



Darci Guimarães Ribeiro
Guilherme Christen Möller
(Orgs.)

TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO

PRIMEIRA SÉRIE





O objetivo do projeto consiste em apresentar para o público, estudos de extrema relevância seja em seu aspecto teórico ou prático, nascidos a partir das discussões em sala de aula, dos encontros do grupo de pesquisa e contam, também, com a colaboração de renomados juristas externos que de alguma forma interagiram com a Escola de Processo da Unisinos (EPU). Desta forma, apresentamos ao público leitor esta obra como a primeira série desta coleção que promete ser duradoura e que foi elaborada com os melhores trabalhos apresentados no último ano das disciplinas de processo do Mestrado e do Doutorado no PPGD da Unisinos, além dos trabalhos realizados pelo Grupo de Estudos da EPU, anteriormente mencionado, pois como bem disse BALTAZAR GRACIÁN, “lo que se pule mejora lo malo y perfecciona lo bueno”. Eis a proposta desta Coleção.



Teoria Crítica do Processo

Teoria Crítica do Processo

Primeira Série

Organizadores

Darci Guimarães Ribeiro
Guilherme Christen Möller



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

RIBEIRO, Darci Guimarães; MÖLLER, Guilherme Christen (Orgs.)

Teoria Crítica do Processo: primeira série [recurso eletrônico] / Darci Guimarães Ribeiro; Guilherme Christen Möller (Orgs.)
-- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

350 p.

ISBN - 978-65-5917-259-7

DOI - 10.22350/9786559172597

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito processual; 2. Direitos fundamentais; 3. Ética; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

*Em memória do Prof.
Ovídio Araújo Baptista da Silva
(1929 - 2009).*

Sumário

Apresentação **13**

Os organizadores

1 **19**

Inteligência artificial aplicada à decisão judicial: uma análise à luz do princípio do juiz natural

Afonso Vinício Kirschner Fröhlich

2 **39**

A estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente e a coisa julgada

Alana Gabriela Engelman

3 **60**

O ativismo judicial como meio de garantir o direito fundamental à saúde do menor autista

Aline Graziela Bald Webers

4 **81**

Tutelas cautelares e de urgência na arbitragem: uma leitura processual

Cassiane Borges Wendling

Everton Luis Marcolan Zandoná

5 **101**

A boa-fé como norma fundamental do processo civil

Darci Guimarães Ribeiro

6 **124**

Por uma questão de integridade e coerência: da admissão da valoração do comportamento processual das partes como prova

Eduardo Hoffmann

7 **147**

O contraditório: do Código de Processo Civil de 1973 ao Código de Processo Civil de 2015

Fábio Kirszenworcel Pereira

8 **166**

Agravo de instrumento, taxatividade do rol do Art. 1.015 do CPC e a Tese da Taxatividade Mitigada

Guilherme Christen Möller

9 **183**

Algoritmos inteligentes e fenômeno jurídico: compreender a tecnologia é preservar o papel do Direito

Guilherme de Oliveira Zanchet

10 **204**

Inteligência artificial e o poder judiciário: caminhos para implementação da inteligência artificial no contexto da atividade jurisdicional

Guilherme Schubert Schmidt

11 **226**

Decisões parciais de mérito e a formação da coisa julgada progressiva: reflexos processuais

Gustavo da Cunha Thewes

12 **242**

A utilização da inteligência artificial como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional

Jéssica Cassol

13 **256**

Utilização do *disgorgement of profits* para resgate do lucro ilícito: uma análise sobre a aplicação no direito brasileiro

Leonardo Bauermann Machado

14 **268**

A interface entre sanções premiais e normas fundamentais do processo civil

Marcelo Mazzola

15 **299**

O fenômeno do ativismo jurídico e a responsabilidade do fornecedor de produtos alimentícios contaminados numa perspectiva jurisprudencial do STJ

Mateus Tramontina

16 **319**

O processo penal como instrumento contramajoritário: processo, democracia e Estado de Direito

Raul Marques Linhares

Sobre os organizadores **346**

Sobre os autores **347**

Apresentação

Os organizadores

A Unisinos sempre possuiu tradição em várias áreas do Direito e, no processo, não foi diferente. Grandes processualistas já desfilaram seus argumentos nesta casa, entre os quais podemos citar, Araken de Assis, Hermann Homem de Carvalho Roenick, Ney da Gama Ahrends, Sérgio G. Porto e o consagrado Ovídio Araújo B. da Silva, entre tantos outros.

Tive o privilégio de poder trabalhar durante anos com o Prof. Ovídio Araújo B. da Silva nesta casa, quando fomos colegas e grande amigos no PPGD da Unisinos. Esta amizade iniciou-se em 1989 quando fui seu aluno na Especialização de Processo Civil e depois no Mestrado da PUCRS. Seu legado ainda permanece vivo entre todos aqueles que frequentam a Escola de Processo da Unisinos (EPU).

Os trinta e dois (32) anos de magistério nesta casa, aliados a um aperfeiçoamento permanente e constante permitiram o amadurecimento de certas ideias que foram forjadas no convívio quase que diário com os milhares de alunos que tive a oportunidade de conviver durante estas mais de três décadas.

A Escola de Processo da Unisinos (EPU) deve muito a dedicação deste talentoso processualista da nova geração, Guilherme Christen Möller, que soube, como ninguém, levar adiante e concretizar os ideários desta Escola.

Nas últimas três décadas, a Universidade do Vale do Rio dos Sinos foi palco de diversas produções científicas e eventos relacionados ao direito processual. Em pequenos passos, a partir das discussões em eventos e, especialmente, nas aulas do Mestrado e do Doutorado, do Programa de

Pós-Graduação em Direito, foi-se experimentando a criação de um espírito de pesquisa próprio, com um escopo característico de compreensão do processo na sua gênese, baseado na Teoria Monista do Ordenamento Jurídico. A partir desta senda, pesquisas, debates, reflexões construtivistas e desconstrutivistas, seja na perspectiva teórica ou prática, foram sendo realizadas. Essa longa e contínua caminhada já apresentou diversos resultados. Tem-se, como exemplo, no campo do desenvolvimento de estudos, além de livros, artigos científicos e capítulos de livros, os atuais seis volumes que compõem a coleção de obras em homenagem ao Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, da qual fazem parte os Profs. Gustavo da Silva Santanna (Administração pública em juízo), Miguel do Nascimento Costa (Poderes do Juiz, Processo Civil e suas relações com o direito material), Felipe Scalabrin (Causa de pedir e atuação do Supremo Tribunal Federal), Guilherme Antunes da Cunha (Tutelas de urgência satisfativa autônomas no Processo Civil), Rodolfo Wild (O princípio do livre convencimento no CPC/2015) e Demétrio Beck da Silva Giannakos (Negócios Jurídicos processuais e análise econômica do Direito); a coleção “Clássicos Contemporâneos”, publicada pela editora Livraria do Advogado, em homenagem ao saudoso Prof. Ovídio Araújo Baptista da Silva, que atualmente possui dois volumes (ambos traduzidos e organizados pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro): (1) “O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual”, do Prof. Joan Picó i Junoy; (2) “Ensaio sobre o Processo Civil: escritos sobre processo e justiça civil”, do Prof. Michele Taruffo; a coleção “Clássicos do Direito Processual”, nascida a partir do Pós-Doutorado realizado pelo Prof. Mauro Fonseca Andrade junto ao Prof. Darci G. Ribeiro, que também foi publicada pela editora Livraria do Advogado, e é organizada por ambos, e possui, atualmente, três volumes: (1) “Processo e Democracia: conferências

realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México”, do Prof. Piero Calamandrei; (2) “Problemas jurídicos e políticos do Processo Penal: conferências realizadas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935”, do Prof. James Goldschmidt; (3) “Teoria Geral do Processo”, também do Prof. James Goldschmidt.

A Escola de Processo da Unisinos (EPU) é coordenada pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, Catedrático de Direito Processual Civil da Unisinos, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Titular das cadeiras “Processo Jurisdição e Democracia” - no Mestrado Acadêmico - e “Teoria Crítica do Processo” - no Doutorado - e tem como seu representante discente o Prof. Me. Guilherme Christen Möller (Doutorando sob a orientação do coordenador deste grupo). Entre bolsistas de Iniciação Científica, acadêmicos do Mestrado e do Doutorado, atualmente fazem parte do grupo também: Afonso Vinício Kirschner Fröhlich, Alana Gabriela Engelmann, Camilla Heldt Kley, Cassiane Borges Wendling, Évelin Caroline Milani da Silva, Everton Luis Marcolan Zandoná, Fábio Kirszenworcel Pereira, Francelle Moreira Marisco Soares, Gustavo da Cunha Thewes, Hélio Márcio Campo Júnior, Henrique Worm Amaral, Jéssica Cassol, Leonardo Bauermann Machado, Miguel do Nascimento Costa e Ricardo Luiz Nicoli. Pelos membros, todos os semestres, desde a fundação oficial da EPU, são realizados seminários internos em que se debatem textos, artigos científicos, capítulos de livros e livros fundamentais sobre direito processual. Além do ciclo de seminários, a EPU também está buscando realizar um ciclo de palestras, com frequência mensal, para fomentar os debates internos e externos, os quais são disponibilizados, em sua íntegra e após a realização do evento, no canal oficial do YouTube. Sobre o YouTube, ainda, o Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro possui canal próprio, no qual são disponibilizados suas

palestras e outros vídeos em que se explicam assuntos diversos relacionados com o processo. Outro projeto vinculado à Escola de Processo da Unisinos é o “ProcessoCast: o podcast sobre direito processual”, de propriedade do representante discente do grupo; disponível no Spotify, Apple Podcasts e Google Podcasts, com frequência semanal, onde são apresentados episódios, com explicações, sobre temas sobre o processo. Ademais, para encerrar esse levantamento exemplificativo de resultados de todo esse profícuo trabalho, tem-se o lançamento desta coleção: “Teoria Crítica do Processo”, que está vinculada diretamente com a proposta da cadeira do Doutorado, e encontra-se materializada nesta primeira série. O objetivo do projeto consiste em apresentar para o público, estudos de extrema relevância seja em seu aspecto teórico ou prático, nascidos a partir das discussões em sala de aula, dos encontros do grupo de pesquisa e contam, também, com a colaboração de renomados juristas externos que de alguma forma interagiram com a Escola de Processo da Unisinos (EPU).

Para a primeira série desta coleção, foram selecionados um total de dezesseis trabalhos. Desse total, quatro capítulos são originários da turma de 2020/1, do Mestrado: Aline Graziela Bald Webers (O ativismo judicial como meio de garantir o direito fundamental à saúde do menor autista), capítulo três; Guilherme de Oliveira Zanchet (Algoritmos inteligentes e fenômeno jurídico: compreender a tecnologia é preservar o papel do direito), capítulo nove; Guilherme Schubert Schmidt (Inteligência Artificial e o Poder Judiciário: caminhos para implementação da Inteligência Artificial no contexto da atividade jurisdicional), capítulo dez; e, Mateus Tramontina (O fenômeno do ativismo jurídico e a responsabilidade do fornecedor de produtos alimentícios contaminados numa perspectiva jurisprudencial do STJ). Da cadeira de Doutorado, turma 2020/2, colaboram na presente série os Doutorandos: Eduardo Hoffmann (Por uma questão de integridade e coerência: da admissão da

valoração do comportamento processual das partes como prova), capítulo seis; Guilherme Christen Möller (Agravo de Instrumento, taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC e a tese da taxatividade mitigada), capítulo oito; e, Raul Marques Linhares (O Processo Penal como instrumento contramajoritário: processo, democracia e Estado de Direito), capítulo dezesseis. Também fazem parte desta primeira série alguns capítulos elaborados por membros da Escola de Processo da Unisinos, graduandos em Iniciação Científica, bacharéis em Direito e Mestrandos: Afonso Vinício Kirschner Fröhlich (Inteligência Artificial aplicada à decisão judicial: uma análise à luz do princípio do juiz natural), capítulo um; Alana Gabriela Engelmann (A estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente e a coisa julgada), capítulo dois; Cassiane Borges Wendling e Everton Luis Marcolan Zandoná (Tutelas cautelares e de urgência na arbitragem: uma leitura processual), capítulo quatro; Fábio Kirszenworcel Pereira (O contraditório: do Código de Processo Civil de 1973 ao Código de Processo Civil de 2015), capítulo sete; Gustavo da Cunha Thewes (Decisões parciais de mérito e a formação da coisa julgada progressiva: reflexos processuais), capítulo onze; Jéssica Cassol (A utilização da Inteligência Artificial como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional), capítulo doze; e, Leonardo Bauermann Machado (Utilização do *disgorgement of profits* para resgate do lucro ilícito: uma análise sobre a aplicação no direito brasileiro), capítulo treze. Finalizando a primeira série, fazem parte, também, o texto de autoria do Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro (A boa-fé como norma fundamental do Processo Civil), capítulo cinco; e do Prof. Me. Marcelo Mazzola (A interface entre sanções premiais e normas fundamentais do Processo Civil), capítulo quatorze, a quem agradecemos, em especial, a participação nesta obra.

Desta forma, apresentamos ao público leitor esta obra como a primeira série desta coleção que promete ser duradoura e que foi

elaborada com os melhores trabalhos apresentados no último ano das disciplinas de processo do Mestrado e do Doutorado no PPGD da Unisinos, além dos trabalhos realizados pelo Grupo de Estudos da EPU, anteriormente mencionado, pois como bem disse BALTAZAR GRACIÁN, “*lo que se pule mejora lo malo y perfecciona lo bueno*”¹. Eis a proposta desta Coleção.



<https://youtu.be/BqAvs4iVVpA>

¹ **El Arte de la Prudência**. Santo Domingo: BanReservas, 2007, n° 12, p. 33.

Inteligência artificial aplicada à decisão judicial: uma análise à luz do princípio do juiz natural

Afonso Vinício Kirschner Fröhlich *

Introdução

O tema da Inteligência Artificial (IA) já vem deixando de ser novidade. Dificilmente encontrar-se-á hoje alguém, por mais alheio às tecnologias, que nunca tenha se deparado com o termo IA ou mesmo com a possibilidade de máquinas “inteligentes”. Talvez muito disso deve-se à literatura, que é farta em histórias de máquinas-robôs capazes de feitos impressionantes, fascinantes e impossíveis à simplória capacidade humana. De todos os exemplos que se poderia citar, o filme “*I’am mother*” (Grant Sputore, 2019) da *Netflix*¹ esboça bem a comparação entre o rápido aprendizado das máquinas e a árdua caminhada do aprender humano.

No entanto, a imagem que a literatura faz da IA é simplória e, como não poderia deixar de ser, ficcional. É incapaz de refletir todas as possibilidades advindas desta tecnologia e, em especial, a sua evolução desde 1920, quando a palavra “robô” apareceu pela primeira vez em uma peça de teatro do dramaturgo checo Karel Čapek²; ou desde 1956, data da conferência realizada no Darmouth College, na Universidade de New Hampshire (Estados Unidos) em que foi cunhado o termo *Artificial*

* Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista CAPES, orientado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa "Iudicium: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder", coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro; e JUSNANO, coordenado pelo Prof. Dr. Wilson Engelmann, ambos vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado sócio do Escritório de Advocacia Afonso Fröhlich Advogados Associados. E-mail: afonsovkf@gmail.com.

¹ O filme pode ser encontrado em: <https://www.netflix.com/br/title/80227090>. Acesso em: 6 mar. 2021.

² LATORRE, José Ignacio. *Ética para máquinas*. 1.ed. Barcelona: Editora Planeta, 2019. p. 151.

*Intelligence*³. Ao se traçar uma linha entre aqueles momentos paradigmáticos e o desenvolvimento tecnológico atual é inegável o seu crescimento vertiginoso e sua elevação a patamar de destaque.

No início da terceira década do Século XXI, cujos debates apontam para o caminhar de uma Quarta Revolução Industrial, a Inteligência Artificial não mais está restrita à literatura e nem mesmo aos laboratórios e estudos científicos. A sua presença é constante e, por vezes, sequer percebida. A IA, por meio dos algoritmos, possui tanta influência cotidiana que não poucos autores criticam essa realidade porque, em severos termos, “se pensa estar livre para buscar as informações e conteúdos, quando (ledo engano!), ao contrário, encontra-se aquilo que o ‘algoritmo’ permitiu encontrar”⁴.

Apesar da crítica que pode ser feita à dita “sociedade algorítmica”⁵, fato é que os algoritmos e a Inteligência Artificial já estão presentes e influenciando diversas áreas e setores. Com o Direito não é diferente e nem o é com relação ao Poder Judiciário. O entusiasmo nesse âmbito deve-se ao fato de que a IA permite uma racionalização dos procedimentos, uma sonhada maior rapidez na tramitação dos processos e uma indiscutível efetividade na prestação jurisdicional. Na contramão, uma das críticas que não raro surgem no debate da questão é com relação à possibilidade da IA aplicada ao Poder Judiciário vir a violar o princípio do juiz natural, tão caro ao processo civil.

Justamente diante dessa realidade, o presente trabalho busca criar alguns subsídios para responder à seguinte problemática: a utilização da

³ LIMA, Isaías; PINHEIRO, Carlos A. M.; SANTOS, Flávia A. Oliveira. **Inteligência Artificial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 2.

⁴ BUFFON, Marciano. **Tributação, Desigualdade e mudanças climáticas**: como o capitalismo evitará seu colapso. Curitiba: Brazil Publishing, 2019. p. 59.

⁵ Sobre este termo, *vide* MORENO, Alfredo. A sociedade algorítmica. Tradução: Wagner Fernandes de Azevedo. Instituto Humanitas Unisinos. São Leopoldo: 19 ago. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/601981-a-sociedade-algoritmica>. Acesso em: 7 mar. 2021.

IA pelo Poder Judiciário viola o princípio do juiz natural? Para tal, utilizando-se do método fenomenológico-hermenêutico, são propostos os seguintes objetivos: (a) verificar a justificativa pela qual a IA é vista como solução no Judiciário; (b) traçar alguns pressupostos que sustentam o princípio do juiz natural no ordenamento jurídico brasileiro; (c) diferenciar as atividades judiciais *externar* e *internas*; e, por fim, (d) enfrentar a problemática da violação do princípio do juiz natural sob o enfoque a IA inserida no Poder Judiciário.

1. A inteligência artificial e o problema da efetividade do judiciário

Quanto mais a IA é desenvolvida e consegue realizar tarefas cada vez mais complexas, o fascínio dos seu estudo aumenta. As possibilidades (quase) infinitas dessa nova tecnologia chamaram a atenção do Poder Judiciário, que já vinha caminhando no sentido da modernização e da implementação do “processo virtualizado, mais eficiente do que o substituído”⁶ e sonhando com a “adaptação de 100% da justiça civil brasileira”⁷. E a IA caiu como uma luva, justamente pela possibilidade de automatizar e simplificar procedimentos repetitivos e padronizados, porém que demandavam elevado tempo dos servidores.

Até porque, a simplificação do processo judicial constou como um dos objetivos listados na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, que buscou “simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de sub-sistemas, como, por exemplo, o recursal”⁸. Melhor explicando este objetivo, ainda constou dos motivos da lei processual civil

⁶ JOBIM, Marcos Félix. Processos estruturais, inteligência artificial e fase decisória: (in)compatibilidade? In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (org). **Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**. 1. ed. Belo Horizonte: São Paulo, 2020. p. 311-327.

⁷ Idem. p. 321.

⁸ BRASIL. Senado Federal. Mesa. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 7 mar. 2021.

de 2015 que “a simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa”⁹.

Esse último apontamento é, justamente, o objetivo que vem sendo sustentado para a incorporação da IA no Judiciário: possibilitar ao magistrado que ele possa se ocupar da resolução das discussões travadas no processo e deixar às máquinas as tarefas burocráticas ou repetitivas. Foi justamente o que disse o Ministro Luís Roberto Barroso na recente palestra de abertura do *webinar* “Supremo Tribunal Federal 4.0: Uma Visão de Futuro”¹⁰. De acordo com o entendimento do Ministro, “a Corte deve aprofundar o uso da tecnologia, sobretudo a inteligência artificial, para racionalizar a prestação jurisdicional e abreviar o tempo dos processos, especialmente os com repercussão geral”¹¹.

O intuito de utilização da Inteligência Artificial com as referidas ambições não é exclusivo do Supremo Tribunal Federal. Vários órgãos jurisdicionais nacionais e internacionais já estudam e vêm implementando a IA para a realização das mais diversas tarefas, focando-se na eficiência da prestação jurisdicional. Quanto aos primeiros, pode-se mencionar, a título de exemplo bastante representativo, o Superior Tribunal de Justiça com os robôs *Sócrates* e *Athos*, soluções projetadas em 2019 que utilizam IA no fornecimento de informações e dados que ajudam a identificar demandas repetitivas¹².

⁹ Idem.

¹⁰ MINISTRO Roberto Barroso defende uso de tecnologia para melhorar a prestação jurisdicional. In: STF. Brasília: 01 mar. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461359&ori=1>. Acesso em: 7 mar. 2021.

¹¹ Idem.

¹² NORONHA, João Otávio de. Relatório do 1º ano de gestão: 2018-2019. In: STF. Brasília: ago. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/SiteAssets/documentos/noticias/Relatório%20de%20gestão.pdf>. Acesso em 7 mar. 2021.

Outros tribunais brasileiros não ficam de foram. Para evidenciar essa realidade, o Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (FGV), apresentou em 2020 relatório denominado “Inteligência Artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro”¹³. No documento, constatou-se que “os dados levantados apontam que cerca de metade dos tribunais brasileiros possuem projeto de inteligência artificial em desenvolvimento ou já implantados”. Quanto à eficiência garantida pela IA, ainda deixou claro que a IA tem crescente importância na eficiência e na qualidade da justiça brasileira¹⁴.

Contudo, diante da importância institucional e constitucional do Poder Judiciário, a incorporação da IA não ficou alheia às críticas¹⁵. Muitas dessas críticas apontam para a possibilidade de violação ao princípio do juiz natural, já que se estaria delegando às máquinas (ou aos seus programadores) atividades jurisdicionais que somente poderiam ser prestadas por membros do Poder Judiciário investidos pelas formas previstas na Constituição. Antes de adentrar nessa instigante questão, todavia, é indispensável traçar algumas considerações sobre esse caro princípio do processo civil.

2. Breves apontamentos sobre o princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural há muito já faz parte do ordenamento jurídico pátrio, tendo estado em todas as Constituições brasileiras com

¹³ SALOMÃO, Luis Felipe. Inteligência Artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. *In*: FGV Conhecimento. Rio de Janeiro, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://ciapi.fgv.br/publicacoes>. Acesso em 8 mar. 2021.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Por todos, veja-se o debate travado entre os professores Lenio Luís Streck e Alexandre Moraes da Rosa em ROSA, Alexandre de Moraes. **Inteligência artificial e Direito**: ensinando um robô a julgar. *In*: Conjur. [S.l., 4 set. 2021]. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinando-robot-julgar>. Acesso em 7 mar. 2021.

exceção da de 1937¹⁶. Na atual Constituição Cidadã, muito embora a expressão “juiz natural” não se faça presente, seu conteúdo normativo decorre do artigo 5º, incisos XXXVII e LII, quando dizem, respectivamente, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”¹⁷ e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”¹⁸.

Do texto constitucional, portanto, decorre a previsão de uma garantir fundamental ao cidadão, o qual somente será julgado pelo Juiz competente, ou seja, pelo representante do Estado investido de jurisdição. Isso quer dizer que a competência para “dizer o direito”¹⁹ é “exclusiva de quem a detém e excludente dos demais, tudo de modo a se chegar, a partir dos critérios de sua distribuição, a um juízo único para o ato processual – ou atos –, ou seja, o juiz natural”²⁰. Sem juiz natural não há decisão judicial.

Luigi Ferrajoli²¹, ao estudar o princípio do juiz natural, aponta que ele pode ser visualizado em três sentidos (ou aspectos) diferentes, porém que se relacionam. No primeiro sentido, significa “a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*”²²; ou seja, a clássica vedação aos juízos excepcionais ou de exceção. Em um segundo sentido, o princípio ganha a atribuição da impossibilidade de derrogação e da indisponibilidade das competências, não podendo o juiz dispor da prestação jurisdicional que lhe foi outorgada. Por fim, no terceiro sentido,

¹⁶ SCHNEIDER, Gabriela. Dos Estados Liberal e Social ao Estado Democrático: revisitando o princípio do “Juiz Natural” nas Constituições brasileiras (1824-1988). *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v. 12. n. 2, p. 90-106, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2620>. Acesso em 6 mar. 2021.

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2021.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Sobre essa expressão, chama-se atenção à crítica ao “paradigma racionalista” feita por Ovídio A. Baptista da Silva em: SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²⁰ COUTINHO, Jacinto. Art. 5º, LIII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2017. p. 454-457.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução: Fauzi Hassa. Choukr. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

²² Idem. p. 472.

relacionado com o primeiro, o que se garante é a unidade da jurisdição, que não pode ser especial para privilegiar determinada classe.

Já Humberto Theodoro Júnior estabelece o princípio do juiz natural a partir da atribuição do poder jurisdicional. Para o renomado processualista, que escreve sobre o assunto em seu prestigiado curso, anualmente reeditado desde 1985²³:

[...] só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna.

Sobre isso, é importante rememorar o que Francesco Carnelutti²⁴ - mesmo sem referir expressamente ao princípio do juiz natural e em um cenário sobremaneira anterior à possibilidade julgamento por máquinas - entendia a respeito da constituição do ofício judicial. Para o autor, não se trata de uma figura única a julgar, já que definia a composição do ofício judicial como o resultado “de un cierto número de personas establemente adscritas a las funciones judiciales; las tales, desde el punto de vista administrativo son empleados judiciales, y desde el punto de vista procesal, oficiales del proceso”²⁵. E mais além arremata: “la composición del oficio judicial está dispuesta según un principio de división del trabajo

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 115.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução para a versão espanhola: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972. Vol. 1.

²⁵ Idem. p. 198.

entre sus componentes”²⁶, ou seja, a jurisdição não é exercida apenas pelo juiz e, sim, por todos aqueles que atuam no Poder Judiciário.

Indo além, como decorrência do princípio do juiz natural (ou mesmo do que alguns autores referem como “princípio da investidura”²⁷), a jurisdição somente poderá ser exercida “por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz”²⁸. De forma mais singela, diz-se que é juiz (e, por isso, pode exercer a jurisdição) aquele representante do Estado que alcançou esta condição por meio dos requisitos estabelecidos na própria Constituição.

Sérvio Túlio Santos Vieira²⁹ diz que esse princípio, de estrita observância para o exercício da função jurisdicional é denominado “princípio da investidura regular”. Para o Desembargador aposentado do TJ/RJ³⁰:

O princípio da investidura regular consagra que só pode exercer atividade jurisdicional, em nome do Estado, a pessoa física que – em consonância com a Lei Maior – ingressou como membro do Poder Judiciário, através de concurso público no primeiro grau, ou por nomeação para compor o quinto constitucional reservado aos membros do Ministério Público e a Advogados, no segundo grau de jurisdição (arts. 93, I e 94, da Carta da República).

Identificadas, obviamente sem querer exaurir o estudo dessa rica temática, as características do princípio do juiz natural, não é difícil perceber que ele encontra atrito com julgamentos por meio da IA. O

²⁶ Idem. p. 254.

²⁷ É o caso de CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

²⁸ Idem. p. 171.

²⁹ VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da EMERK**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, 2010. p. 178-229. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_178.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

³⁰ Idem.

apontamento é que, no caso de decisões exclusivamente tomadas por Inteligência Artificial (atividade judicial interna), não julga quem foi “devidamente investido na autoridade de juiz” e sim os algoritmos (ou quem os programa³¹).

Porém, antes de estudar se há fundamento ou não a essas críticas, é fundamental fazer-se uma distinção. Isto é, para responder o que podem as máquinas fazer no âmbito do Poder Judiciário é indispensável antes questionar o que elas fazem e como fazem, o que passa por separar as atividades judiciais denominadas *internas* daquelas chamadas *externas*. Com base nisso, perceber-se-á que, enquanto nas primeiras a incorporação da IA não é acompanhada de maiores críticas, na segunda o princípio do juiz natural é apontado como sua maior vedação.

3. O que podem as máquinas fazer? As atividades judiciais *externas* e *internas*

Ao tratar do tema da Inteligência Artificial aplicada ao Poder Judiciário, é comum que surja o receio de que uma máquina decida os litígios e, em última medida, influencie o caminhar da vida em sociedade. Muito embora a IA já muito decida no cotidiano³², a possibilidade desta tecnologia ser institucionalizada e, às escâncaras, utilizada na decisão judicial cria grande tensão. Talvez este medo muito esteja relacionado à imagem que a literatura há muito faz dos robôs, por vezes admirados e sonhados e, por muitas outras, temidos³³.

³¹ Sobre isso, interessante discussão é sobre os vieses algoritmos, que pode ser encontrada em BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmos: política preditiva. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência artificial e Direito: ética, refutação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 671-696.

³² Na indicação de filmes ou direcionamento de publicidade, por exemplo.

³³ Muitas obras já desenharam a imagem da IA na figura aterrorizante robô com desejos próprios e intenção de subjugar os seres humanos a suas vontades, nos modelos de “Cutie”, a robô humanoide imaginado por Isaac Asimov no conto “Razão!” de 1941, que integra a sua conhecida coletânea denominada “Eu Robô”. No conto resta claro o medo que pairava não só no senso comum como nos cientistas de que os robôs, superando a inteligência humana, iriam se rebelar contra seus criadores. Sobre esse temor, veja-se a seguinte passagem: “Nem sempre símbolos

Por esse cenário, quando se fala em IA no Judiciário remete-se sempre à ideia de um robô julgando. Contudo, a prática mostra que essa incorporação é muito mais rica e repleta de possibilidades, sendo míope uma visão unidimensional do fenômeno. As atividades e funções para as quais a IA já é utilizada por órgãos jurisdicionais são tantas que a sua sistematização se torna tarefa complexa e demandaria muito mais que permite os estreitos contornos deste trabalho.

Para citar somente um exemplo, ferramentas de IA podem ser aplicadas a tarefas que envolvem a “análise artificial” de textos jurídicos, objetivando classificações e predições, por meio padrões retirados de um conjunto de documentos sobre um determinado domínio³⁴. Para isso, aplicar-se-ia um processo de “vetorização de textos”, conforme tecnicamente explicado por Daniel Boeing e Alexandre de Moraes da Rosa³⁵:

Algoritmos estabelecem relações entre *features* (aspectos dos dados) e um resultado. Possíveis *features* de um texto são: tipo, quantidade e posição em termos empregados, tipos de construções gramaticais contidas, informações semânticas e sintáticas e assim por diante. Possíveis resultados consistem no tipo de decisão (isto é, favorável, desfavorável), tipo de documento (petição inicial, contestação, recursos, etc.), relevância de um documento para um determinado fim (um *score* ou uma classificação binária do tipo ‘relevante/não relevante’).

No entanto, os próprios autores alertam que “espera-se mais do que isso nas atividades jurídicas”³⁶. Ou seja, os limites do crescimento da IA no âmbito judiciário ainda não estão delimitados, já sendo possível visualizar

matemáticos rabiscados num papel são a proteção mais reconfortante contra a realidade robótica”. ASIMOV, Isaac. Razão. In: ASIMOV, Isaac. **Eu, robô**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1971. p. 71-99.

³⁴ BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: Pragmática, Discricionariedade, Heurísticas e Vieses no Uso de Aprendizado de Máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

³⁵ Idem. P. 31-32.

³⁶ Idem. P. 28.

a sua utilização atual para análise e classificação de documentos, recomendação de assuntos e classes processuais, revisão documental, indicação e formulação de argumentos jurídicos. O rol não é taxativo e, de tempos em tempos, o atento jurista encontra nova notícia de ferramenta com IA ainda por ele desconhecida que, para a sua surpresa, já está incorporada ao Poder Judiciário.

Apesar de ser expressiva a quantidade de funcionalidades para a IA no Judiciário, é possível realizar uma cisão entre as atividades burocráticas e mecânicas de um lado e, de outro, a atividade propriamente decisória. Nesse sentido, autores que se debruçam sobre a temática reconhecem a diferença entre a aplicação da IA nas atividades judiciais *externas* e *internas*. Nas primeiras, a IA é encontrada “na tramitação e busca de dados, como leis, doutrinas e jurisprudência, enquanto na segunda ela é aplicada na atividade mental que supõe a tomada de decisão”³⁷.

Essa diferenciação é fundamental porque, com relação à aplicação da IA nas atividades judiciais *externas*, que, teoricamente, demandam menor atividade intelectual, a crítica parece mínima ou inexistente. Talvez porque envolvem atividades mecânicas com menor impacto nas discussões materiais do processo ou porque menos comprometeriam a atividade própria de julgar. Por outro lado, quando as atividades passam a ser as *internas*, a crítica eleva-se principalmente pelo esteio que essa tecnologia encontra (ou deve encontrar) nos princípios processuais.

No presente estudo, dos vários princípios que poderiam ser indicados como ventilados pelos estudiosos do tema³⁸, as atenções são direcionadas

³⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. Inteligência Artificial e Direito: uma análise prospectiva dos Sistemas Inteligentes no Processo Judicial. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jéfferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (org). **Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**. 1. ed. Belo Horizonte: São Paulo, 2020. p. 465-487.

³⁸ Sobre os princípios do devido processo legal, da fundamentação das decisões, da isonomia entre os litigantes e da transparência, sob o viés da IA aplicada à decisão judicial, já escrevemos em: FROHLICH, Afonso Vinício Kirschner;

ao princípio do juiz natural e à investidura da jurisdição. Alguns dos seus aspectos principais já foram acima traçados, permitindo que se passe, a essa altura, ao principal objetivo do presente estudo: verificar se a utilização da IA na decisão judicial viola o princípio do juiz natural.

4. Inteligência artificial, decisão judicial e o princípio do juiz natural

A todas as áreas do Direito e, em especial ao Direito Processual, já não é mais dado construir suas teorias e apoiar suas instituições alheios à principiologia constitucional. É indiscutível que os princípios se tornaram centrais ao processo e são corolários de uma decisão judicial democrática, já que são exigências da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade³⁹. Levando isso em consideração, a utilização da IA pelo Judiciário não pode se isentar de apoio nos princípios, que devem servir de norte para sua incorporação.

Assim acontece com o princípio do juiz natural acima mencionado. Por ele, da forma como posto pelos autores citados, mesmo que as máquinas possam auxiliar o julgador na tomada de decisão, não poderão elas propriamente decidir. Essa é uma atribuição dos juízes, aqueles “regularmente investidos, providos em cargos de magistrado e que se encontram no efetivo exercício desses cargos”⁴⁰. Isto é, pela Constituição brasileira, a decisão judicial sempre ficará a cargo do servidor público que ingressou na carreira “mediante concurso público de provas e títulos, [...], exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade

ENGELMANN, Wilson. **Inteligência Artificial e Decisão Judicial**: diálogo entre benefícios e riscos. 1. ed. Curitiba: Appris, 2020. 165p.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 116.

jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação”, nos exatos termos do seu artigo 93, inciso I⁴¹.

Ao cargo exercido, ainda é acrescida a indelegabilidade, pelo qual não poderá “o juiz, alterando os critérios da Constituição e da lei, transferir a outro a competência para conhecer dos processos que elas lhe atribuíram”⁴². Nem a outro nem à Inteligência Artificial, a qual sequer é pessoa nos termos do Código Civil e não tem capacidade jurídica. Também não se poderia cogitar a delegação para os programadores da Inteligência Artificial (aqueles que “dão vida” às máquinas e fornecem os seus dados de trabalho) já que, muito embora sejam humanos, não atendem aos pressupostos descritos nos artigos da Constituição Federal acima transcritos.

A consequência é evidente: o princípio do juiz natural impõe que os litigantes tenham suas demandas resolvidas por um juiz “de carne e osso”, que passou em um concurso público ou que ingressou na carreira pelo quinto constitucional⁴³. Diz-se isso sem querer dizer, obviamente, que a Inteligência Artificial não pode auxiliar o julgador no caminho decisório, fornecendo dados ou mesmo redigindo um projeto de decisão. O que não poderia, ao que parece, é a máquina assumir o controle da decisão, conforme apontam Cassol e Ribeiro⁴⁴:

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 mar. 2020.

⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 173.

⁴³ FORSTER, João Paulo Kulczynski; BITENCOURT, Daniella; PREVIDELLI, José Eduardo A.. Pode o “juiz natural” ser uma máquina? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S.L.], v. 19, n. 3, p. 181-200, 29 dez. 2018. Sociedade de Ensino Superior de Vitória. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1631>. Acesso em 06 mar. 2021.

⁴⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. Inteligência Artificial e Direito: uma análise prospectiva dos Sistemas Inteligentes no Processo Judicial. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jéfferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (org). **Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**. 1. ed. Belo Horizonte: São Paulo, 2020. p. 465-487. p. 471.

A inteligência artificial é restrita ao princípio do juiz natural na medida em que caberá apenas ao magistrado, que é quem detém competência para processar e julgar, tomar decisões ao longo do processo, não à máquina, que se destinará a auxiliar a autoridade competente, seja com análises, pesquisas, sugestões e até elaborações de minutas, bem como decisões interlocutórias e sentenças.

A passagem acima parte da separação já antes estabelecida entre as atividades judiciais *externas* e *internas*, sendo que as primeiras poderiam ser tranquilamente repassadas à IA, enquanto a função propriamente decisória permanece restrita aos juízes humanos. Mesmo que a IA possa contribuir até mesmo com a elaboração de minutas de decisões, a tarefa decisória é, ao menos por enquanto, propriamente humana, já que, como advertem os autores, a competência não é da máquina. Portanto, o princípio do juiz natural e da investidura, aos quais se somam outros princípios caros ao processo civil, poderiam vir a ser “norteadores e limitadores do uso indiscriminado dos sistemas inteligentes”⁴⁵.

Em sentido bastante semelhante, Foster, Bitencourt e Previdelli, entendem que “as máquinas podem, sim, desempenhar funções relevantes e auxiliar no sistema judicial”, porém ressaltam que “o uso irrestrito desses robôs encontra barreiras legais, como a do juiz natural”⁴⁶. O que os autores apontam, em sentido consonante ao que vem sendo defendido neste trabalho, é que o princípio do juiz natural somente seria violado caso a IA fosse utilizada sem o questionamento e a revisão humana. Porém, indo além do que aqui foi exposto, ainda asseveram que “a humanidade e seus consequentes sentimentos são predicados desejáveis aos

⁴⁵ Idem. p. 470.

⁴⁶ FORSTER, João Paulo Kulczynski; BITENCOURT, Daniella; PREVIDELLI, José Eduardo A. Pode o “juiz natural” ser uma máquina? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S.L.], v. 19, n. 3, p. 181-200, 29 dez. 2018. Sociedade de Ensino Superior de Vitória. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1631>. Acesso em 06 mar. 2021.

juízes”⁴⁷, mais um motivo pelo qual os julgadores, partindo de tal premissa, não podem constitucionalmente deixar de ser seres humanos.

Como se percebe, há um grande espaço para a atuação da IA no Poder Judiciário, podendo ser aplicada sem violar o princípio do juiz natural. Podem as máquinas, por exemplo, atuarem na predição e análise de textos jurídicos, separação de documentos, redação de textos, entre várias outras possibilidades para as quais as máquinas atuam infinitas vezes melhor que os seres humanos. Com isso, a IA pode auxiliar para libertar o Poder Judiciário “do domínio da massificação que sufoca o verdadeiro sentido do direito”⁴⁸. Isso desde que haja a revisão humana por parte do magistrado, aquele que é investido no cargo e deve prestar a jurisdição.

Considerações finais

A Inteligência Artificial inegavelmente já faz parte do cotidiano do Direito, sendo estudada, desenvolvida e aplicada no Poder Judiciário. Como visto, neste âmbito, a inserção da IA ampara-se em uma tentativa de garantir uma maior celeridade ao processo, o qual, sabidamente, é moroso e encontra dificuldades de entregar a prestação jurisdicional em tempo razoável⁴⁹. Um cenário que já era urgente em 2004 quando Ovídio A. Baptista da Silva sinalizava: “Juizes e Advogados, quando se encontram, em sua convivência cotidiana, costumam lamentar-se da morosidade do Poder Judiciário”⁵⁰. Hoje é ainda mais, já que os tribunais estão como nunca abarrotados de processos esperando decisão definitiva.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. Inteligência Artificial e Direito: uma análise prospectiva dos Sistemas Inteligentes no Processo Judicial. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jéfferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (org). **Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**. 1. ed. Belo Horizonte: São Paulo, 2020. p. 465-487. p. 486.

⁴⁹ Sobre esse assunto, vide: WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁵⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 299.

A Inteligência Artificial pode, de fato, ser aplicada como um dos remédios, já que é “especialista” na automatização de tarefas mecânicas repetitivas ou padronizadas, simplificando e racionalizando procedimentos. Mais do que isso: pode possibilitar que os servidores utilizem seu tempo para questões que demandem maior atividades intelectivas. O tempo gasto para pesquisa de jurisprudência, por exemplo, pode ser utilizado para a redação de minutas de decisões, com análise das vicissitudes do caso concreto.

Por outro lado, esse trabalho buscou analisar alguns cenários de possibilidade de violação o juiz natural (ou mesmo da investidura) a partir desta tecnologia. Fala-se do princípio de processo civil que garante que a atividade jurisdicional somente seja prestada pelo membro do Poder Judiciário através das formas previstas na Constituição Federal. Por óbvio, para responder essa pergunta foi-se necessário não só definir o princípio do juiz natural como separar o joio do trigo, isto é, distinguir as decisões judiciais *externas* das *internas*.

