato gerador da desapropriação, à luz da lição de Teori Zavascki, a saber:

- a) Quanto ao bem: há de se tratar de imóvel de “extensa área”, objeto de ação de reivindicação;

³ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Nota de Aula de Direitos das Coisas, nº 3.** Atualizado para o semestre de 2023.2, p. 5.

⁴ JOSSERAND, Louis. *De L'Esprit des droit et de leur relativité: Théorie dite de L'Abus des Droits. Deuxième édition.* Paris: Librairie Dalloz, 1939, p. 7.

⁵ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Direito Agrário.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 33.

- b) Quanto à posse: há de ser ininterrupta e de boa-fé, por mais cinco anos, qualificada pela realização de obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante;
- c) Quanto aos possuidores: devem ser em “considerável número”.⁶

Por isso, observa-se uma aparente dubiedade no instituto para enquadrá-lo propriamente como um tipo de desapropriação, visto que o critério da posse, nesses moldes, não é requisito necessário à desapropriação. Por sua vez, apesar do critério de posse observar o subcritério tempo para se auferir a integralidade do suporte fático da desapropriação por posse trabalho, o requisito, no entanto, de pagar o preço não é visto como elemento necessário à declaração de usucapião de qualquer imóvel.

Assim, mostra-se controversa a natureza jurídica do instituto constante nos citados dispositivos do Código Civil pátrio, porquanto pode ser entendido como: desapropriação; modalidade de usucapião; ou, instituto *sui generis*, em razão da impossibilidade de se categorizar propriamente como usucapião ou em desapropriação.

Na posição de Fabrício Zamprogna Matiello, devido aos fins sociais e ao aproveitamento da propriedade, o ordenamento jurídico construiu esse instituto assemelhado à desapropriação, com o qual, entretanto, não se confunde, pois a iniciativa de privação no domínio alheio não é do poder público, e sim em favor de particulares, desde que os requisitos sejam devidamente preenchidos. Caso o proprietário reivindique judicialmente o imóvel, sendo o bem possuído por alguém, que não é o proprietário, por mais de cinco anos, então poderá ensejar a declaração da perda de propriedade do requerente em favor do possuidor.⁷

Nesse passo, entende-se que o instituto em análise seria algo *sui generis*, ou, caso queira, um *tertius genus*, um terceiro gênero que se não enquadraria como forma de expropriação, assim como não se configura como prescrição aquisitiva,

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/6723>>.

⁷ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 5. Ed, São Paulo: LT, 2013, p. 770.

uma vez que a posse prolongada e ininterrupta não se mostra, neste caso, suficientes para a aquisição da propriedade pelos possuidores do imóvel.

A desapropriação é um ato de natureza administrativa. Contudo, é necessário o ato do juiz à aplicação do instituto em comento, que é tipicamente jurisdicional; resolve-se, por meio do Poder Judiciário, um conflito de interesses entre particulares, decidindo a lide conforme os pressupostos normativos fixados no art. 1.228, §§4º e 5º do CC/2002. Além de que, o instituto não possibilita ao juiz desapropriar o bem, porém sim transformar a prestação exigida aos réus, que, de início, era restituir a coisa vindicada aos autores/proprietários, para que os requerentes passem a ser indenizados em pecúnia.⁸

Nesse diapasão, como os requisitos do instituto se assemelham à usucapião, com a distinção de que é necessário pagar o preço para haver a mudança de titularidade da propriedade. Portanto, considera-se, conforme Teori Zavascki, que o instituto é um tipo de usucapião, porém oneroso.⁹

Por sua vez, anota Sílvio Venosa, que a teor do art. 1.228, §5º, do CC, o juiz arbitrará preço devido ao proprietário; exaure o preço, a sentença torna-se título para o registro do imóvel em favor dos possuidores. Assim sendo, o instituto aproxima-se como uma modalidade de desapropriação¹⁰. Em sentido favorável à classificação do instituto como desapropriação, Miguel Reale leciona que a via de desapropriação não se deve nestas situações se restringir como se fora prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo¹¹, o que não desclassificaria como categoria de desapropriação.

Nada obstante, o instituto não se insere, de modo escorreito, em nenhuma das possibilidades de categorização sobre a sua natureza jurídica, a jurisprudência o considera como tipo de desapropriação, que é provocada pelo próprio Poder Judiciário, tomando-lhe o nome de desapropriação judicial sinônimo de desapropriação por posse-trabalho.

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., pp. 16 – 17.

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 17.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Op. Cit.**, pp. 219 – 220.

¹¹ REALE, Miguel. **Anteprojeto do Código Civil**, 1972, p. 25.

A posse-trabalho legítima e fundamenta a desapropriação judicial tendo em vista que a partir dela se concretiza a função social; é um elemento fático que caracteriza a função social, é a posse exercida em favor da moradia e incrementada pelo trabalho. Não o é uma posse simples, uma mera manifestação das faculdades inerentes ao titular da propriedade, conforme se lê no art. 1.196 do CC/2002, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”, porém sim uma posse qualificada pelo labor, que se consubstancia num efetivo uso do *fundus* para finalidades sociais, seja de moradia, educação ou produção econômica.¹²

O direito de propriedade tem como elemento intrínseco a própria função social da propriedade. Todavia, vislumbra-se, segundo Teori Zavascki¹³, uma verdadeira tensão entre o direito de propriedade e a função social da propriedade na concretude; mas, neste trabalho, compreende-se que há concretamente uma tensão, a rigor, entre exercícios indevidos da propriedade e o direito de propriedade, em razão, justamente, dessa inerência funcional à propriedade, sempre vinculada ao bem comum, nos seus mais diversos níveis, pois um domínio específico de algo sempre se encontra atrelado ao interesse social.

Entende-se, no que concerne à natureza da sentença, que a desapropriação judicial tem natureza declaratória, isto é, os compossuidores têm o domínio pleno do imóvel no momento em que forem preenchidos todos os requisitos necessários para esta desapropriação; logo, nesta situação, o proprietário desapropriado, antes da sentença declaratória de desapropriação judicial, é apenas o proprietário registral.

Já se indagou, igualmente, acerca da constitucionalidade do dispositivo em comento, pois, em hipótese, tal regra feriria nuclearmente o direito de propriedade determinado pela Constituição. Entretanto, pode-se esboçar o afastamento da

¹² REALE, Miguel. Conferência do Magnífico Reitor Miguel Reale, da Universidade de São Paulo, sobre o Anteprojeto do Novo Código Civil (reconstituídas segundo notas taquigráficas), no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, em 8 de junho de 1972. Revista de informação legislativa, v. 9, n. 35, p. 3-24, jul./set. 1972. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180616>, p. 18.

¹³ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Op. Cit.**, p. 10. Teori Zavascki, no que se refere ao direito de propriedade e a função social da propriedade, considera que: “Não obstante sua inegável relação de complementaridade e, quando vistos no plano normativo, da natural aptidão para sua convivência harmônica, pode ocorrer que, em determinadas situações concretas, não seja possível o pleno atendimento de um deles sem comprometer, ainda que em parte, o outro, ou vice-versa.”

tese de inconstitucionalidade do instituto da desapropriação judicial, porquanto, conforme dispõe o art. 1.255, parágrafo único, do CC/2002¹⁴, verifica-se que aquele, cuja construção ou plantação excede em demasia o valor do terreno; aquele que plantou ou edificou, de boa-fé, adquirirá a propriedade do solo, através de indenização arbitrada por juiz, caso não haja acordo entre as partes. Nesse caso de acessão, excepciona-se o adágio *accessorium sequitur suum principale*, aplicando-se o dispositivo desde que se mostre um direcionamento de altos recursos no imóvel, por parte de quem plantou ou construiu sobre o imóvel, e incrementado de tal maneira o bem¹⁵, que se mostraria inadequado devolvê-lo ao dono original. Assim sendo, não deixa de ser uma acessão fundada numa posse qualificada, premiando-se a maximização da função social da propriedade. Ora, esse dispositivo nunca foi levado em discussão acerca da sua constitucionalidade, tampouco se levantara a pecha de dispositivo expropriatório, sendo que os seus requisitos à aplicação dessa acessão são mais simples do que os requisitos para incidir a norma desapropriadora por posse-trabalho em dado suporte fático. Por argumento *a maiori*, pode-se afirmar que a desapropriação por posse-trabalho é constitucional.

De maneira mais direta, é possível esboçar a constitucionalidade do instituto, por meio de interpretação sistemática, tendo em vista, principalmente e de modo articulado, o art. 3º da CF¹⁶, quando versa sobre construir uma sociedade livre, justa e igualitária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além da estipulação da função social da propriedade em conjunto com o direito de propriedade, cujos significantes estão contidos nos: art. 5º, XXII e XXIII, da CF¹⁷; art. 170, II e III da CF. Observa-se a complementariedade nessas

¹⁴ Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

¹⁵ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Op. Cit.**, p. 792.

¹⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...).

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...)

proposições constitucionais ao invés de confronto¹⁸: entre os dispositivos relativos à propriedade privada e os enunciados sobre a função social da propriedade.

Desse modo, considera-se que o instituto, no que tange à sua natureza jurídica, é *sui generis*, devido à impossibilidade teórica de defini-lo como usucapião ou desapropriação, no entanto a jurisprudência utiliza o nome de desapropriação judicial para designá-lo, termo que enfatiza a possibilidade expropriante do Poder Judiciário, assim como o termo desapropriação por posse-trabalho, terminologia bancada originariamente por Miguel Reale, no qual enfoca no requisito e fundamento imediatamente legitimador para a validade do instituto, a posse-trabalho. Não há inconstitucionalidade nas normas que determinam a desapropriação por posse-trabalho, uma vez que o seu fundamento, de maneira geral, encontra-se estribado no próprio direito de propriedade, que é constituído pela função social (fundamento mediato da desapropriação por posse-trabalho); dessa forma, percebe-se a potencial tensão entre o exercício indevido sobre a propriedade e o direito de propriedade e não um conflito, no plano concreto, entre o direito de propriedade e a função social da propriedade, visto que o direito de propriedade é clamado como um verdadeiro direito, desde que a função social seja concretizada, pois a falta de funcionalização da propriedade implica em situação indevida (antijurídica), na qual se não permite denominar esse tipo de exercício sobre a propriedade – sem funcionalizá-la – como direito de propriedade.

Do ponto de vista do direito material, observa-se a fundamentação firme e constitucionalidade, quase incontestada, da hipótese jurídica da desapropriação *pro labore*, entretanto como é possível operacionalizá-la, sobretudo no âmbito das relações jurídicas processuais? Os proprietários registrares de um imóvel passível de ser desapropriado poderá perdê-lo, caso ingresse com uma ação reivindicatória? Quais os desdobramentos dessas situações? Ainda, é possível a declaração de desapropriação por posse-trabalho, mesmo que esse instituto não fosse considerado na causa de pedir e no pedido da parte autora da ação reivindicatória e até mesmo anotado como defesa contra o pedido de reivindicação do imóvel? Caso afirmativo, não se

¹⁸ O confronto só existe entre uma situação de fato ilegítima sobre a propriedade e o direito de propriedade.

feriria à decisão não surpresa, ao contraditório e à estabilização do processo? Essas situações serão dirimidas no próximo tópico, no qual se mostra a operacionalização do instituto, de maneira que não insulte, sob o crivo processual, a Constituição.

3. A APLICAÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO PRO LABORE COMO ARGUIÇÃO DE DEFESA EM JUÍZO POSSESSÓRIO, E ENTRE OUTROS CASOS, NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

É de ressaltar, de início, que a desapropriação judicial poderá ser requerida consubstanciado na causa de pedir e no pedido em ação autônoma; ou, por defesa em juízo reivindicatório. Além disso, impende registrar que é possível aplicar essa desapropriação, a depender do caso concreto, mesmo fora dessas duas opções, situação em que necessitará de uma intervenção de ofício realizado pelo magistrado, a fim de se realizar a desapropriação por posse-trabalho.

No caso de desapropriação por posse-trabalho arguida em defesa, consignase que a dicção “imóvel reivindicado” colocado no §4º do art. 1.228 do CC, deve ser interpretada de modo a conceber a possibilidade de desapropriação judicial no cotejo de uma ação de reintegração de posse, sendo desimportante se a causa de pedir original se funda em *ius possessionis* ou em *ius possidendi*. O fundamento da ação, de modo mais amplo, a causa de pedir, se mostra importante quando se quer discutir o direito de posse, fundada na sua própria posse, ou o direito de possuir, decorrente do direito de propriedade; porquanto, em razão da autonomia entre a posse e a propriedade, as discussões entre aquele e este acontecem, respectivamente, em juízos distintos, a saber: possessórios e petitórios.

Ademais, salienta-se que a ação possessória não é ação real, uma vez que a posse não é direito real. O fundamento do pedido (a causa de pedir) e o pedido é a posse, ou seja, visa-se a proteção da posse, discute-se, no cotejo da possessória, o exercício da posse (*ius possessionis*). Porém, na ação real o fundamento do pedido é a propriedade ou outro tipo de direito real, entretanto o pedido pode vir a ser a posse ou a própria propriedade. Nessa senda, Nelson Nery Júnior explica que:

Não sendo a posse um direito real, conseqüentemente a ação possessória não é ação real. Nela, o fundamento do pedido (causa de pedir) é a posse,

e o objeto (pedido) também é a posse, vale dizer, a proteção da posse. Na ação real, ao contrário, o fundamento do pedido é o domínio ou outro direito real e o pedido pode ser a posse (v.g., ação reivindicatória) ou mesmo a propriedade (v.g., ação de usucapião).¹⁹

Assim, verifica-se que a fungibilidade das possessórias deve ser aplicada restritivamente, haja vista que, em regra, deve interligar-se a causa de pedir, o pedido e a sentença, consoante os arts. 141²⁰ e 492²¹ do CPC. Não se podendo converter, à vista disso, a ação reivindicatória em possessória, ou vice-versa.

Entretanto, é indistinto o uso do argumento da desapropriação por posse-trabalho por via de defesa, que poderá ser utilizado seja em juízo possessório, como em petitorio, assim como se dá na aplicação da usucapião em matéria de defesa, conforme súmula 237 estipulado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, dispõe, o Enunciado nº 310 do CJF (na IV Jornada de Direito Civil) de seguinte maneira: “Interpreta-se extensivamente a expressão “imóvel reivindicado” (art. 1.228, § 4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitorio quanto no possessório.”