Com base nisso, sem de forma alguma querer esgotar esse interessantíssimo e atual tema, pôde-se considerar que a utilização da IA na decisão judicial não parece violar o juiz natural caso seja aplicada naquelas questões burocráticas como pesquisa de jurisprudência, coleta de dados, separação de documentos e, inclusive, redação de minutas de decisões. Por outro lado, quando a máquina passa a propriamente decidir, arreperia-se o princípio do juiz natural e o olhar do jurista passa a ser mais atento.

Incentivar a utilização da IA nas primeiras atividades judiciais acima mencionadas é benéfico ao judiciário. Cassol e Ribeiro, inclusive, entendem que a partir da adoção dessa nova possibilidade pelo Poder Judiciário “morre o padrão, desaparece o modelo, sucumbe a falta de criatividade para dar lugar ao incomum, ao surgimento do inusitado, ao

nascimento da inovação”⁵¹. Todavia, às segundas atividades (propriamente decisórias) é que o jurista deve voltar sua atenção. E nesse âmbito, as críticas podem, como esse trabalho procurou demonstrar, ter como ponto de partida o princípio do juiz natural.

Referências

ASIMOV, Isaac. Razão. *In*: ASIMOV, Isaac. **Eu, robô**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1971. p. 71-99.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**: Pragmática, Discrecionalidade, Heurísticas e Vieses no Uso de Aprendizado de Máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmos: política preditiva. *In*: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência artificial e Direito**: ética, refutação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 671-696.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Mesa. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 7 mar. 2021.

BUFFON, Marciano. **Tributação, Desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso**. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

⁵¹ RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. Inteligência Artificial e Direito: uma análise prospectiva dos Sistemas Inteligentes no Processo Judicial. *In*: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jéfferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (org). **Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**. 1. ed. Belo Horizonte: São Paulo, 2020. p. 465-487.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução para a versão espanhola: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972. Vol. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COUTINHO, Jacinto. Art. 5º, LIII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2017. p. 454-457.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: **Teoria do garantismo penal**. Tradução: Fauzi Hassa. Choukr. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FORSTER, João Paulo Kulczynski; BITENCOURT, Daniella; PREVIDELLI, José Eduardo A. Pode o “juiz natural” ser uma máquina? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S.L.], v. 19, n. 3, p. 181-200, 29 dez. 2018. Sociedade de Ensino Superior de Vitória. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1631>. Acesso em 06 mar. 2021.

FROHLICH, Afonso Vinício Kirschner; ENGELMANN, Wilson. **Inteligência Artificial e Decisão Judicial**: diálogo entre benefícios e riscos. 1. ed. Curitiba: Appris, 2020.

JOBIM, Marcos Félix. Processos estruturais, inteligência artificial e fase decisória: (in)compatibilidade? In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jéfferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (org). **Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**. 1. ed. Belo Horizonte: São Paulo, 2020. p. 311-327.

LATORRE, José Ignacio. **Ética para máquinas**. 1.ed. Barcelona: Editora Planeta, 2019.

LIMA, Isaías; PINHEIRO, Carlos A. M.; SANTOS, Flávia A. Oliveira. **Inteligência Artificial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevierm, 2014.

MINISTRO Roberto Barroso defende uso de tecnologia para melhorar a prestação jurisdicional. *In*: STF. Brasília: 01 mar. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461359&ori=1>. Acesso em: 7 mar. 2021.

MORENO, Alfredo. A sociedade algorítmica. Tradução: **Wagner Fernandes de Azevedo**. Instituto Humanitas Unisinos. São Leopoldo: 19 ago. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/601981-a-sociedade-algoritmica>. Acesso em: 7 mar. 2021.

NORONHA, João Otávio de. Relatório do 1º ano de gestão: 2018-2019. *In*: STF. Brasília: ago. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/SiteAssets/documentos/noticias/Relatório%20de%20gestão.pdf>. Acesso em 7 mar. 2021.

RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. Inteligência Artificial e Direito: uma análise prospectiva dos Sistemas Inteligentes no Processo Judicial. *In*: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jéfferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (org). Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões. 1. ed. Belo Horizonte: São Paulo, 2020. p. 465-487.

ROSA, Alexandre de Moraes. Inteligência artificial e Direito: ensinando um robô a julgar. *In*: Conjur. [S.l., 4 set. 2021]. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinando-robo-julgar>. Acesso em 7 mar. 2021.

SCHNEIDER, Gabriela. Dos Estados Liberal e Social ao Estado Democrático: revisitando o princípio do “Juiz Natural” nas Constituições brasileiras (1824-1988). **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 12. n. 2, p. 90-106, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2620>. Acesso em 6 mar. 2021.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da EMERK**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, 2010. p. 178-229. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_178.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente e a coisa julgada

*Alana Gabriela Engelmann**

Introdução

É nítido como cada vez mais o ordenamento jurídico brasileiro tem procurado formas alternativas mais eficientes para alcançar a tutela jurisdicional, bem como para dispor que todos tenham o devido acesso à justiça, como uma forma de assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Não restam dúvidas de que o fato de que a desencadeada crise da Jurisdição, que acaba por deixar de cumprir a duração razoável do processo, que leva à formas de sumarização do processo como vias mais céleres, que resultam em alternativas à ordinariiedade.

Assim, o Código de Processo Civil, instituído através da Lei nº 13.105/2015, trouxe grandes mudanças no âmbito das tutelas de urgência, uma vez que houve a reunião da tutela cautelar e da tutela antecipada, que agora se encontram agrupadas sob único título chamado “Tutelas Provisórias”.

A grande inovação no âmbito das tutelas de urgência refere-se à tutela antecipada, que no novo diploma pode ser dar pelo procedimento denominado antecedente, permitindo a estabilização dos efeitos da decisão antecipatória, mediante cumprimento de alguns pressupostos.

* Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pesquisadora da Escola de Processo, na Unisinos, sob coordenação do prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Especialista em Novo Processo Civil Brasileiro pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail alanengelmann@hotmail.com.

Ocorre que o legislador foi extremamente categórico ao referir que a estabilização dos efeitos da decisão antecipada não é capaz de produzir coisa julgada, conforme será demonstrado a seguir.

Diante disso, é de suma importância a realização da análise dos pressupostos da coisa julgada, para verificar se a adoção pelo legislador, de que a decisão estabilizada, apesar do transcurso do prazo para propositura da demanda de cognição exauriente que possui o objetivo de rever, invalidar ou reformar a decisão estabilizada, não faz coisa, se foi devidamente correta.

1. O instituto da estabilização da tutela antecipada, quando concedida em caráter antecedente e sua adoção no código de processo civil

Primeiramente, deve ser realizada uma análise ao art. 304 do Código de Processo Civil, em que se nota que o legislador, ao introduzir referido artigo no sistema processual brasileiro, busca criar uma técnica de sumarização da tutela de conhecimento estruturada a partir da criação da estabilização da tutela antecipada antecedente, sendo esta uma espécie da tutela provisória de urgência, conforme disposto no art. 297 do referido diploma legal, tendo em vista que, se concedida nos termos do artigo 303, ou seja, antes da propositura da demanda principal, ou seja, *ante causam*, poderá tornar-se “estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, conforme previsão do próprio texto legal, podendo-se ainda dizer que referida técnica responde à distribuição equânime da duração razoável do processo entre as partes ao transferir para o demandado o ônus de propor o processo de cognição plena e exaustiva¹.

Primeiramente, cabe aqui demonstrar que a influência pela adoção do instituto da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter

¹ ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 264

antecedente, se deu através do Direito Francês, da figura denominada como *jurisdiction des référés*, que era um provimento de urgência cuja única exigência era de que não poderia causar prejuízo a demanda principal, ou seja, que a decisão tivesse efeito provisório e que pudesse ser revogada futuramente², sendo que o *référé* teve lugar em função do grande aumento da litigiosidade, sendo que se acabou por adotar esta espécie de ‘jurisdição presidencial’ de urgência, que permitia ao juízo de primeiro grau decidir, de forma provisória - resolvendo questões fáticas urgentes - e sem gerar prejuízos ao processo principal, o mérito do processo³.

Paulatinamente, a jurisdição do *référé* adotada pela França acabou por absorver grande parte da jurisdição comum porque tinha o efeito de realizar rapidamente o próprio direito litigioso e, em função disso, resolver o conflito, tornando muitas vezes inútil a própria futura sentença de mérito, de acordo com Ovídio Baptista da Silva⁴.

E justamente aí que residia a grande vantagem da forma processual do *referé* no Direito Francês: o mesmo não buscava uma composição definitiva do conflito, mas atingia a estabilização de uma situação de fato, a partir de uma forma processual sumária, sem pretensão à formação de coisa julgada, porém extremamente útil do ponto de vista da efetividade do processo e do direito⁵, sem a posterior confirmação da tutela mediante processo de cognição exauriente, mostrando assim que a influência pela adoção do instituto da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, se deu do Direito Francês.

² SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares. **Revista dos Tribunais**. v. 61, Jan-Mar 1991, p. 7-23

³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5

⁴ Idem, p. 6

⁵ LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque Tudo Que é Vivo Vivo, Morre” Comentários Sobre o Regime Da Estabilização dos Efeitos da Tutela Provisória de Urgência no Novo CPC. **Revista de Processo**. v.250, Dez 2015, p.167-187

Voltando ao Direito Italiano, havia uma grande tendência acerca da adoção de técnicas de sumarização processual que, acerca dessa tendência na Itália, a partir da reforma de 1990 do Código de Processo Civil italiano, conforme Lei de 26 de novembro de 1990, que teve inspiração no colóquio internacional, realizado em Milão, organizado em 1983, por Giuseppe Tarzia, que introduziu, sob a inspiração do *référé provision* francês, acima descrito, que nada mais é do que a possibilidade de deferimento de medida antecipatória de execução imediata que pode se tornar definitiva, sendo que esse sistema ainda mantém como regra geral a necessidade de posterior demanda de cognição exauriente, que irá gerar as cautelares *ante causam* dos artigos 669-octies⁶ e 669-novies⁷, do mesmo diploma legal, pois a norma prevê que o juiz determine prazo não excedente aos 60 (sessenta) dias para o início do processo de cognição plena e exaustiva, mas o provimento poderá conservar a sua eficácia independente do início da fase de cognição plena e exaustiva⁸.

Ainda sobre a sumarização do procedimento, ela foi estendida também ao processo de conhecimento, diretamente nos artigos 186-bis⁹ e

⁶ Art. 669-octies. (Provvedimento di accoglimento) l'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-novies. In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni. (...)

⁷ Art. 669-novies. (Inefficacia del provvedimento cautelare). Se il provvedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all'articolo 669-octies, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento, su ricorso della parte interessata, convocate le parti con decreto in calce al ricorso, dichiara, se non c'è contestazione, con ordinanza avente efficacia esecutiva, che il provvedimento è divenuto inefficace e da le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente. In caso di contestazione l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare decide con sentenza provvisoriamente esecutiva, salva la possibilità di emanare in corso di causa i provvedimenti di cui all'articolo 669-decies. (...)

⁸ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 265-266

⁹ Art. 186-bis. Ordinanza per il pagamento di somme non contestate. Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite (165, 167, 271). Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparazione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. L'ordinanza (134) costituisce titolo esecutivo (474) e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo (305, 306 ss.) (...)

186-ter¹⁰, que regulam a *ordinanza per il pagamento di somme non contestate* e da *istanza di ingiunzione*, que nada mais são do que tutelas sumárias, deferida no curso do processo, que podem futuramente se tornar definitivas, afastando qualquer questão que diga respeito a sumariedade e a provisioriedade do procedimento, pois seus efeitos podem sobreviver à extinção do processo¹¹.

Na mesma linha que o Código de Processo Civil Italiano, o Código de Processo Civil português de 2013 também procurou um caminho com técnicas de sumarização processual, com algumas mudanças comparado ao modelo Italiano, mas com muitas semelhanças, uma vez que o legislador criou o artigo 369, que instituiu a inversão do contencioso, ou seja, quando há o deferimento da tutela cautelar e realizado o cumprimento de determinados requisitos, não há a necessidade de início da fase de cognição plena, valendo a providencia como composição definitiva do litígio, havendo assim a supressão do processo principal posterior, sendo que, como requisitos necessários para a inversão, a lei faz certas exigências, como, por exemplo, que haja o requerimento nos autos, que a prova dos fatos constante do processo seja hábil a formação da convicção segura do juiz, o que nada mais é do que a probabilidade do direito e que a providencia cautelar tenha aptidão para regular o conflito de forma definitiva¹².

¹⁰ Art. 186-ter. (Istanza di ingiunzione) Fino al momento della precisazione delle conclusioni, quando ricorrano i presupposti di cui all'art. 633, primo comma, n. 1), e socondo comma, e di cui all'art. 634, la parte può chiedere al giudice istruttore, in ogni stato del processo, di pronunciare con ordinanza ingiunzione di pagamento o di consigna. Se l'istanza e proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti eed assegna il termine per la notificazione. (...) Se il processo si estingue l'ordinanza che non ne sai gia munita acquista efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 653, primo comma. Se la parte contro cui e pronunciata l'ingiunzione e contumace, l'ordinanza deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell'art. 644. In tal caso l'ordinanza deve altresì contenere l'espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverra esecutiva ai sensi dell'art. 647. L'ordinanza dichiarata esecutiva costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

¹¹ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 266-267

¹² ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 268

Assim, percebe-se que o legislador teve o cuidado de estipular que, além da necessidade de iniciativa do autor, as duas exigências para concessão dessa tutela cautelar diriam respeito a proporcionalidade da cognição, o que se quer dizer que a parte autora tem o dever de demonstrar os fatos constitutivos do direito do autos, sendo que os mesmos necessitam formar a convicção judicial, o que poderia ser assimilado com o requisito da probabilidade do direito, que é requisito indispensável para o deferimento de tutela cautelar do Código de Processo Civil brasileiro, e que o conteúdo da decisão cautelar deferida tenha condições de regular o conflito como um todo, como sucede, por exemplo, com o deferimento de alimentos provisórios ou de medidas possessórias¹³.

Conforme exposto pela doutrinadora Rita Lynce¹⁴, em ensaio escrito ainda quando do texto da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil português, é apontado com ela que esse sistema processual já havia produzido duas experiências anteriores semelhantes, de alteração das cautelares satisfativas ou antecipatórias, sendo que, conforme continua a autora, tanto o artigo 121, n. 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativo, quanto o artigo 16 do Regime Processual Civil Experimental permitem que a decisão originariamente provisória se trasmude em definitiva, regulando o conflito, quando presentes condições para o deslinde da questão, tornando despicendo o processo posterior, sendo que a solução adotada pelo ordenamento jurídico lusitano se distingue do modelo francês, italiano e alemão, pois não há a necessidade de um segundo provimento definitivo, logo após o processo cautelar em

¹³ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 268

¹⁴ LYNCE, Rita. Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, v. 1, p. 1144-1145

razão da desnecessidade de outra cognição, sendo que o processo cautelar será capaz de produzir coisa julgada.

Conforme já demonstrado acima, resta claro que o nosso legislador optou pela adoção do sistema francês, para adoção do instituto da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, mas sem excluir o fato de que todos os ordenamentos acima elencados, contribuíram para a criação do referido instituto junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

No caso em que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente é deferida, havendo a intimação do Réu sobre tal decisão que concedeu a tutela antecipada, sendo que, se o réu não interpuser Agravo de Instrumento dessa decisão, o processo será extinto e a decisão irá se tornar estável, e, caso de interposição do presente recurso, o processo irá prosseguir, sendo designada audiência de conciliação e mediação, mostrando assim que a intenção do legislador com essa redação foi justamente de automatizar e estabilizar a tutela antecipada¹⁵. Em outras palavras, que basta que o mesmo se manifeste, no mesmo prazo legal, oferecendo contestação ou, ainda, manifestando-se no sentido de que seja realizada a audiência de conciliação ou de mediação, sendo que essa alternativa também possui a finalidade de demonstrar que o parte ré possui vontade de exaurir o debate com o prosseguimento do processo, economizando assim o recurso de agravo, sem causar prejuízo à parte.¹⁶

Apesar da análise feita acima, não se pode esquecer que, independente dos argumentos expostos, a única maneira de enfrentar a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, quando ela é concedida em caráter antecedente, é com a interposição do recurso de agravo de

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.145

¹⁶ Idem, p.146

instrumento, sendo que, no presente caso, a decisão não se tornará estabilizada e o processo de cognição plena e exauriente terá seu normal prosseguimento.

Não se pode esquecer que, como a regra para a solução adjudicada dos conflitos continua sendo a cognição plena e exaustiva capaz de produzir coisa julgada, qualquer ato processual, como contestação, recurso, pedido de reconsideração, suspensão da segurança, etc., afasta a presunção de ter o réu abjudicado do julgamento do conflito em plena *causae cognitio*, o que não é o caso da decisão que estabiliza os efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, caso não haja a interposição do recurso cabível para impugnar a referida decisão. Apesar de se tratar de um provimento antecipatório, o que se quer dizer que é um provimento provisório por sua natureza, mesmo que a decisão reste irrecorrida, poderá ser alterada ou revogada diante das alegações trazidas pelo demandado na própria ação que possui por finalidade rever, revogar a decisão concedida¹⁷.

2. Da decisão que estabiliza a tutela antecipada concedida em caráter antecedente e a coisa julgada

Por outro lado, é a estabilização dos efeitos da decisão que concede a tutela antecipada de forma antecedente que constitui a “cereja do bolo” em matéria de sumariedade no Código de Processo Civil, uma vez que a decisão fundada em juízo de verossimilhança atinge o maior grau possível, tornando-se estável, em vez de ser posteriormente absorvida/confirmada por decisão fundada em cognição exauriente”¹⁸.

¹⁷ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 271

¹⁸ BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil: ordinaryiedade versus sumariedade**. Curitiba: Juruá, 2016, p.150

De qualquer forma, o nível de cognição não superará a cognição sumária nos provimentos de urgência, no caso unilateral, somente com base nos enunciados do autor acerca da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo impossível, portanto, e totalmente inconstitucional, a formação de coisa julgada, expressa e sabiamente excluída pelo próprio legislador no parágrafo 6º do artigo 304 do Código de Processo Civil¹⁹.

Uma questão relevante acerca da estabilização da decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente diz respeito à formação ou não de coisa julgada. O legislador deixou bem claro no art. 302, § 6º que tal decisão não fará coisa julgada, conforme segue: “§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”²⁰.

Tendo em vista que resta claro no referido art. 304, § 6º, que a estabilização dos efeitos da decisão somente serão afastados por decisão que revir, formar ou invalidar os efeitos da estabilização, sendo que tal decisão será proferida em processo de cognição exauriente com tal finalidade, Daniel Mitidiero questiona a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente²¹, pois após esse prazo a estabilidade torna-se “inafastável”, ou seja, torna-

¹⁹ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 271-272

²⁰ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

²¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.147

se - sem o ingresso de ação posterior ajuizado no prazo legal - imutável e indiscutível²².

Diante desse pensamento, o doutrinador acima citado procura abordar que, apesar do Código trazer expressamente que a decisão estabilizada que concede a tutela antecipada em caráter antecedente não faz coisa julgada – pois tal instituto pertence aos procedimentos de cognição exauriente - deveria continuar sendo possível o exaurimento da cognição passado o prazo de 02 (dois) anos “até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supressio*)”²³.

Uma vez que possui natureza de provimento de urgência, diante do fato de ser emitido em cognição sumária, como qualquer provimento de urgência, seu conteúdo não é hábil a gerar coisa julgada material, pois não se trata de sentença ou decisão interlocutória que tenha julgado o mérito, o que também demonstra que a simples inércia do réu, nesse caso, não é compatível com os efeitos da revelia, pois não foi citado para um processo que poderia produzir coisa julgada, mas para um processo que, em razão de sua contumácia, só terá capacidade de produzir estabilização da antecipação da tutela *ante causam*. Admitir diversamente importa em violação da calculabilidade ou previsibilidade e, por conseguinte, da segurança jurídica, viciando de inconstitucionalidade o instituto, pois ao réu não era possível imaginar que sua omissão pudesse redundar em julgamento definitivo do conflito de interesses, sendo que a cognição, portanto, continuará sendo compatível com uma decisão prolatada sob a

²² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.145

²³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.147-148

urgência e, portanto, naturalmente sumária, incapaz de produzir coisa julgada²⁴.

Nesse mesmo sentido é a doutrina Espanhola, conforme afirma Jordi Nieva Fenoll, ao afirmar que a doutrina majoritária espanhola adota a teoria de que para formação da coisa julgada, há diversos pressupostos e garantias que deveriam ser observadas no momento de proferir referida decisão, sendo que somente através de um juízo de cognição exauriente que é possível alcançar referida segurança jurídica²⁵.

A questão que levanta maiores debates diz respeito à inalterabilidade da decisão após o transcurso do prazo de 2 (dois) anos para a propositura da ação de complementação de cognição, como previsto no artigo 304, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, não podendo se esquecer que paralelamente a este prazo seguem transcorrendo os prazos prescricionais e decadenciais aplicados às hipóteses, estando sujeita a relação jurídica de direito material à consolidação de prazos materiais, como a usucapião, por exemplo²⁶.

Sendo assim, a simples análise do prazo de 2 (dois) anos para propor a ação com o objetivo de rever ou revogar a decisão que concedeu a tutela antecipada concedida em caráter antecedente, possui, então, a natureza de prazo decadencial da ação de complementação da cognição, como ocorre na ação rescisória dos artigos 966 e seguintes do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido, acima exposto, quanto ao prazo de dois anos para essa nova demanda, Teresa Arruda Alvim Wambier²⁷ e Guilherme Rizzo

²⁴ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 272

²⁵ FENOLL, Jordi Nieva. **Coisa Julgada**. Tradução Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 171-173

²⁶ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 272

²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. In: BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil: ordinariade versus sumariade**. Curitiba: Juruá, 2016, p.160

Amaral²⁸ defendem a ideia a mesma ideia de que tal prazo possui natureza decadencial, não admitindo suspensão e nem interrupção, enquanto que Elaine Harzheim Macedo entende que não se trata nem de um prazo decadencial, muito menos de um prazo prescricional, uma vez que não faz coisa julgada, tendo em vista que a decisão que concede a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente é provisória, e nunca terá caráter de definitiva, sugerindo para tal caso uma nova hipótese de perempção no direito processual brasileiro²⁹.

No entanto, essa estabilização qualificada, sendo assim denominada em virtude da sua imutabilidade após o transcurso do prazo de 02 (dois) anos para propositura da demanda de cognição exauriente, que possui o objetivo de rever, invalidar ou reformar a decisão, e em razão da inalterabilidade pelo transcurso do prazo, não transforma a decisão de antecipação em sentença de mérito transitada em julgado, mas simplesmente impede a propositura da ação do artigo 304 do Código de Processo Civil, sendo que o que irá acontecer é o seguinte: decisão de provimento de urgência sem decidir o mérito, ou seja. Que somente conheceu e julgou a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que são os requisitos para concessão da tutela antecipada, sendo que, é incapaz de, após o lapso temporal de 2 (dois) anos, transformar o seu conteúdo de cognição sumária em plena e exaustiva, e sequer produzir coisa julgada, sendo que continuará possível, então, a alegação do direito da parte ré em outra ação que eventualmente lhe seja movida ou que

²⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. In: BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil**: ordinariedade versus sumariedade. Curitiba: Juruá, 2016, p.160

²⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção? In: BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil**: ordinariedade versus sumariedade. Curitiba: Juruá, 2016, p.160

promova, pois não ocorrendo coisa julgada, não haverá seus efeitos negativos ou positivos sobre o direito material³⁰.

Não se está dizendo, aqui, que a decisão que concedeu a tutela antecipada concedida em caráter antecedente, e que teve seus efeitos estabilizados em virtude da falta de interposição do recurso cabível, qual seja, o agravo de instrumento, pode ser revista após o prazo de 2 (dois) anos para a propositura da demanda para rever a decisão, sendo que o que está se tentando mostrar é que o direito material, uma vez que não atingido pelos efeitos da coisa julgada, poderá ser revisto.

Para sustentar a ideia de que o Réu pode rever o direito, traz os seguintes exemplos de decisões antecipatórias estabilizadas em definitivo em razão do ineditismo da norma em nosso sistema processual, para que se possa avaliar os efeitos danosos que o prazo de estabilização vai impor.

Um exemplo é quando, após o transcurso dos 2 (dois) anos, a decisão que antecipou sumariamente o embargo de uma obra, que acaba se estabilizando e não há a rediscussão da decisão através da ação cabível para tanto, pode-se observar, posteriormente, no entanto, através de detido laudo pericial, que a mesma obra é absolutamente necessária para manter a estrutura do prédio sob pena de desabamento sobre um loteamento vizinho, sendo que nesta hipótese e nessas circunstâncias, qualquer juiz que buscar uma decisão justa vai deferir outra medida de urgência, determinando a continuidade da obra, sem considerar a estabilização definitiva³¹.

Também pode-se citar outros casos mais corriqueiros em que, apesar de haver a estabilização, poderá haver a mutação do direito material,

³⁰ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 272-273

³¹ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 273

mostrando que a estabilização por prazo sem cognição plena e exaustiva se mostra impertinente, sendo esse exemplo, no caso, se a antecipação diz respeito à obrigação de pagar alimentos e, posteriormente à estabilização qualificada, o alimentado toma conhecimento de prova, que já existia ao tempo da estabilização, como a renda declarada do alimentante, que poderia ensejar a melhor adequação de sua possibilidade de pagar, também poderá propor a ação de cognição plena e exaustiva posterior com o objetivo de alterar a situação jurídica³².

Não havendo coisa julgada, pode-se aplicar à estabilização da antecipação de tutela *ante causam*, de *lege lata*, a teoria dos mecanismos de estabilização de Antônio do Passo Cabral³³, para afirmar que a decisão após os 2 (dois) anos vai adquirir uma estabilidade “forte”.

De qualquer forma, mesmo que se admita a estabilização apenas dos efeitos da decisão antecipada, qual seja, execução, e não do seu conteúdo conhecido, ou seja, declaratório acerca do mérito, o fato de se reingressar com a mesma demanda ou a propositura da ação de cognição plena posterior, ao julgar o mérito e iniciar a produção de seus efeitos, vai atingir e afastar os efeitos da decisão provisória, pois a execução do mérito irá se contrapor aos efeitos estabilizados, uma vez que essa demanda de cognição plena produzirá coisa julgada, sendo que somente a coisa julgada produz sua eficácia negativa, pois é esta a maior característica de sua estabilidade máxima, o que demonstra de forma clara e simples que haverá estabilização dos efeitos executivos até que sobrevenha alteração do

³² ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 273

³³ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa Julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013.

conteúdo cognitivo ou declarativo de mérito em outra ação e processo, respeitados os prazos prescricionais e decadenciais do direito material³⁴.

Em outras palavras, a decadência do direito de ação de complementação da cognição do artigo 304 do Código de Processo Civil atinge o direito de propô-la, mas não o direito material da parte, cujos prazos extintivos permanecem regulados pelo Código Civil, sendo que admitir que a estabilização após os dois anos possa ter impactos diretos no direito material das partes é concordar que todos os prazos prescricionais e decadenciais foram alterados para 2 (dois) anos, quando os casos forem atingidos pela tutela antecipada *ante causam* estabilizada, sendo que essa interpretação é inconstitucional em razão da violação da proporcionalidade dos prazos decadenciais e prescricionais previstos na lei civil de acordo com o direito material, sendo que a mesma objeção não pode ser oposta à ação rescisória, pois, nesse caso, houve o julgamento acerca do direito material³⁵.

Assim, resta claro que o legislador não levou em conta, quando criou o prazo decadencial de 2 (dois) anos para rever ou invalidar a decisão, os efeitos modificativos da realidade do conflito que o cumprimento do provimento antecipatório pode produzir, alterando na mesma proporção a causa de pedir originária, sendo que, ainda, a ação de complementação da cognição ou de revisão poderá ter outra conformação de causa de pedir e de pedido diverso da ação originária, o que demonstra que admitir que o transcurso do prazo de 2 (dois) anos possa impossibilitar a instauração da *plena cognitio* importa em inconstitucional negativa de jurisdição, pois

³⁴ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 273-274

³⁵ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 274

veda o julgamento de novo conflito, surgido dessa nova conformação da realidade³⁶.

Uma vez que não se pode falar em coisa julgada sobre os efeitos da decisão estabilizada, também não se pode admitir que tal estabilização produza o efeito negativo próprio da *res judicata*, sendo que, não somente quanto a novos conflitos, mas também quanto ao mesmo conflito de interesses originário, como, impossibilitar o novo ingresso da mesma ação originária estabilizada em cognição sumária, sendo que essa impossibilidade viola o contraditório e a proporcionalidade entre a cognição plena e exaustiva e a coisa julgada, uma vez que apenas a referida demanda que é dado o efeito negativo de impedir o ingresso de novas ações posteriores acerca do mesmo objeto litigioso, sendo que a decisão provisória, proferida mediante cognição sumária, não pode impedir o direito de acesso à justiça, em outras palavras, se o réu permitiu a estabilização da execução da antecipação, isso não inclui a supressão do seu direito de acesso à justiça³⁷.

Ainda, é dado ao autor a legitimidade para propor essa ação, uma vez que é fato, por exemplo, que após a efetivação da medida e o transcurso do prazo de dois anos, o próprio demandante se veja diante de outro conflito de interesses com o réu, acerca do mesmo objeto litigioso, mas com base em outros fundamentos, sendo que, caso o autor não tenha a possibilidade de ingressar com nova demanda para rever a decisão proferida, ficará ele impossibilitado de propor nova ação, violando seu direito de acesso à justiça, bem como o caso de a estabilização recair sobre o deferimento parcial da antecipação de tutela *ante causam* e o autor

³⁶ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 274

³⁷ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 274

buscar concluir o conflito acerca da outra parte do litígio, o qual acabou não sendo discutido em virtude da extinção do processo principal em virtude da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, sendo que ficam os seguintes questionamentos acerca da presente situação: As partes não poderão propor nova ação? E se o novo conflito no seu desenrolar exigir a participação de outras partes, de outros litisconsortes necessários? Ocorre que em simples análise a todos os dispositivos legais previstos no Código de Processo Civil, não se encontra nenhuma solução para a superação dos conflitos entre a decisão estabilizada e a questão acerca da mutação dos fatos do mundo real ao longo do tempo, importando esse prazo decadencial em violação do direito de acesso à justiça, pois proíbe a propositura de ação que nunca, anteriormente, foi julgada em cognição plena e exaustiva pelo Judiciário³⁸.

Voltando ao modelo de decisão proferida mediante cognição sumária, tanto no modelo processual português, quanto no modelo francês/italiano, cujos efeitos se tornam estáveis, acima demonstrados, resta claro que o legislador português foi mais cauteloso ao impô-lo para a inversão do contencioso dois requisitos atinentes à decisão que se pretende estabilizar, quais sejam esses requisitos, o requisito cognitivo, em outras palavras, que tenha ocorrido produção de prova suficiente no processo cautelar para sustentar a “convicção segura” do juiz acerca dos fatos constitutivos do direito do autos e o requisito de conteúdo, que a decisão cautelar tenha aptidão para regular o conflito de forma definitiva, ou seja, que possua uma norma capaz de abarcar a totalidade do litígio acerca do direito material, sendo que essas questões exigem que o juiz prolate uma decisão estruturada como decisão de mérito, o que caracterizaria coisa julgada

³⁸ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 275

proporcional à cognição, diverso do que ocorre no caso brasileiro, no qual a decisão será meramente antecipatória, baseada não no mérito, mas na interpretação acerca dos requisitos necessários ao deferimento da tutela de urgência³⁹.

Considerações finais

Diante de todo o exposto acima, percebe-se que o legislador tomou a atitude correta ao prever junto ao Código de Processo Civil que a decisão que torna estável a tutela antecipada concedida em caráter antecedente não faça coisa julgada, uma vez que, após a análise dos pressupostos da coisa julgada e da sua imutabilidade, seria equivocado se o legislador permitisse que uma decisão proferida mediante cognição sumária, sem observar todos os ditames da cognição exauriente, se aproveitasse desse instituto.

Uma vez que a decisão acima debatida é proferida mediante cognição sumária, ou seja, não há toda a dilação probatória necessária para o convicto convencimento do juiz, sequer é uma decisão que respeita o princípio do devido processo legal, uma vez que é proferida com base, somente, nos documentos necessários para comprovar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco na demora, ou seja, não é uma decisão que traz uma segurança jurídica para as partes, é correta a decisão de que ela não faça coisa julgada, podendo ser discutida posteriormente em outra demanda que observe os ditames da cognição plena e exauriente.

Ainda, conforme exposto acima, resta claro que, apesar da decisão que concedeu a tutela antecipada concedida em caráter antecedente, ter tido seus efeitos estabilizados em virtude da falta de interposição do recurso cabível para impugnar a referida decisão, e sequer foi revista

³⁹ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 275

posteriormente, no prazo de dois anos, com o ingresso da demanda competente para modificar, rever ou invalidar a decisão, há de ser observado o fato de que o direito material poderá ser revisto, posteriormente, com outra demanda de cognição exauriente, uma vez que é inevitável que possa vir haver uma mudança factual trazendo a necessidade de rever o direito material o que, conseqüentemente, irá alterar a decisão que teve seus efeitos estabilizados e considerados imutáveis.

Sendo assim, resta claro que foi totalmente correta a forma como o instituto da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente foi prevista pelo legislador junto ao Código de Processo Civil, em virtude de ser uma decisão proferida mediante cognição sumária, no que diz respeito a questão da decisão não fazer coisa julgada, uma vez que, de acordo com os pressupostos da coisa julgada junto a Constituição Federal, somente decisões proferidas mediante cognição plena e exauriente podem se beneficiar desse instituto.

Referências

- AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. In: BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil: ordinaryidade versus sumariedade**. Curitiba: Juruá, 2016.
- ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 264
- BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil: ordinaryidade versus sumariedade**. Curitiba: Juruá, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa Julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FENOLL, Jordi Nieva. **Coisa Julgada**. Tradução Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque Tudo Que é Vivo Vivo, Morre”
Comentários Sobre o Regime Da Estabilização dos Efeitos da Tutela Provisória de Urgência no Novo CPC. **Revista de Processo**. v.250, Dez 2015, p.167-187

LYNCE, Rita. Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção? In: BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil**: ordinaryidade *versus* summariedade. Curitiba: Juruá, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

____. Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares. **Revista dos Tribunais**. v. 61, Jan-Mar 1991, p. 7-23.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. *In*: BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil**: ordinariiedade *versus* sumariedade. Curitiba: Juruá, 2016.

O ativismo judicial como meio de garantir o direito fundamental à saúde do menor autista

*Aline Graziela Bald Webers**

Introdução

O tema do presente artigo faz referência ao Ativismo Judicial para a concretização do direito fundamental à saúde dos menores autistas. Cabe mencionar que este é um direito estabelecido na Constituição Federal de 1988, que, pela ineficácia do Poder Público, não vem sendo cumprido, causando sofrimento aos menores por dificuldades de acesso à saúde.

Assim, observa-se que através de várias decisões, os juízes colocam-se como verdadeiros e efetivos protagonistas na defesa dos direitos e garantias fundamentais à saúde, tendo em vista a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo.

Entretanto, os portadores de Transtorno do Espectro Autista (TEA) por não conseguirem realizar seu direito pelas vias administrativas, não tendo acesso ao medicamento ou tratamento adequado, buscam o judiciário, promotor da justiça social e do estado de bem-estar social, para garantir os direitos que necessitam.

Neste sentido, o artigo tem como objetivo geral, analisar de que forma o Ativismo Judicial atua nas situações de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, no que se vincula ao direito à saúde dos menores autistas e o impacto que este fenômeno causa no mundo jurídico. Discute

* Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Bolsista Capes/Proex. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Univates (2016). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Univates (2013). Advogada. E-mail: alinegald@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4021970330223770>.

como problema: como o Ativismo Judicial pode ser um meio de garantir o direito à saúde aos menores autistas? Como hipótese inicial, se verifica que a CF/88 proporcionou uma série de direitos fundamentais e sociais. O direito à saúde é um destes. Portanto, a inércia dos Poderes Públicos e a dificuldade de implementação de políticas públicas, faz crescer a demanda judiciária em relação aos pedidos que procuram proporcionar o acesso à saúde aos menores autistas e concretizar seu direito fundamental.

Quanto ao modo de abordagem, a pesquisa é qualitativa, utilizando-se do método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental, com base em Mezzaroba e Monteiro¹. De início, examina-se brevemente o que é o autismo e a importância dos cuidados do menor com TEA. Em seguida, explana-se sobre o Ativismo Judicial, examinando as origens e aspectos histórico, para, por fim, investigar o Ativismo Judicial como meio de garantir o direito à saúde aos menores autistas, com seus aspectos positivos e negativos.

1. O autismo e a importância dos cuidados do menor com Transtorno do Espectro Autista (TEA)

O autismo é um distúrbio de desenvolvimento. As crianças são chamadas de autistas quando têm “[...] inaptidão para estabelecer relações normais com o outro; um atraso na aquisição da linguagem e uma incapacidade, quando ela se desenvolve, de lhe atribuir um valor de comunicação”².

Cabe destacar que a definição do autismo teve início por Leo Kanner, médico da Universidade Johns Hopkins e pioneiro da psiquiatria infantil, em 1943, no artigo *Autistic Disturbances of Affective Contact*. Neste,

¹ MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

² LEBoyer, Marion. *Autismo Infantil - Fatos e modelos*. 5ª Ed. Campinas, SP, 2005, p. 9.

ressaltou o sintoma fundamental, que seria “o isolamento autístico”³. Conforme Szabo⁴, Kanner constatou que o autismo aparece durante os três primeiros anos de vida e que é quatro vezes mais comum em pessoas do sexo masculino.

O termo “autismo” se refere ao Transtorno do Espectro Autista (TEA). A Lei nº 12.764/2012⁵ define no art. 1º, § 2º que “a pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais”. Onzi e Gomes⁶ mencionam que “o TEA é considerado um transtorno que vai além da sua complexidade, distante de ser definido com exatidão, pois não existem meios pelos quais se possa testá-lo, muito menos medi-lo”.

Para o diagnóstico não existem exames específicos, devendo ser observado o comportamento da criança. O termo “autismo” é atribuído ao Transtorno do Espectro Autista (TEA) e pode ser classificado em grau leve (Nível 1), grau moderado (Nível 2) e grau severo (Nível 3). As características normalmente apresentadas pelo autista são: resistência a métodos normais de ensino, conduta distante e retraída, apego inadequado a objetos, agir como se fosse surdo, girar objetos, dificuldade em se misturar com outras crianças, resistir às mudanças de rotina, dentre outras⁷.

Ainda, Szabo⁸ informa que para o tratamento ser eficaz, indica-se uma equipe composta de médico, fisioterapeuta, psicoterapeuta, terapeuta

³ Ibid.

⁴ SZABO, Cleusa Barbosa. **Autismo: um mundo estranho**. 2. ed. São Paulo: Edicon, 1999.

⁵ BRASIL. **Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112764.htm. Acesso em: 22. jun. 2020.

⁶ ONZI, Franciele Zanella; GOMES, Roberta de Figueiredo. **Transtorno do espectro autista: a importância do diagnóstico e reabilitação**. 2015. Disponível em: <http://http://www.univates.br/revistas/index.php/cadped/article/viewFile/979/967>. Acesso em jul. 2020.

⁷ SZABO, op. cit.

⁸ Ibid.

ocupacional e fonoaudiólogo, com terapias específicas para cada paciente, muitas vezes realizadas por toda vida. Alguns casos incluem medicação.

Apesar de não existir cura, um programa de tratamento precoce, intensivo e apropriado melhora muito a perspectiva de crianças com autismo.

Cabe salientar que é importante a relação integrada com os genitores. Szabo⁹ destaca que “os pais têm que enfrentar uma série de problemas, alguns de ordem prática, e outros de ordem emocional”. Portanto, a criança autista necessita de cuidados especializados, que lhe permitam desenvolver, ao máximo, suas capacidades físicas, mentais e sensoriais. Segundo Salmon¹⁰, “o meio familiar é o que há de melhor para a criança autista”.

Destaca-se o art. 227 da CF/88, que diz ser “[...] 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 [...]”¹¹. E o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que menciona que “a criança e o adolescente gozam de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei [...]”¹².

Reconhecendo que é dever do Estado, da sociedade e da família zelar pelos cuidados à saúde, constata-se um problema social relacionado à proteção jurídica destes menores autistas. Desta forma, garantir uma estrutura e acompanhamento especializado para atender às necessidades dos menores com TEA é uma luta dos direitos da pessoa com deficiência, pois a mesma não deve ser somente encarada como norma de observância

⁹ Ibid. p. 20.

¹⁰ SALMON, Jean Claude. **O autismo**: A colaboração dos pais. Uma avaliação da abordagem orgânica do autismo infantil (Nos Estados Unidos e na Inglaterra). Rio de Janeiro - RJ, 1987, p. 26.

¹¹ BECKER, Carmen. **Vade Mecum 2018**: com foco no Exame da OAB e em Concursos Públicos. 9. Ed. RJ: Impetus, 2018.

¹² Ibid.

obrigatória, mas sim, como norma de caráter social, moral e inclusiva. Assim, o Estado, por meios de políticas públicas, deve intervir e socorrer estes deficientes.

Tendo em vista a importância da participação dos pais nos cuidados da saúde com filho menor autista e também a coparticipação da União, Estados e Municípios, é relevante o estudo a seguir, observando os conceitos, as origens e os aspectos do ativismo judicial pela temática proposta.

2. O ativismo judicial

Muitas discussões do meio jurídico encontram motivação nas atividades do judiciário, sobretudo no que se refere ao ativismo judicial. Por um lado, observa-se que proporciona a efetividade de direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. Por outro, o ativismo pode ferir o princípio da Separação dos Poderes, tendo em vista que invade a competência dos outros Poderes.

Segundo Barroso¹³, o ativismo judicial “[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Conforme cita, isto acontece em razão da retração do Poder Legislativo. Afirma, ainda, que esta atitude “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência nos espaços de atuação dos dois outros poderes”¹⁴.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In: Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid, 2009, p.17-39. Disponível em: <file:///C:/Users/aline/AppData/Local/Temp/Dialnet-JudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286-1.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

¹⁴ Ibid.

Na visão de Teixeira¹⁵ o ativismo judicial “[...] representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional”.

Cumpra destacar os argumentos de Ronald Dworkin¹⁶ que menciona que:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais [...]. devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. [...].

O jurista e professor Lenio Luiz Streck¹⁷ comenta que:

A formação de uma “juristocracia” (ou judiciariocracia) – chamemos assim a esse fenômeno – não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder (no sentido da *Wille zur Macht*, de Nietzsche) manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual.

É relevante compreender também que o ativismo judicial difere da judicialização, pois estes fenômenos jurídicos têm significados distintos. A judicialização é o aumento de demandas, que é buscado no judiciário para

¹⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV. v. 8. jan/jun 2012, p. 37- 58. p. 50

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Justiça e Direito. p. 215.

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação? Consultor jurídico**, ed. jun. 2013. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-ativismo-judicial-existe-ou-e-imaginacao>. Acesso em: 22 jun. 2020.

resolver questões do Legislativo e do Executivo. Esta, “[...] decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”¹⁸. Assim, “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. São os casos em que o judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa”¹⁹.

Outrossim, importante mencionar que ativismo é oposto de autocontenção judicial. A autocontenção, “[...] restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”²⁰. É baseada na falta de legitimidade democrática dos juízes para decidir sobre escolhas feitas pelos poderes constituídos, tendo em vista serem escolhidos democraticamente para representar os interesses do povo²¹.

Portanto, percebe-se que há vários conceitos na doutrina sobre o Ativismo Judicial. No entanto, pode-se compreender que este fenômeno é um entendimento criativo de um tribunal. Considera-se, desta forma, uma interpretação legal dada ao direito, de forma ampla, muitas vezes precedente a uma lei, para a concretização de direitos constitucionais.

2.1. Origens e aspectos históricos do ativismo judicial

O ativismo judicial tem provocado muitas polêmicas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois existem divergências referentes à sua origem histórica.

Sobre o surgimento deste fenômeno, Barroso²² salienta que se iniciou com a jurisprudência norte-americana, argumentando que o ativismo no

¹⁸ BARROSO, op. cit.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ DIAS, Lucas Albuquerque. **Ativismo judicial**: aspectos históricos e conceituais. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais>. Acesso em: 22 jun. 2020.

²² BARROSO, op. cit.

primeiro momento foi de natureza conservadora. Enfatiza que as primeiras reflexões sobre o Ativismo Judicial iniciaram com a atuação da Suprema Corte, com a qual “[...] os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937)”²³. Conforme descreve o autor, este embate culminou “[...] no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937)”²⁴.

Já a autora Tassinari²⁵ elucida que o ativismo judicial, mesmo não possuindo este nome, surgiu em 1803, nos Estados Unidos, com as primeiras reflexões sobre o caso *Marbury versus Madison*, que originou o controle de constitucionalidade norte-americano (*Judicial review*).

Teixeira²⁶, por sua vez, argumenta que o termo Ativismo Judicial pode ter sido estreado com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista *Fortune*, com o título “The Supreme Court”, em 1947.

Granja²⁷ complementa informando que nesta reportagem, Schlesinger demonstrou o perfil dos juízes da Suprema Corte dos EUA e que os magistrados Murphy, Black, Douglas e Rutlege foram identificados como ativistas por terem desempenhado este papel na promoção do bem-estar social.

²³ BARROSO, op. cit.

²⁴ Ibid.

²⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: Limites da atuação do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

²⁶ TEIXEIRA, op. cit. p. 39.

²⁷ GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Por outro lado, cabe mencionar outro possível início para o ativismo judicial, no século XVII, na Inglaterra, em 1610, com o caso Dr. Bonham julgado pelo juiz Sir Edward Coke. Apesar de não ser atribuído o termo Ativismo Judicial para o caso, que foi chamado de pré-constitucionalismo, tendo sido, segundo Marques²⁸ “[...] representado pela conturbada tentativa de limitação do poder político do monarca pelo parlamento, sobretudo o discurso político de Sir Edward Coke sobre uma *ancient constitution* inglesa”. Conforme o autor, não existe causalidade direta e específica entre o pré-constitucionalismo inglês e a Revolução Americana, mas refere que a existência destas memórias repercutiu de certa forma nos acontecimentos, que posteriormente trouxeram a mudança conceitual do termo constituição e a conseqüente garantia do *Judicial Review of Legislation*²⁹.

Feitosa e Melo³⁰ contribuem argumentando que o século XVII, na Inglaterra, foi um momento de transição do absolutismo, onde todos os poderes estavam concentrados nas mãos do rei. A Inglaterra passou por uma guerra civil, por uma ditadura, e no final do ano de 1689, o parlamentarismo prevaleceu, com a Revolução Gloriosa, passando os poderes para o parlamento.

Os autores³¹ salientam que em 1610, o juiz Edward Coke julgando o caso de um médico chamado Thomas Bonham, afirmou a supremacia do “*common law*”, do direito costumeiro inglês, com o decreto editado pelo Rei James I. Na época Coke mencionava que um decreto do rei não poderia

²⁸ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. **História semântica de um conceito**: A influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de Constituição como *paramount law*. In: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 172, p. 203-223, out./dez. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92840>. Acesso em: 22 jun. 2020.

²⁹ MARQUES, op. cit.

³⁰ FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; MELO, José Guilherme Amorim de. **Dr. Bonham case e o controle de constitucionalidade**. 2016. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6475c86edecfa8f>. Acesso em: 22 jun. 2020.

³¹ Ibid.

se sobrepôr ao costume do povo inglês. Portanto, o caso Bonham, é considerado o primeiro caso da ideia de controle de constitucionalidade.

Assim, pode-se entender que a Revolução Americana foi uma consequência da Revolução Gloriosa inglesa, que aconteceu em 1689. A decisão de Coke, em 1610, portanto, abriu uma brecha, ao criar a ideia de Estado de Direito, implementado na Inglaterra. Desta forma, o juiz Coke foi o primeiro a fazer o Estado Moderno, Estado de Direito, ou seja, o governo de leis nasceu a partir desta visão do judiciário.

No Brasil, o Ativismo Judicial surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988. Um caso específico que podemos demonstrar é o da fidelidade partidária, onde houve a aplicação direta de situações não expressas na Constituição e independentemente de manifestação do legislador ordinário. Neste caso, o STF, em nome do princípio democrático manifestou que a vaga no Congresso pertencia ao partido político, criando, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar³².

Outro exemplo importante de ativismo no Brasil, com imposição de condutas ou de abstenções do Poder Público, é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. Segundo Barroso³³, as decisões que condenam a União, o Estado ou o Município se multiplicam, determinando, por muitas vezes solidariamente, o custeio de medicamentos e terapias que não constam nas listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais.

Portanto, após verificar as origens e aspectos históricos, veremos no próximo capítulo, se o ativismo judicial pode ser um meio de garantir o

³² BARROSO, op. cit.

³³ Ibid.

direito à saúde aos menores autistas, tendo em vista a omissão da atuação dos outros Poderes, bem como seus aspectos positivos e negativos.

3. O ativismo judicial como meio de garantir o direito à saúde aos menores autistas

Considerando a luta pela colocação em prática dos direitos garantidos constitucionalmente aos menores autistas, percebe-se a dificuldade e a necessidade de incluí-los na sociedade, bem como de garantir o acesso à saúde. Destarte, há uma grande discussão por seu reconhecimento como sujeitos de direitos e como alvo de Políticas Públicas.

Insta destacar que estes direitos sociais não mais podem ser negligenciados. Neste sentido, cumpre mencionar que o direito à saúde está constitucionalmente assegurado na Carta Magna de 1988, no art. 6º, que preceitua: “são direitos sociais a educação, saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, [...]”. Igualmente o artigo 196, que tratou da saúde de maneira mais direta, dispondo que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

José Afonso da Silva³⁴ diz que os direitos sociais:

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos, que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

O Brasil passa por problemas para fornecer o acesso à saúde. Há imensas filas de espera, negação de tratamentos, de procedimentos e medicamentos essenciais para a vida das pessoas. De forma especial, são desassistidos os menores autistas.

³⁴ SILVA, op. cit., p. 289.

A criação do Sistema Único de Saúde – SUS, a Lei nº 8.080/90³⁵, é um exemplo da tentativa de corrigir as falhas do sistema brasileiro de saúde. O artigo 198 da CF/88 foi regulamentado em caráter infraconstitucional através da edição desta Lei, chamada de Lei Orgânica da Saúde.

Cumpra salientar que a efetivação do direito à saúde depende da atuação do Estado, tendo em conta a relação com suas ações de proteção e promoção, sejam elas legislativas, elaborando leis que visem proteger e garantir o acesso às prestações sanitárias, seja pelo executivo, por meio de execução de políticas públicas para o fornecimento de tratamento e medicamento, ou até mesmo de caráter judiciário, que em resposta ao acionamento por parte do cidadão, provê o acesso ao direito à saúde³⁶.

O que se vislumbra é que o reconhecimento do direito à saúde como instrumento de tutela aos menores autistas não tem tido a eficácia necessária. Os Poderes Executivos e Legislativos, por diversos motivos, não estão acolhendo os anseios populares. Por esta razão, a doutrina questiona a respeito do Ativismo Judicial.

Tendo em vista as dificuldades que os menores autistas passam, a adversidade de prevalecer o que está previsto em lei e a tentativa de resguardar os direitos do portador de TEA, o judiciário tem se posicionado firmemente contra qualquer entendimento adverso aos direitos dos autistas. Assim, em razão da inércia estatal, o fenômeno do ativismo judicial tem ocorrido acentuadamente no preenchimento de lacunas oriundas da ineficiência de ação Legislativa e Executiva.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 22. jun. 2020.

³⁶ GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. **Administração Pública, Ativismo Judicial e Direito Fundamental à saúde**: consideração gerais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b20fa060328bocdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Neste linear, verifica-se que a atuação judiciária é legítima, buscando compelir e promover os atos de sua competência. Cita-se o seguinte entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão Plenária de 23.5.2019, que por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793), nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178³⁷:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Assim, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem adotando esta tese e aplicando-a em suas decisões, determinando o fornecimento do tratamento adequado aos menores autistas, conforme abaixo se demonstra:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIAGNÓSTICO DE *AUTISMO* INFANTIL (CID 10 F84.0). PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL REJEITADA. MANUTENÇÃO. 1. Alegação de inépcia da inicial. Não-verificação. Em que pese o pedido inicial seja amplo, no sentido de obter tratamento psicológico para a criança com diagnóstico de *Autismo* Infantil (CID 10 F84.0), não é possível concluir por inépcia da inicial. *Direito* à ampla defesa e ao contraditório resguardado, nos termos do art. 5º, LV, da CF-88. 2. [...] Regra disposta no artigo 196 da CF-88 que prevalece.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178**. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Tese de repercussão geral (Tema 793): Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Data: 23 mai. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Reconhecimento da repercussão geral do tema pelo eg. Supremo Tribunal Federal nos autos do RE nº 855.178, com solução desfavorável à tese dos entes públicos (Tema nº 793). Efetivação do *direito à saúde* e responsabilidade do Poder Público asseguradas pela Lei nº 8.069/90 (ECA). 3. Decisão agravada mantida. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento, Nº 70083978239, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em: 15-06-2020)³⁸.

Nesta esteira, por ausência de políticas públicas e para garantir o direito à saúde, é relevante a participação do Poder Judiciário, que age para suprimir as omissões do Estado, restaurando os preceitos constitucionais. O Ministro Celso de Mello³⁹, do Supremo Tribunal Federal, expõe que esta postura ativista do Poder Judiciário seria pela:

[...] necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Portanto, observa-se que é importante a participação ativa do Poder Judiciário para a realização dos direitos constitucionais. Adicionalmente, do ponto de vista das necessidades dos menores autistas, pode-se

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento, nº 70083978239**, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em: 15-06-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 22. jun. 2020.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745-745**. Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 02.12.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 22. jun. 2020.

considerar que o Ativismo Judicial é um relevante elemento para garantir-lhes o acesso à saúde e bem-estar social.

3.1. Aspectos positivos e negativos do ativismo judicial

Alguns doutrinadores argumentam pela posição contrária ao comportamento do juiz ativista, já outros dispõem de forma favorável às decisões ativistas para a concretização dos direitos fundamentais. Desta forma, o ativismo judicial é interpretado tanto do ponto de vista positivo, quanto negativo.

Sob a perspectiva negativa, Barroso⁴⁰ argumenta que o ativismo judicial “[...] exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo”, possuindo um caráter enunciativo.

Ronald Dworkin⁴¹ é contrário ao ativismo judicial e argumenta que:

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

Neste ínterim, há vários doutrinadores que discordam do ativismo judicial e fazem o posicionamento pautado nas seguintes suposições:

- a) a ocorrência de decisionismo judicial ou discricionariedade do juiz na decisão ativa; b) a afronta a democracia; c) o comprometimento da separação dos poderes e perda da autonomia dos sistemas; d) o perigo de desequilibrar a segurança jurídica; d) a desarticulação financeira do Estado; e) a

⁴⁰ BARROSO, op. cit.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 451.

interferência despreparada e despreocupada nos sistemas tentando alcançar os problemas de macrojustiça com as decisões que resolvem microjustiça; e por fim, f) a possível afronta ao texto Constitucional⁴².

Por outro lado, quanto à face positiva do ativismo judicial, Oliveira Neto⁴³ complementa afirmando que:

[...] os Ministros do STF interpretam-no positivamente, pois consideram o ativismo necessário e inescapável, ao passo que os integrantes das categorias profissionais mais ligadas à defesa do Estado, sustentam o lado pernicioso do fenômeno, o que demonstra que as tergiversações sobre o seu significado precisam ser superadas no ponto de partida da sua conceituação ou definição, evitando-se mal entendidos.

Barroso⁴⁴ argumenta que “o Poder Judiciário está atendendo às demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento [...]” e faz o seguinte alerta:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

⁴² DEMARCHI, Clovis; COSTA, Ilton Garcia da; MAFRA, Juliete Ruana. **Da possibilidade de angariar efetividade aos direitos fundamentais através do ativismo judicial**. In: *Ativismo Judicial e Judicialização de Políticas Públicas [recurso eletrônico]: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico - tomo 2/Alessandra Ramos Piazero Benkendorff [et al.]* Itajaí: Ed. da Univali, 2016, pg. 9-27. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22 jun. 2020.

⁴³ OLIVEIRA NETO, Emérito Silva de. **Fundamentos do acesso à justiça**: conteúdo e alcance da garantia fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 127.

⁴⁴ BARROSO, op. cit.

Por isso os argumentos favoráveis ao ativismo se concentram em: “a) trazer respaldo para a democracia; b) auxiliar na defesa da Constituição; e por fim, c) contribuir para o cumprimento dos direitos fundamentais”⁴⁵. Portanto, o ativismo judicial não pode ser desconsiderado, pois se o Poder Judiciário estiver diante de uma omissão legislativa ou executiva, que envolva o descumprimento do dever destes poderes para com a efetivação dos preceitos constitucionais, não pode e não deve se omitir também.

Considerações finais

Diante da pesquisa realizada, pode-se concluir que o Ativismo Judicial, apesar das divergências, representa um alcance dos direitos fundamentais através do Poder Judiciário, pois há imediatismo para os anseios sociais que deveriam ser constituídos com a ação dos demais poderes.

O reconhecimento do direito à saúde como instrumento de tutela aos menores autistas, não tem tido a eficácia necessária, pois os Poderes Executivo e Legislativo, por diversas razões, não estão acolhendo as pretensões populares.

Por mais que haja determinações legais amparando os direitos dos portadores de Transtorno do Espectro Autista (TEA) a ter acesso à saúde de forma isonômica, a realidade demonstra-se bastante distante, pois não há políticas públicas.

No entanto, na tentativa de resguardar os direitos dos autistas, o judiciário tem se posicionado solidamente contra qualquer entendimento que se oponha aos direitos do portador de TEA. Assim, em razão da inércia estatal, o ativismo judicial tem a função de promover a efetivação de seus direitos constitucionais. Logo, “o Judiciário é o guardião da Constituição e

⁴⁵ DEMARCHI, Clovis; COSTA, Ilton Garcia da; MAFRA, Juliete Ruana, op. cit.

deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes”⁴⁶.

Por fim, considerando a realidade atual, a participação ampla e intensa do Poder Judiciário é de sobremaneira importante para a concretização dos direitos fundamentais à saúde dos menores autistas. Sob uma ótica mais garantista, pode-se entender que o Ativismo Judicial é um importante elemento no desenvolvimento dos direitos sociais.

Referências

BECKER, Carmen. **Vade Mecum 2018**: com foco no Exame da OAB e em Concursos Públicos. 9. Ed. RJ: Impetus, 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 22. jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 22. jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento, nº 70083978239**, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em: 15-06-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 22. jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745**. Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em:

⁴⁶ BARROSO, op. cit.

02.12.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 22. jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178**. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Tese de repercussão geral (Tema 793): Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Data: 23 mai. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. *In*: Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid, 2009, p.17-39. Disponível em: <file:///C:/Users/aline/AppData/Local/Temp/Dialnet-JudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286-1.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

DEMARCHI, Clovis; COSTA, Ilton Garcia da; MAFRA, Juliete Ruana. **Da possibilidade de angariar efetividade aos direitos fundamentais através do ativismo judicial**. *In*: Ativismo Judicial e Judicialização de Políticas Públicas [recurso eletrônico]: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico – tomo 2/Alessandra Ramos Piazero Benkendorff... [et al.] Itajaí: Ed. da Univali, 2016, pg. 9-27. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22 jun. 2020.

DIAS, Lucas Albuquerque. **Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais**. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais>. Acesso em: 22 jun. 2020.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Justiça e Direito.

FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; MELO, José Guilherme Amorim de. **Dr. Bonham case e o controle de constitucionalidade**. 2016. Disponível em:

<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6475c86edecfca8f>. Acesso em: 22 jun. 2020.

GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. **Administração Pública, Ativismo Judicial e Direito Fundamental à saúde: consideração gerais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b2ofao60328bocdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais.** 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

LEBOYER, Marion. **Autismo Infantil – Fatos e modelos.** 5ª Ed. Campinas, SP, 2005.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. **História semântica de um conceito:** A influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de Constituição como *paramount law*. In: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 172, p. 203-223, out./dez. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92840>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Fundamentos do acesso à justiça:** conteúdo e alcance da garantia fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ONZI, Franciele Zanella; GOMES, Roberta de Figueiredo. **Transtorno do espectro autista:** a importância do diagnóstico e reabilitação. 2015. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/cadped/article/viewFile/979/967>. Acesso em jul. 2020.

SALMON, Jean Claude. **O autismo**: A colaboração dos pais. Uma avaliação da abordagem orgânica do autismo infantil (Nos Estados Unidos e na Inglaterra). Rio de Janeiro – RJ, 1987.

STRECK Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação?** Consultor Jurídico, ed. jun. 2013. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-ativismo-judicial-existe-ou-e-imaginacao>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SZABO, Cleusa Barbosa. **Autismo**: um mundo estranho. 2. ed. São Paulo: Edicon, 1999.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: Limites da atuação do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV. v. 8. jan/jun 2012, p. 37- 58.

Tutelas cautelares e de urgência na arbitragem: uma leitura processual

*Cassiane Borges Wendling**
*Everton Luis Marcolan Zandoná***

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro, nos últimos anos, presenciou e legitimou a expansão e o uso de novas formas decisórias. A necessidade de pensar a resolução de conflitos a partir de outros métodos decorreu do grande volume de demandas no Poder Judiciário e da morosidade na prestação jurisdicional. Assim, em resposta ao congestionamento de processos nas cortes estatais e ao vício do contencioso judicial, a mediação, a conciliação, a negociação e, para fins deste artigo, a arbitragem despontaram como alternativas adequadas para a solução de litígios.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC)¹, atento às transformações da sociedade moderna, trouxe uma nova visão para a resolução de conflitos, pois positivou no seu art. 3º, métodos adequados de solução de litígios², e, ao longo de toda sua extensão, estimulou a promoção dos

* Graduada em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista de Iniciação Científica UNIBIC, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UNISINOS. Pesquisadora do projeto “A Arbitragem frente ao paradigma racionalista do Código de Processo Civil de 2015”, relacionado ao Grupo de Pesquisa: Iudicium: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder, sob orientação do Prof. Dr. Darcí Guimarães Ribeiro. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4879375814294465>. E-mail: cassianebw@hotmail.com.

** Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Membro da Escola de Processo UNISINOS. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2169510617466527>. E-mail: evertonz21@hotmail.com.

¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

² Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

métodos consensuais. Porém, mostra-se equivocado afirmar que são novos esses meios alternativos, na medida em que todos os institutos existem e eram utilizados antes mesmo da sua previsão na legislação processual vigente. A propósito, há registros de que a arbitragem, historicamente, teria surgido antes mesmo da jurisdição estatal³.

No Brasil, a arbitragem, embora tenha aparecido pela primeira vez na Constituição do Império de 1824⁴ e, posteriormente, referenciada nos regulamentos subsequentes, passou a ter grande importância a partir da nova feição que recebera com a promulgação da Lei 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem Brasileira – LAB) - em vigência -, que dispõe sobre a arbitragem e seu procedimento. Um importante marco apresentado pela citada lei foi a equiparação do laudo arbitral à sentença judicial.⁵

Porém, no início, nem tudo foi simples quanto à aplicação da LAB, haja vista a discussão sobre a constitucionalidade dos seus dispositivos. Essa questão, todavia, restou superada quando do julgamento da SE 5206⁶, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do qual, por maioria, foi declarada a constitucionalidade da Lei 9307/96, por considerar que “a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que

³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. Revista de Processo, São Paulo, v. 58, n. 0, p. 33-40, abr. 1990. Mensal. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA%20-%20Arbitragem%20e%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 01 nov. 2020.

⁴ Art. 160. Nas civéis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convenionarem as mesmas Partes. BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁵ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. BRASIL. **Lei nº 9307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira nº 5206**. Recorrente: MBV Commercial and Export Management Establishment. Recorrido: Resil Industria e Comercio Ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2001. Diário de Justiça. Brasília, 30 abr. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 10 nov. 2020.

substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF⁷”.

Diante disso, claro está que sem a concordância prévia ou concomitante das partes, não se pode compelir alguém a participar de procedimento arbitral. A arbitragem é, portanto, jurisdição por um sistema próprio de exercício jurisdicional, tratando-se de (i) um mecanismo heterocompositivo de solução de disputas, (ii) de natureza extrajudicial – mas isso não significa dizer que prescindia do Poder Judiciário –, e (iii) que demanda a manifestação de vontade das partes quanto à submissão da controvérsia ao procedimento arbitral⁸. Nesse sentido, o professor Gary Born⁹ ensina que “A arbitragem é um processo consensual que requer a concordância das partes”.

Recentemente, a Lei de Arbitragem Brasileira foi modernizada pela Lei 13.129 de 2015¹⁰, sofrendo alterações e ganhando novos contornos em vários de seus dispositivos, especialmente no que diz respeito às medidas cautelares. Essa nova significação das tutelas antecipatórias mostrou-se necessária diante da redação do Novo Código de Processo Civil quanto às tutelas de urgência e de evidência e, também, em atenção ao entendimento jurisprudencial que vinha sendo exarado no sentido de possibilitar que a parte ingressasse com medida de natureza cautelar no Poder Judiciário, ainda que não constituído o Tribunal Arbitral, como uma forma de assegurar o resultado útil da arbitragem¹¹.

⁷ INFORMATIVO STF. 2001. N. 254. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo254.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020

⁸ MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Introdução à arbitragem**: coletânea de artigos. Rio de Janeiro: [Editora?], 2020. p. 5-7.

⁹ BORN, Gary. **International arbitration**: law and practice. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012. p. 249.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera dispositivos da Lei de Arbitragem. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.

¹¹ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza

Assim, percebe-se que houve forte influência dos dispositivos reguladores das tutelas provisórias previstos no CPC à reformulação da Lei de Arbitragem quanto a esse aspecto, notadamente quanto à semelhança do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente (art. 305 e seguintes do CPC) com a previsão do art. 22-A, caput, e parágrafo único da LAB.

Justamente com o objetivo de verificar essa relação e influência das tutelas cautelares previstas no CPC com as positivadas na LAB, que se apresenta este artigo, dividido em três estudos principais: (i) a epistemologia da tutela antecipada, (ii) a tutela cautelar requerida em caráter antecedente e (iii) a tutela cautelar e de urgência na arbitragem.

1. Epistemologia da tutela cautelar

O procedimento arbitral, mesmo apresentando, na essência, um caráter privado, inevitavelmente, ao longo de sua construção legislativa e procedimental, absorveu elementos e institutos jurídicos advindos da ciência processual, à medida que, de certa forma, ambas apontam para a mesma direção: a resolução de um conflito. Neste caminho, a tutela cautelar, antes de estar positivada na LAB, evidencia uma construção

coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium . 2. **Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.** 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Recurso especial provido. (grifo nosso) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.297.974. Recorrente: Itarumã Participações S/A. Recorrido: Participações em Complexos Bioenergéticos S/A. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 28 de agosto de 2012. Diário de Justiça. Brasília, 04 set. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1173991&tipo=0&nreg=201102409919&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120904&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 15 nov. 2020.

histórica, desde sua forma embrionária nos primórdios do Direito Romano até as novas modalidades contempladas pelo CPC/15.¹²

Ovídio Araújo Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes,¹³ conceitualmente, asseveram que a tutela cautelar representa “uma forma particular de proteção jurisdicional”, a fim de garantir, de modo antecipado, a efetividade de um direito subjetivo, ou mesmo outras condições reconhecidas pelo ordenamento jurídico como tais, no momento em que estiverem sob o risco de um “dano eminente” e de “difícil reparação”, sob o alerta de que este estado de perigo não possa ser evitado por outros meios oferecidos pelo ordenamento jurídico.¹⁴

Nesta perspectiva, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁵ complementam o conceito atribuindo à tutela cautelar status de direito da parte, pois é função da jurisdição garantir os meios necessários para que seja possível alcançar a tutela jurídica que o jurisdicionado pleiteia. A efetividade da medida cautelar não está relacionada ao processo em si, mas ao direito tutelado a que está vinculada.

¹² Em um esforço histórico, Darci Guimarães Ribeiro aponta à Lei das XII Tábuas como a primeira manifestação jurídica em que é possível perceber a ideia de cautelaridade. Duas “figuras jurídicas”, o *addictus* e o *nexus*, buscavam atrelar a figura do devedor com o crédito, buscando garantir a efetivação da execução forçada. Ainda no Direito Romano, há o pretor como implementador de providências antecipadas em disputas locais. Seguindo, não há como deixar de lado a grande influência alemã na ciência processual como um todo e, por consequência, nas medidas cautelares, quando, no final do século XIX, positivava uma espécie de “execução antecipada” como providência antecipada ao processo de conhecimento em si. De semelhante forma, a “*référé*” francesa, que influenciou inúmeras outras legislações europeias, trouxe a possibilidade de, face à urgência, permitir ao magistrado a tomada de medidas sumárias e provisórias na execução civil. Chega-se ao Direito italiano, momento em que ocorre a construção dogmática das medidas cautelares como se vê na atualidade, principalmente em Chiovenda que sustenta a existência de “medidas acautelatórias”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 138 a 143.

¹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 339.

¹⁴ Em semelhante concepção, Darci Guimarães Ribeiro e Guilherme Antunes da Cunha aduzem que “a tutela cautelar é tutela de urgência destinada a assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional a ser deduzido em um ‘processo principal’ de conhecimento ou de execução. A intenção do processo cautelar é evitar que o futuro provimento jurisdicional (‘principal’) seja incapaz de alcançar os resultados práticos que dele se esperam.” RIBEIRO, Darci Guimarães; CUNHA, Guilherme Antunes da. Tutelas de urgência: da estrutura escalonada às tutelas de urgência autônomas. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix (org.). **Controvérsias constitucionais atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 79.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Processo cautelar**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 22.

Em relação ao provimento cautelar, a doutrina clássica, como se pode perceber em Piero Calamandrei,¹⁶ sustentou o caráter provisório da medida, uma vez que, a função da referida tutela estaria consubstanciada na busca por garantir a efetividade processual, existindo uma limitação de tempo em seus efeitos, os quais durariam até o provimento definitivo.

Todavia, Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁷ contrapôs-se ao entendimento tradicional, sustentando que a medida cautelar é temporária, e não provisória, porquanto seu objetivo está vinculado à defesa do direito da parte, fornecida pelo juiz durante o período em que permanecer o estado de perigo, diferente do caráter provisório, que exigiria a prolação da decisão definitiva, atrelando-se na garantia da jurisdição. Além disso, para o autor, a temporariedade da natureza da tutela cautelar permite a reversibilidade de seus efeitos, posto que, do contrário, sempre exigiria a satisfação da lide para que seus efeitos cessassem.

De qualquer modo, a tutela cautelar está, intrinsecamente, ligada ao devido processo legal, tendo em vista a previsão constitucional, consagrada no art. 5º, XXXV da CF,¹⁸ que garante a apreciação jurisdicional de lesão ou ameaça a direito, pois é o instrumento fornecido ao jurisdicionado para que tenha amplas condições de alcançar o

¹⁶ O autor fundamenta a provisoriiedade da tutela cautelar no sentido de “es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de provisoriiedad (y lo mismo el que coincide con él, de interinidad) es un poco diverso, y más restringido, que el de temporalidad. Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriiedad subsiste durante el tiempo intermedio. En este sentido, provisorio equivale a interino; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado.” o entendimento do CALAMANDREI, Piero. **Providencias cautelares**. Tradução de Santiago Sentis Meledo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1984. p. 36.

¹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 344 a 347.

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

provimento adequado e efetivo. A celeridade processual, art. 5º, LXXVIII da CF,¹⁹ também encontra guarida na tutela cautelar, principalmente a requerida em caráter antecedente, à medida que, em muitas situações, a cautelaridade está voltada à garantia da satisfação do direito material, permitindo a redução temporal das fases do processo.

Justamente, a citada tutela cautelar antecedente é, na atualidade, a principal alteração processual relacionada ao tema, trazendo novas indagações que, de alguma forma, também impactam nos demais meios de resolução de conflitos, fundamentalmente, a arbitragem.

2. Tutela cautelar requerida em caráter antecedente

O CPC/15, diferente do seu antecessor, face à incessante busca por efetividade processual, inovou, em seus arts. 305 a 310, trazendo a possibilidade de a tutela cautelar ser requerida em caráter antecedente, ou seja, antes da apreciação do pleito principal, o qual deve ser exposto de modo sumário, a parte levará a juízo, fundamentadamente, a medida cautelar que pretende ver assegurada em sua demanda. A intenção do legislador é comprovada na própria exposição de motivos do novo código, visto que se deixa claro a possibilidade de a tutela de urgência cautelar ser requerida antes do procedimento principal, no intuito de tornar o processo mais simples e inteligível.²⁰

No entendimento de Humberto Theodoro Jr.,²¹ para que a medida possa ser considerada antecedente, o requerimento, necessariamente,

¹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

²⁰ BRASIL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020. p. 33.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989750/cfi/6/2/4/2@0.00:0>. Acesso em: 13 nov. 2020. cap. 17.

deve ocorrer antes do pleito principal, o qual também se exige a consumação nos próprios autos da medida.²² Para Araken de Assis,²³ não há como desvincular a pretensão à segurança (tutela cautelar) do processo principal, existindo uma relação de dependência, tendo em vista o caráter temporário da medida, a qual, em algum momento, deve desaparecer.

Cabe considerar que, ainda dentro deste contato entre antecedência e pretensão fundamental, a necessidade de cognição sumária sobre a lide e seu fundamento²⁴ (art. 305 do CPC), constitui uma espécie de limitador ao debate do magistrado e das partes sobre os fatos da lide, vindo a ocorrer de forma superficial, motivo pelo qual a decisão que defere a tutela cautelar não apresenta condições de formar coisa julgada material.²⁵

O pedido principal, então, deverá ser formulado no prazo de trinta dias, conforme indica o art. 308, *caput*, do CPC.²⁶ Merece atenção, aqui, o fato de o termo inicial para contagem se dar pela efetivação da tutela cautelar, o que deve ocorrer de forma inequívoca dentro do processo, a fim

²² No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que “a tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; só depois, pede-se a tutela definitiva.” DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; 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. 10. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 2. p. 571.

²³ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://mega.nz/fm/sh91RJ4Z>. Acesso em: 13 nov. 2020. cap. 60.

²⁴ Para Daniel Amorim Assumpção Neves “por ‘lide e seu fundamento’ entende-se a indicação do objeto da ação principal, o que se exige em razão da instrumentalidade da ação cautelar. Cabe ao requerente, portanto, indicar do que tratará o futuro pedido principal, o que permitirá ao juiz analisar se a cautelar efetivamente cumpre sua missão de acautelamento. A ‘exposição sumária do direito ameaçado’ é sinônimo de *fumus boni iuris*, enquanto o receio de lesão é o *periculum in mora*. Trata-se do mérito do pedido cautelar.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://mega.nz/fm/sh91RJ4Z>. Acesso em: 13 nov. 2020. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. cap. 12.

²⁵ ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea novo CPC**: doutrina selecionada. Salvador: Juspodivm, 2015.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

de que haja segurança à parte, uma vez que a devida realização da medida acautelatória influencia de sobremaneira as razões e requerimentos do pleito fundamental. Neste liame, atrasos ou problemas de ordem estrutural do sistema de justiça não podem trazer prejuízos para quem busca o provimento, que é responsável apenas pelo atos essenciais para que a medida se concretize, não havendo justificativa para que fique condicionada ao prazo do art. 309, II do CPC,²⁷ de acordo com Alexandre Freitas Câmara.²⁸

Quanto à competência para julgar a medida cautelar, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁹ afirmam que o requerimento deverá ser endereçado ao juízo ou tribunal que, anteriormente, já apresentava competência para julgar o pedido principal, trazendo como fundamento a disposição geral do art. 299 do CPC.

Araken de Assis,³⁰ ao seu turno, critica a postura do legislador em engessar a competência à ação principal, porquanto a falta de maleabilidade da regra não permite que as medidas de constrição patrimonial sejam requeridas no local da situação dos bens, o que, em tese, tornaria o procedimento mais eficaz, bem como não permite, nem estabelece requisitos, para que, dentro da situação acautelada, o juízo competente seja fixado “no lugar do risco de dano”.

²⁷ “Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: [...] II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias.” BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019575/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 13 nov. 2020. cap. 9.

²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; 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**. 10. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 2. p. 572.

³⁰ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://mega.nz/fm/sh91RJ4Z>. Acesso em: 13 nov. 2020. cap. 60.

É relevante também reconhecer a possibilidade de fungibilidade entre a tutela cautelar (conservativa) e a tutela provisória (satisfativa). Apresentada a petição inicial que busca a medida assecuratória, caso o magistrado entenda que se trata, na realidade, de medida satisfativa, poderá prosseguir nestas condições, observando-se que, neste caso, o autor deve estar atento aos efeitos decorrentes desta tutela, principalmente, por sua estabilização.³¹ Alexandre Freitas Câmara,³² considera viável o aproveitamento dos atos processuais, porém, chama atenção para o fato de não haver, propriamente, fungibilidade, e sim convertibilidade, visto que a opção do autor foi por determinada via, que, pelo entendimento do juiz, será convertida em outra.

Portanto, a tutela cautelar antecedente traz novas características e requisitos para sua concessão e manutenção. Em um plano de promoção da jurisdição, a possibilidade de ingresso antecipado da medida de segurança evidencia a preocupação em garantir todos os meios disponíveis para que o direito do jurisdicionado seja satisfeito. Convém admitir que a preocupação por efetividade e celeridade ultrapassa, também, os limites do processo estatal, como se pode ver o seu enraizamento na própria arbitragem.

3. Aspectos relevantes das tutelas na arbitragem

A arbitragem, ainda que se apresente como um célere método alternativo de resolução de conflitos, pode se deparar com dificuldades à efetiva tutela jurídica, com o que emerge a necessidade de serem providas medidas de urgência. É nesse contexto que, muitas vezes, se terá um

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela de direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. cap. 5.

³² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019575/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 13 nov. 2020. cap. 9.

contato com a jurisdição estatal, sendo imprescindível a cooperação entre o juízo estatal e o juízo arbitral, sem que isso retire a competência do Tribunal Arbitral para o julgamento da causa que a ele será submetida.

Esse contato com o Poder Judiciário para assegurar uma medida cautelar é possível e devido quando por impedimentos práticos o árbitro ainda não esteja apto para atuar na causa³³ – muitas vezes tal situação se traduz na ausência de formação do Tribunal Arbitral naquele momento de imediata necessidade de a parte receber a proteção jurisdicional. Obviamente, se o Tribunal Arbitral já estivesse constituído, a competência para análise de pleito cautelar lhe incumbiria³⁴; mas, na sua falta, conseqüentemente, a tutela de urgência acaba por ser requerida na Corte Estatal.

Não se olvida a possibilidade de utilização de árbitros de emergência para eventual obtenção de medida de urgência antes de constituído o Tribunal Arbitral – situação que, então, dispensaria a intervenção do Poder Judiciário para exame da medida e concentraria a jurisdição no juízo arbitral³⁵. Ocorre, porém, que, no Brasil, muitas das Câmaras Arbitrais³⁶ ainda não possuem no seu regulamento a previsão do árbitro de emergência, além de ser inexistente regulamentação própria sobre a figura

³³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 326/327; SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 48; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 154/155; PARENTE, Eduardo Albuquerque de. **Processo arbitral e sistema**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 82. FICHTNER, José Antônio (em coautoria), MONTEIRO, André Luis. **Temas de arbitragem**. Primeira Série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 129, dentre tantos outros.

³⁴ Art. 22-B, parágrafo único da LAB: Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

³⁵ NEVES, Flávia Bittar; LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. Medidas cautelares em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. (coord.). **20 Anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017. p. 457.

³⁶ Algumas Câmaras Arbitrais brasileiras que ainda não possuem em seu Regulamento a previsão do árbitro de emergência: (i) ARBITAC - Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná; (ii) CAMERS - Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação da CIERGS; (iii) FGV - Câmara FGV de Mediação e Arbitragem; (iv) CIESP/ FIESP - Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp; (v) CAM-CCBC - Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá.

do árbitro de emergência na legislação brasileira; fatos esses que remetem o pleito de tutelas cautelares ao Poder Judiciário.

Assim, sendo postuladas no juízo estatal medidas de urgência que decorrem de litígio cuja competência será do Tribunal Arbitral, deverá o juiz togado atentar-se ao *fator urgência*, pois somente a sua presença autoriza a interferência judicial³⁷ antes da constituição do Tribunal Arbitral. Nesse sentido, portanto, “a jurisdição estatal não está autorizada a antecipar os efeitos do provimento buscado sem que constate riscos na espera pela formação do Tribunal Arbitral, sob pena de usurpar indevidamente a jurisdição arbitral”³⁸.

Importante apresentar que o art. 22-A da LAB expressamente legitima a possibilidade de se socorrer do Poder Judiciário em casos de urgência, nos seguintes termos: “Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”. O uso da jurisdição estatal em situações urgentes, conforme anteriormente já apontado, não retira a competência do árbitro para processamento e julgamento do litígio e, inclusive, para a reanálise da própria medida de urgência porque nos termos do art. 22-B da LAB “Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário”. Ou seja, a competência para o julgamento do litígio permanece sendo do Tribunal Arbitral que deverá reavaliar eventual medida de urgência deferida pelo juízo estatal, que se apresentou como um auxiliar.

Superada a análise acerca da possibilidade da medida cautelar ser pleiteada, nas circunstâncias já descritas, perante o juízo estatal, convém

³⁷ CAHALI, Francisco. **Arbitragem** - comentários ao projeto de lei nº 406/2013. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 243. Livro eletrônico.

³⁸ CAHALI, Francisco. **Arbitragem** - comentários ao projeto de lei nº 406/2013. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 243. Livro eletrônico.

observar que o art. 22-A, *caput*, e parágrafo único, da LAB, possui disposições similares com a do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, previsto no art. 305 e seguintes do CPC.

Tal qual está previsto no art. 305 CPC, a solicitação de medida de urgência com fundamento no art. 22-A da LAB deverá, essencialmente, demonstrar (i) a lide, (ii) a exposição sumária de direito que se objetiva assegurar posteriormente no juízo arbitral, e (iii) a urgência, que é traduzida, pela legislação processual, no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Igualmente, tanto pelo CPC³⁹, quanto pela LAB⁴⁰, a formulação do pedido principal – que na arbitragem ocorre por meio da instauração do procedimento arbitral – deverá se suceder em 30 dias, contados da efetivação da medida.⁴¹

Ademais, a interpretação dada ao art. 308 do CPC também vem sendo utilizada, analogicamente, para fundamentar o art. 22-A, parágrafo único, da LAB, no que diz respeito à efetivação da medida e propositura da ação principal.