Ademais, no que se refere à defesa em juízo petitorio ou em juízo possessório, a desapropriação *pro labore*, para ser aplicada, não precisará, em tese, da impossibilidade material de restituir o bem, bastando que haja o preenchimento dos requisitos esculpido no §4º do art. 1.228 do CC. Neste ínterim, à luz do Enunciado nº 306 do CJF, tem-se que: “A situação descrita no § 4º do art.1.228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório”.

Contudo, para a realização de ofício da desapropriação por posse-trabalho, se fará necessária a averiguação da impossibilidade fática de se restituir o imóvel ao proprietário registral. Transformando-se, desse modo, uma ação de reintegração de posse em uma indenizatória, valendo-se o pagamento de perdas e danos ao

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Proteção judicial da posse**. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Privado, vol. 7/2001, Jul – Set 2001, p. 104 – 127. Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY; Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 20ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 2022.

²⁰ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

²¹ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

proprietário registral expropriado. Essa solução é normatizada pelo art. 499 do CPC, *in verbis*: “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”

No entanto, a convertibilidade de uma ação de reintegração de posse em indenizatória se abre, em tese, para situações que se desembocariam em desrespeitos de ordem principiológica no âmbito do direito processual. Não se feriria, neste caso, ao princípio do contraditório e ao princípio da estabilização do processo?

A sentença, de qualquer natureza, necessariamente deverá ser fundamentada, isto é, devidamente justificada. Para isso, é mister que se apontem os motivos que fundamentam a decisão; é preciso que se exponham as justificações constitucionais àquela decisão, de maneira substancial. Nessa linha, o direito ao contraditório deve ser entendido em sua dimensão substancial – é insuficiente pensar em mera paridade de armas no direito processual –, no qual se reflete ao “direito fundamental a uma decisão fundamentada”.²²

Nessa senda, a sentença precisa necessariamente ser construída em contraditório, por meio de participação substancial de todos os sujeitos do processo; nessa decisão se exige a comprovação da observância do contraditório, inclusive às situações colocadas de ofício pelo próprio juiz (conforme, por exemplo, o art. 10 do CPC²³), porquanto nada pode escapar da dialeticidade substancial que deve ocorrer nas relações processuais. As partes do processo devem ser fomentadoras ativas da fundamentação da decisão.

Nessa perspectiva, no que tange à correlação íntima entre o contraditório e o direito de decisão fundamentada, Alexandre Freitas Câmara ensina da seguinte forma:

Sempre vale recordar que um dos elementos formadores do princípio do contraditório é o direito de ver argumentos considerados (que a doutrina alemã chama de *Recht auf Berücksichtigung*). Pois só se poderá saber, no caso concreto, se os argumentos da parte foram levados em consideração na

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: editora Atlas S.A, 2015, p. 275.

²³ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

decisão judicial - e, portanto, se o contraditório substancial foi observado - pela leitura dos fundamentos da decisão. Daí a intrínseca ligação entre contraditório e fundamentação das decisões, por força da qual é possível afirmar que, sendo o processo um procedimento em contraditório, torna-se absolutamente essencial que toda decisão judicial seja substancialmente fundamentada.²⁴

Contudo, neste caso, como se observa o contraditório – e o seu corolário, princípio da vedação da decisão surpresa – sem a possibilidade de as partes do processo influenciarem na decisão que se converte uma ação de reintegração à uma indenizatória, uma vez que, de chofre, a decisão muda o objeto do processo?

Para se conferir a violação ou não desses princípios, tem-se que analisar como ocorre a conversão de uma reivindicatória, ou possessória, em indenizatória por intermédio da aplicação da desapropriação *pro labore*. A solução para a operacionalização do instituto se deu de maneira pretoriana²⁵, de modo a oportunizar as partes de se manifestarem, sem permitir o nascedouro de vícios insanáveis, que tornariam o processo nulo, podendo ser impugnado, a depender, de forma simples, através de ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*).

Assim, quando se verifica a impossibilidade fática de se cumprir a tutela específica pautada na ação original, mostra-se possível a conversão da possessória em indenizatória, de ofício, desde que se realize em decisão interlocutória anterior ao saneamento para que não se viole o princípio da estabilização do processo, em prestígio aos princípios da celeridade e da economia processual. Impende dizer que esses princípios só podem ser invocados como fundamentação para maior diligência no âmbito do processo, desde que não excomunguem o contraditório dele; pois, caso contrário, tornaria o processo em mero procedimento eivado de nulidade.

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op.Cit. p. 275.

²⁵ Exemplificativamente, pode-se conferir o modo de operacionalizar o instituto sem se afastar da concepção de que o processo é um procedimento em contraditório, nos seguintes precedentes: STJ - REsp: 1442440 AC 2014/0058286-4, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 07/12/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2018; STJ - REsp: 1442440 AC 2014/0058286-4, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 07/12/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2018; TJ-GO - (CPC): 00549677819918090100 NOVO GAMA, Relator: Des(a). FÁBIO CRISTÓVÃO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 19/11/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 19/11/2020; TJ-AM - AI: 40003953820208040000 AM 4000395-38.2020.8.04.0000, Relator: Wellington José de Araújo, Data de Julgamento: 16/11/2020, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/2020.

No que concerne ao contraditório e à ampla defesa, na referida decisão interlocutória, se requer a emenda a inicial a fim de constituir no polo passivo o Município e o Estado. Fazendo-se necessária também a redistribuição da ação para a vara da fazenda pública.

Dessa maneira, não se violará o contraditório e ampla defesa, em razão de se oportunizar aos entes políticos a contraditar a emenda a inicial, bem como a própria decisão interlocutória que converteu a possessória, ou reivindicatória, em indenizatória. Haverá, dessa forma, nova configuração da triangularização no processo indenizatório com origem na ação possessória.

Ademais, é de asseverar que a referida conversão não se configura em julgamento *extra petita*, pois, consoante a teoria da substanciação, se adstringe pela narração fática na exordial – que compõe a *causa petendi*; situação que possibilita ao juiz qualificar juridicamente os fatos de modo distinto tanto da fundamentação jurídica do autor, como do pedido dele.

Salienta-se, contudo, que apenas na impossibilidade de se prestar a tutela específica ditada na petição inicial, é que se tem como legítima a conversão de uma reintegração de posse, ou uma reivindicatória (em sentido próprio), em indenizatória; portanto, *a contrario sensu*, se poderá converter a possessória em indenizatória em contexto de possibilidade fática e jurídica do autor reaver o bem imóvel, desde que essa conversão seja suscitada no decorrer do processo, antes de sua estabilização.

No que concerne ao novo litisconsórcio passivo formado após a conversão da ação possessória em indenizatória, registra-se que a aplicação da desapropriação por posse-trabalho não se limita as situações em que o polo passivo da ação originária seja composta só por hipossuficientes. Dessarte, neste caso, os réus (possuidores) que se responsabilizarão pelo pagamento do justo preço aos antigos proprietários do imóvel.

Por isso, indaga-se: qual a razão da responsabilização – qual a legitimidade para a causa –, de maneira geral, dos Estados e Municípios na desapropriação *pro labore*?

Nada obstante a abrangência conferida no Código Civil ao instituto em comento, ressalta-se que o seu “fundamento sociológico” – a causa de sua criação – provém de um caso concreto vivido pelo advogado Miguel Reale, o qual presenciou a facilidade com que os mais ricos, após quarenta anos de intensos conflitos judiciais, se tornaram a parte vencedora do processo, devido à total impossibilidade dos mais pobres pagarem o preço exigido pela parte autora, restando para a parte vencida apenas a restituição do bem com as benfeitorias realizadas pelos vencidos.²⁶

Nesse sentido, considerando-se que, na maioria dos casos, o litisconsórcio passivo em ação originária é composto por hipossuficientes, impõe-se a inclusão do ente público no polo passivo (na ação posterior) da desapropriação por posse-trabalho, uma vez que há obrigação por parte do Estado e Município em tutelar o direito à moradia de maneira minimamente digna aos seus cidadãos (art. 6º da CF²⁷), do qual decorre de norma de eficácia plena. Nesse diapasão, verifica-se que é de responsabilidade comum entre o Estado e o Município, caso o imóvel seja urbano, pois a natureza do dever constitucional é comum, no que concerne aos programas de moradia (art. 23, IX, da CF²⁸).

Ante o exposto, observa-se que a incidência da desapropriação por posse-trabalho ao suporte fático se mostra integral, desde que se respeite os ditames do contraditório, da vedação a decisão surpresa e da estabilização do processo. Assim sendo, de fato, é possível a aplicação do instituto através de ação autônoma, que se insere na causa de pedir e no pedido em desapropriação judicial. De igual modo, o instituto pode ser invocado pelos réus por via defensiva no cotejo de uma ação de reintegração de posse, bastando-lhes a demonstração do preenchimento dos requisitos da desapropriação judicial à luz do art. 1.228, §§ 4º e 5º do CC. Além disso, a desapropriação poderá ocorrer mediante ato do juiz, de ofício; contudo, dever-se-á constatar a impossibilidade fática de concretizar a tutela específica requerida pela parte autora, por força do art. 499 do CPC; transformando-se,

²⁶ REALE, Miguel. Op. Cit. 1972, p. 18.

²⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (...).

desse modo, uma possessória/reivindicatória em indenizatória, desde que se triangularize o processo de uma nova maneira, permitindo que todas as partes possam se manifestar no cotejo do novo processo, principalmente os responsáveis em pagar o justo preço aos desapropriados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, podem-se tecer algumas considerações finais – porém sempre topicamente em aberto – acerca da desapropriação por posse-trabalho, no que tange, principalmente, às fundamentações legitimadoras de possíveis aplicações no plano fático, à dinâmica do instituto no direito material brasileiro e à sua operacionalização no âmbito do direito processual brasileiro.

Dessas categorias de considerações arrolam-se que:

a) há potencial tensão entre o exercício indevido sobre a propriedade e o direito de propriedade e não um conflito, no plano concreto, entre o direito de propriedade e a função social da propriedade, visto que o direito de propriedade é chamado como um verdadeiro direito, desde que a função social seja concretizada, porquanto a falta de funcionalização da propriedade implica em situação indevida (antijurídica), na qual se não permite denominar esse tipo de exercício sobre a propriedade – sem funcionalizá-la – como direito de propriedade;

b) não há inconstitucionalidade nas normas que determinam a desapropriação por posse-trabalho, porque o seu fundamento, de maneira geral, encontra-se estribado no próprio direito de propriedade, que é constituída pela função social – fundamento mediato da desapropriação por posse-trabalho;

c) a incidência da desapropriação por posse-trabalho no suporte fático se mostra integral, desde que se respeitem os ditames do contraditório, da vedação à decisão surpresa e da estabilização do processo;

d) é possível a aplicação do instituto através de ação autônoma, que se insere na causa de pedir e no pedido à desapropriação judicial;

e) o instituto pode ser invocado pelos réus por via defensiva no cotejo de uma ação de reintegração de posse, bastando-lhes a demonstração do preenchimento dos requisitos da desapropriação judicial expostos no art. 1.228, §§ 4º e 5º do CC;

f) a desapropriação poderá ocorrer mediante ato do juiz, de ofício; contudo, dever-se-á constatar a impossibilidade fática de concretizar a tutela específica requerida pela parte autora, por força do art. 499 do CPC; transformando-se, dessa maneira, uma possessória/reivindicatória em indenizatória, desde que se triangularize o processo de uma nova maneira, permitindo que todas as partes possam se manifestar no cotejo do novo processo, principalmente os responsáveis em pagar o justo preço aos desapropriados.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: editora Atlas S.A, 2015.

GOMES, Orlando. **Direito Reais**. 19ª ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JOSSERAND, Louis. *De L' Esprit des droit et de leur relativité: Théorie dite de L' Abus des Droits*. *Deuxième édition*. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Direito Agrário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 33.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Nota de Aula de Direitos das Coisas, nº 3**. Atualizado para o semestre de 2023.2.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 5. Ed, São Paulo: LTr, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Proteção judicial da posse**. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Privado, vol. 7/2001, Jul – Set 2001, p. 104 – 127.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY; Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 20ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 2022.

NETO, Eugênio Facchini. **Code civil francês: gênese e difusão de um modelo**. Revista de Informação Legislativa, Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013, pp. 59 – 88.

REALE, Miguel. Anteprojeto do Código Civil, 1972.

REALE, Miguel. **Conferência do Magnífico Reitor Miguel Reale, da Universidade de São Paulo, sobre o Anteprojeto do Novo Código Civil (reconstituídas segundo notas taquigráficas)**, no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, em 8 de junho de 1972. Revista de informação legislativa, v. 9, n. 35, p. 3-24, jul./set. 1972. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180616>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. REsp: 1442440 AC 2014/0058286-4. **Superior Tribunal de Justiça**. Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 07/12/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2018.

AMAZONAS. AI: 40003953820208040000 AM 4000395-38.2020.8.04.0000. **Tribunal de Justiça de Amazonas**. Relator: Wellington José de Araújo, Data de Julgamento: 16/11/2020, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/2020.

GOIÁS. (CPC): 00549677819918090100 NOVO GAMA. **Tribunal de Justiça de Amazonas**. Relator: Des(a). FÁBIO CRISTÓVÃO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 19/11/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 19/11/2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: **direitos reais**. 13. Ed. São Paulo: Atlas (coleção direito civil; v.5), 2013, p. 159.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/6723>>.

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Thaís Coelho Leal¹
Juvêncio Vasconcelos Viana²

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Cláusulas gerais executivas no Código de Processo Civil de 2015; 3 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca das medidas executivas atípicas; 4 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a (in)constitucionalidade das medidas executivas atípicas na ADI n.º 5.941/DF; 5 Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro foi substancialmente influenciado pelo processo civil clássico, no qual a tipicidade foi amplamente utilizada como forma de impedir decisões arbitrárias por parte do Estado-juiz e, também, como forma de propiciar segurança jurídica aos jurisdicionados, que tinha a ciência, previamente, de quais formas os seus patrimônios e suas liberdades poderiam ser limitadas pelo órgão jurisdicional.

Ocorre que, com as diversas mudanças sociais, foi exigida certa dinamicidade do processo civil, de modo que os magistrados pudessem ter mais discricionariedade na aplicação das decisões nos casos concretos, tendo em vista que diversas violações a decisões judiciais, justamente pela previsibilidade, estariam ocorrendo, e, com

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Pós-graduada em Direito Público pela PUCRS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2224471085239678> Orcid: E-mail:

² Advogado, Procurador do Estado do Ceará, Professor Titular da Universidade Federal do Ceará - UFC. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2656349355458379> Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-7782-2731> E-mail: jувenciовiana6883@hotmail.com.

isso, estaria sendo fomentado um imaginário de descrença no Poder Judiciário por parte dos jurisdicionados. Nesse ponto, cumpre destacar que essa descrença é extremamente danosa, visto que promove questionamentos acerca da integridade de uma instituição que possui como um dos seus principais objetivos a pacificação de conflitos sociais de forma definitiva.