Assim, se pelo CPC a efetivação da medida ocorre quando da realização de um primeiro ato para o cumprimento da tutela – e não só no momento de contemplação final da medida –, também na arbitragem se procede dessa forma. Do mesmo modo, no que concerne à necessidade de propositura da demanda principal em 30 dias, à semelhança do CPC, caso seja indeferido o pleito liminar, não se tem, no instituto da arbitragem, a obrigação de instauração do procedimento arbitral, uma vez que não efetivada a medida de urgência. A efetivação da medida de urgência é, pois,

³⁹ Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais

⁴⁰ Art. 22-A, parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

⁴¹ TJPR, 12ª CC, AI 0008870-52.2019.8.16.0000, j. 12.07.2019; TJPR, 12ª CC, AI 0009155-45.2019.8.16.0000, j. 12.07.2019; TJPR, 12ª CC, AI 0045123-73.2018.8.16.0000, j. 12.07.2019.

condição determinante para a obrigatoriedade de propositura da demanda principal, pela incidência da legislação processual civil brasileira; e do procedimento arbitral⁴², à luz dos preceitos da LAB tangentes às medidas de urgência.

Portanto, apesar de as disposições do CPC serem aplicadas de forma subsidiária ao procedimento arbitral⁴³, existe equivalência da tutela cautelar nos distintos regramentos, de sorte que a interpretação dada à tutela cautelar requerida em caráter antecedente pelo CPC reflete, analogicamente, na previsão da medida de cautelar e de urgência da Lei de Arbitragem Brasileira.

Considerações finais

Não há como negar, nos dias atuais, em que se vive cada vez mais intensamente os influxos da pós-modernidade, a importância e relevância dos meios alternativos de resolução de conflitos, os quais proporcionam a agilidade e a eficiência que a Justiça parece não mais ter condições de oferecer. A arbitragem, muito além de apenas representar um mecanismo para “escapar do judiciário”, sedimenta-se como um sistema robusto e qualificado para que litígios sejam resolvidos de forma técnica e célere.

O processo, contudo, evidencia-se como aliado ao procedimento arbitral, porquanto fornece elementos e institutos procedimentais extremamente relevantes para o seu desenvolvimento, como pode ser visto com a tutela cautelar, assim elucidado ao longo de todo o estudo.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2149495-31.2016.8.26.0000. Agravante: MR Beer Bebidas Ltda. Agravado: Cardoso Andrion & Andrion Ltda., Paulo Sérgio Mathias Andrion e Maria Dorotéias Cardoso Andrion. Relator: Desembargador Carlos Alberto Garbi. São Paulo, SP, 17 de outubro de 2016. Diário de Justiça. São Paulo, 20 out. 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=9908309&cdForo=0>. Acesso em: 15 nov. 2020.

⁴³ SEREC, Fernando Eduardo. Provas na Arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. (coord.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017. p. 290.

Dentro das questões dogmáticas discutidas, a possibilidade do árbitro reanalisar a medida concedida pelo juiz estatal reforça, de sobremaneira, a teoria ovidiana da temporalidade do provimento cautelar, posto que não haverá resolução da demanda e, tão somente, a formação do tribunal arbitral permite que a decisão seja revista, tornando difícil a filiação com seu caráter provisório, nos termos estabelecidos pela doutrina clássica.

A cognição sumária da pretensão principal propicia a observância dos poderes outorgados na cláusula arbitral, questão importante também existente no processo estatal, o qual deverá ser o campo da discussão sobre o feito, após a complementação do pedido e angularização da demanda.

A análise torna-se mais nebulosa quanto à competência para concessão da medida cautelar. A crítica de Araken de Assis é cirúrgica, uma vez que se a intenção do atual regramento processual é garantir a celeridade e simplificação dos atos processuais, não há sentido em condicionar o provimento assecuratório ao juízo competente do pleito principal, ainda mais se analisado sob a ótica da arbitragem, a qual, muitas vezes, apresenta foro competente totalmente diverso da sede ou domicílio das partes, ou mesmo de bens ou local de atuação. Inevitavelmente, a disposição do CPC será levada em consideração em divergências arbitrais –mas de forma subsidiária.

Na mesma linha, o termo inicial para complementação da pretensão principal também traz dúvidas para ambos os procedimentos (público e privado), tendo em vista que se evidencia como um conceito jurídico indeterminado que deverá ser construído pela doutrina (bastante superficial e pouco sensível ao tema) e, principalmente, pela jurisprudência dos tribunais.

E é neste ponto que a arbitragem apresenta o seu principal entrave na construção de uma dogmática própria, a dificuldade na construção de uma base jurisprudencial. Não obstante o fato das partes terem a

possibilidade de, previamente, discutirem sobre o procedimento a ser adotado, a falta da publicidade das decisões, face à ampla utilização de cláusulas de confidencialidade na tratativa arbitral, impede que atos como a tutela cautelar tenham um procedimento solidificado e menos influenciável pelo sistema público.

De qualquer maneira, no presente estudo, o objetivo esteve associado ao cotejo entre a tutela cautelar antecedente judicial e arbitral, a fim de observar pontos convergentes ou conflitantes, permitindo uma reflexão sobre o assunto. O tema não se exaure nestas linhas, mas é possível concluir, deste modo, que há uma forte inspiração do regramento adotado pela LAB na direção adotada pelo legislador no CPC/15, trazendo um procedimento mais claro e, de algum modo, mais célere ao jurisdicionado, existindo sempre a oportunidade de aperfeiçoamento da técnica processual (no público) ou procedimental (no privado).

Referências

- ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. *In*: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea novo CPC**: doutrina selecionada. Salvador: Juspodivm, 2015.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://mega.nz/fm/sh91RJ4Z>. Acesso em: 13 nov. 2020.
- BORN, Gary. **International arbitration**: law and practice. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

- _____. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- _____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera dispositivos da Lei de Arbitragem. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 9307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.297.974**. Recorrente: Itarumã Participações S/A. Recorrido: Participações em Complexos Bioenergéticos S/A. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 28 de agosto de 2012. Diário de Justiça. Brasília, 04 set. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1173991&tipo=0&nreg=201102409919&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120904&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira nº 5206**. Recorrente: MBV Commercial and Export Management Establishment. Recorrido: Resil Industria e

- Comercio Ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2001. Diário de Justiça. Brasília, 30 abr. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- CAHALI, Francisco. **Arbitragem** - comentários ao projeto de lei nº 406/2013. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. Livro eletrônico.
- CALAMANDREI, Piero. **Providencias cautelares**. Tradução de Santiago Sentis Meledo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1984.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019575/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 13 nov. 2020.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. Revista de Processo, São Paulo, v. 58, n. 0, p. 33-40, abr. 1990. Mensal. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA%20-%20Arbitragem%20e%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 01 nov. 2020.
- _____. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; 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**. 10. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 2.
- FICHTNER, José Antônio (em coautoria), MONTEIRO, André Luís. **Temas de arbitragem**. Primeira Série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Processo cautelar**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Introdução à arbitragem**: coletânea de artigos. Rio de Janeiro: [Editora?], 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://mega.nz/fm/sh91RJ4Z>. Acesso em: 13 nov. 2020. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

NEVES, Flávia Bittar; LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. Medidas cautelares em arbitragem. *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. (coord.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017.

PARENTE, Eduardo Albuquerque de. **Processo arbitral e sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____; CUNHA, Guilherme Antunes da. Tutelas de urgência: da estrutura escalonada às tutelas de urgência autônomas. *In*: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix (org.). **Controvérsias constitucionais atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SEREC, Fernando Eduardo. Provas na Arbitragem. *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. (coord.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989750/cfi/6/2!/4/2@0.00:0>. Acesso em: 13 nov. 2020.

A boa-fé como norma fundamental do processo civil

Darci Guimarães Ribeiro *

1. A boa-fé como conceito ético-social do homem ¹

Quando afirmamos que um indivíduo está de boa ou má-fé, não fazemos outra coisa senão valorar moralmente sua conduta em sociedade. Neste sentido, parece, pois, que a boa-fé é uma qualidade intrínseca do ser humano, sendo a má-fé, portanto, o resultado de um caminho anormal escolhido pelo caráter individual de uma pessoa. Esta afirmação é confirmada pela jurisprudência dos nossos tribunais que têm reiteradamente afirmado que a boa-fé se presume, enquanto que a má-fé deve estar caracterizada nos autos². Assim como pela doutrina quando diz que para fins de penalização e reparação só serão considerados de má-fé aqueles indivíduos que se comportarem segundo os arquétipos estabelecidos nos *numerus clausus* dos incisos contidos no artigo 8o do CPC, ou nos demais modelos normativos de má-fé residual previstos

* Advogado. Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela Università degli Studi di Firenze. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro da International Association of Procedural Law. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro representando no Brasil no Projeto Internacional de Investigação sobre Prova Científica e Prova Pericial financiado pelo Ministério de Educação e Cultura - Mec - da Espanha.

¹ A boa-fé no processo, para mim, não é um tema novo que despertou a partir da inclusão do art. 5º no atual CPC. Sobre este assunto já publiquei o artigo intitulado **O Sobreprincípio da Boa-Fé Processual como decorrência do Comportamento da Parte em Juízo**, originalmente publicado na Revista Forense, 2005, v. 381 e posteriormente publicado em meu livro **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010 e que agora retomo algumas ideias para ampliá-las e adaptá-las ao novo CPC.

² Este é o entendimento do STF quando afirma que em sede recursal “*não se presume o caráter malicioso, procrastinatório ou fraudulento da conduta processual da parte que recorre, salvo se se demonstrar, quanto a ela, de modo inequívoco, que houve abuso do direito de recorrer*”, 2ª Turma, AI 239612 AgR-ED-ED/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 17.12.2002, DJU 04.04.2003, ATA nº 9/2003.

esparsamente no CPC, v. g., arts. 79, § único do art. 100, 142, §§ 10 e 11 do art. 702, 774, etc³.

A boa-fé representa, assim, um conceito ético-social do homem, pois está relacionada ao seu modo de agir em sociedade e, portanto, existe também fora do Direito⁴.

Quando se exige da parte no processo que sua conduta esteja calcada na boa-fé, isto equivale dizer que a mesma deve agir em juízo com lealdade processual, com retidão e de maneira proba, já que o seu comportamento pode condicionar ou gerar certas expectativas de comportamento para a parte contrária que confiou no agir processual. Esta é a razão pela qual JESÚS GONZÁLES PÉREZ acertada afirma que “*la buena fe incorpora el valor ético de la confianza*”⁵, v. g., se uma das partes, ao ser solicitada para prestar informações, junta um documento ou declara um fato e a parte contrária, com base nesta declaração ou documento, pratica determinado ato, parece óbvio que a conduta processual de uma delas condiciona o comportamento da outra. Esta é a razão pela qual RUI STOCO, acertadamente afirmou que “*segundo a ética, o homem, vivendo em sociedade, tem o dever moral de agir de boa-fé, enquanto, segundo o Direito, o homem tem obrigação legal de não agir de má-fé*”⁶.

A relevância da boa-fé como princípio moral ético de confiança desvela-se como um eficiente mecanismo de redução de complexidades, pois permite oferecer segurança a planificações dirigidas ao futuro,

³ Entretanto, como bem assevera RUI STOCO, “*nada impede que, ocorrendo ofensa ao dever genérico de lealdade, estabelecido no art. 14 do CPC, mas não prevista expressamente nas hipóteses clausuladas do art. 17, a parte interessada busque, através de ação autônoma, reparação ou indenização com supedâneo no Direito Comum, desde que este comportamento se transmude em ato ilícito, com ingresso no campo da responsabilidade aquiliana e, portanto, impregnado de dolo ou culpa*”. Abuso do direito e má-fé processual, nº 2.02.5, p. 53 e 54.

⁴ De acordo com a opinião de JOAN PICÓ, “*la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto sólo pueden efectuarse meras aproximaciones conceptuales sobre la misma*”, El principio de la Buena Fe Procesal, nº 5-1, p. 69. Sobre os conceitos juridicamente indeterminados, consultar BARBOSA MOREIRA, **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**, ob. cit., p. 64 e ss.

⁵ JESÚS GONZÁLES PÉREZ, **El Principio Gereneral de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**, p. 96.

⁶ **Abuso do direito e má-fé processual**, nº 2.02.5, p. 53.

atuando como mecanismo de redução da complexidade que aumenta a capacidade do sistema de atuar coerentemente em um entorno ainda mais complexo. O dever de agir imbuído de boa-fé como conduta social em sentido amplo não denota grau de certeza aos comprometidos, mas amplia substancialmente a redução temporal da complexidade, pois amplia as possibilidades de ação no presente, orientando a um futuro que, por mais incerto que seja, apresenta um grau de confiança.⁷

2. A boa-fé como cláusula geral de conduta processual

A necessidade de agir com base na boa-fé não é algo novo no direito, como bem podemos perceber através das afirmações do jurista GAIO⁸, já na antiga Roma. Todavia, a compreensão e a extensão deste conceito alcançam historicamente diversos matizes.

A partir de um estudo mais pormenorizado, não se pode negar que a boa-fé, pese o seu enquadramento legal no dispositivo em apreço, ainda está longe de apresentar uma definição legal capaz de uma adequada delimitação conceitual, restando, pois, um largo caminho a ser percorrido. Este caminho certamente passa pela correta compreensão do direito jurisprudencial que pode aportar ao referido conceito graus de racionalidade e objetividade suficientes para emprestar segurança jurídica no desenvolvimento das soluções concretas.

Neste contexto, a boa-fé passa a compor os valores superiores do Estado Democrático de Direito, pois como bem destaca PECES-BARBA, o sentido destes valores pode ser entendido “*como ideais éticos, como*

⁷ Para um aprofundamento sobre a relação entre confiança e redução de complexidades, ver LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996.

⁸ **Instituciones**, 4. 174; 4. 178 e 4. 179.

*contenido de moralidad, que ese tipo de Estado propugna para ser realizado por su ordenamento jurídico*⁹.

No atual estágio de nossa sociedade podemos falar de um novo giro ao lado do linguístico, hermenêutico e pragmático, é o *ethical turn* ou giro ético que define as éticas aplicadas à utilização de princípios e regras morais na realidade cotidiana, ou como quer JOVINO PIZZI, a “*aplicação de princípios extraídos da ética normativa para a resolução de problemas éticos cotidianos*”¹⁰, como perfeitamente soe acontecer quando no direito e, em especial, no processo, nos valemos da cláusula geral da boa-fé para interpretar situações processuais concretas. Por isso a boa-fé no direito deixou de ser casual e contingente para converter-se em regular e certa, sistematizando assim as tomadas de decisões mais coerentes e rentes aos valores insculpidos na Carta Magna de 1988. Esta é a razão pela qual HABERMAS fala que “*O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia*”¹¹. Neste contexto insere-se o art. 5º do CPC quando o mesmo determina que todo aquele que “*participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”.

A dogmatização da boa-fé no âmbito processual, art. 5º do CPC, veio contida em uma cláusula geral¹², com nítida ampliação de poderes do juiz para conformar o texto legal às peculiaridades concretas do caso posto a julgamento¹³. Nas precisas palavras de PERLINGIERI, “*As cláusulas gerais,*

⁹ **Los Valores Superiores**, p. 65. Foi por isso que JOVINO PIZZI, afirmou que “*Tais princípios são inegociáveis, não têm preço e nem são propriedade de um grupo particular, pois compõem um núcleo comum, que ilumina as deliberações*”, *Ética e Éticas Aplicadas: a reconfiguração do âmbito moral*, p. 129.

¹⁰ **Ética e Éticas Aplicadas**: a reconfiguração do âmbito moral, p. 35.

¹¹ **Democracia e Direito**, vol. I, p. 127.

¹² Para descobrir precisas diferenças e semelhanças entre cláusulas gerais e princípios, consultar os corretos argumentos de JUDITH MARTINS-COSTA, **A Boa-fé no Direito Privado**. Critérios para a sua aplicação, § 15, nº 3, p. 150 a 154.

¹³ Esta é a razão pela qual PIETRO PERLINGIERI, acertadamente afirma que: “*Legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato*”, **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**, p. 237.

portanto, são uma técnica legislativa que consente a concretização e especificação de múltiplas possibilidades de atuação de um princípio, agindo contemporaneamente como critério de controle da compatibilidade entre princípios e regras”¹⁴.

A boa-fé é, portanto, um *standard* jurídico que permite auferir um parâmetro de comportamento pautado nos padrões de lealdade, honestidade e probidade, porquanto este comportamento protege a confiança entre os diversos sujeitos processuais.

O dever de agir com boa-fé informa as regras de conduta em sociedade e, no particular, dentro do processo para todos os sujeitos que nele intervierem. Nesta dimensão podemos claramente afirmar que quem processualiza o conflito não processualiza mais apenas o conflito¹⁵.

3. A boa-fé como sobreprincípio processual

A boa-fé processual quer seja ela obrigação, dever ou ônus¹⁶, quer esteja explícita ou implícita, é, indiscutivelmente, um valor que paira acima de qualquer instituição jurídica, porque, nas palavras de COUTURE, “*el deber de decir la verdad existe, porque es un deber de conducta humana*”¹⁷.

¹⁴ **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**, p. 240. Convém destacar também, nas exatas palavras do autor, que “*as cláusulas gerais não têm um valor axiológico autônomo e completo, porque são preenchidas por valores que se encontram não apenas na realidade social, mas nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior, sejam esses constitucionais, comunitários ou internacionais. A vagueza da referência contida na cláusula é superada com o reenvio não à consciência ou a valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia*”, **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**, p. 239 e 240. Em igual sentido, JUDITH MARTINS-COSTA quando diz que abertura das cláusulas gerais diz respeito “*ao ingresso no ‘corpus’ legislativo de princípios, máximas de conduta, ‘standards’ e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a ‘adequação valorativa’ do sistema (abertura ou permeabilidade do sistema)*”, **A Boa-fé no Direito Privado**. Critérios para a sua aplicação, § 16, nº 1, p. 158.

¹⁵ Esta é a ideia de LUIZ EDSON FACHIN quando fala da ética do comportamento, afirmando, para o direito civil, que “*quem contrata não contrata mais apenas o contratado (CCB, art. 422, probidade)*”, **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim, p. 152.

¹⁶ Para o aprofundamento da classificação das condutas das partes em juízo pautadas pela boa-fé processual, consultar o que escrevi em **Provas Atípicas**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998, nº 4.6.3, p. 124 a 130.

¹⁷ **El deber de las partes de decir la verdad**, ob. cit., p. 253.

O processo tem, em certa medida, uma boa dose de verdade, porque no seu conceito, em sentido social ou, como querem alguns, instrumental, ele é um instrumento de realização da justiça¹⁸, que está colocado à disposição das partes pelo Estado, para que elas busquem a prestação da tutela jurisdicional¹⁹, e nenhum instrumento de justiça pode existir fundado em mentira. Tanto que, na exposição de motivos do Código de Processo Civil, de 1973, n.º 17, explicando as inovações, o Prof. BUZAID disse: *“Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever às partes: a) expor os fatos em juízo conforme à verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito”*.

¹⁸ Sobre o particular já averbeei que acreditamos: *“que a função cardinal do processo, em virtude do monopólio da jurisdição, está na proteção dos interesses individuais ou coletivos das pessoas através da aplicação, com a consequente manutenção, da ordem jurídica objetiva, isto é, o processo não serve unicamente para a proteção dos interesses individuais ou coletivos, nem tampouco para manter a ordem jurídica, senão que sua identificação reside exclusivamente na soma indispensável destes dois elementos, razão pela qual seu entendimento vai mais além da concepção objetiva ou subjetiva do processo, exatamente porque é um instrumento de realização da justiça (concepção social do processo). Esta concepção trás consigo inumeráveis conseqüências práticas, como por exemplo a ampliação dos poderes do juiz, a realização efetiva dos direitos em menor tempo possível, a desformalização dos processos, etc. Se orienta neste sentido, HABSCHEID, para quem “le procès civil ne vise pas seulement au maintien de l'ordre juridique objectif mais aussi à la protection des intérêts individuels”, <Droit judiciaire privé suisse>, Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., Genève, 1981, 2ª ed., §2º, pág. 04”, O Sobreprincípio da Boa-Fé Processual como decorrência do Comportamento da Parte em Juízo*, p. 126, nota 431. Sobre esta concepção social de processo, consultar o que escrevi em: A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do “due process of law”. **Revista do Processo**, 1994, jul-set, p. 183 e ss.

¹⁹ Sobre o estudo da Pretensão à Tutela Jurídica e a análise de seus elementos, consultar o que escrevi em Acesso aos Tribunais como Pretensão à Tutela Jurídica. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Org. Lenio Streck, José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 101 e ss

Estas são as razões pelas quais a boa-fé processual é erigida à categoria de *sobreprincípio*²⁰ processual, vale dizer, ela é um princípio que se sobrepõe aos demais, por possuir um interesse público iminente, condicionando, sempre que possível, os demais princípios, e coloca a verdade como apoio e sustento da justiça, que é a base do Direito. O *sobreprincípio* da boa-fé processual obriga a todos os intervenientes a agirem e a se comportarem no processo com probidade e honestidade, pois, segundo KLEIN, “*es principio geral que todo cuanto obste o dificulte los objetivos del proceso debe ser evitado*”²¹.

Aplica-se aqui, por analogia, o conceito de princípio desenvolvido por HUMBERTO ÁVILA, para quem os princípios “*são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*”²².

A boa-fé processual caracteriza-se, pois, como um sobreprincípio do ordenamento jurídico, posto que paira por cima dos demais princípios jurídicos e os condiciona, determinando-os no espaço e no tempo, em suas interpretações.

Não se pode negar que os demais princípios processuais, inclusive aqueles guindados a categoria constitucional, como por exemplo: o direito

²⁰ Expressão que é utilizada por analogia àquela consagrada pelo gênio de PONTES DE MIRANDA, regras de sobredireito, que segundo o autor significa: “*Ser de sobredireito não é ser de direito ‘anterior’ ao direito sobre que versa a regra de sobredireito, é ser por cima desse direito para o determinar, no espaço, no tempo, ou em sua interpretação*”, **Tratado das Ações**, t. I, § 44, p. 245. Também utiliza emprestada esta expressão GALENO LACERDA, quando se refere às normas sobre nulidades processuais como sendo normas de sobredireito processual, **O Código e o Formalismo Processual**, p. 11. Com nomenclatura distinta, mas no mesmo sentido, HUMBERTO ÁVILA, ao chamar de postulados normativos, que segundo o autor “*são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios*”, **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 120.

²¹ *Apud* VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, **El proyecto de la ordenanza procesal civil austriaca visto por Franz Klein**, p. 320.

²² **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, n° 2.4-3, pg. 70.

de ação, o contraditório, etc., não fiquem imunes ao dever supraconstitucional de agir e de falar em juízo ou fora dele sempre com base na boa-fé, na retidão e na lealdade, já que “*a boa-fé tem, em si, os paradoxos, as conquistas e as aspirações da cultura jurídica contemporânea*”²³.

4. O alcance do ART. 5º do CPC/15: boa-fé objetiva e subjetiva

O dever de agir com base na boa-fé projeta, nas palavras de MANUEL DA ROCHA e MENEZES CORDEIRO, “*a necessidade de respeitar vectores fundamentais do sistema jurídico, com realce para a tutela da confiança e a materialidade das situações subjacentes, avultando ainda um certo equilíbrio entre a posição das partes*”²⁴. Este respeito à tutela da confiança deve, necessariamente, estar materializado na previsibilidade das condutas praticadas pelos sujeitos durante todo iter processual.

A doutrina mais clássica entende que a boa-fé pode ser entendida desde o prisma subjetivo ou objetivo²⁵. Existirá *boa-fé subjetiva* quando o indivíduo estiver convencido que o seu obrar está em conformidade com o direito aplicável, isto é, ele acredita, ele crê que sua intenção é legítima. Aqui é levado em consideração seu estado anímico, sua convicção íntima no agir dentro do processo, configurando, assim, a ausência de má-fé processual. No direito material, esta situação é mais comum nos direitos reais²⁶, especialmente em matéria possessória.

²³ MANUEL DA ROCHA e MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-fé no Direito Civil**, p. 48.

²⁴ **Da Boa-fé no Direito Civil**, p. 1.170 e 1.171.

²⁵ Para aprofundar melhor no estudo deste tema, consultar a excelente monografia de JUDITH MARTINS COSTA, **A Boa-fé no Direito Privado**. Critérios para a sua aplicação, §§ 23 a 25, p. 260 a 272.

²⁶ Desde esta perspectiva, é oportuno, pois, consultar a clássica monografia de JOSSERAND, principalmente o capítulo I, que descreve as causas de abuso do direito de propriedade, **De l'esprit des droits et de leur relativité**, p. 15 a 45. Para um resumo das diversas teorias no direito francês, compulsar a obra de PEDRO BAPTISTA MARTINS, **O abuso do direito e o ato ilícito**, Forense, 1997, 3ª ed., nº 25 a 28, págs. 34 a 37.

De outro lado, existirá *boa-fé objetiva* quando o obrar do indivíduo se enquadra no “*modelo jurídico complexo e prescritivo*”²⁷ processual, no *standard* jurídico exigido de um indivíduo que atue no processo de maneira reta, proba, leal e honesta. Aqui não tem qualquer relevância à intenção, o ânimo do sujeito processual na realização de sua conduta.

O art. 5º do CPC, como norma fundamental do processo civil, possui nítido caráter objetivo, não se limitando, portanto, a ausência de má-fé do sujeito na realização de determinado ato processual. Vale dizer, prioriza a função objetiva sem contudo desatender a subjetiva. Ela, a boa-fé objetiva, vai mais além e está intrinsecamente ligada a eticidade de uma determinada sociedade, seus ideais de moralidade e um grau significativo de cultura jurídica, que certamente variam no tempo e no espaço, já que visa proteger a confianças entre os sujeitos processuais. Não se perquiri nessa a convicção íntima da parte quando ela pratica o ato processual. O que se quer diante do art. 5º do CPC é que a conduta do sujeito esteja respaldada pelo *standard* jurídico apresentado como modelo moralmente aceito para aquela conduta processual, pois “*é indiscutível que ‘nas exigências de probidade, lisura e correção de conduta que a boa-fé traduz cabe a de não criar ou acalantar indevidamente expectativas em outrem’, bem como ‘prevenir a formação ou manutenção de representações falsas, temerárias ou infundadas em outrem (ou o respectivo risco)’*”²⁸.

Esta é a razão pela qual a ilicitude do comportamento do sujeito no processo que desrespeita a boa-fé objetiva não decorre necessariamente da reprovação social daquela conduta em juízo, mas sim da proteção da confiança. E, neste exato sentido, convém destacar as brilhantes palavras de BRUNO MIRAGEM, segundo as quais “*A confiança que se protege, neste*

²⁷ Expressão esta criada por JUDITH MARTINS COSTA, para definir “*estruturas normativas referidas às fontes de produção jurídica*”, **A Boa-fé no Direito Privado**. Critérios para a sua aplicação, § 24, nº 3, p. 265 e 266.

²⁸ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, nº 37, p. 467.

sentido, tem duplo significado: tanto a ‘confiança relacional’ (confiança no outro sujeito da relação) quanto a ‘confiança no sistema jurídico e em sua efetividade’, na coibição e repressão do ilícito, e na estabilidade das relações jurídicas”²⁹.

5. A boa-fé objetiva e o abuso nos comportamentos processuais

Por todas estas razões, o processo, com base na boa-fé objetiva, não permite a prática de comportamentos processuais desvinculados do arquétipo moral de conduta exigida para aquela situação em concreto porque viola a proteção da confiança, constituindo, assim, uma ilicitude objetiva do sistema processual, vale dizer, não tolera o agir processual que incida na *exceptio doli, venirem contra factum proprium, inalegabilidade de nulidades formais, suppressio, surrectio, tu quoque* e, por fim, *o desequilíbrio no exercício jurídico*, porque, de acordo com VON THUR: *“Generalmente, el acto ilícito no sólo viola una norma jurídica, sino que quebranta a la par un derecho subjetivo de otra persona”³⁰.*

Quando o comportamento processual do sujeito se afasta do modelo objetivo de conduta exigido para a produção do ato processual ele viola ao mesmo tempo uma norma processual e o direito subjetivo, material ou processual, de outro sujeito no processo, na medida em que inviabiliza ou dificulta o exercício legítimo desta vantagem objetiva obtida pelo ordenamento jurídico que representa o direito subjetivo. Em outras palavras, a ilicitude do ato processual praticado em desrespeito a boa-fé objetiva está configurada no desrespeito a norma processual e na restrição imposta ao exercício do ato processual da outra parte que confiou tanto no sistema processual quanto na conduta do outro sujeito.

²⁹ **Abuso do Direito:** Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado, p. 245.

³⁰ **Tratado de las Obligaciones**, vol. I, p. 265.

É neste sentido que o comportamento processual da parte ou do sujeito é abusivo e imoral e, portanto, merece reprovação objetiva tanto por parte da lei quanto por parte do juiz, porquanto exerceu irregularmente um direito. Não se desconhece, pois, que é o exercício posterior desta conduta que transforma o que é lícito em ilícito, ensejando, assim, a imoralidade do ato que pode ser tanto subjetiva como objetiva. Nas palavras de JOSÉ CALVO SOTELLO, a dupla função da imoralidade pode assim ser compreendida: “*Subjetiva: cuando el daño ha sido el único móvil del ejercicio del derecho, o sea cuando éste se ha actuado con la intención de perjudicar (que es la tesis de Jossierand) o simplemente sin fin serio y legitimo (que es la tesis de Saleilles). Objetiva: cuando el daño proviene de ‘exceso’ o ‘anormalidad’ en el ejercicio del derecho que no obste a su legalidad externa (...) y que se manifieste por la desproporción indefendible y enormísima entre el perjuicio irrogado y la utilidad subjetiva reportada*”³¹.

Deste todas estas perspectivas, podemos conceituar como abuso do (e no) processo *toda aquela conduta praticada por uma pessoa em juízo que altere, voluntariamente, os fins que a lei buscou proteger, gerando, com isso, um dano subjetivo ou objetivo aos demais sujeitos processuais.*

Entre as diversas condutas processuais proibidas pela boa-fé objetiva, convém destacar as seguintes:

- a) A *exceptio doli*, mesmo tendo nascida no direito civil³² pode, sem nenhuma restrição substancial, ser aplicada ao processo, já que ela está baseada na boa-fé objetiva e não permite que alguém possa obter uma vantagem processual não conferida pela ordem jurídica com base em uma conduta processual moralmente inidônea. Ela pode, então, ser definida como a “*faculdade potestativa de paralisar*

³¹ **La Doctrina del Abuso de Derecho como limitación del Derecho Subjetivo**, p. 130.

³² Sua origem é bem antiga como bem podemos perceber nas **Instituciones** de GAIO, 4.116 e 117.

*o exercício do direito de outrem*³³, vale dizer, é o poder que um sujeito do processo tem de afastar a pretensão do outro, porque o mesmo incorreu em dolo quando da prática do ato processual. Neste contexto podemos afirmar que o art. 5º do CPC não pressupõe somente uma função defensiva de afastar a pretensão alheia, mas também uma função ativa de, ao lado da supressão do abuso, exigir concomitantemente a aplicação de uma multa tanto para a parte, art. 81 do CPC, como para o Estado, art. 77 do CPC³⁴, já que o comportar-se em juízo com base na boa-fé objetiva é ao mesmo tempo um dever e uma obrigação³⁵. Como exemplo, podemos citar, entre tantos outros³⁶:

- I - O comportamento do autor que se vale licitamente do direito de ação para alcançar ilicitamente um fim, na medida em que o exercício lícito do direito de ação não pretende exercer seu direito subjetivo, mas tem em vista obstruir ou inviabilizar o exercício do direito subjetivo da parte contrária³⁷.
- II - A alegação de prescrição, nos moldes do art. 302, IV do CPC, pois a parte responderá pelos prejuízos causados em decorrência da efetivação da tutela de urgência (função ativa), isto é, pese a licitude da efetivação da tutela de urgência que cumpriu todos os requisitos legais para realizar-se, a vantagem processual obtida através da medida encontra um fim ilícito, já que a pretensão do autor está prescrita.
- III - Quando o juiz julga liminarmente o pedido do autor improcedente se verificar a ocorrência de prescrição ou decadência, conforme a prescrição do § 1º do art. 332 do CPC.

³³ MANUEL DA ROCHA e MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-fé no Direito Civil**, p. 740.

³⁴ A multa para o Estado encontra sua razão de ser, em primeiro lugar, porque a realização da justiça pelo Poder Público custa dinheiro e, de acordo com JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, “*não é justo que o dinheiro do povo seja empregado para satisfazer a má-fé, a temeridade, o capricho, ou o erro grosseiro de um indivíduo*”, **Abuso do Direito no Processo Civil**, nº 13, p. 33. E, em segundo lugar, porque o abuso do/no processo, induz o juiz a uma decisão equivocada, razão pela qual, nas palavras de STEFANO COSTA, “*a ilegalidade do dolo processual é portanto fundada na atitude do mesmo em transformar a falsidade processual em falsidade jurídica, deformando a livre manifestação de vontade do magistrado*”, O Dolo Processual em matéria Civil e Penal, Cap. V, p. 97.

³⁵ Sobre a classificação das condutas das partes em juízo como dever, obrigação ou ônus, consultar o que escrevi em **Provas Atípicas**, p. 119 e ss.

³⁶ As formas de abuso do direito no processo podem ser das mais variadas, e, g., dolo, fraude, temeridade, simulação do processo, emulação, erro grosseiro, dilação indevida no processo, defesa abusiva, entre outras. Neste particular, consultar a obra de JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, **Abuso do Direito no Processo Civil**, nº 41 a 53, p. 87 a 111. Para um estudo mais amplo do abuso dos direitos no processo, nos países ibéricos e ibero-americanos, consultar a clássica obra **Abuso dos Direitos no Processo**, em especial o Relatório Geral Latino-Americano apresentado por EDUARDO OTEIZA, p. 7 a 31.

³⁷ Sobre a existência do abuso no exercício da demanda e todas as implicações que o tema comporta, consultar a magistral obra de JORGE AMERICANO, **Abuso no exercício da Demanda**, em especial os Cap. IV e ss, p. 31 e ss.

b) O *venirem contra factum proprium* tutela a proteção jurídica da boa-fé manifestada na tutela da confiança e depositada na aparência³⁸. Por isso as pessoas que integram a relação processual têm consciência da existência de um modelo de conduta a ser praticado quando realizam um ato processual, produzindo, assim, um estado de mutua dependência no comportamento entre todos os sujeitos que integram o processo. Este princípio apresenta, necessariamente, dois comportamentos lícitos praticados em momentos temporais diferidos, vale dizer, o primeiro comportamento, chamado de *factum proprium*, que é o gerador da confiança, está em contradição direta com o segundo comportamento praticado, mas convém destacar que “*é a deslealdade, além da contraditoriedade com a própria conduta, que está no núcleo da figura conhecida como ‘venirem contra factum proprium’*”³⁹. Esta contradição direta entre os comportamentos é analisada objetivamente, já que independe de culpa⁴⁰. Podemos, então, compreender o *venirem contra factum proprium* como um princípio derivado da boa-fé objetiva que “*sanciona como inadmisibile toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al proprio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto*”⁴¹. Os exemplos no processo podem ser muitos, razão pela qual nos limitaremos a alguns, entre os quais cabe citar:

I - A decisão do juiz que indefere a prova para o autor e posteriormente julga a demanda improcedente;

II- A existência de promessa de compra e venda, frustrada por ato imputável ao réu, não impede o ajuizamento da ação de desapropriação indireta⁴²;

III - A decisão do juiz ou tribunal que não respeita as súmulas ou jurisprudência dominante do STJ e do STF, pois o direito de acesso aos tribunais está pautado na boa-fé objetiva e compreende a proteção da tutela da confiança depositada nas expectativas legítimas das pessoas em que juízes e tribunais aplicarão a lei,

³⁸ Para alguns autores, este princípio encontra fundamento na constituição, art. 3º, I da CF, quando a lei maior coloca como um dos objetivos fundamentais do Estado, o princípio da solidariedade social. Neste exato sentido JOSÉ PUIG BRUTAU, quando pontifica que o *venirem contra factum proprium*: “*Significa realmente un poderoso instrumento para aumentar el sentido de solidaridad y para dar cohesión al grupo social, pues cada miembro ve reflejado en sus propios intereses el perjuicio que su conducta podía haber inferido a los demás*”, La Doctrina de los Actos Propios, p. 115. Em igual sentido, ANDERSON SCHREIBER, **A Proibição de Comportamento Contraditório**, Cap. 2, nº 7, p. 107 a 109.

³⁹ Nas precisas palavras de JUDITH MARTINS COSTA, **A Boa-fé no Direito Privado**. Critérios para a sua aplicação, § 74, nº 1, p. 616.

⁴⁰ MANUEL DA ROCHA e MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-fé no Direito Civil**, p. 761.

⁴¹ ALEJANDRO BORDA, **La Teoría de los Actos Propios**, p. 11.

⁴² STJ, Dec. Mon., RESP 494559, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. 08.03.04, DJ 22.03.2004.

art. 926 do CPC, de forma coerente e íntegra, a fim de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, permitindo, assim, a igualdade não só perante a lei, mas acima de tudo perante as decisões judiciais⁴³.

- c) O *Nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* que se caracteriza pela reprovação da malícia, do dolo ou da torpeza do sujeito processual. O núcleo aqui está no elemento subjetivo da conduta da parte em juízo, na medida em que a boa-fé do art. 5º do CPC não tolera daquele que violou deveres processuais, a possibilidade de que ele próprio possa aproveitar-se da sua própria violação, obtendo, portanto, vantagens processuais indevidas, pois a ninguém é permitido beneficiar-se da sua própria torpeza. Este princípio não é novo no processo civil e já estava plasmado no antigo art. 243 do CPC/73, agora literalmente reproduzido no art. 276 do CPC, segundo o qual: “Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”. Este princípio, contudo, não se aplica às invalidades aplicáveis de ofício. Ele não se confunde com o *venire contra factum proprium*⁴⁴, pois neste princípio se tutela a confiança que independe da intenção subjetiva da parte no processo, enquanto no *Nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* se rechaça a malícia⁴⁵. Vários são os exemplos da jurisprudência sobre o tema que não é nova, merecendo destaque as seguintes hipóteses:

I – A denegação de liminar não enseja à parte suscitar a incompetência do colegiado perante o qual postulou⁴⁶;

⁴³ Neste exato sentido já se manifestou a Corte Constitucional Colombiana ao aplicar o princípio *venire contra factum proprium* para fundamentar a uniformização de jurisprudência no país, de acordo com a Sentença C-836/2001, transcrita por ANDERSON SCHREIBER, **A Proibição de Comportamento Contraditório**, Cap. 4, nº 15, p. 246 e 247, pese o autor entender que no direito brasileiro não configuraria uma aplicação correta do princípio. A posição do autor pode ser justificada pela inexistência do novo CPC que somente entrou em vigor no dia 17.03.2016.

⁴⁴ Sobre este ponto “A parte que escolhe o foro da propositura da ação e que recorre da decisão que declinou da competência de ofício não pode, posteriormente, pugnar pela modificação da competência territorial por ela própria fixada e defendida, em virtude da proibição de comportamento contraditório e do princípio do *non venire contra factum proprium*”. STJ, 3ª Turma. REsp 1619289/MT, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 07.11.2017, DJe 13.11.2017.

⁴⁵ Apresentando vigorosos argumentos na diferenciação, JUDITH MARTINS COSTA, **A Boa-fé no Direito Privado**. Critérios para a sua aplicação, § 75, nº 1, p. 628 e ANDERSON SCHREIBER, **A Proibição de Comportamento Contraditório**, Cap. 3, nº 3.2, p. 175 e 176. Para este autor, “Quando se obsta a alegação da própria torpeza se está, a rigor, sancionando a malícia daquele que adotou certa conduta e depois pretende escapar, com base no próprio comportamento malicioso, aos seus efeitos”, ob. cit., p. 176.

⁴⁶ STJ, 1ª Seção, CC 1.703/RS, rel. Min. AMÉRICO LUZ, j. 14.05.91, DJU 10.06.1991, p. 7.825.

- II – Quando a parte deixa de comunicar, oportunamente, fato relevante para o julgamento da causa e o alega, a destempo, em sede recursal, para invalidar o processo⁴⁷;
- III – Advogado irregularmente constituído não pode, em sede recursal, alegar a invalidade dos atos processuais por ele praticado⁴⁸;
- IV – O fiador que firma contrato de locação sem se declarar como casado, não pode, em juízo, alegar a nulidade da fiança com base na ausência de outorga uxória⁴⁹.
- d) O *tu quoque* também pode ser aplicado ao processo⁵⁰, na medida em que “*não é lícito exigir de outrem determinada conduta se quem exige deveria ter tido a mesma conduta, mas não o fez*”⁵¹. Fere a boa-fé objetiva permitir que a parte que tenha desrespeitado a lei ou decisão judicial, possa exigir da parte contrária a obediência que ela mesma se recusou a cumprir, v. g.:
- I – Se ambas as partes foram devidamente intimadas para apresentarem documentos e uma delas injustificadamente não os apresenta, não pode exigir que a parte contrária apresente documentos se ela mesma não exibiu os seus em juízo.