Com o objetivo de atenuar essa problemática, o legislador pátrio, ao inserir cláusulas gerais executivas, cujo texto normativo é composto por termos vagos e o efeito jurídico é impreciso, na ordem jurisdicional brasileira, buscou dar maior autonomia para o magistrado no caso concreto e, assim, privilegiar a conclusão do dissídio instaurado que demandou a tutela jurisdicional. Ainda, também é possível destacar que a função das cláusulas gerais é municiar o juiz para que este atue em situações que não foram previstas pelo legislador, mas que devem ser observadas, decididas e satisfeitas no plano concreto.

Entretanto, a possibilidade de aplicação dessas medidas executivas, principalmente no que tange aos critérios que devem ser observados pelos magistrados e as balizas que não devem ser transpassadas, fez que o tema ganhasse ampla notoriedade, de modo que diversos juristas buscaram auxiliar na interpretação dessas cláusulas, além de que, por meio de recursos e ações, a temática foi analisada pelos tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

Com isso, objetiva-se analisar a aplicação das medidas executivas atípicas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como compreender quais os critérios que devem ser observados pelos magistrados, além de quais medidas podem ser requeridas pelos jurisdicionados na aplicação dessas medidas nos casos concretos.

O presente trabalho desenvolve um percurso que apresenta inicialmente uma análise das cláusulas gerais executivas no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Após, aborda o entendimento do STJ acerca das medidas executivas atípicas. Posteriormente, analisa o posicionamento do STF sobre a constitucionalidade das medidas executivas atípicas no bojo da ADI n.º 5.941/DF. Por fim, analisa-se os critérios e possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas nos casos concretos, bem como os limites e princípios que devem ser observados pelo magistrado na aplicação de tais medidas.

A metodologia utilizada de pesquisa é do tipo bibliográfica, no qual se analisa livros, dissertações, monografias, teses, jurisprudências, artigos jurídicos, documentos e legislação. Além disso, a abordagem da pesquisa é de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

2. CLÁUSULAS GERAIS EXECUTIVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

As medidas executivas atípicas, que podem ser compreendidas como cláusulas gerais de efetivação cujo o texto normativo é composto por termos vagos e o efeito jurídico é indeterminado (DIDIER JR. et al, 2017), foram amplamente inseridas no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), a exemplo dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º.

O legislador, ao incluir na redação desses dispositivos termos como “todas as medidas”, “determinar as medidas que considerar adequadas” e “entre outras medidas”, possibilitou que o magistrado tivesse, no caso concreto, mais autonomia, visto que possui a faculdade de empregar os meios necessários para assegurar efetivamente o cumprimento da decisão judicial proferida.

Contudo, é imprescindível discorrer acerca do contexto em que as cláusulas gerais executivas foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, pois, ainda que o debate acerca das medidas executivas atípicas tenha ganhado ampla notoriedade com a vigência do CPC/15, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) já possuía dispositivos em sentido similar, ainda que tenham sido introduzidos por meio de reformas posteriores, a exemplo do art. 461, §5º, do CPC/73, que dispunha que o magistrado poderia determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica³.

O Código de Processo Civil de 1973, que teve substancial influência do processo civil clássico, foi amplamente compreendido a partir da distinção de

³ Outro exemplo seria o art. 798 do CPC/73, que fundamenta o poder cautelar geral do magistrado ao dispor que, além dos procedimentos cautelares específicos, o juiz poderia determinar as medidas provisórias que julgasse adequadas, quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grande e de difícil reparação. O art. 799 do CPC/73 também disciplina sobre, de modo a orientar como seria aplicado esse poder geral de cautela. Dessa forma, infere-se que a problemática não é nova ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido tratada por dispositivos do Código anterior.

fases processuais, de tal forma que as partes litigantes buscavam, em cada fase, a obtenção de uma determinada satisfação, ou seja, a proclamação do direito e, posteriormente, a efetivação do direito declarado no plano fático.

Essa concepção de processo, qual seja, a de não observar o processo a partir um todo amplo, uno e indivisível, propiciou diversas inefetividades no âmbito jurisdicional, na medida em que se declarava o direito judicialmente e não se garantia a efetividade da execução, o que pode ser compreendido a partir do dito popular “ganha, mas não leva”.

Nesse sentido, o aumento de processos em que não se garantia uma tutela executiva efetiva, juntamente com outros problemas que assolam o Poder Judiciário, como o número exorbitante de processos, poucos recursos humanos e etc., favoreceu a disseminação, no imaginário popular, do sentimento de descrença temerário - e árduo de ser revertido - no Poder Judiciário, instituição precípua ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, a tipicidade que prevalecia no CPC/73 (antes das reformas que incluíram determinados dispositivos com conceitos amplos ao Código, principalmente nos anos 90), que adveio dos valores do Estado liberal clássico, foi, em consonância com Marinoni (2018, p. 35), caracterizado por uma rígida limitação dos poderes de intervenção na esfera jurídica privada dos indivíduos, de modo que o Estado-juiz deveria apenas cumprir o que estava expressamente disposto na lei, privilegiando, assim, a segurança psicológica e a liberdade política do indivíduo.

Assim, nesse contexto de tipicidade estrita, o poder de *imperium* do magistrado, que consistia em dar força executiva às decisões judiciais prolatadas, foi substancialmente afetado sob o fundamento de garantir a segurança pública (MARIONI, 2018, p. 36-37). Ocorre que esse mecanismo gerou uma previsibilidade para as partes executadas acerca de como a sua esfera jurídica poderia ser afetada pela decisão judicial, de modo que subterfúgios a essas medidas começaram a ser amplamente utilizadas pelas partes executadas (STEINBERG, 2020, p. 96), o que propiciou um aumento substancial de decisões judiciais inefcazes.

Para além disso, preceitua Marcelo Guerra (2013, p. 66) acerca da tarefa impossível de o legislador prever todas as particularidades dos direitos mercedores de tutela executiva, ou seja, aqueles direitos consagrados em títulos executivos e, ainda, preordenar meios executivos diferenciados, considerando todas essas especificidades.

Com isso, o acesso à justiça - que deve ser compreendido conforme Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1998, p. 12) a partir de acesso efetivo ao poder judiciário, tendo incluída a atividade satisfativa - foi amplamente mitigado ao exequente, ao passo que favoreceu atitudes evasivas e perfídias por parte de alguns executados⁴.

Dessa forma, diante da análise da dificuldade em empregar meios executivos que fossem efetivos, houve a necessidade de reconsiderar a utilização, pelo magistrado, de medidas executivas atípicas que privilegiassem o cumprimento da decisão judicial e, por conseguinte, promovessem a tutela jurisdicional efetiva. Nesse sentido, surge o CPC/15, que deve ser analisado a partir de uma teoria dos direitos fundamentais na qual o magistrado possui maior autonomia para que suas decisões sejam cumpridas e no qual o princípio da tipicidade, amplamente adotado anteriormente, foi flexibilizado em virtude da possibilidade de utilização de medidas atípicas.

Nesse sentido, Luiz Fux (2016) explicita que era necessário que novos mecanismos fossem inseridos no ordenamento para que os executados cumprissem efetivamente as decisões prolatadas em juízo. Tais mecanismos seriam utilizados no caso de desrespeito às decisões judiciais de forma a autorizar a imposição de medidas indutivas e coercitivas por parte dos magistrados.

Esses mecanismos foram expressados por meio das cláusulas gerais executivas, que permitem, por exemplo, a utilização de medidas em face do executado de apreensão de carteira nacional de habilitação (CNH), suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público, proibição de participação em licitação pública, bloqueio de cartão de crédito e outros.

⁴ Importante frisar que o acesso à justiça deve propiciar meios reais para que a entrega da prestação jurisdicional ocorra de forma célere e efetiva, de modo que a execução deve ser compreendida como um dos principais meios de aferir um acesso à justiça efetivo e pleno para o jurisdicionado.

Importante esclarecer que prevalece, contemporaneamente, o entendimento de que o órgão jurisdicional deve se ater, em regra, aos bens patrimoniais do executado, em respeito ao princípio da responsabilidade patrimonial, conforme disciplina o art. 789 do CPC/15 e o art. 391 do Código Civil de 2002 (CC/02), de modo que as medidas executivas atípicas são formas de induzir que o executado apresente esses bens patrimoniais em juízo, mas elas não substituem o dever patrimonial imposto ao devedor.

Para além disso, salutar pontuar que a fase de execução é compreendida como um gargalo na atividade jurisdicional brasileira. A partir da análise do Relatório Justiça em Números 2023, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é possível extrair que o Poder Judiciário, no final do ano de 2022, contava com um acervo de 81 milhões de processos pendentes de baixa, sendo que mais da metade desses processos, cerca de 52,3%, se referiam à fase de execução (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023, p. 143).

Nesse sentido, as cláusulas gerais executivas foram incluídas no ordenamento como forma de atenuar essa problemática da inefetividade da execução e da mitigação de garantir o cumprimento de direitos fundamentais, posto que o acesso à justiça deve compreender a atividade satisfativa e que a tutela jurisdicional efetiva é concebida como um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, faz-se necessária a discussão acerca da eficácia e dos impactos da inserção das medidas executivas atípicas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como entender o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da utilização dessas medidas, visto ser de suma importância a compreensão acerca dos direitos fundamentais em ponderação e a análise de decisões judiciais para a criação de orientações e balizas que prestigiem - e limitem - os direitos fundamentais dos indivíduos.

3. O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

A análise de decisões judiciais para a criação de orientações e balizas para o ordenamento jurídico é fundamental, posto que favorece a segurança jurídica

e a previsibilidade dos jurisdicionados acerca de quais liberdades e bens, no que tange a aplicação de medidas executivas atípicas, podem ser atingidos no caso concreto. Além disso, a mitigação de direitos fundamentais também demonstra a necessidade de análise das decisões judiciais que tratam sobre o tema.

Sob o pretexto de um acesso à justiça que inclua a atividade satisfativa e o direito à duração razoável do processo que também inclui a atividade satisfativa, conforme disposto no art. 4º do CPC/15, não é possível que todas as medidas, de forma indiscriminada e sob uma perspectiva de subjetividade de difícil previsão, sejam utilizadas pelo órgão jurisdicional para que os direitos dos exequentes sejam efetivados.

Nesse sentido, é necessária uma análise de proporcionalidade, na tripla acepção de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que não desprestige excessivamente um direito fundamental em privilégio de outro. A exemplo disso, cumpre destacar que o direito constitucional de ir e vir do indivíduo, no caso da medida executiva atípica de apreensão de carteira nacional de habilitação (CNH) ou passaporte, deve ser analisado em um contexto de não onerosidade excessiva e de real influência na solução do caso.

Nesse sentido, diante da constante aplicação de medidas executivas atípicas nos processos judiciais pelos órgãos jurisdicionais, era natural que a validade, bem como a possibilidade de aplicação, de tais medidas fosse questionada por meio de recursos e ações que objetivavam a aplicação ou a invalidação destas. Dessa forma, a atuação do Superior Tribunal de Justiça acerca das medidas executivas atípicas foi provocada e diversas decisões foram proferidas acerca do tema, gerando uma maior compreensão acerca das possibilidades e limitações para a utilização dessas medidas para os jurisdicionados e magistrados.

A exemplo de entendimento do tribunal, é possível citar que, nos casos em que as medidas atípicas versavam sobre a suspensão da CNH, em diversas oportunidades, prevaleceu o entendimento da corte de que a referida medida não ocasiona ofensa ao direito de ir e vir, para todo e qualquer lugar, do indivíduo, desde que este não o faça como condutor de um veículo. Esse entendimento adveio do argumento de que, se tal medida ferisse o direito de ir e vir, todos os

indivíduos que não possuem habilitação para dirigir estariam limitados a exercer o seu direito de ir e vir, o que evidentemente não é razoável.

No que se refere a apreensão do passaporte do executado, vem sendo entendido que tal medida pode ser aplicada no caso concreto, desde que seja tomada observando o contraditório substancial do executado e, também, que tal medida tenha como base uma decisão fundamentada acerca da aplicação da medida, ou seja, que especifique a razão de ser da medida de apreensão do passaporte do executado.

Em outra ocasião, entendeu a corte que, na aplicação das medidas atípicas, o magistrado deve observar o contraditório prévio e motivar adequadamente a incidência da medida, pois, caso contrário, o ato processual poderia ter a validade maculada. Entretanto, no recurso ordinário em *habeas corpus* n.º 99.606/SP (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018), a Ministra Relatora Nancy Andrighi, apesar de reconhecer que o juiz de primeiro grau havia aplicado as medidas atípicas sem observar esses quesitos (contraditório prévio e motivação adequada), explanou que o art. 805, parágrafo único, do CPC/15, ao dispor sobre o benefício que possui o executado de indicar a medida menos onerosa ou outros meios mais eficientes, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados, não foi observado pelo paciente, resultando na negação do recurso para manter a aplicação da medida atípica de suspensão de CNH e de condicionar o direito de sair do país ao oferecimento de garantia ao pagamento de dívida executada.

Depreende-se, da análise do caso supracitado, que a corte busca, além de criar balizas acerca da aplicação das medidas atípicas, reprimir situações benéficas ao executado que não demonstra proatividade na resolução do litígio. Entretanto, cabe pontuar que, ao convalidar um ato eivado de falta de fundamentação, padeceu em erro a corte, visto que o ato de fundamentar a decisão, previsto nos arts. 93, IX e 5º, LV, da Constituição Federal, é tarefa que deve ser seguida pelo magistrado, pois somente dessa forma o jurisdicionado poderá exercer efetivamente o direito de se defender. Nesse sentido, destaca-se como impertinente o ato de justificar erros com base em supostos outros erros ou ausências, principalmente em casos que existe um subjetivismo que necessita ser regrado com maior cautela.

Ademais, salutar destacar o *leading case* consagrado no REsp n.º 1.782.418/RJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019), também sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, posto que delineou importantes diretrizes a serem observadas para a aplicação das medidas executivas atípicas. Nesse caso, foram estabelecidos alguns requisitos necessários para a aplicação das medidas atípicas pelos órgãos jurisdicionais, de modo que a sua utilização: i) deve ser subsidiária aos meios típicos de execução; ii) deve proceder em consonância com o postulado da proporcionalidade (na sua tripla acepção de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); iii) deve observar o contraditório substancial; iv) a decisão deve ser devidamente fundamentada às especificidades do caso concreto; v) não deve ter ocorrido indicação de bens à penhora e; vi) deve haver indícios de ocultação patrimonial.