Referências

AMERICANO, Jorge. **Abuso no exercício da Demanda**. 2ª ed.: São Paulo. Saraiva, 1932.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 1991, v. I.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades da Sentença**, São Paulo. RT, 1987.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de Ações**, São Paulo. RT, 1989.

⁴⁷ STJ, 2ª Seção, AR 3234/MG, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 27.11.2013, DJe 14.02.2014. Em igual sentido, STJ, 4ª Turma, REsp 725.456/PR, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 05.10.2010, DJe 14.10.2010, entre outras.

⁴⁸ STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 281994/RJ, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 11.04.2013, DJe 19.04.2013.

⁴⁹ STJ, 5ª Turma, REsp 1128770/PR, rel. Min. LAURITA VAZ, j. 16.11.2010, DJe 06.12.2010.

⁵⁰ Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando asseverou que: “*A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório - expressão particular da teoria dos atos próprios -, sintetizado no anexam ‘tu quoque’, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial*”, STJ, 2ª Turma, RMS 14908/BA, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 06.03.2007, DJ 20.03.2007, p. 256. Publicada na RSTJ, vol. 208, p. 225.

⁵¹ JUDITH MARTINS COSTA, **A Boa-fé no Direito Privado**. Critérios para a sua aplicação, § 76, nº 2, p. 642.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Atualizado por Hamílcar de Garcia. Rio de Janeiro. Delta, 1958, vol. I.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª ed.: São Paulo. Malheiros, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José C. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**. In: Temas de Direito Processual. 2ª Série. São Paulo. Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos; RAMOS MÉNDEZ, Francisco; et alii. **Abuso dos Direito Processuais**. Rio de Janeiro. Forense, 2000.

BARREIROS, Lorena M. Santos. **Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual**. Salvador. Jus Podivm, 2013.

BORDA, Alejandro. **La Teoría de los Actos Propios**. 3ª ed.: Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 2000.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador. JusPodivm, 2016.

_____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, Anno LX, nº 2, aprile-giugno.

_____. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, influência e validade 'prima facie' dos atos processuais. 2ª ed.: Rio de Janeiro. Forense, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo. Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1962.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.

_____. **Instituciones del nuevo proceso civil italiano**. Trad. de Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942, v. I.

_____. **Sistema de derecho procesal civil**. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944, v. II.

_____. Torniamo al giudizio. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, 1949.

CALAMANDREI, Piero. Lite e processo. In: **Studi di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1939.

_____. Processo e Democrazia. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, 1º vol.

COSTA, Stefano. **O Dolo Processual em matéria Civil e Penal**. Trad. Laercio Laurelli. 2ª ed.: São Paulo. Paulistanajur, 2005.

COUTURE, Eduardo J. El deber de las partes de decir la verdad. In: **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires. Depalma, 1979, t. III.

_____. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988.

DALL'AGNOL, Jorge L. **Pressupostos Processuais**. Porto Alegre. LEJUR, 1988.

DENTI, Vittorio. *Perizie*. nullità processuali e contraddittorio, **Rivista di Diritto Processuale**, 1967.

DIERLE NUNES. **Processo jurisdiccional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

DINAMARCO, Cândido. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5ª ed.: São Paulo. Malheiros, 2002.

EISNER, Isidoro. Principios Procesales, **Revista de Estudios Procesales**, nº 4.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro. Renovar, 2015.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. **El juicio ordinario y los plenarios rápidos**. Barcelona: Bosch, 1953.

_____. El proyecto de la ordenanza procesal civil austriaca visto por Franz Klein. In: **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Madrid. Derecho Privado, 1955.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della doctrina. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1958.

FIDÉLIS, Ernane. **Manual de Direito Processual Civil**, São Paulo. Saraiva, 1996.

FILHO, José Olímpio de Castro. **Abuso do Direito no Processo Civil**. 2ª ed: Rio de Janeiro. Forense, 1960.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra. Almedina. 2007.

GAIO. **Instituciones**. Trad. Alvaro d'Ors e Pérez-Peix. Madri. Instituto Francisco de Vitoria, 1943.

GIANNAKOS, Ângelo Maraninchi, **Assistência Judiciária no Direito Brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. **El Principio Gereneral de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. 4ª ed.: Madrid. Civitas, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HABERMAS, J. **Democracia e Direito**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1997. Vol. I e II.

IHERING, Rudolf. **El espíritu del derecho romano**. Trad. de Enrique Príncipe y Satorres. Granada: Comares, 1998.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual Civil**. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra. Almedina, 2002.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité**. 2^a ed: Paris. Dalloz, 1939.

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 3^a ed.: Madri. Tecnos, 1999.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**, Porto Alegre. Sergio Fabris, 1985.

_____. O Código e o Formalismo Processual. **Revista Ajuris**, n^o 28.

LOPES DA COSTA, Alfredo de A. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro. J. Konfino, 1946.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropolos, 1996.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo. RT, 2015.

MARINONI, Luiz G.; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. RT, 2012.

MARQUES, Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo. Saraiva, 1990.

MARTINETTO, Contraddittorio (Principio del). In: **Novissimo Digesto Italiano**, Torino: Utet, 1959, vol. IV.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3ª ed: Rio de Janeiro. Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. Critérios para a sua aplicação. São Paulo. Marcial Pons, 2015.

MATTHEWS, R.S.; COOPER, J.L.; DAVIDSON, N.; HAWKES, P. Building bridges between cooperative and collaborative learning. In: **Revista Change: The Magazine of Higher Learning**. 1995, v. 27, p. 35 a 40. Disponível em: http://www.tandfonline.com/loi/vchn20?open=27&repetition=0#vol_27. Acessado em 03.06.2016.

MERRYMAN, John H. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado**. Rio de Janeiro. Forense, 2009.

MITIDIERO, Daniel F. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo. RT, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto A. de. **Do formalismo no processo civil**. 3ª ed.: São Paulo. Saraiva, 2009.

PALACIO, Lino. **Manual de derecho procesal civil**. 17ª ed.: Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

PANITZ, T. **A definition of collaborative vs cooperative learning**. Disponível em: <http://www.lgu.ac.uk/deliberations/collab.learning/panitz2.html>. Acessado em 03.06.2016.

PECES-BARBA, Gregorio. **Los Valores Superiores**, 2ª reimpressão: Madrid. Tecnos. 1986.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

PEYRANO, Jorge. **El Proceso Civil**. Buenos Aires: Astrea, 1978.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Coord. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Trad. por Luís Alberto Reichelt. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El Principio de la Buena Fe Procesal**. Barcelona. Bosch, 2003.

PIZZI, Jovino. **Ética e Éticas Aplicadas**: a reconfiguração do âmbito moral. Porto Alegre. Edipucrs. 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado das Ações**. 2ª ed: São Paulo. RT, 1972, t. I.
PRATA, Edson. *Jurisdição voluntária*, São Paulo. LEUD, 1979.

PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**, Napoli: Jovene, 1996.

PUIG BRUTAU, José. La Doctrina de los Actos Proprios. In: **Estudios de Derecho Comparado**. Barcelona. Ariel, 1951.

RAATZ, Igor. Processo, igualdade e colaboração. In: **Revista de Processo**, ano 36, nº 192, fev./2011.

RIBEIRO, Darci G. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.

_____. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: Bosch, 2004.

_____. **Provas Atípicas**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998.

ROCHA, Antônio Manuel e CORDEIRO, Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, 4^a reimpressão: Coimbra. Almedina. 2011.

ROYO ARPÓN, José M., **Palabras con poder**. Barcelona: Marcial Pons, 1997.

SANTOS, Moacyr A. **Primeira Linhas de Direito Processual Civil**, São Paulo. Saraiva, 1990, 1^o v.

SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**, Nuoro. Ilisso, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. 2^a ed.: Rio de Janeiro. Renovar, 2007.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Org. Leonardo Martins. Montevideo. Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEA, 1954.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro. FGV, 2007.

SOTELO, José Calvo. **La Doctrina del Abuso de Derecho como limitación del Derecho Subjetivo**. Madri. Librería General de Victoriano Suárez, 1917.

STEFAN LEIBLE, **Proceso Civil Alemán**. Trad. Rodolfo E. Witthaus. Colombia. Biblioteca Jurídica Diké e Konrad Adenauer Stiftung, 1999.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo. RT, 2002.

STÜRMER, Rolf. **Reformas Recentes e Perspectivas de Desenvolvimento do Processo Civil Alemão**. In: Seminário Internacional Brasil – Alemanha Pontes de Miranda. Coord. e Trad. por Márcio Flávio Mafra Leal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2010.

TESHEINER, José M.R. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro. Forense, 2007, vol. 1.

TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano. Giuffré, 1974.

VON THUR, A. **Tratado de las Obligaciones**. Trad. W. Roces. Madrid. Reus. 1934. Vol. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali. **Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo. RT, 2015.

_____. **Nulidades da Sentença**, São Paulo. RT, 1987.

WYNESS MILLAR, Robert. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945.

Por uma questão de integridade e coerência: da admissão da valoração do comportamento processual das partes como prova

*Eduardo Hoffmann **

Introdução

Soa inadequado, num primeiro momento permitir ao magistrado que analise não apenas as provas documentais, orais e periciais carreadas ao bojo do processo, como também analise o próprio comportamento processual da parte, extraíndo dele, uma prova.

Pois bem, esta é a ideia central do presente artigo, que para além de mostrar que o sistema jurídico processual civil brasileiro adota o rol exemplificativo dos meios de prova, permitindo, portanto, as designadas provas atípicas, este acaba por permitir a utilização do comportamento processual como prova.

À guisa de exemplo, tal possibilidade – análise do comportamento da parte – é de a muito levada em consideração pelo magistrado, basta ver, o que é a prova do *animus domini* das ações de usucapião. Ora, se quem se faça a prova do efetivo comportamento de dono daquele que pleiteia a usucapião, por certo que o julgamento de procedência é a medida que se impõe. É claro que, poder-se-ia arguir que este comportamento é anterior à existência do processo, mas cabe lembrar que a parte deverá sustentar o mesmo comportamento, no curso da lide.

* Doutorando em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor do Centro Universitário Assis Gurgacz - FAG. Advogado no Paraná.

De toda a sorte, o que se nota é a completa ausência de um estudo aprofundado acerca da valoração do comportamento processual; para melhor propor essa discussão é que se defende esta possibilidade de análise a partir da integridade e coerência do conjunto probatório; para além de existir uma coerência e integridade da decisão, há o magistrado de analisar o conjunto probatório como um todo, de modo que, a partir disto, pode e, deve analisar o comportamento processual.

Eis então que o cerne do presente, é demonstrar a possibilidade de análise do comportamento processual, em prestígio à integridade do corpo de provas produzidas, conferindo uma análise coerente de todas as provas, inclusive do comportamento.

1. Das provas atípicas no sistema jurídico brasileiro

É admitido no processo civil brasileiro, o uso das provas atípicas, ou seja, daquelas modalidades de prova não previstas na lei.¹ Assim, o é, exatamente pela incapacidade do legislador de fixar os meios de prova possíveis; o legislador se preocupou, tão-somente, em afirmar que dadas modalidades de provas não devem ser admitidas pelo ordenamento jurídico, à exemplo, provas ilícitas ou obtidas de forma imoral².

A definição de prova atípica, se dá, por uma contraposição às provas típicas, já que uma noção pressupõe a outra³. De modo que, são provas atípicas aquelas que podem constituir elementos úteis de conhecimento dos fatos controvertidos, relevantes e pertinentes da causa, embora não

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **A prova judiciária no cível e comercial**. Vol. 1. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. Pág. 70.

² TARUFFO, Michelle. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. Pág. 406.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, a. 19, out./dez. de 1994. Pág. 114.

estejam especificados em lei⁴. em outras palavras, são técnicas de captação de elementos de convicção não previstos em lei⁵.

É sabido que não há como o legislador prever todos os meios de prova, porque a ciência, as práticas sociais e o desenvolvimento cultural evoluem mais rapidamente que as leis⁶.

Pois bem; dois são os sistemas de prova mundo afora: àqueles que fixam quais são os meios, de forma taxativa⁷ e, aqueles que fixam o rol exemplificativo⁸.

No Brasil houve a filiação a não taxatividade dos meios de prova.

Esta aderência ao sistema exemplificativo dos meios de prova, não é de agora; é de se ver o disposto no 208 do código de processo civil de 1939 – cpc/39, que fixava ser admitido *em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais*. Antes ainda, já era presente esta estrutura nos Códigos de Processo estaduais, a exemplo do Código do Distrito Federal (art. 181), do Rio de Janeiro (art. 1.225) e de São Paulo (art. 263), e de Santa Catarina (art. 685)⁹.

Pelo Código de Processo Civil de 1973 – CPC/73, o artigo 332, conservou o mesmo ideário, de que *todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*. Dito dispositivo, é decorrente do artigo 87 do Código de Processo Civil do Vaticano, o qual dispõe: *Tutti i mezzi atti ad accertare la verità dei fatti*

⁴ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. Pág. 70.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 48.

⁶ LATORRACA, Claudio Zalona. **A dimensão da prova no direito processual civil**. São Paulo: Hemus, 1990. Pág. 123.

⁷ TARUFFO, Michelle. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. Pág. 404.

⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. Pág. 405.

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **A prova judiciária no cível e comercial**. Vol. 1. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. Pág. 72.

dimostrativi del fondamento dell'azione e dell'eccezione, e che siano moralmente legittimi, possono essere disposti dall'autorità giudiziaria, al fine di assicurare una decisione della causa conforme a giustizia.

O artigo 332 do CPC/73 foi concebido no sentido de privilegiar a *liberdade vigiada* dos meios de prova¹⁰. Pois, ao prever a expressão *meios moralmente legítimos*, introduziu cláusula geral, de caráter abstrato e aberto, para que a percepção de determinado fato concreto fosse examinada socialmente, no momento em que o caso concreto estivesse sendo discutido e julgado. Logo, a admissibilidade e, posteriormente, o valor a ser atribuído à prova atípica deve ser confrontado com o parâmetro social de aceitação ou a reprovação moral, independente da prévia avaliação legislativa.

Neste mesmo sentido, o artigo 32 da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais, fixou que *todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.*

A seu turno o Código Civil de 2002 – CC/02, previu que *salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia.*

Neste momento, é o art. 369 do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15, quem permite o uso das provas atípicas, nestes exatos termos: *As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*

¹⁰ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **As provas no cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Pág. 46.

Cumpra apenas asseverar que, no projeto original, apresentado pela Comissão de Juristas, havia o parágrafo único ao então artigo 257, salientando que a inadmissibilidade dos meios de prova ilícitos seria apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos. Tal redação foi suprimida, no Senado Federal, pelo relator Senador Valter Pereira. Com isto, perde-se a oportunidade de disciplinar a questão das provas ilícitas no processo civil.

Não há qualquer dúvida de que as provas atípicas dão a oportunidade para o conhecimento dos fatos relevantes e pertinentes ao julgamento da causa, ainda que os meios de prova não estejam regulamentados pela lei processual¹¹. Por isto, as provas atípicas servem como *instrumento dúctil para a administração da justiça*¹², buscando *dar razão a quem efetivamente a tem*. Para tanto, permite a utilização de todos os meios probatórios possíveis, desde que moralmente idôneos e legítimos, sejam eles típicos ou atípicos, uma vez que a promoção da justiça não decorre de interesse privado das partes, mas do interesse público de toda sociedade¹³.

Ainda que não existisse no ordenamento processual brasileiro regra expressa acerca da admissibilidade das provas atípicas, como ocorre na Itália e na Alemanha, seria de se possibilitar que tais conhecimentos advindos de meios não regulamentados nas leis fossem utilizados judicialmente¹⁴; decorrência do direito constitucional à prova.

A ideia de rol taxativo das provas contraria a busca da *máxima potencialidade do mecanismo probatório*, inerente à noção de direito à prova, isto é, a proibição de um elenco exemplificativo dos meios de prova

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, a. 19, out./dez. de 1994. Pág. 114.

¹² Item 2 da Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil.

¹³ Item 6 da Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, a. 19, out./dez. de 1994. Pág. 116.

faz parte do conteúdo do direito constitucional à prova. Se a pretensão do litigante depende da produção da prova atípica, não pode ser negada arbitrariamente, sob pena de caracterizar cerceamento de defesa e configurar autêntica denegação de justiça.

Seu uso, há de ser admitido, posto que, servem para auxiliar na busca de um processo mais justo e consentâneo com a verdade processual objetivável¹⁵. A utilização de qualquer meio de prova é permitida, desde que observe as garantias processuais fundamentais, não fira a legalidade e seja moralmente legítimo.

Isto conduz à compreensão de que quaisquer meios de prova, mesmo os não previstos expressamente, contém eficácia probatória, desde que se assegurem às partes as garantias inerentes ao sistema probatório¹⁶.

Por impossível, de forma antecipada, fixar qual o valor a ser atribuído à prova atípica, que deve receber o devido valor pelo juízo, de acordo com o grau de convencimento gerado no caso. Consequentemente, tomadas as cautelas, dentro do contexto argumentativo de cada processo, nada impede que se atribua à prova atípica o mesmo, ou até maior, valor probatório que o da prova típica, desde que a decisão seja adequadamente motivada.

2. Comportamento processual como prova

Sendo possível, portanto, a utilização de outros meios de prova para além dos enumerados na norma, é que se questiona se há possibilidade de o comportamento processual da parte ser utilizado como meio de prova? Isto é, se o comportamento processual da parte é um meio atípico de prova?

¹⁵ CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. *Revista de processo*, n. 96, outubro/1999, pág. 234.

¹⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 44.

A resposta é positiva, não há dúvidas; é evidente que a questão supra, intriga parte da doutrina processual; esta possibilidade de se extrair de um comportamento processual, uma prova, que venha a conduzir à uma decisão judicial, desperta uma análise conjunta do arcabouço probatório.

O caso exemplar, é o da mãe - e ou pai - que no curso do processo de fixação de guarda e direito de visita, de algum modo cria embaraços ao direito do outro em ter consigo o filho.

Pois bem, de tal espécie de comportamento, poder-se-á extrair uma prova que conduza à uma decisão contrária àquela pessoa que tomou um comportamento inadequado?

Não parece existir qualquer dúvida, no presente momento, que está conduta do pai e/ou da mãe, possa ser qualificada como prova e que venha a ensejar uma decisão desfavorável a si; neste caso, em específico, o legislador acabou por fixar na Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental, uma série de comportamentos que passam a ser avaliados como atos de alienação parental, ensejando inclusive punição.

De se ver que no art. 2º, restou designado como alienação parental toda a *interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância com o fito de que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este*. O parágrafo único, de forma exemplificativa enumera que, *além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, tem-se como ato de alienação parental, o dificultar o exercício da autoridade parental, inc. II; ou dificultar contato de criança ou adolescente com genitor, inc. III e, ainda, no inc. IV o dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar*.

Tais comportamentos da parte são avaliados de forma negativa pelo Judiciário, a ponto inclusive de suspender e/ou alterar a guarda do menor, na forma do art. 6º da mencionada lei.

Também a expressão fixada pelo art. 2º e, que está sob avaliação do magistrado, são *os atos* das partes, uma clara e inequívoca referência ao comportamento da parte; aliás, a norma indubitavelmente fixa que este comportamento está sendo avaliado.

É sempre necessário recordar de que o juiz não é apenas um espectador do drama processual, tendo papel essencial na produção e na avaliação racional da prova, de tal modo, que o comportamento processual das partes ganha especial relevo, devendo ser examinado pelo órgão judicial, a fim de se poder conferir maior justiça à decisão¹⁷.

Valorar o comportamento processual das partes consiste na possibilidade de o julgador extrair argumentos ou indícios probatórios do conjunto de comportamentos - ativos ou omissivos -, durante a tramitação do processo, especialmente, na hipótese das provas produzidas serem insuficientes para adequada reconstrução dos fatos juridicamente relevantes¹⁸.

Esta avaliação do comportamento da parte é, inclusive àquela decorrente de comportamento fora do processo, mas com repercussão neste, como no caso da análise pelo magistrado do *animus domini* a quem reclama a usucapião; este comportamento que é prévio ao próprio processo é a base de análise pelo magistrado para fins de outorga do título competente ao usucapiente. Portanto, um comportamento que se inicia antes do processo, mas com clara repercussão interna.

¹⁷ ACOSTA, Daniel Fernando. **La conducta procesal de las partes como concepto atinente a la prueba**. Valoración judicial de la conducta procesal. Coord. Daniel Fernando Acosta. Dirigido por Jorge Walter Peyrano. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. Pág. 77/78.

¹⁸ HEÑIN, Fernando. Adrián. Valoración judicial de la conducta procesal. **Revista de Proceso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.170, a. 34, abr. de 2009. Pág. 61.

Pois bem, ainda que tenha sido edificado sob o manto da ditadura militar, o CPC/73 em sua Exposição de Motivos, foi feliz em afixar que o processo civil é, de sua índole, eminentemente dialético, sendo *reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever, da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; afinal, tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça*¹⁹.

Portanto, tem-se como tônica do processo civil brasileiro a boa-fé e a lealdade processuais; são a base do direito processual contemporâneo, podendo ser traduzidas em regras específicas ou servirem como cláusulas gerais, usadas para colmatar lacunas no sistema processual²⁰. Assim, acabam por influenciar o comportamento das partes não somente em relação às provas, mas em todos os atos processuais.

Por decorrência do princípio dispositivo (CPC/15, art. 2º), se traduz em *ampla liberdade às partes*, e, portanto, não é compatível com mentiras. As partes devem ter *responsabilidade pela liberdade* que possuem, especialmente porque o processo é instrumento público, voltado à realização da justiça. Assim, maior será a responsabilidade, quanto maior for a liberdade, pois não há liberdade sem responsabilidade²¹.

Como visto, o comportamento processual das partes, no desenvolvimento processual, pode assim ser apreciado, como um: i) comportamento *sancionatório*, traduzindo-se como um dever às partes²²; ii) comportamento decorrente do não cumprimento de um *ônus*

¹⁹ Conforme item 17 da Exposição de Motivos do CPC, elaborada por Alfredo Buzaid.

²⁰ SANTO, Victor de. **La prueba judicial teoría y práctica**. 2ª edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. Pág. 439/440.

²¹ GUIMARÃES, Darci Ribeiro. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Pág. 116.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Págs. 150/151.

*processual*²³; iii) e o comportamento pelo qual se pode extrair um *caráter probatório*²⁴.

Ao presente estudo, é o item ‘iii’ que merece a atenção, exatamente porque, a prova decorre única e exclusivamente do comportamento da parte e, não há qualquer previsão normativa, o que a difere das questões que envolvem o ônus processual ou então decorram da violação de um dado preceito no curso processual; nestas duas, há, previsão normativa, vez que, na forma do inc. II do art. 5º da CF/88, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, se não, em virtude de lei; portanto, ônus e punição, só podem advir se expressamente previstas!

Nesta trilha, consta da Bíblia, 1 Reis, capítulo 3º, versículos 15 a 28, que, perante Salomão duas mulheres se prostraram, alegando serem mães de uma mesma criança. Afirmaram que moravam na mesma casa e que o filho de uma delas havia morrido, tendo então retirado o filho da outra; eis a questão que lhe foi apresentada; sua solução, foi de que deveria dividir a criança ao meio; *e dai metade a uma, e metade a outra. Neste instante, a mulher, cujo filho era o vivo, falou ao rei (...), e disse: Ah! senhor meu, dai-lhe o menino vivo, e de modo nenhum o mateis.* Porém, a outra dizia: *Nem teu nem meu seja; dividi-o*”. Assim, à vista do comportamento da real mãe da criança, preocupada que estava com a vida de seu filho, Salomão então decidiu: *Dai a esta o menino vivo, e de maneira nenhuma o mateis, porque esta é sua mãe.* Consta que, em face de tal decisão, *todo o Israel ouviu o juízo que havia dado o rei, e temeu ao rei; porque viram que havia nele a sabedoria de Deus, para fazer justiça.* Dita decisão de Salomão foi tomada, com exclusividade, baseada no comportamento de uma das mães, isto é, com

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**, n° 76, out/dez. de 1994, pág. 142.

²⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, n° 116, jul./ago. de 2004, pág. 21.

a sua manifestação em contrário da morte da criança, inclusive, de entrega da criança à outra – que não era a mãe – tudo para preservar a vida do filho.

Assim, o comportamento das partes pode ser adotado no decorrer do processo, como uma prova atípica, dada a inexistência de previsão legal?

Longe de se querer abrir um campo de especulações subjetivas, para legitimar decisões arbitrárias. O que se almeja é retirar da conduta das partes o seu caráter probatório, a fim de melhor conferir justiça às decisões.

As condutas, a serem valoradas, são os comportamentos relevantes das partes, exteriorizados durante o *iter* processual. Mesmo que tais atos ou omissões não integrem, diretamente, o *thema probandum*, podem ser considerados como fontes e objetos de provas indiretas, servindo como argumentos a reforçar ou a infirmar as demais provas produzidas nos autos²⁵.

Esta possibilidade, isto é, conferir caráter probatório à conduta das partes tem inicialmente origem no Código de Processo Civil Italiano, no artigo 116, quando ao tratar da valoração das provas, fixou que o juiz deve valorar as provas segundo a sua prudente apreciação, salvo quando a lei disponha outra coisa; pode o magistrado extrair *argumentos de prova* das respostas das partes ao interrogatório informal, da recusa injustificada em consentir as inspeções ordenadas e, em geral, do *comportamento* que mantenham no processo. Corrobora esta possibilidade o artigo 118 do mesmo código, ao tratar da ordem de inspeção de pessoas e coisas, fixando que, se a parte se nega a cumprir tal ordem sem justo motivo, o juiz pode

²⁵ ACOSTA, Daniel Fernando. **La conducta procesal de las partes como concepto atinente a la prueba. Valoración judicial de la conducta procesal.** Coord. Daniel Fernando Acosta. Dirigido por Jorge Walter Peyrano. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. Pág. 78.

deduzir dessa negativa *argumentos de prova* com fundamento no artigo 116, segunda parte.

No Brasil, não há e não houve regra semelhante.

Assim, tem-se que dois comportamentos processuais podem ser examinados à luz do direito probatório.

De um lado, a conduta da parte que respeita os valores da boa-fé e da lealdade processuais.

De outro, a má-conduta, que é aquela contrária à ética processual, capaz de comprometer a justa resolução do processo, embora não interfira no desenvolvimento regular do processo, mas também a que não se coloca contrária a uma perda inútil de tempo ou de alguma atividade supérflua ou onerosa ao processo. São exemplos de tal prática, aquele que comparece em juízo e logo permanece inativo e, prolatada a sentença, interpõe recurso de nulidade dela; a criação de obstáculos à produção de dada prova, sem qualquer fundamento relevante; àquele que interpõe incidentes, encarecendo e alongando o processo; àquele que nega a autenticidade de firma²⁶.

Ora, o comportamento processual deve ser considerado uma fonte de prova²⁷. É certo que a observação do comportamento processual das partes, no contexto das manifestações - positivas ou negativas - durante o processo, influi no convencimento judicial²⁸.

Ivan Ordini Righi²⁹, nos idos da década de 80 já salientava que tal possibilidade independe de previsão legal expressa, pois o comportamento

²⁶ FAURE, Miryam T. Balestro. La valoración judicial de la conducta en juicio. In: ACOSTA, D. F.; PEYRANO, J. W. **Valoración judicial de la conducta procesal**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. Pág. 31.

²⁷ WHITE, Inés Lépori. La conducta procesal de las partes y los medios de prueba. In: ACOSTA, D. F.; PEYRANO, J. W. **Valoración judicial de la conducta procesal**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. Pág. 155.

²⁸ FURNO, Carlo. **Teoría de la prueba legal**. Trad. Sérgio Gonzalez Collado. Marid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. Pág. 76.

²⁹ RIGHI, Ivan Ordini. Eficácia probatória do comportamento das partes. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n.º. 20, 1981/1982, pág. 03.

das partes contribui para a formação do convencimento judicial, e o juiz, pelo princípio da valoração racional da prova, previsto à época, no artigo 131 do Código de Processo Civil, tem o dever de motivar as razões que o levam a decidir a causa.

Não resta dúvida que a parte pode influir, de forma unilateral, com seu comportamento, sobre a formação do convencimento judicial; basta vez que ao realizar a confissão, acaba por fazer declarações contrárias ao próprio interesse e favorável ao adversário (art. 391 do CPC/15), tratando-se este de um comportamento, já previamente valorado, inclusive pelo legislador.

Igualmente, quando na forma do art. 8o do CPC/15, acaba por deduzir *pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso*; ou então, altera *a verdade dos fatos*; ou ainda, opõe *resistência injustificada ao andamento do processo*; ou quando atua de *modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo*; ou provoca *incidente manifestamente infundado*, há de se extrair contra ditos comportamentos uma postura de má-fé.

Outra situação é aquela que pode ser vista no art. 311 do CPC/15, em que se concederá a tutela de evidência, *independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte*; manifesto propósito protelatório da parte é uma decorrência lógica do mau comportamento tomado por uma das partes do curso processual. A este respeito, exemplifica José Miguel Garcia Medina que o *manifesto propósito protelatório pode ficar caracterizado antes da apresentação de resposta pelo réu (por exemplo, pode ficar*

evidenciado que o réu, tomando conhecimento da existência de ação contra si, oculta-se com o intuito de frustrar a citação)³⁰.

Assim, o comportamento processual deve ser valorado pelo juiz, podendo estes comportamentos assim serem qualificados: i) o *omissivo*: que é a negativa genérica, como a falta de contestação, a passividade, a ocultação e a negligência na produção da prova; ii) o *oclusivo*: como a destruição de provas, a negativa a exibição de documentos ou coisas, bem como a recusa injustificada de submissão à exame pericial (como o caso da negativa de submissão ao exame de DNA); iii) o *hesitativo*, que são as manifestações contraditórias incompatíveis, que encontram vedação frente ao *venire contra factum proprium*, diga-se de passagem; iv) a *mentirosa*: consubstanciada pela falta da verdade, de forma consciente e voluntária³¹; v) o comportamento *emotivo*, como é o caso narrado na alienação parental; vi) o que revela a *falta de justificativa* ou *justificativa incompatível logicamente*, denotando a *ausência de explicação razoável* dos fatos; vii) o *irregular*, marcado pelo equívoco sobre disposição legal ou o convencimento exagerado sobre os fatos.

Com efeito, o comportamento pode e deve ser avaliado pelo juiz, tanto positiva como negativamente³², inclusive, em respeito à integridade e coerência do conjunto probatório produzido.

3. Fundamento outro à utilização do comportamento processual como prova: respeito à integridade e coerência do conjunto probatório

A uniformização da jurisprudência de forma íntegra e coerente é regra por força do disposto no art. 926 do CPC/15; aliás, na prática, por

³⁰ MEDINA, José Miguel García. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 501.

³¹ HEÑIN, Fernando. Adrián. Valoración judicial de la conducta procesal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.170, a. 34, abr. de 2009. Págs. 69/70.

³² FAURE, Míryam T. Balestro. La valoración judicial de la conducta en juicio. In: ACOSTA, D. F.; PEYRANO, J. W. **Valoración judicial de la conducta procesal**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. Pág. 29.

força do § 1º do art. 489, se não observada a integridade e a coerência, ter-se-á uma decisão não fundamentada.

A coerência e integridade, muito em voga no processo civil atual, não é uma exclusividade do sistema processual civil; inovação também houve no processo penal, com a Lei nº 13.964, de 2019 - *vulgo Pacote Anticrime* - tendo inserido no inc. V do art. 564, que ocorrerá nulidade, *em decorrência de decisão carente de fundamentação*.

No campo da administração pública, há de se observar a integridade e coerência também; de se ver que por força da Lei nº 13.655, de 2018, uma série de dispositivos foram inseridos na *Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro*, dentre eles, o art. 2º que fixou a obrigação de que nas *esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*. O Decreto nº 9.830, de 10.06.2019, fixou no art. 2º que a *decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos*, isto é, a *decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa*, conforme § 1º e, a *motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram*, na forma do § 2º; implica reconhecer que no âmbito da administração pública, há a necessidade de fundamentação, com coerência nas normas, interpretação jurídica, jurisprudência e na doutrina. De forma mais contundente, o disposto no art. 5º de referido Decreto fixou que a *decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época*. De modo que, instituiu em seu § 1º a vedação da declaração de invalidade de *situação plenamente constituída devido à*

mudança posterior de orientação geral. De qualquer modo, esta decisão, *será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º, conforme § 4º.* Por fim, para bem salientar da necessária observância de segurança jurídica, no âmbito da administração pública, o corpo normativo, fixa no Capítulo V, que o intitula de *Da Segurança Jurídica na Aplicação das Normas*, a partir do art. 19 que as *autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas.*

Este breve esboço legislativo, apenas demonstra da inexistência de qualquer margem de dúvida à obrigatoriedade de conferir integridade e coerência às decisões, judiciais e administrativas.

Esclarecimento breve, mas válido e necessário para a compreensão dos conceitos de integridade e coerência; Ronald Dworkin salienta que, se se entender que uma *instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência.* Ora, *a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.*³³

A par de tal consideração e, em vista de que no sistema jurídico brasileiro, adotou-se, no campo do processo civil, o sistema exemplificativo dos meios de prova, é plenamente possível a utilização do comportamento processual das partes como prova, pois que, interpretar ao contrário, seria efetivamente deixar de conferir justiça e equidade na correta proporção, às partes; no presente caso, tem-se uma decisão íntegra e coerente, se no curso do processo, observa não apenas as provas que

³³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pág. 263.

foram produzidas pelas partes, como também, possa levar em consideração o próprio comportamento processual das partes.

Cumpre anotar que as propostas de teorias de coerência, tanto fracas como fortes, são motivadas pela insatisfação com alguns aspectos do positivismo jurídico clássico. Aqui, tem-se por positivismo jurídico clássico, como aquele que constrói o direito e o raciocínio jurídico em um ‘modelo de regras’, de modo a reduzir o raciocínio jurídico à aplicação das regras pré-estabelecidas; assim, quando as regras falham em fornecer orientação determinada, os juízes gozam de discricão para isso. Para tanto, as teorias de coerência fixam a existência de restrições sobre o que os juízes podem fazer nestes casos. Portanto, as teorias de coerência visam ampliar o escopo da razão no direito, para além dos limites impostos pelo positivismo jurídico clássico.³⁴

Dada a omissão, no sistema jurídico pátrio acerca da possibilidade de utilização do comportamento processual como prova, é que se permite, via coerência da adoção de tal prática.

Ora, a integridade está no bojo de criação da própria norma, pois que, *se pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios*; por segundo, há de se garantir a integridade no julgamento, que significa que *os responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente neste sentido*³⁵.

Ora, *os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam suas instituições*³⁶.

No campo da teoria da prova, as teorias holistas fixam que a prova deve ser apreciada em seu conjunto. Não é possível aceitar uma afirmação

³⁴ AMAYA, Amalia. **The tapestry of reason**: Na inquiry into the nature of coherence and tis role in legal argument. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015. Pág. 11.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pág. 203

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pág. 197.

probatória como justificada isoladamente, apenas o conjunto de teses, hipóteses e crenças gerais é que confere justificativa a cada uma dessas afirmações³⁷. Embora tenha havido alguns precursores do holismo no século 18, apenas recentemente esta tem sido uma posição teórica importante.

Na teoria da prova contemporânea, a teoria holística mais influente, é provavelmente, a teoria da ‘plausibilidade relativa’. Segundo esta teoria, o raciocínio sobre os fatos de direito consiste na determinação da plausibilidade comparativa das explicações apresentadas pelas partes em julgamento. Em processos civis, o juiz deve identificar a explicação mais plausível dos eventos relevantes; assim, a plausibilidade de uma história depende de variáveis como sua coerência, grau de completude, singularidade, economia e probabilidade.³⁸

Merece destaque também a teoria ‘pragmática’, pela qual o significado de qualquer declaração é uma função do papel que ela desempenha em uma teoria da linguagem considerada como um todo; o processo probatório requer interpretação pragmática de um conjunto de afirmações sobre as evidências disponíveis. Assim, no curso do processo, as partes propõem interpretações pragmáticas alternativas, cabendo ao juiz organizar essas declarações na forma de narrativas ou esquemas de evidências e escolher a narrativa que melhor as explica; claro que esta escolha, é com base em ‘princípios básicos de racionalidade, como abrangência, coerência e singularidade’. À luz dessa narrativa, o juiz atribui significado pragmático às diferentes declarações probatórias. Somente assim, é possível determinar o valor probatório da evidência,

³⁷ AMAYA, Amalia. **La coherencia en el derecho**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35. 2012. Pág. 65.

³⁸ AMAYA, Amalia. **La coherencia en el derecho**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35. 2012. Pág. 66.

com base no papel que desempenham no esquema de provas desenvolvido anteriormente³⁹.

Há, ainda, o modelo baseado na ‘história’; trata-se de um processo cognitivo central na tomada de decisão pelo juiz, que se dá pela construção de estruturas narrativas de organização e interpretação das provas. Deste modo, o juiz, aceitará a história que, entre uma série de histórias alternativas, explica melhor o conjunto das provas.

No presente, é de se indagar: o que leva a escolha de uma ou outra história pelo magistrado?

Existem três princípios que governam a seleção de uma história como a melhor, a saber: i. *cobertura*, isto é, o grau em que uma história tem a capacidade de explicar as evidências apresentadas; ii. *coerência*, que é um critério que tem três componentes: consistência, plausibilidade e completude; e iii. *singularidade*, pois o grau de crença em uma história é reduzido se houver várias histórias coerentes.⁴⁰

Assim, de acordo com o modelo de história, o magistrado usará a coerência como um critério central para avaliar a aceitabilidade desta. De modo que, o comportamento processual da parte, é um dos muitos subsídios a ser utilizado para fins de demonstração da plausibilidade de suas afirmações a conduzir a uma decisão que lhe seja favorável.

Ora, tanto o modelo de história quanto a teoria das narrativas, são modelos psicológicos do processo de tomada de decisões jurídicas que giram em torno da noção de história. Em ambos os casos, a tomada de decisão sobre os fatos é entendida como um processo no qual são elaboradas histórias que nos permitem explicar as evidências aduzidas e compará-las com base, entre outros critérios, no seu grau de coerência.⁴¹

³⁹ AMAYA, Amalia. **La coherencia en el derecho**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35. 2012. Pág. 66.

⁴⁰ AMAYA, Amalia. **La coherencia en el derecho**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35. 2012. Pág. 67.

⁴¹ AMAYA, Amalia. **La coherencia en el derecho**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35. 2012. Pág. 68.

Por fim, é muito comum a valoração do comportamento processual das partes, em vista de uma *autocontradição*, que tem origem nas diferentes versões encontrada nos autos acerca do mesmo fato e proporcionada pela mesma parte durante o desenvolvimento processual. Neste cariz a doutrina da “intercadencia” sustenta que, nessas hipóteses, deve ter-se por certa a versão menos benéfica para o autocontraditor⁴², valorando desfavoravelmente a conduta incoerente⁴³, mediante a elaboração de presunção judicial que lhe seja desfavorável.⁴⁴ Igualmente, pode-se adotar a integridade e a coerência da história que contar com o maior substrato de provas, vista no conjunto processual.

Considerações finais

Uma vez que o sistema jurídico brasileiro tenha adotado o sistema exemplificativo dos meios de prova, tem-se a possibilidade de utilização do comportamento processual como meio de prova.

Sua utilização permite ao fim e ao cabo que o magistrado possa efetivamente avaliar todo o conjunto de provas de forma íntegra e coerente, prolatando uma decisão que revele efetivamente o ocorrido.

É certo que a tomada de decisão sobre os fatos é entendida como um processo no qual são elaboradas histórias que nos permitem explicar as evidências aduzidas e compará-las com base, entre outros critérios, no seu grau de coerência. Isto revela que a coerência não é apenas um pressuposto legislativo à elaboração das leis e/ou para a prolação de uma

⁴² FAURE, Miryam T. Balestro. La valoración judicial de la conducta en juicio. In: ACOSTA, D. F.; PEYRANO, J. W. **Valoración judicial de la conducta procesal**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. Pág. 41.

⁴³ ALBERTO, Misael A. **Valor probatorio de la conducta en juicio**. Un aporte más para su consideración como indicio y otras cuestiones más.... Valoración judicial de la conducta procesal. Coord. Daniel Fernando Acosta. Dirigido por Jorge Walter Peyrano. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. Pág. 133.

⁴⁴ CAMBI, Eduardo. HOFFMAN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. **Revista de Processo**. Vol. 201, nov./2011. pág. 59.

decisão, é antes de tudo, também um comportamento exigido a todos os cidadãos.

Se se trata, efetivamente de um comportamento exigido a todos, por certo que tal, deva ser avaliado pelo magistrado no curso processual, extraindo-se dele, portanto, a possibilidade de o valorar como uma prova.

Referências

ACOSTA, Daniel Fernando. **La conducta procesal de las partes como concepto atinente a la prueba. Valoración judicial de la conducta procesal.** Coord. Daniel Fernando Acosta. Dirigido por Jorge Walter Peyrano. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

ALBERTO, Misael A. Valor probatorio de la conducta en juicio. Un aporte más para su consideración como indicio y otras cuestiones más.... **Valoración judicial de la conducta procesal.** Coord. Daniel Fernando Acosta. Dirigido por Jorge Walter Peyrano. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

AMAYA, Amalia. **La coherencia en el derecho.** DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35. 2012.