Importante destacar o critério da necessidade de haver indícios de ocultação patrimonial e/ou má-fé da parte executada, posto que as medidas executivas atípicas não devem ser utilizadas com o fito de sancionar o devedor que não possui meios ou patrimônio para quitar a dívida. Esse foi, inclusive, o entendimento da corte no REsp n.º 1.788.950/MT (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019), pois, de acordo com o contexto fático exposto no caso concreto, foi observado que todos os meios típicos de satisfação do crédito haviam sido aplicados e não foram eficazes, de modo que apenas foi demonstrado que o executado, de fato, não possuía bens para saldar a dívida.

Nesse caso, a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que foi confirmada posteriormente pelo STJ, foi no sentido de que as medidas atípicas não poderiam ser aplicadas como forma de punição pela insuficiência patrimonial do devedor, fugindo do seu escopo principal, qual seja o de coagir, induzir e “incomodar” o indivíduo que possui bens e os oculta do patrimônio a quitar o débito, pois incômodo que não se pode resolver transfigura-se em punição. Assim, entende-se pela impossibilidade de as medidas executivas atípicas serem utilizadas como forma de punição processual.

Outrossim, outro caso interessante é o da possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas em face de terceiros que deveriam agir de boa-fé e

cooperar com o processo judicial. Esse foi o entendimento que adveio da Rcl n.º 37.521/SP (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020), no qual os familiares de um suposto genitor pré-morto e que deveriam fornecer o material biológico não colaboraram com a resolução da ação judicial de reconhecimento de paternidade. Com isso, depreende-se que as medidas atípicas, com fundamento no art. 139, IV, do CPC/15, também podem ser utilizadas em obrigações diversas da pecuniária e, também, que podem ser utilizadas em face de terceiros legitimados para a prática de determinados e específicos atos processuais.

Com isso, o STJ, ao definir limites da utilização das medidas executivas atípicas, firmou importante julgado no sentido de que não haveria restrição quanto à sua incidência a uma determinada natureza obrigacional, ou seja, seria possível a sua aplicação a diversas modalidades procedimentais da tutela civil executiva (BATISTA, 2021, p. 16). Nesse sentido, é possível citar diversos casos em que houve a aplicação das medidas atípicas, como na execução de título extrajudicial de débitos locatícios, no cumprimento de sentença proferida em ação civil pública na reparação de danos ambientais, na insolvência civil de quantia certa, na execução de alimentos, nas ações de improbidade administrativa, nas obrigações de fazer ou não fazer, e etc.

Entretanto, de acordo com a decisão proferida no bojo do HC 453.870/PR (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019), a utilização de medidas executivas atípicas não se estende às execuções fiscais. Esse importante julgado fixou o entendimento de que a apreensão de passaporte em execução fiscal é desproporcional e inadequada à busca da satisfação do crédito da Fazenda Pública, tendo em vista que o Estado possui variados privilégios processuais, como varas especializadas, diversos procuradores altamente capacitados voltados a essas causas, além de possuir lei própria acerca do procedimento com privilégios processuais irredarguíveis.

No entanto, cumpre pontuar que, atualmente, a maioria dos processos de execução pendentes de baixa que assolam o judiciário são execuções fiscais, pois representam 64% do estoque dos processos em execução e, também, são os maiores responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário,

representando cerca de 34% do total de casos pendentes em 2022, conforme dados do Justiça em Números 2023 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023, p. 150). Essa decisão, ao passo que resguarda o direito do executado nas relações com o Fisco, não contribui com a atenuação do gargalo do processo civil brasileiro, qual seja, a execução⁵.

Outrossim, no que tange acerca do tempo em que essas medidas atípicas podem perdurar, o STJ entendeu que as medidas atípicas devem ser utilizadas pelo tempo que se mostrarem efetivas para compelir o devedor a cumprir com a obrigação que lhe foi imposta.

Em suma, é possível analisar que a utilização de medidas atípicas aumentou de forma substancial com a legitimação de atipicidade dada pelo legislador do CPC/15, e, também, que tais medidas vêm sendo constantemente aplicadas e reanalisadas pelos órgãos do Poder Judiciário, de modo que a compreensão do caso concreto, juntamente com a aplicação de uma filtragem constitucional, é fundamental para se estabelecer postulados e preservar os direitos fundamentais das partes envolvidas no litígio.

Assim, diante da reiterada interposição de recursos ordinários, recursos especiais e agravos em recursos especiais ao STJ, os quais veiculavam discussão acerca da possibilidade ou não de utilização das medidas atípicas pelo magistrado e, também, por ter sido tal questão objeto de julgamento no âmbito da Corte Superior diversas vezes, foi instaurado o Tema Repetitivo n.º 1.137, ainda pendente de julgamento, e que possui como delimitação da controvérsia: “Definir se, com esteio no art. 139, IV, do CPC/15, é possível, ou não, o magistrado, observando-se a devida fundamentação, o contraditório e a proporcionalidade da medida, adotar, de modo subsidiário, meios executivos atípicos”.

⁵ A não aplicabilidade das medidas executivas atípicas nas execuções fiscais sob a alegação de que o Estado possui diversas prerrogativas merece ponderação, posto que o art. 139, IV, do CPC/15 dispõe sobre a possibilidade de aplicação, inclusive, em execuções por quantia. Além disso, o credor da execução fiscal também encontra dificuldades ao não localizar o devedor, não achar bens, além de enfrentar problemas relacionados à fraude à execução. Dessa forma, entende-se que não há impedimento para a aplicação de medidas atípicas nas execuções fiscais, desde sejam observados os parâmetros constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, e etc.

4. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NA ADI N.º 5.941/DF

Diante da controvérsia instaurada acerca da constitucionalidade da aplicação de determinadas medidas executivas atípicas por parte do magistrado, foi ajuizada, em maio de 2018, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.941/DF no STF pelo Partido dos Trabalhadores (PT). Nessa ação, foi questionada a possibilidade de o juiz, com fundamento em cláusulas gerais executivas do CPC/15, determinar a suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concursos públicos ou licitações públicas dos devedores. No entendimento do partido político, tais medidas seriam inconstitucionais por ferirem os direitos fundamentais do executado de forma excessiva, sendo, portanto, incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

Como fundamentação para tal entendimento, foi suscitado que, sob o argumento de busca por efetividade, não se poderia admitir o sacrifício de direitos fundamentais e, também, que não se poderia admitir que fosse concedido respaldo constitucional a interpretação que resultasse em clara ofensa aos direitos fundamentais do devedor.

Assim, o partido político requereu que fosse julgado procedente o pedido para que a Suprema Corte declarasse a inconstitucionalidade sem redução de texto dos artigos 139, IV, 297, 390, parágrafo único, 400, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, caput e § 1º, e 773 do CPC/15, afastando do ordenamento jurídico a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas de apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitações públicas.

Diante da compreensão de que se tratava de uma matéria revestida de grande relevância, o Ministro Relator da ADI, Luiz Fux, prolatou decisão notificando o Chefe do Poder Executivo, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal para prestarem informações e, também, deu vista à Advocacia-Geral da União (AGU) e à Procuradoria-Geral da República (PGR) para que se manifestassem acerca do tema.

Nesse sentido, ao se manifestarem, o Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e a AGU sustentaram, sob argumentos revestidos de primazia constitucional, a regularidade e constitucionalidade dos dispositivos.

Entretanto, em sentido oposto se manifestou a PGR, ao alegar que a discricionariedade do juiz de aplicar soluções individuais para o cumprimento de obrigações não incluiria a utilização de medidas que limitasse as liberdades individuais, como a apreensão de CNH, passaporte, bem como proibição de participação em concurso ou licitação. Ainda, foi explicitado que, em um Estado Democrático de Direito, apenas a legislação poderia autorizar a restrição de direitos não-patrimoniais para o cumprimento de prestações pecuniárias, devendo ser respeitados os direitos fundamentais, e, dessa forma, destacou que o magistrado não era incumbido de tal função. Ao final, a PGR pugnou pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para afastar a utilização de medidas explicitadas na exordial pelo Partido dos Trabalhadores.

Ademais, em razão da relevância social acerca do tema, a Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) requereu a intervenção no feito como *amicus curiae*, tendo sido admitido pelo Ministro Relator. Nesse sentido, a Associação apresentou manifestação técnica requerendo a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto do art. 139, IV, do CPC/15, pois tal dispositivo iria contra o disposto no art. 5º, II, XXXIX e LIV da CRFB/88, que versam sobre os princípios da legalidade, princípio da anterioridade e do devido processo legal, além de que seria totalmente impossível a demonstração da adequação e da necessidade das aplicações das medidas atípicas nas obrigações pecuniárias, mesmo no caso concreto.

No entanto, em sentido diverso se manifestou o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) que apresentou memoriais alegando que as medidas atípicas seriam constitucionais se fosse preservado o núcleo essencial do direito fundamental do devedor; se houvesse conflito com outro direito fundamental a autorizar tal restrição (nesse caso, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, bem como o direito à razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88); e se houvesse a aferição das medidas atípicas utilizadas

no caso concreto à luz da proporcionalidade e razoabilidade, como uma “reserva de ponderação no caso concreto”.

Após extenso debate, em fevereiro de 2023, ocorreu o julgamento da ADI 5.941/DF, que, nos termos do voto do relator, foi conhecida e julgada improcedente, concluindo que as medidas executivas atípicas previstas no CPC/15, que visam à efetivação dos julgados, são constitucionais, desde que sejam respeitados os arts. 1º, 8º e 805 do CPC/15.

No julgamento da ação, o Ministro Luiz Fux explicitou não ter observado que os dispositivos, em razão de serem semanticamente indeterminados, poderiam resultar em uma substancial subjetivação da tutela jurisdicional capaz de ampliar de forma excessiva a discricionariedade judicial e limitar a liberdade e autonomia do executado, violando os direitos e garantias fundamentais deste.

Ademais, o Ministro Relator dispôs que existem um conjunto de normas fundamentais e institutos jurídicos positivados no CPC/15 que possuem a função de orientar a atividade jurisdicional, como os arts. 1º, 8º e 805, que explicitam a necessidade de uma filtragem constitucional de respeito aos princípios e uma menor onerosidade para o executado. Nesse sentido, na aplicação das medidas executivas atípicas, para o Ministro, deve ser realizada uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico-constitucional, que deve considerar i) o especial ônus argumentativo do julgador (motivação); ii) o respeito ao devido processo legal, o contraditório e à ampla defesa (que pode ser diferido); e iii) a apreciação da proporcionalidade da medida no caso concreto.

Dessa forma, acolher o pleito de inconstitucionalidade, mesmo que sem redução de texto, seria equivalente a desconsiderar a existência desse conjunto de normas e institutos que orientam o ordenamento, de modo que a declaração de inconstitucionalidade seria tida como uma limitação, *ex ante*, da discricionariedade do órgão julgador, justificada pela proteção absoluta da liberdade do devedor, independentemente dos demais valores jurídicos do caso concreto.

Outrossim, em relação às dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário para a efetivação e implementação das decisões prolatadas, foi destacada a quantidade avassaladora de processos em tramitação, a quantidade de processos complexos e,

ainda, a expectativa dos jurisdicionados, pois, para além dos interesses contrapostos em uma lide processual, existe o interesse na solução e efetivação da decisão pelo órgão julgador, tendo em vista que, nas palavras do Ministro, “a lide de pretensão insatisfeita é doença ainda mais grave do que a lide de pretensão resistida”.

Em relação à indeterminação trazida pelos dispositivos, explicitou o Ministro que a amplitude semântica das cláusulas gerais permite que o magistrado tenha maior autonomia na resolução da lide, sendo possível, com isso, atenuar eventuais ineficiências no processo. Entretanto, a utilização dessas cláusulas gerais não isenta o juiz do dever de motivar e de observar as demais normas e institutos do ordenamento jurídico, a exemplo do princípio da proporcionalidade - em sua tripla acepção de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

As cláusulas gerais de efetivação, segundo o relator, não podem ser compreendidas como uma “carta-branca” dada ao juiz para que submeta o devedor a toda e qualquer medida executiva. Essa limitação é, inclusive, o papel exercido pela motivação da decisão judicial.

No caso concreto, faz-se imperioso que o magistrado concretize o princípio da menor onerosidade da execução, de modo a afastar a utilização de medidas mais gravosas ao executado. Inclusive, o Ministro explicita que a medida atípica, caso seja adequada e suficiente para concretizar o cumprimento do provimento, pode ser utilizada prioritariamente caso a medida típica seja mais gravosa.

Entretanto, cumpre salientar que discricionariedade judicial não deve ser confundida com arbitrariedade, pois, caso ocorram abusos, estes podem e devem ser coibidos por meio de recursos, ações e etc. Além disso, não devem ser aplicadas medidas de caráter sancionatório não previstas especificamente em lei, sendo dever do magistrado afastar preceitos sancionatórios travestidos de coercitivos.

No julgamento da ADI, o Ministro Edson Fachin, sob o argumento de que o devedor não poderia ser sancionado com medidas restritivas de suas liberdades ou direitos fundamentais, em razão da não quitação de suas dívidas, exceto no caso da dívida de alimentos, entendeu pela declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 139, IV, do CPC/15. Nesse sentido, dispôs acerca da importância de se ter cuidado com a interpretação deste artigo, pois poderia

haver o risco de se entender que em todos os tipos de obrigações, inclusive nas pecuniárias, o juiz poderia desprestigiar a utilização das medidas típicas, o que geraria uma desconfiguração do sistema elaborado pelo legislador para as ações de natureza condenatória. No entanto, o entendimento do Ministro Edson Fachin não foi corroborado pelos demais Ministros da corte.

Nesse sentido, faz-se necessária uma análise crítica acerca da decisão prolatada no bojo da ADI n.º 5.941/DF, posto que diversas balizas foram definidas para a utilização das medidas atípicas executórias no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, cumpre destacar que o legislador, ao inserir as cláusulas gerais na ordem jurídica, depositou no Poder Judiciário o dever de estabelecer critérios para a sua utilização, de modo a garantir maior segurança jurídica para os jurisdicionados.

No que tange aos critérios estabelecidos na decisão, pode-se citar a importância do ônus argumentativo para o magistrado que utilizar a medida atípica; a necessidade de observância do devido processo legal, do contraditório (prévio ou diferido), e da ampla defesa; a não utilização da medida atípica como forma de penalidade processual para o devedor que não possui patrimônio; e que a medida esteja em consonância com o preceito da proporcionalidade.