AMAYA, Amalia. **The tapestry of reason:** na inquiry into the nature of coherence and tis role in legal argument. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, nº 116. jul./ago. de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 55.438/SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 25/10/1994, DJ 03/04/1995 p. 8158.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis:** ilustrações doutrinárias e jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil:** admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- CAMBI, Eduardo. HOFFMAN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. **Revista de Processo**. Vol. 201, nov./2011.
- CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. **Revista de processo**, n. 96, outubro/1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. Tomo I. 3ª edição. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía - editor, 1976.
- FAURE, Miryam T. Balestro. La valoración judicial de la conducta en juicio. In: ACOSTA, D. F.; PEYRANO, J. W. **Valoración judicial de la conducta procesal**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- FURNO, Carlo. **Teoria de la prueba legal**. Trad. Sérgio Gonzalez Collado. Marid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- GUIMARÃES, Darci Ribeiro. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- HEÑIN, Fernando. Adrián. Valoración judicial de la conducta procesal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.170, a. 34, abr. de 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEDINA, José Miguel García. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MICHELI, Gian Antonio. **Curso de derecho procesal civil**. vol. I. Parte general. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, a. 19, out./dez. de 1994.

RIGHI, Ivan Ordini. Eficácia probatória do comportamento das partes. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n.º. 20, 1981/1982.

SANTO, Victor de. **La prueba judicial teoria y práctica**. 2ª edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. **A prova judiciária no cível e comercial**. Vol. 1. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **As provas no cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TARUFFO, Michelle. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**, n.º 76, out./dez. de 1994.

WHITE, Inés Lépori. La conducta procesal de las partes y los medios de prueba. In: ACOSTA, D. F.; PEYRANO, J. W. **Valoración judicial de la conducta procesal**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

O contraditório: do Código de Processo Civil de 1973 ao Código de Processo Civil de 2015

*Fábio Kirszenworcel Pereira**

Introdução

O presente artigo visa delinear a evolução do princípio do contraditório no âmbito processual civil brasileiro, de acordo com a doutrina. Demonstrar-se-á a evolução do conceito e desdobramentos, bem como da ressignificação do dito princípio que atualmente é visto como o mais importante do CPC/15, uma vez que ocupa três dos doze artigos que dispõem sobre as normas fundamentais.

O contraditório não é instituto recente no processo, por isso, dada às limitações espaciais deste trabalho não se pretende exaurir o histórico do contraditório, o qual possui suas raízes nos mais remotos tempos. “A compreensão sobre a sua expressão/manifestação no processo oscilou e ainda oscila na sociedade, pois se vive em uma Democracia ainda mal compreendida em seus institutos, o que afeta ferramentas do exercício democrático, como o contraditório processual”¹.

Não obstante, para uma melhor compreensão do tema, é imprescindível que se conheça um pouco de suas origens. Assim, “a história do princípio do contraditório confunde-se, em verdade, com a própria história do processo civil, desde o direito romano primitivo. Para

* Acadêmico de Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), vinculado à Escola de Processo da UNISINOS, coordenada pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

¹ RIBEIRO, Darci Guimarães; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MÖLLER, Gabriela Samrsla. Do debate processual e desenvolvimento do Processo: o contraditório como direito fundamental ao Justo Processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, ano 14, p. 31-58, Jan. - Abr., 2020. p. 7.

assegurá-lo e torna-lo efetivo no processo, muitos institutos ainda hoje conservados, foram postos em prática pelos antigos sistemas”².

“O contraditório foi significativamente revalorizado a partir da metade do século XX através de processualistas como Carnelutti, Satta e Fazzalari, por evidenciarem o caráter dialético-dialogal do processo em uma relação simbólica entre partes e juiz.”³ “Passou a ser defendido como um direito de influência e de ação/reação, o que se dá pela participação indispensável e necessária da parte na construção da decisão judicial”⁴. Já Piero Calamandrei⁵ o descrevia como princípio fundamental no processo, sua força motriz e garantia suprema.

Assim, denota-se que o contraditório, embora recentemente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, é antigo e inerente ao processo, decorrente da dialética processual.

1. O código de processo civil de 1973

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73) foi sancionado pelo Presidente da República Emílio Garrastazu Médici, em 11 janeiro de 1973, passando a vigorar no dia 1º de janeiro de 1974. No período, governavam os militares.

O CPC/73 foi instituído sob a vigência da Constituição Federal de 1967, informação relevantíssima para que se entenda alguns pressupostos adotados. Portanto, adentrar-se-á em uma breve análise do contexto histórico/constitucional para melhor elucidar a matéria.

² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** (processo de conhecimento). 3. Ed. Porto Alegre, Fabris, 1996. p. 54.

³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 64.

⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MÖLLER, Gabriela Samrsla. Do debate processual e desenvolvimento do Processo: o contraditório como direito fundamental ao Justo Processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, ano 14, p. 31-58, Jan. - Abr., 2020. p. 12.

⁵ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. 2ª ed. Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 83.

A Constituição de 1967 adveio após a Constituição de 1946, que era anterior ao golpe e que não mais atendia aos interesses do regime ditatorial, ainda que tivesse sido diversas vezes emendada. A Constituição Militar se preocupava muito com a segurança nacional e ampliou os poderes do Presidente, de tal modo que os tornava imune ao controle do Judiciário, quando os atos praticados tivessem como fundamento o Ato Institucional nº 5⁶. Com fundamento nos Atos Institucionais, os ministros militares possuíam poderes constituintes. As únicas cláusulas pétreas da Carta de 69 eram a federação e a república.⁷

“A Constituição de 1967 previa direitos individuais e políticos clássicos, mas havia um claro descompasso entre as previsões constitucionais e a ação estatal relativa a ele”⁸. Dentre os direitos constitucionalmente previstos tinha-se o direito à educação, à proteção previdenciária e dos trabalhadores. O contraditório não era previsto no rol de direitos individuais ou qualquer outro dispositivo.

Em 1970, deu-se início a abertura lenta, segura e gradual da ditadura e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte em 1985.

O CPC/73 se situa na fase científica do processo (processo civil moderno), quando outorgou-se poderes ao juiz para determinar a produção e valorar a prova, adotando-se o princípio da oralidade e reconhecendo o caráter público, de interesse geral do processo, o que conferiu a ele função de pacificação social e de realização da vontade da lei, secundarizando o interesse particular⁹.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 99.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 89.

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 89.

⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** - vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 16

Houve, outrossim, exacerbação da autonomia do direito processual em relação ao direito material, a ponto de quase deixá-lo de lado. A hipertrofia da ciência processual tornou o procedimento um fim em si mesmo, ignorando a instrumentalidade do processo.¹⁰

Voltando-se ao contraditório, Humberto Theodoro Junior já ensinava em 1985, em seu Curso de Direito Processual Civil, que “o procedimento se desenvolve sob o signo da publicidade e do contraditório”.¹¹ Frisa, ainda, que “não há surpresa para as partes nem para terceiros que eventualmente tenham que prestar colaboração à solução da lide ou que tenham que suportar as consequências dela”¹².

O princípio do contraditório, para Theodoro Junior, tratava-se de expressão da equiparação dos litigantes em iguais condições de poderes e direitos, colocando-os em igualdade. O pleno direito de defesa, de provar e de pronunciamento durante todo curso do processo seriam as maiores expressões da norma. Outros princípios poderiam sofrer exceções, mas o contraditório não, pois é absoluto.¹³

Sustentava, também, que a citação é “elemento instaurador e indispensável do contraditório no processo”¹⁴, aplicando o mesmo entendimento no que toca a intimação. Segundo ele, a contraditório apresentava três desdobramentos: 1) a sentença só atinge às partes; 2) a relação processual só se completa após a regular citação; 3) nenhuma decisão poderia ser proferida sem audiência das partes.

Na doutrina de Ovídio Araújo Baptista da Silva, menciona-se que o processo “é denominado pelo princípio da bilateralidade da audiência, o

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 17

¹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 273

¹² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 273

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 28.

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 278.

que quer dizer que ele é instrumento de disciplina de conflitos sociais regido pelo princípio dialético do contraditório entre duas partes¹⁵. Sustenta o autor que não se impõe a obrigatoriedade da presença do réu e nem que ele se defenda. O que é indispensável é que se coloque o réu na condição de poder defender-se.

Além disso, afirma que o contraditório seria, de certa forma, previsto na constituição contemporânea, ou seja, a Constituição Federal de 1967, pois seria expressão do direito de defesa e do devido processo legal.

Baptista da Silva traz as possíveis restrições que podem ser impostas ao contraditório. A primeira é a possibilidade da concessão de liminares *inaudita altera parte*, sempre que a prévia ouvida do demandado pudesse comprometer o resultado da tutela jurisdicional. A segunda restrição consiste na renúncia prévia do demandado a tal audiência. Cita o autor que isso ocorre quando se assina documento com força de título executivo.¹⁶ Por fim, afirma-se que o contraditório é expressão da igualdade das partes, sendo assim, dever-se-ia assegurar todas as condições administrativas e processuais aos pobres e necessitados, a fim de garantir a justiça material e defesa judicial de seus direitos.

Nelson Godoy Dower cita as seguintes teses firmadas pela jurisprudência, em 1974, em que se verifica a influência do contraditório: 1) o mandado de citação que não advertisse o réu sobre as consequências da falta de contestação, que é a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, macularia a validade do processo, independentemente de contestação (RT 474/137); 2) a ausência de citação do litisconsórcio necessário torna o processo nulo (RT 477/220); 3) o comparecimento

¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** (processo de conhecimento). 3. Ed. Porto Alegre, Fabris, 1987. p. 255.

¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** (processo de conhecimento). 3. Ed. Porto Alegre, Fabris, 1987. p. 56.

espontâneo do executado supre a falta de citação e sana as suas irregularidades (RT 502/132); 4) a falta de nomeação de curador à lide, pela revelia, resulta em nulidade do processo, a partir do momento em que a defesa por ele deveria ter sido apresentada (RT 490/179); 5) a nulidade absoluta da citação pode ser alegada a qualquer tempo no processo, o que não justifica o recebimento de apelação intempestiva (RT 498/162).¹⁷

Vale ressaltar que princípios como o do duplo grau de jurisdição e da publicidade tinham conceitos dissociados do contraditório, o que, após a Constituição de 1988, mudou drasticamente.

Nesse sentido, finalizando o período precedente à Constituição Federal de 1988, percebe-se que, embora o Código Buzaid (1973) não previsse expressamente o contraditório, o aludido princípio era indispensável ao provimento judicial. Vê-se explicações por partes dos doutrinadores que englobavam no conceito de contraditório a paridade de armas, o direito de ciência e reação¹⁸ dos atos processuais.

2. A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, mudou drasticamente o panorama jurídico brasileiro, modificando o núcleo de proteção constitucional, de modo que incluiu um extenso rol de direitos e garantias, fundado na proteção da dignidade humana, os quais são protegidos pelo manto da irredutibilidade. “Os direitos fundamentais

¹⁷ DOWER, Nelson Godoy Bassil. Curso **Moderno de Direito Processual Civil**. 1. vol. Parte Geral. São Paulo: Editora Nelpa Ltda. p. 406-410.

¹⁸ O direito à informação e à reação por ser explicado como: “o direito à informação refere-se à possibilidade de tomar conhecimento dos fatos em que se sustenta o processo, bem como de vista dos documento e de outros dados presentes nos autos, e ainda ter acesso a todas as informações e atos que de alguma forma possam interferir no julgamento. O direito à reação, por sua vez, relaciona-se à elaboração e apresentação de argumento contrários, fatos, documento ou quaisquer instrumentos legais que objetivam sustentar a posição defendida pela parte, demonstrando o caráter dialético do processo”. (Machado, Daniel Carneiro. *A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático*. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. Imprenta: Rio de Janeiro, Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 2005. Referência: v. 21, n. 41, p. 69-84, dez., 2014. Disponível em: https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/art_visao_tridimensional_contraditorio.pdf. Acesso em: 27. mar. 2021).

assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado”¹⁹.

A Carta Magna dispõe no artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”²⁰. Assim, o contraditório passa a ser previsto constitucionalmente como garantia individual.

Revestindo-se de cláusula pétrea, o contraditório não mais podia sofrer retrocessos em seu conceito, apenas aprimoramentos e avanços na proteção dessa garantia, de modo que passou a compor o conceito do devido processo legal e do processo justo, uma vez que o processo hodiernamente se destina à concretização das garantias fundamentais e à pacificação social.

O contraditório continuou a ser descrito como inerente à ideia de processo e traduzia-se pelo binômio conhecimento e reação, por meio da citação e intimação, que são instrumentos atinentes aos atos processuais²¹.

Conforme Luiz Fux, uma das consequências mais importantes dessa inserção do princípio “em sede constitucional timbra da eiva de inconstitucionalidade todo e qualquer procedimento que o abandone”²². Ainda refere que o contraditório é inspirado no dever de colaboração entre as partes.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p.136

²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27. mar. 2021.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 101.

²² FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 226/227.

Darci Guimarães Ribeiro que a importância do contraditório está diretamente relacionada à dialética do processo, pois por meio delas é possível colaborar com o juiz para que se chegue a um provimento adequado, ligado também ao conceito de lide, pois o contraditório só tem razão de ser, se houver um conflito de interesses. Esclarece que o contraditório consiste na oportunidade de ser ouvido, e não na defesa em si. Por isso, a ausência voluntária da parte, por negligência, não é capaz de gerar a nulidade do processo.²³

Sustenta o alcance da terceira fase do contraditório, a fase constitucional, que consiste no direito de influência. Em suma, esta fase reclama participação ativa das partes no convencimento judicial.

Ainda, o Estado Democrático de Direito, previsto constitucionalmente, reclama a participação do povo na escolha do seu próprio futuro. O exercício da democracia pode dar-se de duas formas: através da democracia participativa ou da democracia representativa. Esta já não é mais capaz de realizar as aspirações democráticas sozinha, tais como a realização de uma sociedade justa e solidária. Isso porque está em crise, contando com decionismos, processo legislativos incoerentes e obscuros, demonstrando uma falência institucional dos poderes Executivo e Legislativo, os que deveriam estar mais perto do cidadão. Trata-se de crise ética de envergadura. Para comprovar essa crise não é preciso mencionar as diversas operações das polícias brasileiras, as quais descortinaram diversos esquemas de desvio de verbas públicas, a mando de deputados, senadores e ex-presidentes.²⁴

Por isso, atualmente, mostra-se necessária a democracia participativa para que se concretize o Estado Democrático de Direito. Ela manifesta-se

²³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998. p 32-33.

²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 104-105.

de dois modos: por meio dos plebiscitos, referendos e iniciativa popular; e de outro lado, quando o indivíduo se encontra verdadeiramente engajado na busca daquilo que entende melhor para si, no processo. Neste, encontra-se mais uma acepção de contraditório, a qual merece menção as palavras de Darci Guimarães Ribeiro e Felipe Scalabrini:

(...). Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado e não a lei. Sem falar no grau de credibilidade social de que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles.²⁵

O contraditório é, pois, fonte legitimadora do Judiciário, que é responsável pela promoção da democracia participativa, em que não há transferência dela.

O contraditório é descrito pela doutrina em três fases. “La primera, que denomino formal y está caracterizada por la necesidad de informar; la segunda, material que caracterizase por la posibilidad de participación y la tercera, constitucional, identificada por el derecho de influenciar.”²⁶

A partir desse marco histórico, o contraditório passou a diferenciar-se da ampla defesa na doutrina. Digno de nota, os dizeres de José Rogério Cruz e Tucci:

²⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdiccional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 104-105.

²⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. La Dimensión Constitucional del Principio de Contradicción y sus Reflejos en el Derecho Probatorio Brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, n.40, 2014, pp.101-120. p.111.

A doutrina processual mais recente traça distinção entre contraditório e ampla defesa. Enquanto o contraditório é considerado um fenômeno estrutural e objetivo do processo, que se materializa no procedimento, pela participação das partes na formação da decisão judicial, o direito de defesa exprime a necessidade de uma defesa técnica.²⁷

Para Darci Ribeiro²⁸ a distinção entre contraditório e ampla defesa é elucidada pela conjunção aditiva *e*. A ampla defesa existe tão somente no processo penal. No processo civil vige o contraditório. Isso porque a confissão no processo civil implica tornar o fato incontroverso, o que não ocorre no âmbito processual penal. Ademais, pode-se citar os efeitos da revelia no processo civil. Portanto, vê-se incompatibilidade da ampla defesa no processo civil, ensejando clara distinção entre os institutos.²⁹

Por fim, verifica-se que o contraditório sofreu, de fato, ressignificação com a promulgação da Constituição de 1988, notadamente porque adotado o Estado Democrático de Direito, tornando-se instrumento deste, pois representa a democracia participativa. O aludido princípio deixou de ser tão somente o direito de ciência/reação para dar lugar ao direito de influência.

3. O Código de Processo Civil de 2015

O CPC/15 também traz marcas do tempo em que é inserido: o século XXI. O neoconstitucionalismo do Estado Democrático de Direito manteve

²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2006. p. 106.

²⁸ Cabe ressaltar que é posicionamento particular de Darci Guimarães Ribeiro. A maior parte dos autores pesquisados entendem diferente. Para Ovídio Baptista da Silva (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** (processo de conhecimento). 3. Ed. Porto Alegre, Fabris, 1987. p. 56.), o contraditório, na CF/67, era expressão da previsão sobre a ampla defesa. Didier Jr. (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012) entende que os princípios, embora diferentes, fundiram-se, expressando em único direito fundamental. Misael Montenegro Filho (MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008) coloca ambos princípios no mesmo tópico do livre, sem fazer distinções no texto, o que induz o leitor a crer que se tratam do mesmo instituto.

²⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998. p 34-35.

a natureza publicista do processo, revalorizando o direito material e garantindo a instrumentalidade, já que a função básica do processo passou a ser dar efetividade à tutela dos direitos subjetivos substanciais lesados ou ameaçados, com advento da CF/88. Ocorreu, então, a chamada constitucionalização do processo³⁰.³¹

Uma vez garantido na Constituição, o legislador infraconstitucional não mais poderia ignorar o contraditório.

Trata-se da inserção do processo judicial no plano da democracia participativa, deixando o contraditório de ser um diálogo apenas entre as partes para vincular o juiz, revelando-se a participação direta e não somente pela soberania popular. O processo, assim, realiza seu mister pela cooperação, em que todos os sujeitos do processo participam efetivamente da formação do provimento jurisdicional, não se resumindo a mera bilateralidade de audiência.³²

Desdobramento prático dessa diretriz é priorização da tutela dos direitos materiais ameaçados, sem apego ao formalismo anacrônico.

O magistrado foi inserido no bojo do contraditório, uma vez que lhe é imposto o dever de responder às alegações deduzidas pelas partes³³, sendo-lhe vedado proferir decisões genéricas, sem enfrentar os pontos relevantes invocados na demanda, por força do §1 do art. 489, CPC.

A inserção do magistrado no contraditório é bem descrita por Leonardo Greco:

³⁰ Sobre o tema, Guilherme Christen Moller o trata com profundidade em *Anotações sobre a constitucionalização do Direito Processual Civil contemporâneo brasileiro*. (MOLLER, Guilherme Christen. **Anotações sobre a constitucionalização do Direito Processual Civil contemporâneo brasileiro**. Curitiba: Prismas, 2017).

³¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 6o. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 17.

³² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 6o. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 17.

³³ Conforme depreende-se do art. 489, II, CPC.

[...] o contraditório deixou de ser um simples instrumento de luta entre as partes para transformar-se num instrumento operacional do juiz, ou melhor, um pressuposto fundamental do próprio julgamento. [...] Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais.³⁴

Dierle Nunes escreve sobre o tema:

O processo que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz passa em um estado democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir o efetivo diálogo dos sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental³⁵.

Vê-se a presença do contraditório, outrossim, no atual sistema recursal, o qual revela verdadeira participação das partes na formação do provimento judicial. O contraditório não teria a mesma força se não houver a possibilidade da sujeição da decisão a uma instância superior,

³⁴ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541.

³⁵ NUNES, Dierle José Coelho.. O princípio do contraditório. **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG**. Belo Horizonte, v. 1, p. 39-55, jan.-jun. 2004. p. 41.

que pudesse revisar uma decisão, tornando-a sem efeito ou decretando sua nulidade³⁶³⁷, nos casos previstos em lei.

Não obstante, os recursos se inserem no contraditório não apenas quando destinados a outro grau da jurisdição. Os embargos de declaração, previstos no art. 1.022, CPC, que são destinados a aprimorar o ato decisório e destinados ao juiz da causa, revela verdadeira participação efetiva na formação daquela decisão.

O tão polêmico princípio da cooperação é visto majoritariamente pela doutrina como um desdobramento também do princípio do contraditório. Traduzindo, então, na convergência de esforços, por meio do debate processual, para formação de um processo justo e eficaz.

O Novo CPC teve como premissa básica, além dos mandamentos constitucionais, a busca por um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva, assegurando-se o contraditório e ampla defesa.³⁸ Isso se prova na medida em que o Código incluiu as normas fundamentais em um de seus livros, dedicando três dos doze artigos ao contraditório, conforme segue:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

O contraditório mostrar-se-á efetivo somente quando garantidos direitos iguais às partes. Se os litigantes se acharem em condições díspares, economicamente e tecnicamente, caberá ao Estado nivelar essa relação por meio da assistência judiciária.

³⁶ A exemplo, tem-se o art. 115 do CPC que dispõe sobre a ineficácia ou nulidade da sentença quando não estabelecido o contraditório em relação a sujeitos que deveriam fazer parte da relação processual.

³⁷ A falta de fundamentação implica nulidade do ato decisório.

³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 6o. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 27.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência³⁹;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III⁴⁰ ;

III - à decisão prevista no art. 701 ⁴¹.

Relevantíssima informação extraída do artigo 9º, o qual garante o direito a ser ouvido em juízo, é: o contraditório deixou de ser o direito de informação e de reação, dando espaço ao direito de influência, positivando a diretriz estabelecida em 1988 no Brasil. Vê-se que os ditames constitucionais restaram absorvido pela Lei processual por meio da democracia participativa no Estado Democrático de Direito. Isto é, o contraditório deixou de ser a mera da audiência das partes, traduzido pelo direito de oposição, dando lugar ao direito de influir ativamente.

Deve o magistrado oportunizar a manifestação das partes previamente ao provimento jurisdicional. Todavia, “se, por negligência da parte, ela não comparecer a juízo, em hipótese alguma fica violado o dito princípio, pois o contraditório se estabelece pela oportunidade da defesa e não pela defesa em si”⁴².

³⁹ A tutela de urgência é prevista no CPC no art. 300, o qual dispõe *in verbis*, que “Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa”.

⁴⁰ O dispositivo garante a concessão da tutela de evidência em caráter liminar, dispondo expressamente: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

⁴¹ O art. 701, CPC, prevê no capítulo da Ação Monitória, *ipsis litteris*, que “Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa”.

⁴² RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, n. 232, p. 19, jun. 2014.

Veda-se, outrossim, que as partes sejam surpreendidas, chamado por parte da doutrina de princípio da não surpresa, admitindo-se algumas exceções que foram expressas no texto da lei.

Há claro enfretamento entre o princípio da efetividade da jurisdição e a garantia do contraditório. Nesses casos, a proporcionalidade deve ser aplicada, privilegiando um dos princípios, sem, contudo, relegar o outro completamente. Assim, não se dispensa o contraditório, o qual é tão somente postergado.

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.⁴³

No art. 10º, CPC, o princípio da não surpresa se faz presente, vedando ao juiz que profira decisão sob fundamento ainda não submetido ao contraditório, ainda que deva decidir de ofício.

Isto é, o mister do processo justo e efetivo revela-se, principalmente, no estabelecimento do contraditório. Este princípio que no Código processual anterior não recebia menções e agora é mencionado 7 vezes⁴⁴.

Em conclusão, verifica-se que o contraditório, após a resignificação provocada pela Carta Magna, foi revalorizado, sendo positivado suas implicações e desdobramentos que a doutrina já previa antes da existência do CPC/15. Outrossim, passou a influenciar outras normas postas na lei como o princípio da cooperação

⁴³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

⁴⁴ No CPC de 2015 o contraditório é mencionado expressamente nos arts. 7º; 98, VIII; 115; 329, II; 372; 503, §1, II; 962, §2.

Considerações finais

A análise feita a partir da pesquisa bibliográfica demonstrou que realmente houve um progresso e ressignificação ao contraditório no processo civil brasileiro, muito embora este princípio tenha sua origem nos primórdios do processo.

Pode-se dizer, portanto, que o contraditório sofreu significativa evolução a partir dos marcos descritos neste trabalho. Durante o período de vigência do Código de Processo Civil de 1973, anteriormente a Constituição Federal de 1988, o contraditório era visto pelos doutrinadores estudados em um panorama clássico. Traduziam o dito princípio em dever do magistrado de oportunizar a defesa às partes, isto é, o dever de audiência bilateral das partes e direito de reação das partes. Ainda, já fala-se em paridade de armas e princípio da não surpresa.

Todavia, mesmo que ainda durante a vigência do Código Buzaid, o contraditório passou a ter drásticas mudanças em seu conceito e desdobramentos quando da vigência da Constituição Cidadã. O contraditório passou, então, a ser a expressar o Estado Democrático de Direito no processo, traduzindo-se na expressão da democracia participativa. Passou a integrar o conceito do devido processo legal, do processo justo, do duplo grau de jurisdição, bem como do acesso à justiça e do dever de fundamentação das decisões.

Compreendida a fase constitucional, o CPC de 2015 não mais podia ignorar um princípio tão caro ao direito. Passou a nova legislação processual a positivar o contraditório em três das doze disposições sobre normas fundamentais do processo. O conceito teve outro avanço, na medida em que se inseriu o magistrado no contraditório. O contraditório, também, passou a integrar na doutrina o conceito de muitos outros princípios como o do duplo grau de jurisdição e da cooperação.

Por fim, tem-se o problema foi respondido, considerando que a pesquisa descreveu (I) as mudanças ocorridas no conceito e dimensão do contraditório; (II) a causa das mudanças; e (III) o conceito atual de contraditório, compreendido no atual Código de Processo Civil.

O trabalho mostrou relevância ímpar, uma vez que todos os períodos elencados no presente artigo se encontram na mesma fase do processo, a fase científica (processo moderno). A evolução ocorreu em razão de novas legislações vigentes no Brasil, revelando a força normativa da CF/88, desembocando no CPC/15. Mostrou-se verdadeiro progresso em um princípio tão caro ao processo em curto espaço de tempo.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27. mar. 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. 2ª ed. Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Moderno de Direito Processual Civil**. 1. vol. Parte Geral. São Paulo: Editora Nelpa Ltda.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. Imprensa: Rio de Janeiro, Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 2005. Referência: v. 21, n. 41, p. 69-84, dez., 2014. Disponível em: https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/art_visao_tridimensional_contraditorio.pdf. Acesso em: 27. mar. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MOLLER, Guilherme Christen. **Anotações sobre a constitucionalização do Direito Processual Civil contemporâneo brasileiro**. Curitiba: Prismas, 2017

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG**. Belo Horizonte, v. 1, p. 39-55, jan.-jun. 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, n. 232, p. 13-35, jun. 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 104-105.

RIBEIRO, Darci Guimarães. La Dimensión Constitucional del Principio de Contradicción y sus Reflejos en el Derecho Probatorio Brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, n.40, 2014, pp.101-120.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MÖLLER, Gabriela Samrsla. Do debate processual e desenvolvimento do Processo: o contraditório como direito fundamental ao Justo Processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, ano 14, p. 31-58, Jan. - Abr., 2020.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** (processo de conhecimento). 3. Ed. Porto Alegre, Fabris, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 6o. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2006.

Agravo de instrumento, taxatividade do rol do Art. 1.015 do CPC e a Tese da Taxatividade Mitigada

*Guilherme Christen Möller **

Introdução

A presente investigação objetiva apresentar uma reflexão acerca do recurso de agravo de instrumento, com ênfase na taxatividade do rol contido no art. 1.015 do CPC, e, especialmente, da (polêmica) decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp n. 1.696.396/MT e REsp. n. 1.704.520/MT, em que se fixou a tese da taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC. Em sede de desenvolvimento deste capítulo, será analisado o recurso de agravo de instrumento, a partir da sua manifestação na história do direito processual brasileiro, e o seu molde na perspectiva do vigente código. Evidenciando-se a nossa posição de que o rol contido no art. 1.015 do CPC se caracteriza como taxativo (sem derivações), enfrentaremos a (problemática) tese da taxatividade mitigada, fixada pelo Superior Tribunal de Justiça. Ao final, apresentamos, em breves linhas, uma reflexão sobre como a tese da taxatividade mitigada afeta (negativamente) a hermenêutica do direito processual brasileiro.

* Mestre e Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro e Representante Discente da Escola de Processo da Unisinos (EPU). Autor, coordenador e organizador de livros e de mais de três dezenas de artigos científicos e capítulos de livros relacionados ao Direito Processual Civil e à Teoria do Processo. Advogado, Consultor Jurídico e Professor de Direito Processual Civil em diversos cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (*lato sensu*). E-mail: contato@guilhermehchristenmoller.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0168074867678392>.

1. A Taxatividade do rol do Art. 1.015 do CPC e a Tese da Taxatividade Mitigada (resp n. 1.696.396/MT e resp n. 1.704.520/MT)

1.1. Agravo de instrumento e a taxatividade do rol do Art. 1.015 do CPC

Na perspectiva do Código de Processo Civil de 2015, o recurso de agravo de instrumento é oponível contra decisões interlocutórias, “ou seja, contra os pronunciamentos judiciais de natureza decisória que não se enquadrem no conceito de sentença”¹, afinal, contra despachos, *vide* disposto no art. 1.001 do CPC², não cabe a interposição de recurso³ e o recurso oponível contra a sentença é o de apelação (art. 1.009 do CPC).⁴ Iniciamos o desenvolvimento deste trabalho com o assunto sobre o descabimento do recurso de agravo de instrumento para todas as decisões interlocutórias – quiçá, a principal modificação em sede de agravo de instrumento na transição entre o CPC de 1973 para o de 2015. Esse ponto surge a medida em que observarmos a opção do legislador processual pela limitação de hipóteses de seu cabimento, as quais estão arroladas nos incisos do art. 1.015; outrossim, conforme o panorama hodierno, apenas caberá a interposição do recurso de agravo de instrumento quando a decisão judicial versar sobre “tutelas provisórias” (inc. I), “mérito do

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Novo CPC, Lei 13.105 de 16.03.2015. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3: execução forçada; processo nos Tribunais; recursos; direito intertemporal. p. 1033.

² “Art. 1.001. Dos despachos não cabe recurso”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015.

³ Podem ocorrer situações que, no entanto, uma determinada decisão judicial, mais especificamente um despacho, e não obstante ao seu aspecto formal (despacho), em materialidade possuir aptidão de decisão, isso é, causar alguma espécie de gravame ao(s) interessado(s), de modo que “ainda que aparentemente tenha a forma de despacho, que é a regra irrecorível (CPC 1001), justamente por ser incapaz de causar gravame”, todavia, “nesse caso, a ‘decisão’ com forma de despacho pode ser impugnada por embargos de declaração”. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. rev. ampl e atual. de acordo com Lei 13.129/2015 (Arbitragem), Lei 13.140/2015 (Mediação), Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei 13.256/2016 (Admissibilidade RE e REsp), Enunciados do 1º Fórum Nacional de Processo do Trabalho; Enunciados do ENFAM; Enunciados administrativos do STJ, Instrução Normativa 39 do TST. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 2278.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 3. p. 129. “Chama-se agravo porque é recurso destinado a impugnar ato decisório do juiz, causador de gravame ou prejuízo ao litigante, e de instrumento porque, diversamente dos demais recursos, não se processa nos próprios autos apartados”.

processo” (inc. II), “rejeição da alegação de convenção de arbitragem” (inc. III), “incidente de desconsideração da personalidade jurídica” (inc. IV), “rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação” (inc. V), “exibição ou posse de documento ou coisa” (inc. VI), “exclusão de litisconsorte” (inc. VII), “rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio” (inc. VIII), “admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros” (inc. IX), “concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução” (inc. X), “redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º” (inc. XI), e “outros casos expressamente referidos em lei” (inc. XIII). Diante do que apenas pode-se interpretar como uma postura exaustiva, o cabimento do recurso de agravo de instrumento dá-se exclusivamente contra algumas decisões interlocutórias.

Veja-se que, historicamente, a figura do agravo de instrumento é consideravelmente antiga. Um possível ponto de partida é o período da *extraordinaria cognitio*⁵, do direito romano, em que as primeiras distinções entre as decisões judiciais, ou seja, se sentença, ou se

⁵ Sobre esse período do direito romano, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo expõem que: “após a instauração do principado, Otaviano Augusto (27 a.C - 14 d.C) reorganiza o sistema processual do *ordo iudiciorum* através da *lex Julia privatorum* (17 a.C). Introduzido definitivamente o processo formular, em substituição àquele das *legis actiones*, nota-se que a finalidade última de tal reforma não foi tão só a de racionalizar o regimento processual vigente, mas certamente a intenção de tolher do arbítrio do pretor o maior número possível de controvérsias, incluídas, de modo especial, aquelas que se fundavam nas normas do *ius honorarium*. Mais importante do que essa modificação na órbita do processo privado, foi a unificação das instâncias: com a ingerência da *cognitio extraordinaria* do *princeps* ou de seus delegados, em determinadas causas que careciam de tutela jurídica, o procedimento, até então obrigatoriamente bipartido, passa a desenrolar-se, desde sua instauração, até o final, diante de uma única autoridade estatal (magistrado-funcionário). Assim, a decisão do magistrado, no novo sistema processual, não mais corresponderá a um parecer jurídico (*sententia*) de um simples cidadão autorizado pelas leis, mas, sim, a um comando vinculante de um órgão estatal. Desse modo, pela primeira vez na história do processo privado romano, a sentença não significa mais um ato exclusivo do cidadão e nem apresentava mais caráter arbitral, mas, em verdade, consubstancia-se na atuação da autoridade do Estado: *ex auctoritate principis*. Daí, com essa progressiva ‘oficialização’ da administração da justiça por magistrados imperiais, em decorrência da consolidação da *cognitio extra ordinem*, num flagrante e radical contraste com a tradicional estrutura do *ordo*, o processo torna-se totalmente público; e, ao lado então da jurisdição ordinária, pouco a pouco, vai ganhando dimensão um novo sistema processual”. _____. **Lições de história do processo civil romano**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 41/42.

interlocutória, apareceram.⁶ Avançando-se – e de maneira considerável – no lapso temporal da história dessa espécie recursal, outro ponto interessante são as Ordenações Manoelinas, em que se encontra a base do que se conhece por agravo de instrumento na atualidade. No Brasil, a primeira aparição legislativa desse recurso deu-se com o art. 669⁷ do Decreto n. 737, de 1850, disposição que versava acerca das figuras do agravo de petição e do agravo de instrumento. Posteriormente, a sistemática do recurso de agravo no Código de Processo Civil de 1939 era composta por três diferentes espécies: (1) agravo no auto do processo (art. 851)⁸ – muito parecido com o já extinto agravo retido⁹ (art. 522 do Código de Processo Civil de 1973), era oponível para inviabilizar a preclusão de determinadas decisões, como, por exemplo, aquelas que versavam acerca

⁶ AZEVEDO, Luiz Carlos de; COSTA, Moacyr Lobo da. **Estudos de História do Processo**: Recursos. São Paulo: Fieo e Joen Editora, 1996. p. 29/30.

⁷ “Art. 669. Os agravos sómente se admitirão: § 1.º Da decisão sobre materias de competencia, quer o Juiz se julgue competente, quer não. § 2.º Das sentenças de absolvição de instancia. § 3.º Da sentença que não admite o terceiro que vem oppor-se à causa ou à execução, ou que appella da sentença que prejudica. § 4.º Das sentenças nas causas de assignação de dez dias, ou de seguro, quando por ellas o Juiz não condemna o réo, porque provou seus embargos, ou lhe recebe os embargos e o condemna por lhe parecer que os não provou. § 5.º Do despacho que concede ou denega carta de inquirição, ou que concede grande ou pequena dilação para dentro ou fóra do Imperio. § 6.º Dos despachos pelos quaes se ordena a prisão. § 7.º Das sentenças que julgam ou não reformados os autos perdidos ou queimados em que ainda não havia sentença definitiva. § 8.º Dos despachos de recebimento ou denegação de appellação, ou pelo qual se recebe a appellação em ambos os efeitos, ou no devolutivo sómente. § 9.º Das decisões sobre erros de contas ou custas. § 10.º Da absolvição ou condemnação dos Advogados por multas, suspensão ou prisão. § 11.º Dos despachos pelos quaes: 1º, se concede ou denega ao executado vista para embargos nos autos ou em separado; 2º, se manda que os embargos corram nos autos ou em separado; 3º, são recebidos, ou rejeitados in limine os embargos oppostos pelo executado ou pelo terceiro embargante. § 12.º Das sentenças de liquidação (art. 506). § 13.º Das sentenças de exhibição (art. 356). § 14.º Das sentenças ou habilitação (art. 408). § 15.º Dos despachos interlocutorios que contêm damno irreparavel. § 16.º Da sentença que releva ou não da deserção o appellante (art. 659), ou julga deserta e não seguida a appellação (art.660). § 17.º Dos despachos pelos quaes se concede ou denega a detenção pessoal ou o embargo. O agravo nos casos de concessão de embargo ou detenção não é suspensivo. § 18.º Da sentença que julga procedente ou improcedente o embargo (art. 335)”. BRASIL, Decreto-Imperial n. 737, de 25 de novembro de 1850. **Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial**. Rio de Janeiro, RJ, nov., 1850.

⁸ Art. 851. Caberá agravo no auto do processo das decisões: I – que julgarem improcedentes as exeções de litispendência e coisa julgada; II – que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado; III – que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas; IV – que considerarem, ou não, saneado o processo, ressalvando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846”. BRASIL, Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, RJ, set. 1939.

⁹ Sobre a figura do agravo retido: Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**: artigo por artigo. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 554.

do cerceamento do direito probatório ou do contraditório¹⁰ (inc. II) –; (2) agravo de petição (art. 846)¹¹ – sua oponibilidade dava-se contra decisões terminativas, ou seja, sem a resolução do mérito, cujo processamento era, em um primeiro momento, perante o juízo de primeiro grau e, não havendo retratação (conforme permissibilidade do art. 847)¹² por parte do magistrado, remetido à apreciação do Tribunal, mediante o cumprimento de seu procedimento específico¹³ –; e, (3) agravo de instrumento (art. 842) – oponível contra algumas hipóteses de decisões de decisões interlocutórias.

Fixando-se a atenção a partir de agora na taxatividade, ela emerge a partir da inspiração¹⁴ do art. 669 do Decreto 737, de 1850, para a elaboração do art. 842 Código de Processo Civil de 1939 – não se podendo esquecer, porém, a breve e frustrada¹⁵, existência dos Códigos de Processo

¹⁰ CASTRO FILHO, José Olympio de. **Agravo no auto do processo**. Tese para a cadeira de “Direito Judiciário Civil”. Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 1949. p. 27 e ss.

¹¹ “Art. 846. Salvo os casos expressos de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito”. BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, RJ, set. 1939.

¹² “Art. 847. Interposto o agravo de petição, na forma do artigo 844, ns. I e II, dar-se-á logo ciência ao agravado, para que, dentro em quarenta e oito (48) horas, apresente em cartório a contraminuta. Findo esse prazo, serão os autos conclusos ao juiz, que responderá, dentro em quarenta e oito (48) horas, mantendo ou reformando a decisão”. BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, RJ, set. 1939.

¹³ MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e processos da competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 301/302.

¹⁴ A justificativa pela manutenção da taxatividade do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 1939 é encontrada na sua Exposição de Motivos: “Aqui devem ser feitas algumas distinções que não são necessárias quando a decisão diz respeito à simples determinação dos fatos. A primeira distinção é entre as falhas de processo que afetam materialmente os direitos das partes, isto é, que pela sua natureza hajam influído realmente no julgamento proferido, e aquelas que são de uma natureza menos importante ou puramente técnica, as quais, ainda que admitidas como erros, não dão motivos razoáveis para se acreditar que tenham impedido a parte agravada de apresentar inteiramente o seu interesse ou que tenham influído sobre o juiz, ou o juri, no proferir suas decisões. Manifestamente, nos argumentos em favor da permissão de uma reforma da decisão, no caso de erros da primeira categoria, são mais fortes que no caso dos da segunda. Permitir os recursos em todos os casos em que se alegue estar errado o julgamento com relação à aplicação de regras, sejam ou não tais erros de natureza a se supor que tenham afetado o julgamento, acarretará males desproporcionados aos benefícios que se podem verificar em casos relativamente raros. Abre a porta ao uso do direito de recorrer simplesmente com propósitos protelatórios, e aumenta as despesas do pleito, o que tudo trabalha em desfavor da parte fraca”. CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos**. Rio de Janeiro, RJ, jul., 1939.

¹⁵ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. rev., ampl. e atual de acordo com o Novo CPC e com a Lei 13.256, de 04.02.2016. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. p. 19.