Além disso, na percepção da Corte Constitucional, não é obrigatória a utilização exauriente de todas as medidas típicas para que, então, sejam utilizadas as medidas atípicas, bastando que a medida atípica seja adequada e suficiente para concretizar o cumprimento da decisão e/ou que a medida atípica seja menos gravosa que a típica.

Em suma, compreende-se que o julgador, ao realizar uma interpretação das cláusulas gerais executivas conforme à Constituição Federal, de modo a prestigiar os princípios do devido processo legal, contraditório, proporcionalidade e eficiência, aplicaria de forma adequada as medidas executivas atípicas no caso concreto. Porém, é resguardado o direito de a parte insurgir-se da decisão utilizando os meios processuais adequados.

Ademais, ainda que os dispositivos tenham sido analisados de forma abstrata (em consonância como os trâmites de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade), é possível perceber semelhanças com os critérios estabelecidos

pelo STJ anteriormente ao julgamento da ação, qual seja o critério da necessidade de motivação judicial, da proporcionalidade, da medida atípica não ser utilizada como penalidade processual, da observância do contraditório substancial e etc.

No entanto, diverge o entendimento acerca da aplicação da medida atípica apenas subsidiariamente aos meios típicos de execução, posto que, se menos onerosas ao devedor, as medidas atípicas devem ser utilizadas prioritariamente às medidas típicas. Ademais, outras questões ficaram pendentes acerca da possibilidade ou não de aplicação das medidas atípicas, a exemplo da inaplicação dessas medidas nas execuções fiscais, visto que o STJ possui precedente afirmando sobre a inaplicabilidade e o STF não se manifestou sobre no bojo da ADI.

Dessa forma, ainda que tenha sido uma decisão que estabeleceu importantes parâmetros de aplicação e balizas a serem observadas pelos magistrado no caso concreto, a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas em outras situações não foi observada, de modo que pairam incertezas acerca da possibilidade de aplicação em determinados casos, a exemplo das execuções fiscais, que possuem a maior taxa de congestionamento dos processos em fase de execução de acordo com o Relatório Justiça em Números 2023 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise desenvolvida, é possível compreender que as cláusulas gerais foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro a fim de municiar o magistrado no caso concreto, ante a possibilidade de renitência do executado em cumprir com decisões judiciais. A inclusão dessas cláusulas gerais, ainda que observadas sob o viés do cumprimento da determinação judicial e do prestígio ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, favoreceu o estabelecimento de incertezas e inquietações, ante o subjetivismo e a arbitrariedades que poderiam ser cometidas no processo.

Nesse sentido, surgiu a necessidade de definir possibilidades de aplicação e estabelecer limites à aplicação das medidas executivas atípicas, que encontram respaldo legal em cláusulas gerais do CPC/15. A doutrina, exercendo o importante

papel de intérprete e orientador acerca da aplicação da lei, estabeleceu diversos critérios que, posteriormente, foram confirmados pela jurisprudência.

Dessa forma, com a aplicação das medidas executivas atípicas por parte dos órgãos julgadores, diversos jurisdicionados insatisfeitos com as decisões buscaram a reforma destas sob o argumento de limitação desproporcional ao direito do executado. A exemplo das medidas utilizadas pelos magistrados com o fito de estimular o executado a cumprir a decisão judicial prolatada, é possível citar a apreensão de carteira nacional de habilitação, suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, bloqueio de cartão de crédito e outros.

Cumprir destacar que tão importante quanto a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas no ordenamento jurídico brasileiro é a delimitação da aplicação dessas medidas, tendo em vista que a margem de discricionariedade do órgão julgador não pode desprestigiar a segurança jurídica e nem interferir de forma excessiva e desproporcional na esfera jurídica do executado, que também faz jus a direitos fundamentais que não podem ser violados a qualquer custo sob o fundamento do direito fundamental à tutela executiva efetiva do credor.

Esses critérios, que devem ser estabelecidos em conjunto pela doutrina e pela jurisprudência, devem ter como objetivo proteger, para além do poder geral de efetivação conferido ao órgão jurisdicional e da efetividade da tutela executiva para o credor, os direitos fundamentais do executado. Nesse sentido, devem ser observados no caso concreto, os princípios do devido processo legal, do contraditório substancial, da ampla defesa, da menor onerosidade ao executado.

Em relação especificamente às delimitações dispostas pelo STJ, é possível destacar a necessidade de motivação da decisão judicial, bem como da não utilização da medida executiva atípicas como forma de penalidade processual ao executado que não possui meios de cumprir com a decisão judicial (pois, no caso da insuficiência patrimonial, o incômodo que deveria ser causado pela medida transfigura-se em punição), mas que estas devem ser aplicadas em face dos executados que dão indícios de ocultação patrimonial e, também, que não contribuem com a execução. Além disso, foi suscitado pelo STJ que as medidas executivas atípicas devem ser aplicadas de forma subsidiária às formas típicas, o que não foi corroborado pelo

STF, que suscitou que, se a medida atípica for menos onerosa, esta deve ser aplicada prioritariamente à medida típica.

No entanto, salutar pontuar que, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o STF estabeleceu e corroborou com diversos critérios que haviam sido estabelecidos pelo STJ, além de frisar a necessidade de uma filtragem constitucional dos dispositivos, posto que as balizas que devem orientar na aplicação dessas medidas estão delimitadas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que tenham sido feitas importantes ponderações e delimitações acerca da utilização dessas medidas atípicas, ainda pairam incertezas acerca da aplicação em determinadas situações, a exemplo da possibilidade de aplicação nas execuções fiscais – que possuem a maior taxa de congestionamento das execuções.

Porém, faz-se necessário pontuar que as medidas executivas atípicas, desde que sejam utilizadas em observância à Constituição Federal e aos direitos fundamentais das partes, são extremamente positivas para solucionar os litígios estabelecidos em juízo e a problemática acerca do descumprimento das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Fernando Natal. Considerações jurisprudenciais sobre as medidas atípicas (art. 139, IV, do CPC/2015) na tutela jurisdicional executiva: breve estudo da orientação do Superior Tribunal de Justiça. **Caderno Virtual**, Brasília, v. 1, n. 50, janeiro/março 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Habeas Corpus 453.870/PR**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 25 de junho de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801389620&dt_publicacao=15/08/2019. Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Reclamação 37.521/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 13 de maio de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900610800&dt_publicacao=05/06/2020. Acesso em: 04 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 99.606/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 13 de novembro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801506719&dt_publicacao=20/11/2018. Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.782.418/RJ**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 23 de abr. de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803135957&dt_publicacao=26/04/2019. Acesso em: 28 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.788.950/MT**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 23 de abr. de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803438355&dt_publicacao=26/04/2019. Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>. Acesso em: 03 maio 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FUX, Luiz. **Novo Código de Processo Civil Temático**. São Paulo: Mackenzie, 2016.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LEAL, Thaís Coelho. **As medidas atípicas e a aplicação do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil: uma análise à luz do tema repetitivo n.º 1.137 do STJ e da ADI n.º 5.941/DF do STF**. Natal, 2023. 84f.: il.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 5. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

STEINBERG, José Fernando. **Regime jurídico das medidas coercitivas atípicas na execução de obrigações pecuniárias, à luz do art. 139, IV, do CPC**. Orientador: Sérgio Seiji Shimura. 2020. 132 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

JUSTICE GAP: ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

Thales Carneiro Medeiros¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Os institutos jurídicos de Acesso à Justiça; 2.1 O *Jus Postulandi*; 2.2 Procedimento Sumaríssimo e o Juizado Especial: Desafios e Possíveis Aprimoramentos; 2.3 Desafios e Oportunidades nas Tutelas Executivas: Rumo a uma Efetivação Justa e Ágil; 3 Análise crítica da efetividade dos institutos processuais civis: perspectivas à luz do “Justice Gap” e do Acesso à Justiça; 4 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um dos pilares fundamentais de qualquer sistema jurídico democrático. No entanto, apesar das garantias legais e dos avanços institucionais, ainda persistem disparidades significativas entre a demanda por justiça e a capacidade do sistema legal de atendê-la.

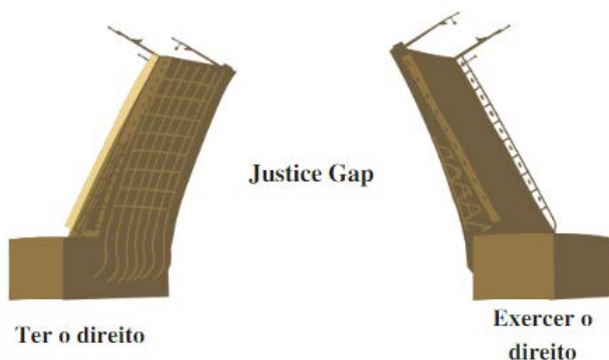
Este fenômeno conhecido como “Justice Gap” traduzido literalmente como “lacuna/fenda de justiça” (Dicio, 2024), denota um espaço vazio ou uma falta percebida de justiça. Embora essa tradução não capture completamente a essência do termo original, ela oferece uma compreensão inicial desse conceito. Apesar de ser um termo relativamente novo, o “Justice Gap” tem suas raízes em princípios seculares que serão explorados ao longo desta análise.

Nesse sentido, a expressão “Justice Gap”, apesar de ser pouca difundida no cenário jurídico brasileiro, já é amplamente reconhecida globalmente para denotar a discrepância entre o direito que um indivíduo possui e sua capacidade de efetivamente exercê-lo. Segundo o Instituto *World Justice Project* (WJP), conforme

¹ Advogado. Graduado e Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3828118681911917>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-1092-8304> E-mail: thales_carneiro_medeiros@hotmail.com

detalhado em sua publicação “*Measuring the Justice Gap*”, pessoas afetadas pelo “*Justice Gap*”, devido a fatores sociais, econômicos e legais, não estão obtendo a justiça necessária para resolver questões cotidianas e casos de injustiça mais graves.

Em nível de ilustração, é possível visualizar o *Justice Gap* da seguinte forma:



Fonte: Elaborado pelo autor a partir do conceito de *Justice Gap*

Logo, o *Justice Gap* poderia ser entendido justamente como um impeditivo para o indivíduo exercer seu direito.

Dessa forma, o conceito de “*Justice Gap*” surge como uma ferramenta para compreender, tanto quantitativa quanto qualitativamente, os desafios enfrentados no exercício dos direitos legais por determinados grupos de pessoas. Para ilustrar, o Instituto *World Justice Project* estima que cerca de 5 bilhões de pessoas ao redor do mundo têm necessidades legais não atendidas, incluindo 1,5 bilhão de pessoas incapazes de obter justiça em questões civis, administrativas ou criminais. No contexto brasileiro, apesar do acesso à justiça ser um direito fundamental garantido pelo inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ainda existem várias barreiras que dificultam sua efetivação, contribuindo para o “*Justice Gap*” no país.

Ao examinar o conceito de “*Justice Gap*” no contexto do Acesso à Justiça, destacamos uma série de questões organizacionais, sociais e estruturais que permeiam o sistema judiciário brasileiro, o qual idealmente deveria priorizar a acessibilidade

para todos os cidadãos. Embora haja uma necessidade evidente de democratização do acesso à justiça, é fundamental que o Estado produza resultados que sejam não apenas justos individualmente, mas também coletivamente (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). No entanto, apesar das garantias teóricas, percebe-se uma considerável lacuna na prática entre o indivíduo e a efetivação de seus direitos.

Nesse contexto, no que tange ao acesso à Justiça, tem-se como base o Projeto Florença, de Cappelletti e Garth, e a criação de uma distinção de “ondas” que caracterizariam a própria acessibilidade à Justiça. Nesta teoria, existe a formação de três ondas que suscitam acertadamente algumas das principais questões desse problema. De forma sintetizada elas podem ser vistas como: a assistência judiciária gratuita ao hipossuficiente (primeira onda); a criação de mecanismos processuais para representar os interesses difusos (segunda onda), e um outro enfoque de acesso à Justiça, com uma série de modificações nas estruturas judiciais e abertura do Judiciário a outras formas de solução de litígios, por meio de novos mecanismos judiciais e extrajudiciais (terceira onda) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). A teoria das ondas nada mais é do que um mecanismo jurídico que visa alicerçar o comprometimento entre a detenção do direito e a certificação da consumação in facta, entendendo que há um abismo ou gap entre esses vértices e buscando a sua reparação.

Dessa forma, tendo como base a teoria das ondas acima exposta é possível expor alguns Institutos Processuais adotados no Brasil que, em tese, deveriam colaborar para o acesso à Justiça e, por consequência, redução do *Justice Gap*, como:

O *Jus Postulandi* no processo cível, que permite que as partes atuem sem a necessidade de representação por advogado, trazendo à tona questões relacionadas à garantia do acesso à justiça para todos os cidadãos, independentemente de recursos financeiros ou conhecimento técnico-jurídico;

O Procedimento Sumaríssimo e o Juizado Especial, que oferecem uma via mais célere e simplificada para a resolução de litígios de menor complexidade, mas que enfrentam desafios em relação à efetividade na entrega de uma decisão justa e acessível;

As Tutelas Executivas, que visam assegurar o cumprimento das decisões judiciais, mas muitas vezes enfrentam obstáculos no que diz respeito à celeridade e efetividade na satisfação dos direitos dos credores.

Poderiam ser citadas diversas outras, como o próprio baluarte da hipossuficiência e a isenção de custas processuais. Contudo, serão abordadas, para fins de análise, as medidas acima expostas.

Não obstante, a metodologia do presente trabalho será por meio do estudo da doutrina nacional e internacional juntamente com a interpretação de dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e outras instituições idôneas, como o *World Justice Project* (WJP). Ao passo que, buscará compreender os pormenores existentes, mediante critérios técnicos e sociais, a lacuna legal gerada pelo *Justice Gap*, bem como sua influência no direito fundamental de acesso à Justiça.

Ao analisar esses institutos processuais, pretende-se não apenas avaliar sua eficácia na redução do “*Justice Gap*”, mas também identificar possíveis melhorias e medidas que possam promover um acesso mais equitativo à justiça. Este estudo busca contribuir para o desenvolvimento de soluções eficazes que garantam que todos os membros da sociedade tenham acesso adequado aos recursos judiciais e recebam uma proteção efetiva de seus direitos.

2. OS INSTITUTOS JURIDICOS DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um princípio fundamental que garante a todos os cidadãos a oportunidade de buscar e obter reparação para suas demandas legais. Para efetivar esse direito, os sistemas jurídicos desenvolvem uma série de institutos processuais destinados a facilitar o acesso e promover a igualdade perante a lei (MORAES, 2018).

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui uma população de mais de 200 milhões de habitantes, sendo que uma parte significativa desses cidadãos enfrenta dificuldades para acessar o sistema judiciário devido a barreiras econômicas, sociais e geográficas (IBGE, 2021). Diante

desse cenário, é essencial compreender os diversos mecanismos disponíveis e sua eficácia na promoção de uma justiça acessível e equitativa.

O presente capítulo tem como objetivo explorar alguns desses institutos jurídicos de acesso à justiça, analisando suas características, funcionamento e impacto na redução do “*Justice Gap*”. Serão examinados três institutos específicos no contexto do processo civil brasileiro: o *Jus Postulandi*, o Procedimento Sumaríssimo e o Juizado Especial, e as Tutelas Executivas.

Segundo Cappelletti e Garth (1988), o *Jus Postulandi* no processo cível permite que as partes atuem sem a necessidade de representação por advogado, trazendo à tona questões relacionadas à garantia do acesso à justiça para todos os cidadãos, independentemente de recursos financeiros ou conhecimento técnico-jurídico. Além disso, o Procedimento Sumaríssimo e o Juizado Especial oferecem uma via mais célere e simplificada para a resolução de litígios de menor complexidade, mas que enfrentam desafios em relação à efetividade na entrega de uma decisão justa e acessível (BRASIL, 2015). As Tutelas Executivas, por sua vez, visam assegurar o cumprimento das decisões judiciais, mas muitas vezes enfrentam obstáculos no que diz respeito à celeridade e efetividade na satisfação dos direitos dos credores (DINAMARCO, 2017).

Ao compreender a importância e o funcionamento desses institutos, será possível identificar seus potenciais contribuições para a redução das disparidades no acesso à justiça e para a promoção de uma ordem jurídica mais inclusiva e justa. Por meio dessa análise, busca-se fornecer insights valiosos para aprimorar os mecanismos existentes e desenvolver estratégias mais eficazes para garantir que todos os membros da sociedade possam desfrutar plenamente de seus direitos legais para combater o *Justice Gap* e facilitar o acesso efetivo e real à Justiça.

Em paralelo, torna-se imprescindível avaliar o impacto social de tais pontos de melhoria existentes, uma vez que colaboram para o afastamento da sociedade do Judiciário, bem como a criação de estigmas negativos sobre o poder judiciário.

2.1 O *Jus Postulandi*

O *Jus Postulandi* é o direito conferido às partes de atuarem em juízo sem a necessidade de representação por advogado. No contexto do processo cível

brasileiro, esse instituto desempenha um papel crucial na garantia do acesso à justiça para todos os cidadãos, independentemente de recursos financeiros ou conhecimento técnico-jurídico (CÂMARA, 2019).

De acordo com Cappelletti e Garth (1988), o *Jus Postulandi* representa uma ferramenta importante na busca pela democratização do acesso à justiça, permitindo que as partes exerçam seus direitos de maneira direta e simplificada. No entanto, é importante ressaltar que, embora esse direito seja reconhecido pela legislação brasileira, sua eficácia e alcance podem ser limitados por diversos fatores, como a complexidade do sistema legal e a falta de recursos para a preparação adequada da defesa (BRASIL, 2015).

Além disso, algumas críticas são levantadas em relação ao *Jus Postulandi*, especialmente no que diz respeito à qualidade da representação das partes e à garantia do devido processo legal. Embora esse instituto busque promover a autonomia das partes e a simplificação dos procedimentos judiciais, sua aplicação indiscriminada pode resultar em prejuízos para a efetivação dos direitos das partes e para a qualidade da prestação jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Portanto, é essencial realizar uma análise crítica do *Jus Postulandi* no processo cível, avaliando seus impactos na efetivação do acesso à justiça e identificando possíveis medidas para aprimorar sua aplicação e garantir uma representação adequada das partes envolvidas.

Apesar de representar uma tentativa de democratização do acesso à justiça, o *Jus Postulandi* no processo cível enfrenta uma série de desafios que questionam sua eficácia e adequação para garantir uma representação adequada das partes. Uma das principais críticas diz respeito à disparidade de conhecimento técnico entre as partes litigantes, o que pode resultar em desigualdades substanciais no tratamento processual e na qualidade das alegações apresentadas (MARINONI; ARENHART, 2017).

Além disso, a falta de preparo e experiência jurídica das partes que optam por exercer o *Jus Postulandi* pode comprometer a efetividade do processo, dificultando a compreensão dos trâmites processuais e a apresentação de argumentos juridicamente sólidos (THEODORO JÚNIOR, 2018). Isso pode levar a decisões judiciais injustas ou desproporcionais, prejudicando a realização da justiça material.

Outro problema associado ao *Jus Postulandi* é a sobrecarga do Poder Judiciário, especialmente nos Juizados Especiais, onde muitos casos são tratados de forma simplificada e sem a intervenção de advogados. A ausência de profissionais qualificados para orientar as partes pode resultar em litigância excessiva, atrasos processuais e congestionamento do sistema judicial (CÂMARA, 2019).

Ademais, a falta de representação técnica pode ser especialmente prejudicial em casos mais complexos, nos quais questões jurídicas intrincadas exigem análise aprofundada e argumentação jurídica especializada. Nessas situações, a ausência de advogados pode comprometer seriamente a capacidade das partes de defenderem seus direitos de forma eficaz e justa (DINAMARCO, 2017).

Portanto, embora o *Jus Postulandi* tenha sido concebido como uma medida para promover a autonomia das partes e simplificar os procedimentos judiciais, sua aplicação indiscriminada e suas limitações intrínsecas levantam questões importantes sobre sua eficácia e adequação para garantir uma representação justa e equitativa no processo civil brasileiro.

Dito isso, apesar de, na teoria, ser um instituto democratizador, ele, indiretamente, pode acabar colaborando pela manutenção e persistência do *Justice Gap*, uma vez que pode afastar quem lhe procura de um acesso efetivo à Justiça.

2.2 Procedimento Sumaríssimo e o Juizado Especial: Desafios e Possíveis Aprimoramentos

O Procedimento Sumaríssimo e o Juizado Especial são institutos processuais concebidos com o objetivo louvável de simplificar e agilizar a resolução de litígios de menor complexidade, proporcionando uma via mais acessível para a busca da justiça (BRASIL, 2015). No entanto, embora tenham contribuído significativamente para a democratização do acesso à justiça, esses institutos ainda enfrentam desafios que comprometem sua eficácia e sua capacidade de promover uma justiça verdadeiramente inclusiva e equitativa.

Historicamente, os Juizados Especiais tiveram suas raízes na Lei 7.244 de 1984, sob a nomenclatura de “Juizados de Pequenas Causas”, sendo uma experiência bem sucedida em diversos Estados da Federação fazendo com que o

Constituinte de 1988 os trouxesse para o âmbito da nova Constituição que estava surgindo em seu art. 98 (VIANA, 2009).

Uma das principais limitações dos Juizados Especiais diz respeito à restrição de competência, que limita sua atuação a causas de até 40 salários mínimos. Essa limitação exclui uma parcela considerável da população que não tem acesso a outros meios de resolução de conflitos e que muitas vezes se vê obrigada a recorrer ao sistema judiciário tradicional (DINAMARCO, 2017). Uma possível solução para esse problema seria revisar os critérios de competência dos Juizados Especiais, ampliando sua abrangência para garantir que mais pessoas tenham acesso a essa forma de justiça célere e simplificada.

Além disso, é necessário garantir que os Juizados Especiais atendam efetivamente às necessidades das populações mais vulneráveis, como pessoas em situação de vulnerabilidade social ou econômica. Isso pode envolver a implementação de medidas para facilitar o acesso físico aos fóruns, a oferta de assistência jurídica gratuita e a promoção de campanhas de conscientização sobre os direitos e recursos disponíveis (CÂMARA, 2019).

Outro ponto a ser considerado é a necessidade de balancear a simplificação dos procedimentos com a garantia do devido processo legal e das garantias fundamentais das partes. Embora a simplificação seja essencial para tornar o processo mais ágil e acessível, é importante garantir que as partes tenham a oportunidade de apresentar suas alegações de forma adequada e que as decisões judiciais sejam fundamentadas e justas (MARINONI; ARENHART, 2017).

Portanto, para que o Procedimento Sumaríssimo e o Juizado Especial alcancem seu pleno potencial na promoção de uma justiça acessível e equitativa, é essencial que sejam implementadas medidas para ampliar sua competência, garantir o acesso efetivo das populações vulneráveis e equilibrar a simplificação dos procedimentos com a proteção dos direitos das partes.

2.3 Desafios e Oportunidades nas Tutelas Executivas: Rumo a uma Efetivação Justa e Ágil

No contexto das Tutelas Executivas, a morosidade do processo de execução representa um desafio considerável que contribui diretamente para a ampliação do

“*Justice Gap*”. Esta demora não apenas frustra as partes envolvidas, mas também compromete a finalidade da prestação jurisdicional, minando a confiança na efetividade do sistema judicial e aprofundando a lacuna entre a demanda por justiça e sua concretização. Diante desse cenário, torna-se evidente a necessidade de se buscar alternativas que visem agilizar o trâmite executivo, garantindo uma resposta mais célere e eficaz às demandas judiciais.

Uma abordagem para enfrentar esse desafio é a implementação de medidas voltadas para a simplificação e agilização dos procedimentos executivos. Isso pode incluir a adoção de mecanismos de comunicação eletrônica entre os órgãos judiciários e os envolvidos no processo, bem como a criação de programas de capacitação para os profissionais do direito visando a aplicação mais eficiente das normas processuais executivas (BRASIL, 2015). Além disso, a promoção de uma cultura de conciliação e mediação nas execuções pode contribuir para a resolução mais rápida e amigável dos conflitos, evitando a sobrecarga dos tribunais e reduzindo os custos e o tempo despendidos no processo.

Outro aspecto a ser considerado na busca por uma efetivação mais justa e ágil das Tutelas Executivas é a necessidade de se fortalecer os mecanismos de cooperação entre os diferentes órgãos do sistema judicial. A falta de uniformidade na aplicação das normas processuais executivas pelos diferentes tribunais brasileiros gera insegurança jurídica e dificulta o cumprimento das decisões judiciais, especialmente em casos que envolvem a execução de títulos extrajudiciais ou a penhora de bens (BRASIL, 2015). Portanto, é fundamental promover um diálogo interinstitucional e desenvolver diretrizes comuns que garantam uma aplicação mais uniforme e eficaz das normas processuais executivas, contribuindo para uma maior equidade e efetividade no sistema de justiça.

Além disso, é essencial reconhecer o papel fundamental dos profissionais do Direito na aplicação e uso correto das medidas de Tutelas Executivas. O advogado é colocado como indispensável à administração da justiça pela Constituição Federal no Artigo 133 (BRASIL, 1988), destacando a importância de sua atuação ética e responsável na condução dos processos executivos. Investir em uma formação jurídica sólida e contínua para os advogados, bem como promover a

valorização da advocacia como um instrumento de promoção da justiça, pode contribuir significativamente para a efetivação das Tutelas Executivas e a redução do “*Justice Gap*”.

Em suma, diante dos desafios e oportunidades apresentados pelas Tutelas Executivas, é imprescindível buscar alternativas que visem aprimorar o sistema de execução, promovendo uma justiça mais célere, eficiente e acessível para todos os cidadãos. Somente através de um esforço conjunto e contínuo dos diversos atores do sistema judicial podemos superar os obstáculos existentes e garantir uma efetivação justa e ágil dos direitos reconhecidos em juízo.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA EFETIVIDADE DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS CIVIS: PERSPECTIVAS À LUZ DO “*JUSTICE GAP*” E DO ACESSO À JUSTIÇA

A análise crítica da efetividade dos institutos processuais civis é essencial para compreendermos como tais instrumentos contribuem para mitigar ou agravar o “*Justice Gap*”, bem como para promover ou dificultar o acesso à justiça. Neste contexto, é imprescindível examinar de forma minuciosa o funcionamento dos institutos processuais sob a ótica do princípio da efetividade, que busca assegurar a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos no âmbito do processo civil (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Um dos principais desafios enfrentados na análise da efetividade dos institutos processuais civis é a sua capacidade de reduzir a lacuna entre a demanda por justiça e a capacidade do sistema legal de fornecê-la, ou seja, o “*Justice Gap*”. Muitas vezes, os institutos processuais são complexos, burocráticos e morosos, o que pode dificultar o acesso à justiça para aqueles que não possuem recursos financeiros ou conhecimento jurídico adequado (THEODORO JÚNIOR, 2018). Dessa forma, é fundamental questionar se tais institutos estão efetivamente cumprindo o seu papel de garantir uma justiça acessível e equitativa para todos os cidadãos.

Além disso, é necessário avaliar criticamente como os institutos processuais civis impactam o acesso à justiça em diferentes contextos sociais, econômicos e culturais. A falta de acesso à justiça pode resultar em graves injustiças, especialmente para aqueles que estão imersos na lacuna do “*Justice Gap*”, enfrentando dificuldades

para resolver problemas cotidianos e questões jurídicas relevantes (BRASIL, 1988). Nesse sentido, é preciso questionar se os institutos processuais estão verdadeiramente promovendo a inclusão social e garantindo o exercício pleno dos direitos fundamentais de todos os membros da sociedade.

Outro aspecto crítico a ser considerado na análise da efetividade dos institutos processuais civis é a sua capacidade de lidar com as demandas e necessidades específicas dos diferentes grupos sociais. Por exemplo, é importante questionar se tais institutos estão adaptados para atender às necessidades dos grupos marginalizados, como as populações de baixa renda, as comunidades rurais e as minorias étnicas (THEODORO JÚNIOR, 2018). A falta de acesso à justiça para esses grupos pode aprofundar ainda mais o “*Justice Gap*” e perpetuar as desigualdades sociais existentes.

Diante dessas reflexões, torna-se evidente a necessidade de uma análise crítica e aprofundada da efetividade dos institutos processuais civis, levando em consideração o contexto do “*Justice Gap*” e do acesso à justiça. Somente através de uma compreensão holística e contextualizada desses temas podemos identificar as lacunas e os desafios existentes no sistema jurídico e promover mudanças significativas que garantam uma justiça verdadeiramente acessível, equitativa e efetiva para todos os cidadãos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar criticamente a efetividade dos institutos processuais civis à luz do “*Justice Gap*” e do acesso à justiça, destacando os desafios e as oportunidades existentes no sistema jurídico brasileiro. Ao longo da pesquisa, foi possível observar que os institutos processuais desempenham um papel crucial na busca pela justiça e na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. No entanto, também ficou evidente que há uma série de desafios a serem enfrentados para garantir uma justiça verdadeiramente acessível, equitativa e efetiva para todos. O “*Justice Gap*”, caracterizado pela disparidade entre a demanda por justiça e a capacidade do sistema legal de fornecê-la, representa um obstáculo significativo

que amplia as desigualdades sociais e compromete a efetividade do sistema de justiça como um todo.