Civil estaduais entre essas legislações; aliás, essa regra de taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento foi replicada em algumas codificações estaduais, como é o caso do CPC do Rio Grande do Sul¹⁶. A restrição de possibilidade impostas pelo art. 842 do CPC de 1939, inevitavelmente, galgou em soluções alternativas para o cotidiano forense, como, e o principal exemplo, o manejo do Mandado de Segurança, em “substituição” ao recurso de agravo de instrumento, contra decisões interlocutórias que afetavam situações não contidas no referido rol.¹⁷ O seu sucessor, o Código de Processo Civil de 1973, acaba por alterar essa regra e repaginar o agravo¹⁸, seja pela extinção, mediante incorporação do agravo de petição no recurso de apelação, ou pela extinção do agravo no auto do processo pelo agravo retido (art. 522), mas especialmente pela extinção¹⁹ da taxatividade de hipóteses de cabimento de agravo de

¹⁶ Cf. RIO GRANDE DO SUL. Lei Estadual n. 65, de 16 de janeiro de 1908. **Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Rio Grande do Sul**: com a jurisprudência do Superior Tribunal do Estado até 1920, com inúmeros comentários de doutrina e com as modificações introduzidas pelo Código Civil Brasileiro pelo Dr. Oswaldo Vergara. 2. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1908. p. 473-480 e 482/483.

¹⁷ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 250, p. 265-286, Dez/2015. p. 268. “Como se viu na exposição precedente, no Código de Processo Civil revogado, o recurso de agravo de instrumento ou no auto do processo tinha cabimento desde que houvesse previsão expressa a respeito. Inúmeras outras decisões, que podiam ter como efeito dano irreparável, ou de difícil reparação, ao direito das partes ou influenciar o teor da sentença final, ficavam, teoricamente, imunes a ataques recursais. Foi precisamente esta circunstância que fez com que os advogados acabassem por se valer de outros meios, que não recursais, com o fito de tentar modificar estas decisões. Estes sucedâneos recursais eram o pedido de reconsideração, a correção parcial ou a reclamação, o conflito de competência, a ação rescisória e o mandado de segurança”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 81.

¹⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e proposta. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 183.

¹⁹ “Outro ponto é o da irrecurribilidade, em separado, das decisões interlocutórias. A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correção parcial e o mandado de segurança. Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias. [...] Convém, ainda, tecer alguns comentários sobre a nomenclatura do Código vigente. Os recursos de agravo de instrumento e no auto do processo (arts. 842 e 851) se fundam num critério meramente casuístico, que não exaure a totalidade dos casos que se apresentam na vida cotidiana dos tribunais. Daí a razão por que o dinamismo da vida judiciária teve de suprir as lacunas da ordem jurídica positiva, concedendo dois sucedâneos de recurso, a saber, a correção parcial e o mandado de segurança. A experiência demonstrou que esses dois remédios foram úteis corrigindo injustiças ou ilegalidades flagrantes, mas representavam uma grave deformação no sistema, pelo uso de expedientes estranhos ao quadro de recursos”. BUZAID, Alfredo. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil**: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF, jan., 1973.

instrumento – passando a operar a partir a hipótese de exclusão (cabe agravo de instrumento contra todas as decisões judiciais que não sejam sentenças).²⁰ Essa postura acabou por deixar à limiar a utilização do Mandado de Segurança no lugar do agravo de instrumento, afinal, diante da inexistência de um rol exaustivo, este poderia ser utilizado contra qualquer decisão interlocutória, independentemente do seu conteúdo.²¹ Entrementes, o legislador processual descontinuou a regra no vigente Código, optando pela taxatividade – nos moldes daquilo que já existia em legislações processuais pretéritas.²² Destaca-se, no entanto, que, conforme § 1º, do art. 1.009²³, do Código de Processo Civil de 2015, essa sistemática de taxatividade proposta para o art. 1.015 pressupõe que as questões não impugnáveis via agravo de instrumento, são acobertadas de (eventual) preclusão, haja vista que se transfere o seu momento de apreciação para as preliminares do recurso de apelação.²⁴

²⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. resc. de acordo com o Novo CPC e com as Leis n. 13.188/2015 (exercício do direito de resposta e retificação) e 13.256/2016 (altera regras sobre o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários, ação rescisória, reclamação, embargos de divergência e agravo em recurso especial e extraordinário). Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. p. 201-205.

²¹ Sobre a utilização do recurso de agravo de instrumento para fins meramente protelatórios: Cf. SILVEIRA, João José Custódio da. **Agravo de instrumento**: bases históricas e propostas de reformulação do instituto. Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). p. 11.

²² “Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado. Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, sido alterado o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação. O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa”. BRASIL. Exposição de Motivos. In: _____. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 24-37.

²³ “Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015.

²⁴ LEMOS, Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Inclui jurisprudência do STJ e STF; enunciados do FPPC e das Jornadas de Processo Civil do CJF. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 283. “O art. 1.009, § 1º versa sobre as questões decididas em primeiro grau durante a fase de conhecimento, ou seja, as decisões interlocutórias realizadas nessa fase. No entanto, o legislador dividiu as decisões interlocutórias, quanto a sua

No Código Buzaid, o agravo era gênero no qual ingressavam duas espécies: o agravo retido e o agravo de instrumento. Toda e qualquer decisão interlocutória era passível de agravo suscetível de interposição imediata por alguma dessas duas formas. O novo Código alterou esses dois dados ligados à conformação do agravo: o agravo retido desaparece do sistema (as questões resolvidas por decisões interlocutórias não suscetíveis de agravo de instrumento só poderão ser atacadas nas razões de apelação, art. 1.009, § 1.º) e agravo de instrumento passa a ter cabimento apenas contra as decisões interlocutórias expressamente arroladas pelo legislador (art. 1.015). Com a *postergação da impugnação* das questões decididas no curso do processo para as razões de apelação ou para as suas contrarrazões e com previsão de rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o legislador procurou a um só tempo maior medida possível, irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias), preservar os poderes de *condução do processo* do juiz de primeiro grau e simplificar o *desenvolvimento do procedimento comum*.²⁵

A partir dessa alteração legislativa, surgiram três correntes doutrinárias acerca do caráter do rol contido no art. 1.015: (1) taxativo²⁶;

recorribilidade, em duas espécies, durante a fase de conhecimento: (i) *aquelas passíveis de impugnação via gravo de instrumento*, (ii) e *aquelas não passíveis dessa recorribilidade*. As primeiras, com a possibilidade do agravo de instrumento, serão impugnadas, se a parte prejudicada entender pertinente, imediatamente e, caso não o faça, a preclusão lógica se consuma e serão questões definias no processo. De modo inverso, as decisões interlocutórias não passíveis de interposição de agravo de instrumento somente poderão ser impugnadas após a prolação da sentença, de modo inserto na apelação, especificando como o momento correto para manifestação requerimento de análise em sede recursal de qualquer incidente decidido durante o processo, sobre o qual não há previsão de recorribilidade imediata. O resultado prático: de decisão interlocutória não agravável de instrumento, cabe apelação. Evidente que não será imediatamente, porém cabe apelação”.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 521.

²⁶ Como exemplo de autores que adotam essa posição teórica: Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das interlocutórias e sistemas de preclusões no novo CPC: primeiras impressões*. **Revista Magister**, Porto Alegre, n. 65, mar./abr., 2015; Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. **Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 1070; Cf. ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 251, jan., 2016, p. 207-228; Cf. REsp 1700308/PB, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. Turma, j. 17/04/2018, *DJe* 23/05/2018; Cf. LEMOS, Vinicius Silva. *Dos agravos de instrumento e interno no novo Código de Processo Civil*. In: GARCIA JÚNIOR, Vanderlei. (Org.). **Recursos e processos nos tribunais: à luz do novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 105; Cf. MARQUES, Paula Menna Barreto. *Agravo de instrumento no direito intertemporal: alguns questionamentos sobre aspectos práticos*. In: GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (Org.). **Recursos no CPC/2015: perspectivas, críticas e desafios**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 297.

(2) exemplificativo²⁷; e, (3) taxativo mediante interpretação extensiva²⁸. Não obstante ao nosso posicionamento (imaturo) pela terceira corrente doutrinária²⁹, com o amadurecimento da nossa percepção acerca da teoria do processo a partir de inúmeras propedêuticas jurídicas, como, e especialmente, a compreensão do processo e de seus institutos pelo viés monista³⁰, uma vez que se é impossível falar na cisão e individualização entre sujeito e objeto, por óbvio que a observância do rol, por mais que seja taxativo, permite a natural interpretação de adequação das situações ao caso concreto³¹, contanto que se observando os limites hermenêutico-

²⁷ LEMOS, Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Inclui jurisprudência do STJ e STF; enunciados do FPPC e das Jornadas de Processo Civil do CJF. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 359. “Primeiramente, é necessário entender que a interpretação como rol exemplificativo parte de duas maneiras de se entender dessa maneira: (i) puramente exemplificativo, com o cabimento em qualquer decisão interlocutória; (ii) exemplificativo, com o cabimento em decisões interlocutórias que não terão interesse recursal na apelação ou têm o mesmo sentido do rol. Na primeira hipótese, o puramente exemplificativo entende o rol do agravo de instrumento como uma lista de sugestões, como um meio de expor algumas decisões que seria, com grande repercussão, mas sem estancar a recorribilidade das demais. Essa interpretação não ganhou adeptos com força na doutrina, tampouco tinha coerência, pelo simples fato de que o sistema era fechado com o art. 1.009, § 1º. Se o próprio CPC/2015 determina que tem que uma recorribilidade postergada das questões que não são passíveis de agravo, obviamente que tem a divisão entre agraváveis e não agraváveis. Essa visão é descartável pela sua singeleza. Já na outra concepção, o rol seria de uma taxatividade com um critério: a inutilidade da recorribilidade na apelação como critério para a abertura de decisões agraváveis fora do rol taxativo. Dessa feita, há uma linha tênue entre a percepção exemplificativa e a taxatividade, pelo fato de que se reconhece que há uma lista de dúvidas, contudo qualquer outra hipótese que não fosse cabível aguardar a postergação da recorribilidade até a apelação seria agravável, não pela sua inclusão no rol, mas pela própria inefetividade do apelo, dada a necessidade de reexame imediato da questão pelo Tribunal”.

²⁸ Como exemplo de autores que adotam essa posição doutrinária: Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 622; Cf. ROCHA, Felipe Borring; NETTO, Fernando Gama de Miranda. A recorribilidade das decisões interlocutórias sobre direito probatório. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 101, p. 99-123, jan./mar., 2018; Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. resc. de acordo com o Novo CPC e com as Leis n. 13.188/2015 (exercício do direito de resposta e retificação) e 13.256/2016 (altera regras sobre o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários, ação rescisória, reclamação, embargos de divergência e agravo em recurso especial e extraordinário). Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. p. 250-251; Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITTIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 521/522; Cf. MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandato de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 256, p. 147-168, jun. 2016; Cf. ResP 1679909/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4. Turma, j. 14/11/2017, *DJe* 01/02/2018.

²⁹ MÖLLER, Guilherme Christen; BEDUSCHI, Leonardo. A rigidez das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento sob a perspectiva da duração razoável do processo: o risco da dilação processual indevida na não interpretação extensiva do rol taxativo do art. 1.015 do CPC. *In*: Congresso Catarinense de Direito Processual Civil, 3, 2017, Itajaí (SC). **Anais do III Congresso Catarinense de Direito Processual Civil**, Itajaí: UNIVALI, 2017. p. 187-207.

³⁰ MÉNDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Borsch, 1979.

³¹ “[...] O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivoquidade dos dispositivos e a necessidade de se

processuais em cada uma das hipóteses contidas no art. 1.015 do CPC. Do contrário, crer na admissão do agravo de instrumento apenas na ocasião de um espelhamento entre a situação e previsão (legislativa), além de ser uma utopia, seria o mesmo que fortificar os misticismos ideológicos problemáticos do paradigma³² processual da modernidade.³³

1.2. A Tese da Taxatividade Mitigada (resp n. 1.696.396/MT e resp n. 1.704.520/MT)

O julgamento do REsp n. 1.696.396/MT e REsp n. 1.704.520/MT³⁴ (Tema Repetitivo n. 988), em que surgiu a tese da “taxatividade mitigada”,

adscrever sentido aos textos mediante interpretação. O legislador refere que cabe agravo de instrumento, por exemplo, contra as decisões interlocutórias que versarem sobre “tutelas provisórias”. Isso obviamente quer dizer que tanto o deferimento como o indeferimento de tutela sumária desafia agravo de instrumento. Mas não só: também a decisão que posterga a análise do pedido de antecipação da tutela fundada na urgência para depois da contestação versa sobre ‘tutela provisória’, porque aí há no mínimo um juízo negativo a respeito da urgência na obtenção do provimento. A decisão interlocutória que defere o pedido de redistribuição do ônus da prova é suscetível de agravo de instrumento, assim como a decisão que nega a redistribuição – em ambos os casos há atribuição de vantagem a um dos litigantes no que tange à regulação do ônus da prova, de modo que a lei disse menos do que gostaria de dizer (*lex minus dixit quam voluit*). Do contrário, há violação da regra da igualdade e, em especial, do direito fundamental à paridade de armas no processo civil”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 521/522.

³² SILVA, Jaqueline Mielke. O tempo na sociedade pós-moderna. In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela. **Tempetividade e efetividade processual**: novos rumos do Processo Civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010. p. 367. “No Direito brasileiro, temos experimentado diversas tentativas de ‘modernização’ do Processo Civil. Todavia, elas são incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária, por uma simples e incontestável razão: continuamos legislando baseados no paradigma da modernidade. Sem uma mudança de paradigma, continuaremos a ter ‘reformas’ que são apenas paliativos, que em nada resolvem problemas com a efetividade do processo e a realização do Direito”.

³³ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 89 e ss; bem como, Cf. GROSSI, Paolo. **Mitologia jurídica de la modernidad**. Madrid: Martínez Neira, 2003. p. 67-88.

³⁴ RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”. 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevêm questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria

parte de uma suposta controvérsia acerca do caráter do rol do art. 1.015. Pretendia-se, nas palavras da relatora Ministra Nancy Andrighi, “definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos”. *Prima facie*, a proposta do julgamento não causara espanto, visto que, ao que se transmitia, a Corte apenas definiria a sua posição em relação a uma das três posições doutrinárias sobre o caráter do rol do recurso de agravo de instrumento, ou seja, se ele deveria ser interpretado como taxativo, ou exemplificativo, ou, ainda, taxativo mediante interpretação extensiva. Entrementes, a conclusão é extremamente preocupante e prejudicial para a hermenêutica-processual brasileira.

A afirmação anterior é melhor compreendida quando se analisando o referido julgamento. Especialmente em seu voto (maioria)³⁵, a Ministra Nancy Andrighi realizou, inicialmente, uma volta histórica sobre a questão

taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanesçam hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na reinstalação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. [...] REsp 170.4520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018.

³⁵ A título de complementação da análise, acompanharam a relatora os Ministros Napoleão Nunes Maria Filho, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Felix Fischer; divergidos e vencidos os Ministros Maria Thereza de Assis Moura e João Otávio de Noronha (acompanhando a divergência da Min. Maria Thereza de Assis Moura sobre a fixação da interpretação do rol. do art. 1.015 como taxativo), acompanhado por Humberto Martins e Og. Fernandes (vencido).

da recorribilidade das decisões interlocutórias. Na sequência, adentrou na divergência doutrinária (taxatividade, exemplificativo e taxatividade mediante interpretação extensiva) sobre o rol contido no art. 1.015 do CPC, conflitando-as e extraindo-se algumas conclusões. Ainda, foi realizada a análise da natureza jurídica do rol do art. 1.015, a luz do modelo constitucional de processo e das normas fundamentais processuais, ponderando os problemas que uma restrição interpretativa ao rol poderia ocasionar quando da busca pela efetiva prestação da tutela jurisdicional, baseando-se, especialmente, na norma fundamental da razoável duração do processo. Por fim, todas as teorias doutrinárias são afastadas em detrimento à fixação da apreciação da interposição do agravo de instrumento contra determinadas decisões (analisando-a caso a caso), sob o fundamento da urgência. Aqui está a tese da taxatividade mitigada: “taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação impactarão diretamente nas atividades jurisdicionais e dos jurisdicionados”.³⁶

Veja-se a questão paradoxal. Em princípio, estava-se diante de um julgamento de posicionamento da Corte a partir de vertentes doutrinárias que, não de hoje, estão sendo debatidas e recheadas por inúmeros estudos processuais. Tornou-se, porém, uma situação extremamente preocupante e delicada. Em síntese, partindo-se da premissa de que é o entendimento da Corte a interpretação que deve valer sobre o rol contido no art. 1.015 do CPC, tem-se que a interposição do recurso de agravo de instrumento

³⁶ LEMOS, Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Inclui jurisprudência do STJ e STF; enunciados do FPPC e das Jornadas de Processo Civil do CJF. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 393. “A taxatividade mitigada, nomenclatura dada pela Mi. Nancy Andrighi, foi a opção pelo modo exemplificativo, com a concepção de que, apesar de taxativo o rol, a escolha pela recorribilidade postergada por se tornar inócua, ineficiente e ineficaz, com a perda de interesse recursal pelo transcurso do tempo. Ou seja, sempre que for uma questão que se perde com o tempo processual, sem o interesse ser mantido para apelo, a necessidade de reexame imediato se torna clara, com a alteração daquela decisão não agravável para agravável, excepcionalmente”.

poderá ser feita contra decisões judiciais que versem sobre as hipóteses previstas no citado dispositivo legal, bem como para situações aleatórias que reivindiquem urgência (ligadas com a efetividade processual), mesmo que estranhas ao referido rol. Não se está falando em utilizar-se da hermenêutica para fins da interpretação no sentido da ampliação das particularidades de cada uma das situações presentes no rol: a taxatividade mitigada, em verdade, não é uma taxatividade, afinal, sob a premissa de situações que reivindiquem urgência na sua análise, sob pena de afetar a razoável duração do processo e a efetividade processual, qualquer situação, mesmo que não presente nos incisos do art. 1.015 do CPC, poderão ser revistas mediante a interposição do recurso de agravo de instrumento. Nisso há nenhuma taxatividade.

Considerações finais

Inicialmente, vemos a necessidade de frisar a nossa posição teórica sobre o caráter do rol contido no art. 1.015 do CPC. Acreditamos que esse rol se revela como taxativo, inclusive, sem qualquer variação, visto que, diferentemente do que um dualista poderia sugerir, ao nosso ver, a interpretação é uma natural consequência do sistema jurídico diante da ligação entre o sujeito e o objeto. E qual seria a distinção dessa posição em relação à taxatividade mediante interpretação extensiva? Inexistiu, no Brasil, qualquer período, que seja mínimo, que se possa configurar como exegético: nunca tivemos um juiz “boca da lei” no sistema jurídico brasileiro. Neste particular, evitando-se cair em tautologia, sustentamos que a discricionariedade, ou melhor, a interpretação, em seus limites, seja por bem ou por mal, faz parte do sistema jurídico. A taxatividade mediante interpretação extensiva é um pleonasmo. Por um lado, especialmente diante da postura exaustiva do legislador processual com a criação do rol contido no art. 1.015 do CPC, atrelando-se com a exposição de motivos da

codificação processual em vigência, tem-se a taxatividade, por outro, e inserido umbilicalmente com o anterior, tem-se a interpretação, que é algo natural diante da própria ligação entre o intérprete/julgador e a lei. Quando, por exemplo, no inc. I, do art. 1.015, do CPC, fala-se que cabe agravo de instrumento contra decisão que verse sobre tutela provisória, por óbvio que eventual decisão que implique na sua concessão, ou não, pode ser revista por via de agravo de instrumento. No entanto, essa interpretação que se fala é muito mal compreendida em algumas situações e acaba, infelizmente, resultando em posturas problemáticas que, a partir de uma excessividade discricionária, geram quimeras jurídicas, ou seja, teses jurídicas altamente desconexas ao disposto na legislação.

O que queremos destacar com o parágrafo anterior é que, em verdade, novamente, seja por bem ou mal, a discricionariedade faz parte do sistema jurídico, de modo que, por óbvio, a taxatividade sempre admitirá interpretações. Entendemos, nesse sentido, inexistir uma taxatividade extensiva: é, e simplesmente, taxatividade. A própria percepção de direito, para a teoria monista do ordenamento jurídico, necessita da interpretação, sem ela, afinal, apenas se teria lei. Isso, e adentrando no tema problemático desta reflexão, se torna preocupante quando analisando a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a taxatividade mitigada, afinal, pelas conceituações deixadas anteriormente, é uma tese que incorre em sérios problemas de uma excessividade de discricionariedade. Contemplamos, precisamente, que inexistiu o posicionamento da Corte por uma das teorias até então debatidas na comunidade processual, como, na verdade, era a proposta do julgamento; estabeleceu-se um critério (duvidoso) abstrato à taxatividade. Ao nosso ver, tudo indica que a tese da taxatividade mitigada é, senão, a fusão da aplicação estrita das hipóteses contidas no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil (taxatividade) à um abstratismo, ou seja, a possibilidade de

interposição de agravo de instrumento em situações aleatórias que reivindicuem urgência (sob o argumento do risco a razoável duração do processo). Isso, em sua completude, não é taxativo, tampouco exemplificativo, muito menos decorre da possibilidade da interpretação extensiva das hipóteses agraváveis. Trata-se de uma tese jurídica que se revela demasiadamente preocupante. Fala-se de uma tese abstratamente questionável, especialmente quando observamos que a própria hermenêutica (*vide* página 45 do voto da relatora) foi afastada – se é que isso é possível diante do que a pouco sustentamos – por uma suposta insuficiência de si na concretude dos casos. Aqui outro paradoxo: é impossível afastar a hermenêutica quando da aplicação da lei.

Finalizando, quando aduzimos acerca do sistema recursal na passagem entre códigos (1973-2015), que se objetivava, nas próprias palavras da comissão de juristas que auxiliou a elaboração da vigente codificação, obter maior “coesão”, a busca por uma simplificação de alguns pontos está em contraponto ao julgamento promovido pelo Superior Tribunal de Justiça. Quiçá sob o espírito daquilo que o saudoso Prof. José Carlos Barbosa Moreira sempre alertava em suas palestras, a “interpretação Curupira”, ou seja, interpretar o novo voltando-se ao passado (CPC/73), o que se percebe é uma desarmonização do sistema jurídico com a admissão e propagação da tese da taxatividade mitigada – que nem pode ser assim chamada, afinal, é uma taxatividade que não é. Não estamos aduzindo (se é que possa parecer isso) que não precisamos da discricionariedade em nosso sistema jurídico. Ela faz parte do sistema jurídico brasileiro, no entanto, a imperícia na sua compreensão dá margem para caminhar-se para situações em que se visualiza teses altamente desconexas em relação à lei. Não precisávamos da tese da taxatividade mitigada. Consigo carrega o péssimo legado de influenciar

possíveis novos casos similares que darão ensejo à novas quimeras jurídicas.

Referências

AZEVEDO, Luiz Carlos de; COSTA, Moacyr Lobo da. **Estudos de História do Processo: Recursos**. São Paulo: Fieo e Joen Editora, 1996.

CASTRO FILHO, José Olympio de. **Agravo no auto do processo**. Tese para a cadeira de “Direito Judiciário Civil”. Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 1949.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. ressc. de acordo com o Novo CPC e com as Leis n. 13.188/2015 (exercício do direito de resposta e retificação) e 13.256/2016 (altera regras sobre o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários, ação rescisória, reclamação, embargos de divergência e agravo em recurso especial e extraordinário). Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais.

LEMONS, Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Inclui jurisprudência do STJ e STF; enunciados do FPPC e das Jornadas de Processo Civil do CJF. Salvador: Jus Podivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e processos da competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Borsch, 1979.

MÖLLER, Guilherme Christen; BEDUSCHI, Leonardo. A rigidez das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento sob a perspectiva da duração razoável do processo: o risco da dilação processual indevida na não interpretação extensiva do rol taxativo do art. 1.015 do CPC. *In*: Congresso Catarinense de Direito Processual Civil, 3, 2017, Itajaí (SC). **Anais do III Congresso Catarinense de Direito Processual Civil**, Itajaí: UNIVALI, 2017. p. 187-207.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. rev. ampl e atual. de acordo com Lei 13.129/2015 (Arbitragem), Lei 13.140/2015 (Mediação), Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei 13.256/2016 (Admissibilidade RE e REsp), Enunciados do 1º Fórum Nacional de Processo do Trabalho; Enunciados do ENFAM; Enunciados administrativos do STJ, Instrução Normativa 39 do TST. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 250, 2015, p. 265-286.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 3.

SILVA, Jaqueline Mielke. O tempo na sociedade pós-moderna. *In*: JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela. **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do Processo Civil brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Novo CPC, Lei 13.105 de 16.03.2015. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3: execução forçada; processo nos Tribunais; recursos; direito intertemporal.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Algoritmos inteligentes e fenômeno jurídico: compreender a tecnologia é preservar o papel do Direito

*Guilherme de Oliveira Zanchet**

Introdução

Na prática jurídica no século XXI, o processo eletrônico já é realidade em vários lugares no Brasil, e, com ele, fala-se na cada vez mais factível possibilidade de utilização de *softwares* de inteligência artificial para auxílio na elaboração de decisões judiciais. Em um ambiente de judicialização crescente e de um grande volume de processos com matéria semelhante, não é de espantar que muitos defendam o emprego dos algoritmos como caminho para diminuição do acervo forense.

O fenômeno jurídico é complexo, sempre exigindo uma atitude interpretativa que não pode ser reduzida a meras operações lógicas. Assim, ainda que muitos profissionais concordem sobre o benefício de serviços eletrônicos simples como os de atualização sobre as últimas decisões tribunais e os informativos de jurisprudência, o valor da inteligência artificial para a avaliação jurídica dos casos concretos deve ser investigado mais cuidadosamente: não se cuida de uma mera automatização de atos; na verdade, há uma verdadeira construção, por um robô, de uma solução para um caso particular a partir de dados predeterminados – como alegações, provas e decisões anteriores. Ante as particularidades que o tema envolve e o temor que a própria expressão evoca (seremos

* Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com láurea acadêmica e distinção acadêmica. Bolsista da Capes/PROEX e membro do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0819798373404197>. Contato: guilhermeozanchet@gmail.com.

substituídos pelas máquinas?), mostra-se necessário um aprofundamento sobre seus elementos.

O desenvolvimento que segue, portanto, tem duas funções: (i) elucidar *conceitos básicos e aplicações* de inteligência artificial no Brasil, sobretudo diante do distanciamento de importante parcela da comunidade jurídica de questões mais afeitas à área científica, muito em virtude da falta de contato entre os campos do conhecimento; e, longe de se almejar o esgotamento do tema, (ii) suscitar questionamentos sobre o *papel* da inteligência artificial no Direito e os *rumos* que projetamos para o fenômeno jurídico. Cabe à doutrina investigar tópicos pouco explorados como esse, levantar dúvidas, inquietar os ânimos e até mesmo criticar a utilização irrefletida de mecanismos da técnica moderna.

1. Inteligência artificial e aprendizado de máquina

Não é simples definir o que é inteligência artificial. Desde idos tempos tentamos entender *como pensamos* – afinal, o que é a *consciência*? E *como* que um punhado de átomos pode se reunir e formular teorias e concepções acerca do mundo? –, sem que até hoje tenhamos obtido sucesso em responder a tal elementar pergunta. As pesquisas sobre inteligência artificial, em essência, buscam compreender e construir entidades inteligentes que atuem em uma grande variedade de subcampos, desde questões amplas como aprendizagem e percepção, até outras mais específicas como o xadrez, a demonstração de teoremas matemáticos, a escrita de poesia e o diagnóstico de enfermidades. No fundo, a construção de IA's visa à *sintetização* e à *automatização* de tarefas intelectuais.¹

Nesse contexto, é possível dizer que o refinamento da IA diz respeito à aproximação das atividades desempenhadas pelas máquinas àquelas

¹ RUSSELL, Stuart J.; Norvig, Peter. **Inteligência artificial: un enfoque moderno**. 2. ed. Madrid: Pearson Educación S.A., 2004, p. 1.

desenvolvidas pelos seres humanos a partir de sua *racionalidade*. Embora não haja consenso acerca da própria conceituação da IA nem do melhor enfoque para sua construção – se voltada ao *comportamento humano* ou mais rigorosamente a um ideal de *agente racional* –, esses fatores combinados são úteis para generalização da ideia por trás de sistemas de inteligência artificial.

Mas de que é constituído um sistema de inteligência artificial que possa desempenhar essas tarefas? Em computação, a programação, por meio de *linguagens formais próprias*, permite a elaboração de *algoritmos*, que *comunicam* à máquina quais passos seguir para executar determinada função. Os algoritmos, portanto, entendidos como *conjuntos de passos* definidos para processar instruções/dados de modo a produzir um resultado,² são aqueles que essencialmente regulam a atividade da máquina. O *software* que é denominado de “inteligência artificial”, no entanto, realiza operações mais complexas a partir de seus algoritmos – mais avançados computacionalmente – do que máquinas mais simples como uma calculadora ou um relógio digital: afinal, embora muitos instrumentos eletrônicos sejam governados por algoritmos, não é *qualquer* sequência lógica de passos que pode realizar as tarefas *intelectuais* que são o objetivo da IA.

Seja como for, é verdade que há uma ampla variedade de *técnicas* diferentes das quais a IA é gênero, e uma das mais famosas e complexas pelo seu escopo de aplicação é o aprendizado de máquina ou aprendizado automático – ou *machine learning* –, baseado, em essência, em fazer com que os dispositivos computacionais *aprendam* com a experiência. O grande avanço desta técnica é o fato de os algoritmos de aprendizado utilizarem

² KITCHIN, Rob. Thinking critically about and researching algorithms. *Information, Communication & Society*, v. 20, n. 1, p. 14-29, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/1369118X.2016.1154087>. Acesso em: 8 nov. 2020.

métodos de extração de informações e de aprendizagem diretamente dos dados. *Grosso modo*, esses algoritmos não são dependentes de equações predeterminadas como modelo pelos programadores e adaptam-se à medida que o número das amostras disponíveis (dados) cresce.³ É por esse motivo, aliás, que a expressão *big data* (grande volume de dados ou grandes dados, em tradução livre) apresenta-se com frequência cada vez maior nos meios de informação: em tempos de economia digital, em que se proliferam incessantemente as informações e os *rastros* deixados pelas pessoas no ambiente virtual, torna-se cada vez mais possível *alimentar* sistemas de IA baseados em aprendizado automático para fins comerciais.

Em razão do seu constante autoaperfeiçoamento, que permite uma evolução natural na resolução de problemas, principalmente na área de *linguagem natural*, tais mecanismos têm sido cotados para implementação na área jurídica. Aqui, deve ser pontuado que, embora haja diversas técnicas de IA, como agentes inteligentes, algoritmos genéticos, entre outros, o aprendizado de máquina tem se sobressaído como um dos métodos mais promissores (talvez o mais promissor) no campo de *análise da linguagem*.

A complexificação das estruturas dos sistemas de inteligência artificial, principalmente a partir do aprendizado de máquina, trouxe dificuldades no controle e na avaliação dos próprios processos de aprendizagem dos algoritmos. Ganhando cada vez mais autonomia em relação aos seus programadores, as tarefas por eles desempenhadas têm se mostrado de difícil previsão e, até mesmo, de explicação. Pedro

³ Algoritmos regulares e algoritmos de aprendizado de máquina diferem-se no seu nível mais fundamental, ou seja, no *modo* como são produzidos. Isso pode ser sumarizado por duas perguntas. Um programador que estiver trabalhando em um algoritmo regular, pergunta-se: como posso fazer esse algoritmo bom para *executar* esta tarefa? Um programador projetando um algoritmo com aprendizado de máquina perguntaria: como posso fazer esse algoritmo bom para *aprender* a executar esta tarefa? (TUTT, Andrew. **An FDA for algorithms**. 69 Admin. L. Rev. 83 (2017) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2747994. Acesso em: 8 nov. 2020.).

Domingos, professor de ciência da computação da Universidade de Washington, já escreveu a interessante constatação de que “as pessoas conseguem escrever programas que os computadores não conseguem aprender; mas, mais surpreendentemente, computadores conseguem aprender programas que as pessoas não conseguem escrever”.⁴

Os algoritmos de aprendizado de máquina são imprevisíveis. O seu *raciocínio*, ainda que possa ter sido inspirado inicialmente nas experiências vivenciadas pelos seres humanos, é muitas vezes obscuro, e é provável que, em algumas das aplicações mais importantes em que eles venham a ser empregados, talvez sequer seja possível compreendê-los. No caso do Direito, que afeta diretamente a vida e a liberdade, a comunidade jurídica deve estar vigilante.

2. Inteligência artificial aplicada ao direito no Brasil

O Brasil tem dado passos importantes na aplicação da inteligência artificial em diversos espaços de atuação dos órgãos públicos. No âmbito do Tribunal de Contas da União, são *empregados* três robôs: (i) *Alice* (acrônimo para Análise de Licitações e Editais), em concordância com o próprio nome, analisa licitações e editais publicados nos Diários Oficiais, compilando número de processos por estado e o valor dos riscos de cada um, além de esboçar um documento com informações sobre possíveis fraudes; (ii) *Sofia* (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor) indica erros nos textos dos auditores e providencia correlações e novas fontes de referência; e (iii) *Monica* (Monitoramento Integrado para Controle de Aquisições) funciona como um painel que mostra todas as compras públicas. Esses sistemas estão todos integrados no Labcontas

⁴ DOMINGOS, Pedro. **The master algorithm**: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world. Nova Iorque: Basic Books, 2015.

(Laboratório de Informações de Controle), que reúne 77 bases de dados que alimentam continuamente os robôs.⁵

Em linha semelhante, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal dispõe da “Dra. Luzia” – “robô-advogada” –, que funciona em processos de execução fiscal, apresentando soluções e informações dos envolvidos, com indicações de endereços e bens. O sistema foi desenvolvido pela *startup* Legal Labs, oriunda da Universidade de Brasília, e é capaz de desenvolver petições, principalmente no que toca a pedidos de penhora e intimações para pagamento. A Advocacia-Geral da União (AGU) implantou o seu sistema Sapiens em 2014, tornando mais rápida a produção de peças, com a automatização de diversas etapas e o auxílio na sugestão de teses jurídicas para cada caso concreto. Em outubro de 2019, as procuradorias-gerais dos estados e do DF assinaram acordo de cooperação com a AGU para compartilhamento do sistema eletrônico de gerenciamento de documentos desenvolvido pela instituição.⁶

Um passo fundamental para a implementação de sistemas inteligentes desse gênero no serviço público brasileiro foi a promulgação da Lei 11.419/2006 (Lei do Processo Judicial Eletrônico), que transformou o próprio modo de pensar o *tempo processual*: a conexão virtual é *ininterrupta*, e o *tempo morto* entre os atos processuais foi drasticamente reduzido. Esse contexto *disruptivo* abriu caminho para o início da utilização de inteligência artificial também em momentos de *tomada de decisão* pelo próprio Poder Judiciário. Uma vez que as informações estão disponíveis de modo abundante no *espaço cibernético*, a possibilidade de

⁵ GOMES, Helton Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. *G1*. [S. L.], 18 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 8 nov. 2020.

⁶ GOIÁS. Procuradoria-Geral do Estado. AGU e procuradorias públicas assinam acordo para compartilhamento de sistema digital. [S. L.], 2019. Disponível em: <http://www.procuradoria.go.gov.br/noticias/2801-agu-e-procuradorias-p%C3%BAblicas-assinam-acordo-para-compartilhamento-de-sistema-digital.html>. Acesso em: 8 nov. 2020.

aperfeiçoamento de sistemas *learners* dessa espécie – sobretudo daqueles baseados em aprendizado de máquina –, a partir da crescente *database*, favoreceu o surgimento de alguns robôs já empregados nas lidas dos advogados e juízes.

No âmbito do Poder Judiciário, o TJMG já demonstrou grande interesse na utilização de inteligência artificial: além de estar desenvolvendo ferramenta (denominada *Ágil*) para a identificação de repetitividade de processo, com base na indexação automática processual, a sua 8ª Câmara Cível já julgou 280 recursos em poucos segundos a partir do uso da ferramenta inteligente Radar. O TST, analogamente, também objetiva a implantação de *software* para triagem automática de processos e para sugestões de proposta de voto.⁷

O crescimento da relevância da inteligência artificial nos tribunais é perceptível – principalmente diante do aumento da judicialização no País e da reconhecida morosidade da Justiça –, e talvez o exemplo mais representativo dessa *invasão cibernética* no sistema judiciário brasileiro seja VICTOR, sistema de IA desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal em parceria com a Universidade de Brasília. O *software* – que já foi chamado de “12º ministro” – identifica vinculação dos recursos extraordinários interpostos aos temas de repercussão geral, tarefa anteriormente desempenhada por servidores humanos. O STF deixa claro que VICTOR “não decide, não julga” e destaca que a ideia é expandir sua esfera de atuação para além do projeto inicial, com vistas a aumentar a velocidade de tramitação das demandas.⁸

⁷ NUNES, Dierle. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, vol. 285/2018, p. 421-447, nov. 2018. Disponível em: www.revistadotribunais.com.br. Acesso em: 8 nov. 2020.

⁸ INTELIGÊNCIA artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. *In: Notícias STF*, Brasília, DF, 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 8 nov. 2020.

3. Os perigos da instrumentalização

Diante de tantas transformações proporcionadas — e ainda a serem proporcionadas — pelo avanço tecnológico ao processo judicial e ao fenômeno do Direito como um todo, é necessário fazer um esforço (epistêmico) para o *desvelamento* das profundas implicações que subjazem à progressiva substituição dos intérpretes no ramo jurídico. Não se deve cair em uma *ingenuidade filosófica* em razão da inexorabilidade do avanço tecnocientífico. É papel dos pesquisadores discutir a extensão da aplicabilidade da inteligência artificial em seus respectivos campos de conhecimento, a partir de uma atitude crítica que fuja ao senso comum, sem *tecnofobia* nem *tecnofilia*.

A *técnica* também é um modo de ser-no-mundo,⁹ ou seja, o *pensamento tecnológico* também é um modo de estruturar o mundo. A máquina é criada pelo homem e, por isso, passível de erros e imperfeições. Assim, com o objetivo de provocar debate sobre a aplicação da inteligência artificial para a produção de peças ou documentos jurídicos, serão tratados dois problemas que podem ser considerados fundamentais para o aprofundamento do tema: (i) as dificuldades dos algoritmos em produzir ideias novas com base nos dados que lhes são fornecidos; e (ii) o agravamento da mentalidade *eficientista* no Direito.

3.1. Decisão de máquina e a evolução do direito

Os sistemas jurídicos inteligentes, por *aprenderem* com os dados que lhes são fornecidos, são estruturados a partir de determinada *visão de mundo* – absorvendo os vieses ínsitos ao conhecimento transmitido – e passam a atuar no meio em que estão inseridos sob a perspectiva

⁹ HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: HEIDEGGER, Martin. **Ensaio e conferências**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 11-38.

resultante da avaliação computacional dessas informações. Não existe *código computacional* puramente abstrato e matemático; desde sempre ele opera em certas dimensões sociais, políticas, estéticas, morais, entre outras.¹⁰ A neutralidade, objetividade e imparcialidade dos robôs é uma ficção – provavelmente originária da fama da ciência de *pura técnica* despida de toda subjetividade.

Essa constatação guarda relação importante com o próprio modo de *construção do conhecimento* pelo ser humano. O ser humano apenas tem acesso ao mundo por intermédio da *linguagem*: é ela que rege a nossa condição de *ser-no-mundo*, desde sempre já condenado à hermenêutica.¹¹ Não há expressão humana descontextualizada ou alheia a uma história determinada, ou seja, nunca somos isentos de elementos interpretativos. Heidegger é quem melhor explica isso: “a interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”.¹²

Isso não deve ser entendido, por si só, como uma crítica: não há dúvida de que, se um órgão judiciário se vale de um sistema de inteligência artificial, ele provavelmente *pretende* que as decisões produzidas pelos algoritmos sejam compatíveis com o próprio posicionamento de tal juízo – se a inteligência artificial não observasse os parâmetros jurídicos, morais, políticos e ideológicos inerentes aos dados fornecidos para treiná-la, provavelmente ela não seria de nenhuma utilidade para o usuário. O

¹⁰ Essa visão, aliás, não é um posicionamento crítico construído apenas para desacreditar ou desprestigiar a ciência computacional a partir de mera retórica: ela é uma conclusão apresentada, por exemplo, pelo professor do MIT Nick Montfort, em colaboração com outros autores, em uma obra bastante interessante – intitulada curiosamente de 10 PRINT CHR\$(205.5+RND(1)); : GOTO 10 – sobre as influências culturais, sociais e políticas contidas na programação. Montfort, vale dizer, é conhecido pelo desenvolvimento de *poesia* e *arte* computacional, trabalhando com *literatura gerada por computadores*. (MONFORT, Nick *et al.* 10 PRINT CHR\$(205.5+RND(1)); : GOTO 10. Cambridge: The MIT Press, 2013, p. 3).

¹¹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

¹² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 15. ed., parte I. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 207.

problema aparece quando o uso indiscriminado de algoritmos inteligentes começa a nublar disfunções existentes no próprio *modo de construção* do Direito em que eles estão inseridos.

O Direito é um instrumento de *transformação social*.¹³ Ele não é uma simples ferramenta à disposição do intérprete para consecução de qualquer objetivo. No Brasil, especialmente, país de evidente desarmonia entre as previsões constitucionais – que garante amplos direitos individuais e sociais prestacionais – e a realidade de ampla desigualdade socioeconômica, as implicações dos algoritmos devem ser analisadas para além da simples celeridade que as máquinas oferecem.