Nesse sentido, é fundamental promover mudanças estruturais e implementar medidas concretas que visem reduzir o “*Justice Gap*” e garantir o acesso à justiça para todos os cidadãos, independentemente de sua condição social, econômica ou cultural. Isso requer um esforço conjunto entre os diversos atores do sistema de justiça, incluindo legisladores, magistrados, advogados e membros da sociedade civil. É necessário também investir em políticas públicas voltadas para a promoção da igualdade de acesso à justiça, bem como na capacitação e sensibilização dos profissionais do direito para lidar de forma adequada e eficaz com as demandas e necessidades dos grupos marginalizados.

Somente através de um compromisso sério e coletivo com a justiça social e a equidade podemos superar os desafios existentes e construir um sistema jurídico mais justo e democrático. Por fim, é importante ressaltar que este estudo representa apenas um ponto de partida para reflexões mais profundas sobre o tema. Novas pesquisas e debates são necessários para ampliar nossa compreensão dos desafios e das soluções relacionadas à efetividade dos institutos processuais civis e ao acesso à justiça, contribuindo assim para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva para todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 19 abr. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 25. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 4. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativas da População Residente no Brasil e Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html>. Acesso em: 19 abr. 2024.

LACUNA. In: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/lacuna/>>. Acesso em: 19 abr. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. Vol. 1. 11. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIANA, Juvencio Vasconcelos. **Juizados especiais cíveis a partir de seu perfil constitucional**. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/12002> . Acesso em: 18 abr. 2024.

WJP – World Justice Project. **Global Insights on Access to Justice**. Washington, EUA: WJP, 2019. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-A2J-2019.pdf> Acesso em: 19 abr. 2024.

WJP – *World Justice Project*. **Measuring the Justice Gap**. Washington, EUA: WJP, 2019. Disponível em: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Measuring%20the%20Justice%20Gap_final_20Jun2019_0.pdf . Acesso em: 19 abr. 2024.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Weisley Smith Vieira da Silva¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A quarta revolução industrial e os reflexos jurídico sociais do mundo modernizado; 3 A problemática da razoável duração do processo e a necessidade de adaptação do poder judiciário à era digital; 4 Mecanismos práticos de inteligência artificial aplicados no poder judiciário; 5 Limites e riscos associados à utilização de IA na atividade jurisdicional; 6 Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A inserção da revolução tecnológica e informacional, caracterizada como a quarta revolução industrial, tem promovido uma remodelação substancial no tecido social contemporâneo. Nesse contexto, o sistema judiciário, enquanto componente intrínseco da estrutura social, não permaneceu imune a essas transformações, sendo compelido a adaptar-se para cumprir seu papel como guardião da ordem e dos interesses sociais em constante mutação.

A quarta revolução industrial, marcada pela interconectividade e automação, não somente modificou a forma como a sociedade interage com a informação, mas também redefiniu os padrões de produção, consumo e consciência político-social. Este fenômeno culminou no surgimento de uma sociedade mais crítica e propensa à busca por direitos e garantias, o que se tornou particularmente evidente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O acesso à justiça, nesta nova ordem social, evoluiu de ser um mero direito de petição, isto é, uma simples prerrogativa de acesso formal ao poder judiciário, para se tornar uma efetiva garantia de justiça substancial, marcada pela entrega

¹ Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará- UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3864124815019635> Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-6133-9970>. E-mail: weisleysmith@hotmail.com

de proteção jurisdicional prontamente acessível e exercida em tempo hábil. A garantia da razoável duração do processo, que já era objeto de preocupação a nível internacional, assumiu bases ainda mais sólidas ao ser incorporada no direito positivo interno, refletindo um compromisso renovado com a celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

Não obstante, a revolução tecnológica e informacional tenha apresentado benefícios de ordem qualitativa nos variados segmentos do tecido social em que se modulou de forma mais incisiva, na via inversa desta encaminhada, reflexos de ordem quantitativa, com efeitos negativos, também foram disseminados, com o desenvolvimento e/ou aperfeiçoamento de técnicas delitivas de interesse ao direito penal, ou, ao que interessa aos objetivos do presente trabalho, o fenômeno do desvirtuamento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da garantia de acesso à justiça, mediante o uso predatório do sistema de justiça, para a obtenção de proveitos ilegítimos ou de pouca relevância ao direito.

Nesse ínterim e, principalmente, em razão do fenômeno de abarrotamento do poder judiciário, a busca pela preservação da qualidade e tempestividade da prestação jurisdicional tornou-se tema de especial debate, o que levou o Poder Judiciário a uma corrida de investimento para constantemente modernizar a máquina judiciária. Como fruto mais recente desta tarefa difícil, destaca-se o uso de tecnologias disruptivas de notória performance como a inteligência artificial, a qual, pela sua capacidade de reproduzir o comportamento humano, se revela promissora na agilização dos processos, na otimização da gestão de dados e na análise preditiva para uma tomada de decisão mais embasada e eficiente.

Segundo dados compilados pelo Painel de Iniciativas de Inteligência Artificial do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atualmente há em curso 41 projetos dedicados à implementação da Inteligência Artificial, distribuídos entre 32 diferentes órgãos. Adicionalmente, uma pesquisa mais ampla conduzida pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) constatou a existência de 72 projetos em diversos estágios de desenvolvimento, acompanhados por uma predominância de planos de investimento em tecnologia nos tribunais para os próximos anos.

No contexto de modernização da máquina judiciária, associado a essa evolução e principalmente diante da necessidade de preservação dos primados do devido processo legal, cresce o debate acerca dos limites e riscos associados à utilização da IA na atividade jurisdicional.

Nessa perspectiva, diante das complexidades que cercam esse novo fenômeno social de grande relevância para o direito, o presente trabalho se propõe a analisar os mecanismos práticos de inteligência artificial aplicados no poder judiciário, investigando os desafios éticos e legais associados ao uso dessa tecnologia nos tribunais como pressuposto de aprimoramento da prestação jurisdicional e consecução dos postulados de acesso à justiça e duração razoável do processo.

2. A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E OS REFLEXOS JURÍDICO SOCIAIS DO MUNDO MODERNIZADO

A era digital, conceituada por Schwab (2016) como a quarta revolução industrial, representa uma ruptura decisiva e progressiva dos paradigmas tradicionais de produção e comunicação que estiveram arraigados na ordem social do século passado. Enquanto as revoluções industriais precedentes introduziram máquinas a vapor, eletricidade, automação e meios de comunicação mais refinados - evocando as notáveis inovações da terceira revolução -, a quarta revolução industrial encontrou seu sustento na digitalização e interconexão global. O uso mais disseminado - e móvel - da internet, a tecnologia mais compacta e com sensores mais potentes, a inteligência artificial e mecanismos de aprendizado automático alteraram substancialmente a sociedade, os modos de produção de bens e serviços e, por derradeiro, a percepção do tecido social e do mundo circundante.

No âmbito jurídico, em evolução ao observado durante a terceira revolução industrial, na qual a introdução da tecnologia no campo científico resultou no aumento da produção, na modificação das formas de comunicação e na aceleração do acesso à informação, gerando, por consequência, uma maior demanda, tanto litigiosa quanto não litigiosa, pela busca e garantia de direitos, a quarta revolução industrial trouxe consigo novas alternativas para o sistema judiciário. Este já não era capaz de atender, em um tempo razoável, às demandas sociais contemporâneas nos

moldes tradicionais, nos quais a interação humana e o manuseio de documentos físicos predominavam.

O acesso à justiça, em uma era caracterizada pela tecnologia e informação mais difundidas, transcendeu sua concepção meramente formal de acesso ao Poder Judiciário, para se tornar uma busca por uma justiça efetiva, eficaz e tempestiva, em conformidade com os princípios do devido processo legal. Simultaneamente, o aumento da conscientização dos cidadãos sobre seus direitos e responsabilidades, especialmente evidenciado após a promulgação da Constituição de 1988, gerou uma demanda crescente por uma prestação jurisdicional ágil e eficiente. Não se tratava mais apenas do exercício do “direito de petição”, mas sim da expectativa de que o Estado disponibilizasse meios eficazes para proteger e assegurar direitos fundamentais (GUIMARÃES, 2022).

Apesar dos avanços proporcionados pela revolução tecnológica e informacional, que trouxeram benefícios qualitativos em diversos setores da sociedade, também surgiram consequências quantitativas negativas. Especificamente, observou-se um aumento no desenvolvimento e aprimoramento de crimes cibernéticos, afetando aspectos sociais, econômicos e político-ideológicos. Isso resultou na necessidade de redefinir diversos crimes, especialmente devido às mudanças nos métodos operacionais. (FARIAS, 2022).

No âmbito judiciário, um reflexo social que destacou a necessidade urgente de modernização foi a crise institucional provocada pelo congestionamento do sistema público, resultante do uso distorcido do acesso à justiça, evidenciado pela litigância habitual e massiva. (BRITO; LACERCA; KARNINKE, 2018)

Como desdobramento, o aparato judiciário viu-se confrontado com o fardo da sobrecarga operacional, refletido no alargamento dos prazos de resolução e na detração da eficácia da justiça. Diante desse contexto e, de maneira premente, dos índices indicativos de eficácia judiciária, ciente dos potenciais benefícios advindos da adoção das mais recentes tecnologias e da obsolescência dos mecanismos institucionais arraigados, o judiciário imergiu em uma diligente aposta em investimentos substanciais em tecnologias da informação e comunicação, com o objetivo de enfrentar a crise institucional suscitada pelo aprimoramento da

prestação jurisdicional, especialmente por meio da adaptação da máquina judiciária ao panorama contemporâneo. (MELO, et al., 2023).

3. A PROBLEMÁTICA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO À ERA DIGITAL

A questão da duração razoável do processo transcende as fronteiras do âmbito jurídico e permeia todos os estratos da sociedade, desde as interações do dia a dia até as mudanças políticas e econômicas. No contexto jurídico, o tempo desempenha um papel crucial, pois pode determinar a criação, alteração ou extinção de direitos. A demora excessiva em processos judiciais pode acarretar na perda ou na inutilidade de um direito, enquanto a espera prolongada por uma decisão judicial pode gerar angústia e frustração, e, assim, infringir a garantia fundamental de acesso à justiça (Hote, 2007).

Diante das transformações sociais ocorridas em uma sociedade cada vez mais informada e, portanto, mais crítica e inclinada a buscar direitos e garantias, ou, inversamente, engajada na busca de uma pretensa reivindicação por meio de distorções do sistema judiciário, a preocupação com a duração razoável do processo assumiu contornos mais significativos na ordem interna. Esse cenário foi especialmente evidente com sua incorporação ao direito interno por meio da emenda constitucional nº 45, conferindo ao referido princípio um status constitucional, anteriormente ancorado principalmente em normas de caráter internacional, como a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades (1950) e o Pacto de São José da Costa Rica (1969).

Frente ao crescente congestionamento do sistema judiciário e à crescente importância atribuída à garantia da razoável duração do processo ao longo do tempo, o poder judiciário tem direcionado esforços e recursos para integrar tecnologias como parte de seus processos, visando melhorar a eficiência da prestação jurisdicional. Porto (2022) destaca que, em uma análise holística, é possível perceber a evolução do Judiciário desde o uso de métodos convencionais, como papel e caneta, até a transição para a máquina de escrever e, posteriormente, para o computador, inicialmente empregado principalmente como uma ferramenta para

substituir a escrita manual. Com a efetiva incorporação de recursos computacionais, o processo judicial migrou do formato físico para o digital, e hoje se observa a introdução de diversas ferramentas de automação, representando uma alteração significativa no modo como o judiciário opera.

Embora o desenvolvimento e a adoção de meios tecnológicos pelos tribunais brasileiros não sejam fenômenos recentes, a transformação tecnológica no Poder Judiciário avançou de maneira gradual. Somente nas últimas décadas é que o aprimoramento das ferramentas de informação permitiu uma adoção mais expressiva da tecnologia na administração da justiça.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) até 30 de junho de 2023, o sistema de justiça apresentava 79.551.627 processos pendentes de julgamento, com um número de novas demandas de 15.359.384, enquanto apenas 15.176.070 casos foram julgados até a mesma data, evidenciando uma discrepância entre o número de processos iniciados e os efetivamente solucionados. Nesse aspecto, a inteligência artificial emergiu na seara jurídica como alternativa para o aprimoramento da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, a consecução dos postulados de acesso à justiça e razoável duração do processo.

Como medida para mitigar essa discrepância por meio da tecnologia disruptiva da inteligência artificial, revela o Painel de Iniciativas de Inteligência Artificial do Conselho Nacional de Justiça, que atualmente estão em curso 41 projetos dedicados à aplicação da Inteligência Artificial em 32 órgãos distintos do poder judiciário. Além disso, uma pesquisa mais ampla conduzida pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) constata a adoção de 72 projetos em diversas fases de implementação, acompanhados por uma prevalência de planos de investimento em tecnologia nos tribunais para os próximos anos.

A opção pela adoção da tecnologia como instrumento para aprimorar a atividade jurisdicional é motivada por diversos fatores, incluindo a redução de erros judiciais, a contenção dos custos operacionais e a aceleração da prestação jurisdicional. Apesar de serem expressivos os avanços na prestação jurisdicional decorrentes da utilização da inteligência artificial no sistema judiciário, uma questão ainda em debate são os riscos associados à sua utilização na atividade

jurisdicional, principalmente no que se refere à preservação das instituições jurídicas e à observância dos postulados do devido processo legal, notadamente o contraditório e a ampla defesa, e aos primados de valores constitucionais. Isso porque, enquanto máquinas, a inteligência artificial, que necessariamente deve passar por um processo de aprendizado, pode adquirir e desenvolver vieses de caráter discriminatório, ou produzir, dependendo da finalidade de sua implementação, decisões que fogem de qualquer parâmetro de transparência, comprometendo assim o acesso e a democratização da justiça. (ROSSETTI, 2024).

Dessa forma, percebe-se que a inteligência artificial já é uma realidade em diversos segmentos do Poder Judiciário, desempenhando um papel multifacetado na busca pela eficiência e eficácia da prestação jurisdicional. No entanto, é importante enfatizar que seu uso deve ser cuidadosamente equilibrado para não comprometer as garantias processuais fundamentais. É crucial lembrar que o processo, embora seja uma ferramenta, também serve como um escudo protetor para as partes contra qualquer possível arbitrariedade judicial, representando assim o princípio do devido processo legal (SANTANA GOMES, et al., 2023).

4. MECANISMOS PRÁTICOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADOS NO PODER JUDICIÁRIO

Possivelmente, um dos principais marcos na modernização do sistema jurídico brasileiro por meio da inteligência artificial foi o desenvolvimento do sistema ‘Victor’ no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Essa ferramenta, resultado de uma parceria entre o STF e a Universidade de Brasília (UnB), foi concebida com o propósito primordial de resolver ou minimizar os desafios relacionados à eficiência e à celeridade processual.

O sistema ‘Victor’, implementado no STF, destacou-se pela eficiência em identificar e separar peças processuais, proporcionando uma contribuição significativa ao trabalho do núcleo de repercussão geral da corte superior. Antes dessa implementação, essa equipe dedicava cerca de trinta minutos à triagem processual - quando possível antes de encaminhar o processo ao relator. Com o auxílio da inteligência artificial, essa mesma tarefa passou a ser concluída em

questão de segundos. Essa otimização resultou em melhorias substanciais no trabalho desenvolvido na corte superior de justiça, promovendo uma prestação jurisdicional mais ágil e organizada (BRAGANÇA, 2019).

A experiência bem-sucedida com a inteligência artificial motivou, ao longo dos últimos anos, o desenvolvimento de mais ferramentas no âmbito da Suprema Corte de Justiça do país. Atualmente, um dos resultados mais expressivos dessa iniciativa é o sistema “Victor”, que auxilia na classificação e identificação de peças processuais, com foco na classificação da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º). Além disso, a RAFA 2030 (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030) é uma ferramenta de IA utilizada para apoiar a classificação de acórdãos ou petições iniciais em processos do STF de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas, por meio de comparação semântica. Por fim, a VitorIA é uma ferramenta que agrupa processos por similaridade de temas, facilitando a identificação de novas controvérsias (BERNASIUK, 2023).

A experiência pioneira no âmbito do STF motivou diversos tribunais a adotarem a inteligência artificial como um meio de aprimorar a máquina judiciária. Essa tendência reflete uma busca contínua por métodos inovadores que possam lidar com o volume crescente de processos, ao mesmo tempo em que garantem a qualidade e a celeridade na prestação jurisdicional.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em colaboração com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENFAM), desenvolveu uma ferramenta de pesquisa jurisprudencial impulsionada por inteligência artificial, denominada Corpus927. A partir dessa inovação, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) manifestou interesse em adotá-la, estabelecendo um projeto de implementação dentro de sua estrutura, além de lançar um projeto de robô para facilitar penhoras online em execuções fiscais no sistema Eproc (Salles, 2020).

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) implementou o sistema Victoria, com o objetivo de automatizar procedimentos relacionados a execuções fiscais, incluindo a geração de minutas de sentenças de extinção quando o bloqueio integral é bem-sucedido. No âmbito do Tribunal

de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), foram introduzidas as plataformas Poti, Clara e Jerimum, cada uma com funções específicas, mas todas contribuindo para aprimorar a prestação dos serviços judiciais de forma colaborativa, conforme SALLES (2020):

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), entre seus projetos de inovação tecnológica, apresentou as plataformas Poti, Clara e Jerimum. A primeira (Poti) efetua, com significativa economia de tempo, atualizações de dívidas, operacionaliza a penhora de ativos via Bacenjud e reprograma as ordens de bloqueios dentro de determinadas periodicidades, caso inexistas as constrações. Já a segunda (Clara) procede à leitura de peças processuais e recomenda decisões, a exemplo das de extinção do processo pelo pagamento. A terceira (Jerimum) lê, classifica e rotula processos, separando-os de acordo com temas predominantes em execuções fiscais, indenizações por danos morais, demandas bancárias e outras, em uma triagem eficiente. Em tais atividades, Clara e Jerimum utilizam-se do *deep-learning* (SALLES, 2020, p 81).

No contexto do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE), foi implantado o robô denominado Elis, enquanto no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), destaca-se a utilização da ferramenta chamada Radar. Já no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (TJRO), foi desenvolvida a plataforma Sinapse, e no Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR), está em vigor o programa Justiça 4.0. Essas iniciativas representam avanços significativos na modernização e eficiência dos processos judiciais em cada respectiva jurisdição.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) também tem acompanhado de perto essa tendência. Nessa perspectiva, por intermédio da Resolução do Órgão Especial Nº 09/2021 e da Portaria Nº 1988/2021, instituiu-se no âmbito da referida corte local o Programa de Modernização do Poder Judiciário do Estado do Ceará (PROMOJUD), com o intuito de avançar na implementação da transformação digital do Judiciário cearense e aumentar sua eficiência e a satisfação de seus usuários (TJCE, 2021).

Nessa perspectiva, a aplicação de mecanismos práticos de inteligência artificial no âmbito do poder judiciário representa um fenômeno concreto, indicativo de um movimento abrangente em direção à modernização e otimização dos processos

judiciais. A ampla adoção dessas tecnologias, tanto em instâncias nacionais quanto estaduais, reflete a busca contínua por métodos inovadores capazes de lidar com o crescente volume de processos, ao mesmo tempo em que garantam a qualidade e a celeridade na prestação jurisdicional.

5. LIMITES E RISCOS ASSOCIADOS À UTILIZAÇÃO DE IA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A inserção da inteligência artificial (IA) na prática jurisdicional tem representado um avanço significativo, mas, ao mesmo tempo, tem suscitado inquietações e indagações acerca das fronteiras e perigos associados ao seu emprego.

Segundo Roque e Santos (2021), sob a perspectiva das garantias fundamentais do processo, o principal risco decorrente da aplicação de IA no sistema judiciário reside na automatização completa da tomada de decisões por meio do uso de algoritmos.

Ao analisar a aplicação da inteligência artificial (IA) no processamento de dados e sua implementação no contexto jurídico, nota-se uma incompatibilidade estrutural entre os princípios fundamentais dessas duas esferas. Enquanto a IA, que se baseia em dados, opera por meio de generalizações e agrupamentos de dados de acordo com sua parametrização, o Direito lida com a individualização e singularidade de cada caso concreto. Essa distinção torna-se evidente na aplicação da norma jurídica na decisão judicial, onde a singularidade do caso é de suma importância. No entanto, a adoção da IA na tomada de decisões judiciais pode resultar na desconsideração das condições fáticas e jurídicas específicas do caso, comprometendo a individualização necessária. Além disso, a máquina carece da capacidade de realizar juízos de valor, especialmente no contexto da tomada de decisão judicial, como a valoração do que é considerado bom, justo ou correto (TOLEDO; PESSOA, 2023).

Outra questão relevante é a possibilidade de a IA reproduzir tratamentos discriminatórios devido aos vieses algorítmicos. Com efeito, não há isenção no tratamento dos dados realizado pelos algoritmos, pois estes refletem a realidade da sociedade que forneceu as informações que alimentam sua base de dados.

Isso ocorre porque as máquinas refletem os valores de seus criadores humanos, enviesando os resultados com tais valores. Dessa maneira, os padrões decisórios humanos, que podem conter preconceitos discriminatórios, têm o potencial de ser transferidos para as máquinas (ROSSETTI, 2024).

Quanto ao emprego da IA na atividade judicante, uma preocupação adicional surge em relação à transparência e interpretabilidade dos algoritmos utilizados. Em diversas situações, esses algoritmos operam como “caixas-pretas”, o que torna desafiador para os juristas compreenderem o processo decisório e, por conseguinte, dificulta o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa (TOLEDO; PESSOA, 2023). Na mesma linha interpretativa:

A utilização de IA como ferramenta auxiliar ou como produtora direta da decisão judicial levanta distintos questionamentos e apresenta diferentes problemas, dentre os quais destacam-se a falta de clareza em relação aos algoritmos instalados nas máquinas e os consequentes vieses algorítmicos. (TOLEDO; PESSOA, 2023, p.16)

Isto posto, revela-se que, não obstante a prestação jurisdicional estar, no contexto contemporâneo, marcada pela presença constante de modelos baseados em IA, construídos principalmente para a melhoria da prestação jurisdicional, esta tarefa deve ser exercida com cautela. É imperativo evitar que as peripécias envolvendo o uso das tecnologias autônomas reflitam em decisões - tanto acessórias quanto efetivamente decisivas - que impliquem em violações de postulados éticos e prementes da órbita jurídica.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, torna-se evidente que a inserção da inteligência artificial (IA) na prestação jurisdicional representa um avanço significativo no contexto do sistema judiciário contemporâneo. A era digital e a quarta revolução industrial impulsionaram uma mudança paradigmática na forma como o judiciário opera, exigindo uma adaptação rápida e eficiente para lidar com os desafios impostos pela interconectividade e automação.

A busca pela eficiência e celeridade na prestação jurisdicional tornou-se uma prioridade inegável, refletindo não apenas a necessidade de enfrentar o congestionamento do sistema judiciário, mas também a demanda crescente por uma justiça acessível, eficaz e tempestiva por parte dos cidadãos. Nesse sentido, a inteligência artificial surge como uma ferramenta poderosa para otimizar processos, reduzir custos operacionais e melhorar a qualidade das decisões judiciais.

Os diversos projetos e iniciativas em curso nos tribunais brasileiros demonstram o compromisso do judiciário em abraçar a transformação digital e explorar os benefícios oferecidos pela inteligência artificial. No entanto, é crucial reconhecer e abordar os desafios e riscos associados ao uso dessa tecnologia, incluindo a questão dos vieses algorítmicos, a transparência dos algoritmos e a preservação das garantias processuais fundamentais.

Portanto, é fundamental que a implementação da inteligência artificial na atividade jurisdicional seja acompanhada por uma reflexão ética e uma regulamentação adequada, garantindo que os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa sejam respeitados. Caso contrário, o propósito almejado pelo uso da inteligência artificial como propulsora de uma justiça mais eficiente, acessível e imparcial ficará comprometido, indo de encontro a esses princípios fundamentais.

REFERÊNCIAS

BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. 11. **Inteligência Artificial no Supremo Tribunal Federal: Victor, Rafa 2030 e Vitória**. Editora Fundação Fênix, p. 233. 2023.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. Revolução 4.0 no Poder Judiciário: Levantamento do Uso de Inteligência Artificial nos Tribunais Brasileiros. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, [S.l.], v. 23, n. 46, p. 65-76, nov. 2019. ISSN 2177-8337. Disponível em: <<http://177.223.208.8/index.php/revistasjrj/article/view/256>>. Acesso em: 10 mar. 2024. doi: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p65-76>.

BRASIL., CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas do Poder Judiciário**. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 01 abr. 2024.

BRASIL., CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas do Poder Judiciário**. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 01 abr. 2024.

BRASIL., CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Projetos com Inteligência Artificial no Poder Judiciário**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=29d710f7-8d8f-47be-8af8a9152545b771&sheet=b8267e5a-1f1f-41a7-90ff-d7a2f4ed34ea&lang=ptBR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 05 abr. 2024.

BRITTO, Livia Mayer Totola; LACERDA, Lorena Rodrigues; KARNINKE, Tatiana Mascarenhas. **A crise do congestionamento do Poder Judiciário e a ingerência dos conflitos de massa no prejuízo do acesso à justiça. Seriam as técnicas coletivas de repercussão individual instrumentos necessários para desestimular a litigância habitual?** In: Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. 2018. p. 222-235. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/26041>. Acesso em: 29 mar. 2024.

FARIAS, Karina da Hora. **Impactos dos crimes cibernéticos e os riscos da inteligência artificial: os pilares do direito na proteção dos dados sensíveis**. (Dissertação) Mestrado em Direito do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador - Brasil, 2022. 167 p. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/36911>. Acesso em: 16 mar. 2024.

GUIMARÃES PESSOA, Flávia Moreira, ARAÚJO GUIMARAES, Alessandro. **Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito**. Novos paradigmas do acesso à justiça com o uso de inteligência artificial. 1ª Edição. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/inteligencia-artificial-e-aplicabilidade-pratica-web-2022-03-11.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2024.

HOTE, Rejane Soares. **A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 10, p. 467-492, 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013383.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2024.

MELO, L. R. M. de; MATHIAS, M. A.; HENRIQUE JÚNIOR, M. Análise das Novas Tecnologias pelo Poder Judiciário e a Razoável Duração do Processo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S. l.], v. 17, n. 2, 2023. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refddf/article/view/1419>. Acesso em: 08 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (“**Pacto de San José de Costa Rica**”), 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-32.htm>. Acesso em: 29 mar. 2024.

PORTO, Fábio Ribeiro. **Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito. A “corrida maluca” da inteligência artificial no poder judiciário**. 1ª Edição. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/inteligencia-artificial-e-a-aplicabilidade-pratica-web-2022-03-11.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2024.

ROQUE, André Vasconcelos; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues. Inteligência Artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. janeiro a Abril de 2021. Acesso em: 08 abr. 2024.

ROSSETTI, Regina et al. Direitos fundamentais no uso de inteligência artificial no poder judiciário brasileiro. **Revista Tecnologia e Sociedade**, v. 20, n. 59, p. 219-235, 2024. Disponível em: <https://revistas.utfpr.edu.br/rts/article/view/16406>. Acesso em: 08 abr. 2024.

SANTANA, Gomes, M.; SANTOS, André Borges dos, C. DIREITO À RAZOÁVEL Duração Do Processo E A Promoção Da Efetividade Da Prestação

Jurisdicional. **Revista Vertentes do Direito**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 475–501, 2023. DOI: 10.20873/uft.2359-0106. 2023.v10n1.p475-501. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/13998>. Acesso em: 08 abr. 2024.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. Implanta robô na Secretaria Judiciária de Fortaleza e aumenta em mais de 2.600 o número de movimentações processuais. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/tjce-implanta- robo-na-secretaria-judiciaria-de-fortaleza-e-aumenta-em-mais-de-2-600-o-numero-de-movimentacoes-processuais/>. Acesso em: 10 maio 2024.

TOLEDO, C., & PESSOA, D. (2023). **O uso de inteligência artificial na tomada de decisão judicial**. Revista De Investigações Constitucionais, 10(1), e237. <https://doi.org/10.5380/rinc.v10i1.86319>. Acesso em: 08 maio 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais**. Roma: Conselho da Europa, 1950.

ISBN: 978-65-01-05784-2



UNIVERSIDADE
FEDERAL do CEARÁ