Um primeiro ponto a ser levantado é em que medida os algoritmos solucionarão questões de crescente complexidade jurídica. A inteligência artificial saberá localizar rapidamente, no seu arsenal eletrônico, soluções para questões rotineiras ou problemas standardizados. Casos concretos similares ou familiares serão processados em poucos segundos. Em uma sociedade cada vez mais plural e complexa, no entanto, o modo de compreender o Direito está ligado a dimensões mais ramificadas, passando pelos âmbitos individual, coletivo, difuso. No Brasil, a crise do paradigma liberal-individualista-normativista torna-se notória, exigindo uma atuação da comunidade jurídica mais alinhada ao Estado Democrático de Direito e à realidade social deficitária.¹⁴

O que se coloca, nesse sentido, é que a operação dos algoritmos no contexto jurídico brasileiro já partirá recheado de *conceitos e pré-conceitos* que apenas reproduzirão uma dogmática jurídica duvidosa que, segundo Streck,¹⁵ ainda hoje, apela para o protagonismo judicial para superar o velho positivismo exegético. Se é possível dizer que um algoritmo depende

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 43.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 43.

¹⁵ *Ibid.*, p. 106.

fundamentalmente dos dados que o alimentam, a inteligência artificial à *brasileira* será nociva para o próprio desenvolvimento do Direito no Brasil. Não se trata aqui de um simples problema de *viés algorítmico clássico*¹⁶, mas de um modo de produção jurídica enraizado há muitas décadas, cuja superação não se resume a uma linha de código a mais ou à exclusão ou adaptação de critérios específicos.¹⁷

A aplicação de sistemas de IA, portanto, sem o devido questionamento e monitoramento sobre os dados que viabilizam o seu treinamento, é temerário; no caso brasileiro, poderá conduzir, inclusive, ao perpetuamento de um imaginário jurídico que ainda não se adaptou às mudanças democráticas promovidas pela Constituição Federal de 1988. Ainda assim, apesar de constatada essa situação, isso conduz a novos questionamentos: como *filtrar* o que são dados jurídicos de qualidade? Há parâmetro para isso? Essas tecnologias são muito novas e estão em curva ascendente de sofisticação, mas, se o objetivo for construir máquinas que forneçam respostas corretas à luz da Constituição, e não somente uma reprodução de ideias equivocadas do passado, temos de levar isso em consideração.

¹⁶ O *viés algorítmico*, no sentido que se emprega usualmente, refere-se a sistemas computacionais que *sistemática, injusta e negativamente discriminam* certos indivíduos ou grupos de indivíduos em favor de outros.

¹⁷ A comunidade jurídica no Brasil sofre com problemas de compreensão sobre a função e a interpretação do Direito que estão profundamente enraizados no seu imaginário. Fazendo coro a Streck, é muito comum encontrar (i) trabalhos que invocam a *ponderação alexyana* como um enunciado performativo, sem sequer observar os seus pressupostos lógicos de aplicação; (ii) profissionais que, em nome de um ideal de justiça subjetivista, defendem que o juiz decida casos de modo mais emotivo ou atendendo à “voz das ruas”; (iii) teses e obras que atribuem o título de *princípio* a qualquer coisa que lhes sirva de amparo ou escora para sustentação de determinado ponto de vista, por mais arbitrário que seja (é o *pamprincipiologismo* de que fala Streck: como exemplo dessa invenção brasileira, podemos citar o “princípio” da confiança, ligado à noção de segurança jurídica em um Estado de Direito; o “princípio” da afetividade, na relação entre pais e filhos; o “princípio” da ubiquidade, no direito ambiental; a lista segue); (iv) sincretismos teóricos que se valem tanto de autores positivistas como Kelsen e Hart quanto de Dworkin e Müller para explicar a decisão judicial, ignorando-se as radicais diferenças entre os seus pensamentos. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 78-95; 557-560). A pertinente dúvida que surge dessa profusão de ideias incoerentes entre si e em relação ao próprio sistema é em que medida as *máquinas inteligentes*, imersas nessa realidade e por ela conformadas, conseguirão representar um ganho de qualidade para o sistema jurídico. Ao fim e ao cabo, indaga-se: se existem tantas posições contrárias à lei e até mesmo à Constituição coexistindo no País, como que a inteligência artificial poderá se ver livre desse círculo vicioso? Será que haverá uma homogeneização de decisões e interpretações iníquas e incorretas?

Casos que não são familiares para os profissionais do Direito e reclamam uma *construção argumentativa* mais complexa – sobretudo hipóteses de mutação constitucional e outras dúvidas que surgem com as mudanças no tecido social (novidades como poliamor e discussões como animais domésticos como seres sencientes) – talvez não estejam ao alcance dos algoritmos, por ora. Questões assim têm íntima relação com a *criatividade*¹⁸ – noção de difícil delimitação, envolvendo construções sociais, valores, cultura, motivação e emoções – e não estão abrangidas pelos dados utilizados pelos robôs no seu treinamento. Nessa linha de raciocínio, a *mão humana* – ou o cérebro humano – ainda parece essencial para promover mudanças na compreensão do fenômeno jurídico. Como afirma Dworkin,¹⁹ *o Direito é um conceito interpretativo*, sendo imperativa a sua compreensão como prática social: para se atingir uma resposta interpretativa adequada, por conseguinte, pressupõe-se “trazer o objeto ao presente e compreendê-lo a partir de nós mesmos”, a fim de proporcionar-lhe o melhor significado possível no presente contexto (*legal practice in its best light*).

O índice de acertos dos robôs-pensantes não para de crescer, é verdade; entretanto, não há no horizonte uma expectativa contundente de que a inteligência artificial possa efetivamente dar continuidade ao *processo evolutivo* do Direito, aqui entendido como aquela adaptação necessária entre

¹⁸ Conforme escreve Margaret Boden, a criatividade é “um quebra-cabeça, um paradoxo, alguns dizem que é um mistério”. Não há uma teoria científica que dê conta propriamente da totalidade daquilo a que denominamos de *criatividade*. De qualquer sorte, a definição de *criatividade* – assim como de *inteligência* – guarda relação mais próxima da filosofia do que da ciência, na medida em que depende do que efetivamente se entende como tal. Para os fins deste artigo, apenas se sublinha que, apesar do grande salto da ciência computacional no fim do século passado e no começo deste século XXI, ainda é possível afirmar que a *capacidade inovativa* dos seres humanos supera a da máquina. No Direito em específico, não há perspectiva da criação de um robô que acompanhe as transformações da sociedade de modo a contextualizá-las com a legislação, a doutrina e os julgamentos passados de forma a viabilizar a produção de novas teorias e a recontextualização dos institutos jurídicos. (BODEN, Margaret. Computer models of creativity. *AI Magazine*, jul. 2009, p. 23-34. Disponível em: <https://aaai.org/ojs/index.php/aimagazine/article/view/2254>. Acesso em: 8 nov. 2020).

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 62-67.

a aplicação da norma e as novas práticas sociais que surgem a todo instante. Muito embora os robôs já funcionem, sem dúvida, como ótimos assistentes jurídicos, como o Ross e o Victor, auxiliando a partir da análise de questões passadas e conseguindo aplicá-las a muitos problemas do presente, a projeção para o futuro, com a decisão de dúvidas jurídicas complexas, inéditas ou duvidosas, não sairá da esfera de atuação humana tão cedo. Como leciona Streck,²⁰ não se chega a uma decisão judicial correta a partir de aplicações subsuntivas do texto da lei ao caso concreto: os princípios resgatam o mundo prático e exigem *comprometimento do intérprete* com a comunidade política em que ele está inserido. Nessa situação, quando a inteligência artificial tiver de decidir sobre a aplicação de diferentes princípios em casos em que não haja claramente julgamentos prévios correlatos ou mesmo doutrina ou legislação específica sobre o assunto, é provável que a máquina não seja capaz de apresentar uma solução jurídica satisfatória como um humano treinado faria.

Mais do que a diminuição das pilhas de demandas judiciais existentes, a verdadeira práxis democrática exige uma efetiva *concretização* dos direitos e garantias fundamentais, e o processo deve ser visto como garantia para tanto. Podemos acabar buscando soluções “de fachada” para as graves diferenças socioeconômicas no Brasil, eliminando milhares de processos por meio de técnicas automatizadas, e isso apenas encobriria defeitos básicos no pensamento jurídico no País sob o véu da *celeridade*. No fim, é somente isso que talvez tenhamos: *celeridade*, sem *qualidade*.

3.2. O direito automatizado e o “fetiche da eficiência”

Outra questão que pode constituir um problema na era dos *jusalgoritmos* é a *mentalidade estatístico-probabilística* que os

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

acompanha. Não obstante essa circunstância não diga respeito propriamente à formulação e à programação dos sistemas de inteligência artificial em si, associando-se mais à repercussão e à influência que o *modo-de-ser técnico* da ciência computacional provoca nos seres humanos, esse é um assunto que não pode ser ignorado.

A *técnica* e sua relação com o conhecimento são objeto de análise filosófica há séculos, pelo menos desde a filosofia grega, mas, sobretudo com a *fenomenologia hermenêutica* de Heidegger no século passado, pode-se dizer que a questão ganhou novos e importantes contornos. A técnica não pode ser compreendida como mera parte secundária do pensamento moderno: tratando-se do “maior fenômeno do ocidente contemporâneo”,²¹ ela é uma “forma de desencobrimento”;²² um desocultamento ontológico, um diagrama epocal determinante de mundo. A “atitude tecnológica” uniformiza qualquer singularidade: tudo se torna homogêneo a partir do cálculo; tudo pode ser trocado e substituído. A técnica suspende o pensar.²³

A fuga da *autenticidade* do pensamento que a técnica implica, para Heidegger,²⁴ está vinculada não com as máquinas e os equipamentos técnicos em si, mas no predomínio da *com-posição* (*Gestell*²⁵), que tem a

²¹ CRAIA, Eladio. Heidegger e a técnica: sobre um limite possível. *Revista de Filosofia Aurora*, v. 25, n. 36, jan./jun. 2013, p. 241-264. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/751/o>. Acesso em: 8 nov. 2020.

²² HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: HEIDEGGER, Martin. *Ensaios e conferências*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 11-38.

²³ CRAIA, op. cit.

²⁴ HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: HEIDEGGER, Martin. *Ensaios e conferências*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 11-38.

²⁵ Heidegger esclarece que emprega a palavra *com-posição* ou *Gestell* de um modo inusitado, devendo ela ser entendida como *essência da técnica moderna*. Tal expressão denomina o *tipo de desencobrimento* que rege a técnica moderna, que, em si mesmo, não é nada técnico. Em razão da técnica moderna utilizar as ciências exatas da natureza, nasce a “aparência enganosa” de que a técnica moderna se reduz à aplicação das ciências naturais. Para o filósofo, essa aparência só permanece enquanto não questionarmos suficientemente a proveniência da ciência moderna e a

possibilidade de impedir o homem de voltar-se para um “desencobrimiento mais originário e fazer assim a experiência de uma verdade mais inaugural”. Em suma, o *pensamento reflexivo* é uma prática imprescindível para a essência pensante do homem, isto é, a relação com o seu ser. Sem ele, o homem está entregue a uma imensa ilusão: aprisionado no seu objetivo de dominação sobre os entes a partir do pensamento calculante, baseado em representações. Na ânsia de buscar o controle da técnica *como instrumento*, o homem moderno desoculta as coisas (os entes), assim como a mineração desoculta o urânio para a produção de energia, permanecendo o *ser* inatingível à humanidade: a técnica, nesse contexto, torna-se a única realidade.

Essa brevíssima discussão sobre a técnica em Heidegger serve como base para o argumento fundamental desta seção: o “modo de pensar” técnico *pode* conduzir a uma busca incessante por números e estatísticas, ou seja, uma frenética caça à *quantidade* em detrimento da *qualidade*. Partindo da perspectiva *heideggeriana*, a técnica não é, por si só, *perigosa*, nem deve ela ser demonizada. Mas a sociedade contemporânea, cada vez mais envolvida pelas possibilidades oferecidas pela ciência positiva e pelo consumo que a técnica moderna oportuniza, ao *fechar-se* em seus cálculos técnicos, distancia-se gradativamente da concretude do Direito, cuja construção exige a constante (re)análise das práticas sociais – conforme defende Streck,²⁶ a compreensão é sempre um projeto compartilhado, no qual a *intersubjetividade* (tradição) exerce um papel fundamental.

A presente construção argumentativa não é um mero exercício imaginativo de futurismo desconectado da realidade jurídica: no Poder Judiciário, o crescimento de exigências do CNJ de relatórios da atividade

essência da técnica moderna. A *com-posição* põe em perigo não só o homem em sua relação consigo mesmo e com tudo que é e está sendo, mas afasta qualquer outra possibilidade de desencobrimiento. (Ibid.).

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

jurisdicional já vem de algum tempo, acarretando esforços no sentido de se adequar a uma *métrica de números* (desde a quantidade de sentenças até o número de audiências), o que direciona os órgãos judiciais, invariavelmente, a explorar métodos de *homogeneização* das decisões – afinal, se as avaliações não têm (ainda) a capacidade de examinar a fundo a *qualidade* da produção, persegue-se a *quantidade* (basta ver o “Selo Justiça em Números”,²⁷ que estabelece diversas diretrizes quantitativas para avaliação dos tribunais). Em outra linha, o *produtivismo* na academia – seja na área do Direito ou nas demais –, em que vale mais o *número* de publicações do que propriamente seu *impacto*, condena pesquisadores a uma extenuante jornada de incrementar seu *Lattes* – daí a expressão *publish or perish* (publique ou pereça). Tudo isso é sintomático do *fetichismo da eficiência* que vem poluindo cada vez mais o imaginário jurídico.

Para Bolzan de Moraes e Hoffmam,²⁸ é notório o alinhamento do direito processual a uma lógica mercadológico-neoliberal, em que o espaço processo-decisório obedece à razão de mais decisões (*mercadorias*) em menos tempo (*custo*). Fala-se mais em produtividade, em economia de fluxo, do que propriamente em Direito. A preocupação com *eficiência*, padronização e produtividade norteia a construção de um sistema de justiça de fluxo, que se concentra mais no tempo de duração do processo do que com o direito em jogo. Afeito a uma ideia de Estado mínimo (contrária ao sistema constitucional vigente), o *eficientismo* sonega direitos, rompendo com a postura exigida de um Estado concretizador de

²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 8 nov. 2020.

²⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luís; HOFFMAM, Fernando. O processo civil contemporâneo face à neoliberalização do sistema de justiça. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 36.1, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/a93c/7bbca28a3263d8b05e6d935092b4867a2291.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2020.

direitos, principalmente em *países de modernidade tardia* como o Brasil, na nomenclatura utilizada por Streck.²⁹

Atualmente, advogados e consultores jurídicos têm investido em análise de *jurimetria*, que consiste, em essência, na aplicação de *métodos quantitativos* – em especial a estatística – para análise do *comportamento judicial* e da *formulação de cálculos de previsibilidade legal*.³⁰ Um dos motes – talvez o principal – dessa moda matemática no Direito é a possibilidade de os procuradores poderem traçar o histórico decisório dos juízes de modo a antever, com certa acurácia, qual a resposta que determinado juiz fornecerá ao seu caso. Cientes das particularidades decisórias, o advogado poderá adequar sua argumentação ao julgador em busca de um resultado mais favorável. Em seu discurso, todavia, há um *abandono* do jurídico: o Direito se torna um instrumento para o alcance de determinado fim, o que está bem ilustrado nas palavras do próprio autor do termo *jurimetria*, Lee Loevinger,³¹ que afirma que “a natureza do Direito é o que nós determinamos que ela significa, e nós podemos defini-la de acordo com nossa vontade e conveniência.”

Os *jusalgoritmos*, nesse contexto, despontam como uma das mais poderosas ferramentas disponíveis para redução do espaço-tempo processual. Não é nenhuma conjectura absurda que esses sistemas sejam aplicados, dessarte, para a manutenção e o agravamento do *fetichismo da eficiência* que vem obscurecendo a qualidade da produção jurídica à luz da Constituição. Tanto no âmbito da prática advocatícia, em que os advogados conseguem automatizar importante parte do trabalho

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁰ LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: the next step forward. **Minnesota Law Review**, v. 33, n. 5, abr. 1949, p. 455-493. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2795&context=mlr>. Acesso em: 8 nov. 2020.

³¹ LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: the next step forward. **Minnesota Law Review**, v. 33, n. 5, abr. 1949, p. 455-493. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2795&context=mlr>. Acesso em: 8 nov. 2020.

burocrático e, agora, também da tarefa intelectual, quanto na esfera judiciária, com as pesquisas voltadas à tomada de decisão, é perceptível o alcance da inteligência artificial.

Se não questionado e criticado o papel que os sistemas inteligentes (técnica) venham a desempenhar no Direito, o ser humano recai em um *modo-de-ser uniformizante* que não é compatível com a própria ideia de Direito como conceito interpretativo que se modifica de acordo com a dinâmica social. Não haverá como *materializar* as promessas constitucionais sem um ajuste entre as oportunidades que a IA representa e o *caráter produtivo* da interpretação jurídica. A mera possibilidade de se “baixarem as pilhas” rapidamente não deve ser o único ângulo adotado para solução do problema: a tarefa intelectual no Direito não segue um passo-a-passo exclusivo que permite a tomada de decisão sem maiores perquirições; ao contrário, a *interpretação* é uma característica fundante do que constitui o jurídico e exige a discussão entre diferentes pontos de vista para evolução do Direito.

Considerações finais

No Brasil, a tecnologia informática já se faz sentir sobretudo no processo eletrônico e na pesquisa de jurisprudência dos tribunais. Atualmente, crescem as experiências no País com robôs inteligentes: nos tribunais, sistemas de inteligência artificial têm gradualmente assumido papel relevante na elaboração de propostas de votos, na realização de triagem de processos e na análise de vinculação dos recursos extraordinários interpostos aos temas de repercussão geral. Diante disso, é função dos pesquisadores — e da comunidade jurídica como um todo — questionar em que medida a aplicação da inteligência artificial pode ser benéfica ou maléfica.

Foi ressaltado que algoritmos que *aprendem* (ou que são treinados) pelas informações jurídicas — obras doutrinárias, artigos científicos, decisões judiciais, peças jurídicas — carregarão o *selo* do deficitário modo de produção do Direito existente no Brasil. Não se duvida que as máquinas inteligentes garantirão maior celeridade, mas, se elas apenas perpetuarem uma práxis judiciária arbitrária e desconectada das constantes mudanças sociais, torna-se questionável a sua importância. Aliás, dada a dificuldade da inteligência artificial de lidar com soluções *criativas*, o ser humano ainda se mostra essencial no enfrentamento de problemas nunca antes vistos, como poliamor e o tratamento de animais como seres sencientes.

Além disso, foi trabalhada também a *mentalidade estatístico-probabilística* que acompanha um acrítico *modo-de-ser técnico*. Assegurar a prestação de serviços jurídicos — sejam advocatícios, sejam jurisdicionais — também é questão de qualidade, não só de quantidade. Aplicar corretamente a inteligência artificial no Direito passa por compreender o seu papel auxiliar na construção de um conhecimento que é compartilhado *par excellence*. Longe de fixar a tarefa jurídica em uma *métrica de números*, em uma espécie de cegueira à adequada pacificação dos conflitos, os algoritmos devem ser importantes apenas enquanto ferramentas úteis para o trabalho no Direito, nunca como protagonistas do fenômeno jurídico.

Referências

- BODEN, Margaret. Computer models of creativity. *AI Magazine*, jul. 2009, p. 23-34. Disponível em: <https://aaai.org/ojs/index.php/aimagazine/article/view/2254>. Acesso em: 8 nov. 2020.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luís; HOFFMAM, Fernando. O processo civil contemporâneo face à neoliberalização do sistema de justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 36.1, jan./jun. 2016. Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/a93c/7bbca28a3263d8b05e6d935092b4867a2291.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2020.

CRAIA, Eladio. Heidegger e a técnica: sobre um limite possível. **Revista de Filosofia Aurora**, v. 25, n. 36, jan./jun. 2013, p. 241-264. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/751/o>. Acesso em: 8 nov. 2020.

DOMINGOS, Pedro. **The master algorithm**: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world. Nova Iorque: Basic Books, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOIÁS. Procuradoria-Geral do Estado. AGU e procuradorias públicas assinam acordo para compartilhamento de sistema digital. [S. L.], 2019. Disponível em: <http://www.procuradoria.go.gov.br/noticias/2801-agu-e-procuradorias-p%C3%BAblicas-assinam-acordo-para-compartilhamento-de-sistema-digital.html>. Acesso em: 8 nov. 2020.

GOMES, Helton Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. G1. [S. L.], 18 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 8 nov. 2020.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed., parte I. Petrópolis: Vozes, 2005.

HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: HEIDEGGER, Martin. **Ensaios e conferências**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 11-38.

INTELIGÊNCIA artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. In: Notícias STF, Brasília, DF, 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 8 nov. 2020.

KITCHIN, Rob. Thinking critically about and researching algorithms. **Information, Communication & Society**, v. 20, n. 1, p. 14-29, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/1369118X.2016.1154087>. Acesso em: 8 nov. 2020.

LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: the next step forward. **Minnesota Law Review**, v. 33, n. 5, abr. 1949, p. 455-493. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2795&context=mlr>. Acesso em: 8 nov. 2020.

MONFORT, Nick *et al.* **10 PRINT CHR\$(205,5)+RND(1)) ; GOTO 10**. Cambridge: The MIT Press, 2013.

NUNES, Dierle. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, vol. 285/2018, p. 421-447, nov. 2018. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acesso em: 8 nov. 2020.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligencia artificial: un enfoque moderno**. 2. ed. Madrid: Pearson Educación, 2004.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TUTT, Andrew. **An FDA for algorithms**. 69 Admin. L. Rev. 83 (2017) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2747994. Acesso em: 8 nov. 2020.

Inteligência artificial e o poder judiciário: caminhos para implementação da inteligência artificial no contexto da atividade jurisdicional

*Guilherme Schubert Schmidt**

Introdução

O uso de algoritmos de inteligência artificial (IA) aumentou exponencialmente na última década, acompanhando o desenvolvimento contínuo de tecnologias como da armazenagem e coleta de dados e de processamento dos computadores, dois componentes essenciais para o funcionamento de sistemas de inteligência artificial modernos.¹

O progresso neste campo da ciência da computação tem mostrado as enormes potencialidades que algoritmos de IA apresentam nos mais diversos segmentos. Esta tecnologia já está sendo utilizada, tanto no setor público quanto privado, para trazer ganhos de eficiência e melhora na prestação de serviços, trazendo mudanças positivas tanto no aspecto quantitativo quanto no qualitativo.

Neste sentido, o poder judiciário brasileiro também tem começado a desenvolver e utilizar, em parcerias com empresas e instituições de ensino e pesquisa, sistemas de inteligência artificial voltados a melhorar a prestação da tutela jurisdicional aos litigantes na justiça brasileira. Dentre

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Corregedor-Geral da Guarda Municipal de Campo Bom/RS. Currículo Lattes: encurtador.com.br/oqzAU. E-mail: guilhermesschmidt@gmail.com.br.

¹ LIETZ, Bruna. Inteligência artificial, discriminação e direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo W. et al (eds). **Direitos fundamentais**: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação. Fundação Fênix, 2020, p. 201 - 215. Disponível em: https://www.academia.edu/43180138/INTELIGENCIA_ARTIFICIAL_DISCRIMINAC3%87%C3%83O_E_DIREITOS_FUNDAMENTAIS. Acesso em: 20 jun. 2020.

estes, pode-se citar, a título meramente exemplificativo, o Victor, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, o Sócrates, utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como vários outros algoritmos utilizados por tribunais de justiça estaduais.²

As capacidades destes algoritmos variam, indo da simples separação e organização de peças processuais até mesmo a produção de minutas de decisões e análise sobre a possível ocorrência de prescrição. Neste sentido, em que pese o uso da tecnologia de inteligência artificial ainda seja recente pelo poder judiciário brasileiro, a mesma já é usada inclusive para fazer o julgamento em massa de casos envolvendo a mesma controvérsia (Por exemplo, no caso do software Radar, utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais), sendo que existem bons indicadores que o uso de inteligência artificial pelos magistrados se intensificará.³

Entretanto, a par dos inúmeros benefícios e potencialidades desta nova frente de desenvolvimento da ciência computacional, muitos estudiosos têm apontado que sistemas de inteligência artificial podem apresentar falhas que comprometem os resultados dados por estes. Dentre estas falhas, pode-se citar problemas nos bancos de dados destes sistemas, problemas em sua programação, bem como inúmeras outras falhas que, senão têm o condão de fazer com que tal tecnologia seja posta de lado, ao menos devem servir como um lembrete de que o uso acrítico e não

² RIBEIRO, Darcí Guimarães e MAZZOLA, Marcelo. **Processo e novas tecnologias nos tribunais**: desafios e perspectivas. JOTA, 14 nov. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/processo-e-novas-tecnologias-nos-tribunais-desafios-e-perspectivas-14112019. Acesso em: 22 jun. 2020 e BRAGANÇA, Fernanda e 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**, v. 23, n. 46, p. 65 - 76, jul./out. 2019. Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256>. Acesso em: 22 jun. 2020.

³ MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Brics**: CNJ apresenta inteligência artificial em processos eletrônicos. Agência CNJ de notícias, Brasília, 30 out. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/brics-cnj-apresenta-inteligencia-artificial-em-processos-eletronicos/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

regulado de qualquer nova tecnologia pode levar a resultados inesperados e errôneos.

Assim, este artigo realizará uma breve introdução à inteligência artificial, para, após, apresentar as principais falhas já constatadas em sistemas de inteligência artificial, com o objetivo de demonstrar que a utilização destes mecanismos não prescinde de uma ampla regulação, para trazer segurança e confiabilidade aos usuários do poder judiciário brasileiro.

1. A inteligência artificial

Em que pese seja uma área de grande interesse por parte de pesquisadores, instituições de ensino, órgãos estatais e empresas (e, dentre estas, incluem-se algumas das maiores empresas do mundo em valor de mercado atualmente), ainda não há um conceito aceito universalmente sobre o conceito de inteligência artificial.

Woodrow Barfield define a inteligência artificial “*como a capacidade da máquina de aprender ou compreender as coisas ou de lidar com situações novas ou difíceis.*”⁴

Já o autor Marvin Minsky, pesquisador norte - americano que dedicou boa parte de sua carreira profissional ao estudo da inteligência artificial (foi um dos cofundadores do laboratório de ciência computacional e inteligência artificial do Massachusetts Institute of Technology) define a inteligência artificial como sendo “*el arte de construir máquinas capazes de hacer cosas que requirirían inteligencia si las hicieran los seres humanos.*”⁵

⁴ Apud LIETZ, Bruna. Inteligência artificial, discriminação e direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo W. et AL (eds). **Direitos fundamentais: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação.** Fundação Fênix, 2020, p. 201 - 215. Disponível em: https://www.academia.edu/43180138/INTELIGENCIA_ARTIFICIAL_DISCRIMINA%C3%87%C3%83O_E_DIREITOS_FUNDAMENTAIS. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁵ Apud ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan J. **Aproximación crítica a la inteligencia artificial.** 1ª ed. Madrid: Editorial Universidad Francisco de Vitoria, 2013, p. 9.

Conforme se depreende de ambas estas definições, pode-se afirmar que um algoritmo de inteligência artificial deve ser capaz de realizar as mesmas atividades que um ser humano consegue ou deve ser capaz de aprender, por conta própria, como realizar uma tarefa emulando o comportamento humano.

Neste ponto, é interessante lembrar o famoso teste de Turing, desenvolvido pelo pesquisador britânico homônimo Alan Turing. Neste teste, intitulado por este como “o jogo da imitação”, um interrogador deve realizar perguntas para outros dois participantes, um humano e o outro uma máquina ou software, sobre qualquer assunto que o mesmo queira. O interrogador deve permanecer em uma sala separada dos demais participantes e receber as respostas de ambos no mesmo formato, preferencialmente digitado em um pedaço de papel, a fim de evitar qualquer tipo de sugestão sobre quem seria o participante humano e quem seria a máquina. O objetivo do jogo é verificar se o interrogador é capaz de identificar, a partir das respostas apresentadas, qual dos dois interrogados seria a máquina.⁶

Este teste foi desenvolvido pelo pesquisador inglês para servir como um parâmetro objetivo a fim de determinar se uma máquina ou algoritmo seria capaz de igualar a inteligência humana ao ser capaz de confundir um interrogador humano sobre sua verdadeira essência (se o interrogado é um programa de computador ou outro ser humano). Assim, para Turing, se um algoritmo conseguisse confundir o interrogador, o mesmo deveria ser considerado como uma “máquina inteligente.”

No ano de 2014, um algoritmo de inteligência artificial denominado Eugene Goostman, desenvolvido por pesquisadores russos, foi

⁶ TURING, Alan M. **Computing Machinery and intelligence**. Mind, v. 59, n. 236, p. 433 – 460, Out. 1950. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>. Acesso em: 10 jun. 2020.

considerado o primeiro software a passar pelo teste de Turing ao conseguir “enganar” 30% dos interrogadores humanos que participaram do estudo.⁷

Outrossim, as principais pesquisas realizadas atualmente no campo da inteligência artificial estão voltadas ao processamento natural de linguagem (PNL), visão computacional, lógica difusa e redes neurais artificiais, campos estes que apresentam grandes potenciais para avanços tecnológicos.

2. Os vieses da inteligência artificial

Conforme mencionado anteriormente, soluções baseadas em inteligência artificial já estão sendo usadas por vários tribunais e cortes superiores no Brasil para realizar uma série de atividades, algumas das quais envolvem inclusive a elaboração de minutas de decisões e a análise do processo para se verificar qual a próxima etapa que o mesmo deve seguir em vista das normas de direito processual.

Entretanto, em que pese os resultados promissores que a utilização destes algoritmos vêm apresentando no âmbito do poder judiciário brasileiro, principalmente no que tange ao aumento da velocidade na tramitação dos feitos⁸, cabe ressaltar que existem riscos decorrentes da utilização destes softwares, muitos dos quais são de difícil detecção pelos servidores, magistrados e advogados que cotidianamente utilizam estes sistemas.

⁷ PENATTI, Giovana. **Um computador passou pela primeira vez no teste de turing**. Tecnoblog, 09 jun. 2014. Disponível em: <https://tecnoblog.net/157935/computador-passou-primeira-vez-teste-de-turing/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

⁸ STJ. **Relatório do 1º ano de gestão ministro João Otávio de Noronha 2018 – 2019**. Brasília, ago. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relat%c3%b3rio%20de%20gest%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2020.

Isto se dá pela alta complexidade que estes programas computacionais apresentam, envolvendo fórmulas estatísticas de difícil, senão impossível, compreensão por pessoas leigas nas áreas de ciência da computação e análise estatística. De fato, a detecção de desvios e vieses em algoritmos de inteligência artificial em geral envolvem extensas análises regressivas dos resultados obtidos a partir da utilização destes e pressupõem um elevado grau de conhecimentos especializados nas áreas da computação e matemática.

Diante destes fatores, bem como pelo provável aumento da utilização da inteligência artificial pelos tribunais brasileiros no futuro próximo⁹, é importante que os operadores deste sistemas tenham ao menos conhecimento sobre as possíveis falhas que estes podem apresentar, a fim de que se evite, no máximo possível, o cometido de erros e injustiças em processos judiciais sob o manto da utilização de um software pretensamente objetivo e imparcial. Não se pode olvidar que a todos é dado o direito ao devido processo legal (Art. 5, LIV, da CF), em que devem ser respeitados o contraditório e a ampla defesa (Art. 5, LV, da CF), possibilitando-se às partes que influenciem o juiz na formação de sua convicção para que o processo resulte em uma decisão justa.

No ponto, a doutrina refere que:

O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para a organização do processo no Estado Constitucional. É um modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações

⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães e MAZZOLA, Marcelo. **Processo e novas tecnologias nos tribunais**: desafios e perspectivas. JOTA, 14 nov. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/processo-e-novas-tecnologias-nos-tribunais-desafios-e-perspectivas-14112019. Acesso em: 22 jun. 2020 e BRAGANÇA, Fernanda e 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**, v. 23, n. 46, p. 65 - 76, jul./out. 2019. Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256>. Acesso em: 22 jun. 2020.

substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas e para a formação de precedentes.¹⁰

Assim, pode-se afirmar que a utilização de algoritmos de inteligência artificial dos quais possam resultar decisões incorretas constitui uma séria ameaça a direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, o que é de todo ilegal e inaceitável.

Feita esta breve introdução às possíveis implicações negativas da utilização da inteligência artificial em processos judiciais, passa-se agora a uma breve explanação sobre os possíveis vieses existentes nestes algoritmos e como os mesmos podem resultar em falhas capazes de comprometer a busca por uma solução justa dos litígios postos a apreciação do poder judiciário.

2.1 Viés discriminatório

Uma das principais potencialidades da inteligência artificial é sua capacidade de organizar, relacionar e interpretar enormes quantidades de dados, bem como de tomar decisões com base nos mesmos de forma tal que os resultados são considerados livres de qualquer tipo de viés discriminatório, uma vez que decorrentes de uma máquina isenta de qualquer preconceito humano. De fato, para se evitar que programas computacionais cheguem a conclusões discriminatórias, talvez a maioria das pessoas acreditasse ser suficiente que se removesse do banco de dados daqueles qualquer referência à raça, condição socioeconômica, orientação política, sexual, religiosa ou qualquer outro critério de diferenciação que seja injusto.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 489.

Entretanto, somente esta providência não garante a imparcialidade exigida de softwares de inteligência artificial aplicados a processos judiciais, comprovando mais uma vez a famosa frase de Henry Louis Mencken, que afirmava que *“para todo problema complexo existe sempre uma solução simples, elegante e completamente errada.”*¹¹

Neste sentido, importante trazer à baila o descoberto pela revista norte americana Pro Publica, que realizou uma análise dos resultados obtidos a partir da utilização do algoritmo denominado Compas em situações reais. Este software é utilizado em algumas jurisdições norte americanas para se determinar, em tese, a probabilidade de reincidência de uma pessoa com base na análise de uma série de fatores.¹² Este estudo detectou que, ainda que o banco de dados sobre o qual o programa computacional baseava suas análises não contivesse nenhuma informação sobre raça, infratores negros tinham mais chances de serem considerados de alto risco de reincidência do que infratores brancos em condições similares, sendo o inverso também verdadeiro (os infratores negros tinham menos chances de ser considerados de baixo grau de reincidência do que infratores brancos em condições similares ou até mesmo piores).¹³

Este fato não decorreu do software ter sido intencionalmente programado para penalizar infratores negros (ainda que isso possa ocorrer), sendo simplesmente o resultado do funcionamento normal deste na forma como projetada pelos seus desenvolvedores. Entretanto, se este software não foi desenvolvido para penalizar infratores negros e se nem ao menos dispõe de informações sobre a raça da pessoa em análise, como ele pôde chegar a resultados que são claramente discriminatórios?

¹¹ MENCKEN, Henry Louis. **Prejudices**: second series. 1ª edição: Franklin Classics Trade Press, 2018, p. 158.

¹² ANGWIN, Julia et al. **Machine bias**. ProPublica, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 21 jun. 2020.

¹³ Ibid.

Este erro é uma decorrência de dois fatores; primeiro, da incrível capacidade que algoritmos de inteligência artificial têm de relacionar informações e criar paralelos e conexões entre uma quantidade enorme de dados díspares e, segundo, pelo fato de que os reflexos dos inúmeros preconceitos dos seres humanos serem visíveis em praticamente todos os aspectos da vida em sociedade. Em outras palavras, isso ocorre porque, nas sociedades modernas, critérios justos e injustos de diferenciação são, muitas vezes, intimamente ligados, o que pode resultar que sistemas de inteligência artificial cheguem a conclusões discriminatórios baseados em informações que, a princípio, não têm este caráter.¹⁴

Para ilustrar essas conexões entre critérios justos e injustos de diferenciação, podemos pensar na correlação entre a altura de uma pessoa e seu gênero. Como se sabe, em geral as mulheres são mais baixas e os homens são relativamente mais altos. Desta forma, um algoritmo de IA poderia observar, por exemplo, que em uma determinada empresa todos os diretores são pessoas relativamente altas (por serem todos homens), e assim poderia considerar que ser alto é uma característica importante para que uma pessoa alcance estes cargos, o que prejudicaria as candidatas femininas. Neste caso, a inteligência artificial estaria tomando suas decisões com base em um critério pretensamente neutro (altura), porém que resultaria na manutenção, em grande parte, dos notórios preconceitos e dificuldades enfrentados pelas mulheres no mercado de trabalho, bem como poderia afastar boas candidatas com base nesse critério que não guarda nenhuma relação com a capacidade para o exercício das funções vinculadas ao cargo, embora o algoritmo de IA assim o erroneamente considerasse.

¹⁴ DEDEO, Simon. Wrong side of the tracks: big data and protected categories. In: Sugimoto, Cassidy R.; Ekbia, Hamid R.; Mattioli, Michael (eds). **Big data is not a monolith**. [Cambridge]; MIT press, 2016, p. 31 - 42.

Foi exatamente isso o que aconteceu na Amazon, que recentemente alcançou o posto de empresa mais valiosa do mundo.¹⁵ A companhia, um gigante do ramo da tecnologia, desenvolveu um software de inteligência artificial projetado para analisar os milhares de currículos recebidos pela empresa e, dentre estes, escolher os melhores candidatos para serem contratados. Para que o programa soubesse sobre quais critérios se guiar, a empresa o alimentou com um banco de dados de currículos de seus próprios funcionários, permitindo que o programa aprendesse sozinho com base nestes quais as características que eram apreciadas pela companhia em seus funcionários.

Entretanto, a ferramenta que prometia um ganho enorme em eficiência na seleção de novos funcionários da empresa, após um período inicial de testes, teve sua utilização suspensa, pois foi detectado que o mesmo estava discriminando contra candidatas mulheres, atribuindo uma pontuação negativa pelo fato destas serem do sexo feminino. Entretanto, justamente para evitar a ocorrência deste tipo de falha, a Amazon havia removido qualquer menção sobre gênero dos currículos, tanto de seus funcionários já contratados como dos que buscavam uma posição na empresa.

O que acabou sendo posteriormente descoberto é que o programa havia identificado uma série de características comuns entre os empregados da empresa (cujos currículos haviam servido como o banco de dados para treinamento do software) que estavam unicamente atreladas ao fato da maioria destes serem homens. Assim, sempre que no currículo de um candidato havia a menção da palavra feminino (Por exemplo, que a candidata havia sido presidente do clube de debates

¹⁵ COMO a Amazon se transformou na empresa mais valiosa do mundo. *BBC*, 09 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/01/09/como-a-amazon-se-transformou-na-empresa-mais-valiosa-do-mundo.ghtml>. Acesso em: 21 jun. 2020.

feminino ou capitã do time de futebol feminino), o mesmo era descartado pelo software, uma vez que não se encaixava nos critérios que este havia detectado como positivos ou relevantes para que alguém fosse contratado pela Amazon.¹⁶

A presença de vieses discriminatórios em algoritmos de inteligência artificial é um problema que precisa ser enfrentado pelos pesquisadores e desenvolvedores antes que estes sistemas possam de fato serem amplamente utilizados e explorados no máximo de sua capacidade, tanto no setor público quanto no privado, uma vez que a Constituição federal brasileira dispõe ser um objetivo fundamental do estado brasileiro “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação,*”¹⁷ e também que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*”¹⁸

Isto é ainda mais importante no que se refere a utilização de softwares de inteligência artificial no âmbito do poder judiciário, principalmente nas áreas de direito penal e execução penal, uma vez que os mesmos devem necessariamente estar isentos de qualquer tipo de viés prévio, principalmente um de caráter discriminatório, diante do dever do magistrado de manter uma posição imparcial e equidistante entre os litigantes.

Como exposto, os algoritmos de inteligência artificial são plenamente capazes de detectar os preconceitos e vieses presentes na sociedade humana através de sua capacidade de analisar e relacionar grandes quantidades de dados e informações. Desta maneira, estes sistemas

¹⁶ DEDEO, Simon. Wrong side of the tracks: big data and protected categories. In: Sugimoto, Cassidy R.; Eklbia, Hamid R.; Mattioli, Michael (eds). **Big data is not a monolith**. [Cambridge]; MIT press, 2016, p. 31 - 42.

¹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

¹⁸ *Ibid.*, p. 2.

também são capazes de replicar tais preconceitos em suas análises e resultados, uma vez que os mesmos não tem ainda a capacidade para julgar se um critério distintivo pode ser considerado discriminatório ou não, simplesmente buscam obter os melhores resultados em vista das informações que têm disponíveis e entendem ser relevantes.

Neste ponto, importante destacar que ainda não existe nenhuma solução que previna de maneira segura que um algoritmo venha a desenvolver um viés discriminatório. Inclusive, tal análise, atualmente, mostra-se bastante complexa, algumas vezes até mesmo impossível, em vista do alto nível de complexidade da programação de softwares de inteligência artificial modernos e também pela falta de transparência sobre o funcionamento interno destes, um outro problema de sistemas de IA que será abordado a seguir.

As soluções que existem atualmente (notadamente, as denominadas contribuição de propagação e a inferência bayesiana) cingem-se a tentar esclarecer quais elementos foram utilizados por um algoritmo de IA para que o mesmo tenha chegado a uma determinada conclusão, de maneira que seja possível analisar, caso a caso, se o mesmo utilizou algum critério discriminatório em seu processo decisório e qual a influência que o mesmo teve para a obtenção do resultado final.¹⁹ Entretanto, em vista de suas limitações, tais soluções ainda não oferecem a segurança necessária para que o uso de inteligência artificial pelos tribunais seja aprofundado, principalmente no que tange a funções de caráter decisório.

2.2. O viés da opacidade ou falta de transparência

Outro problema presente nos sistemas de inteligência artificial modernos é a questão da sua opacidade ou falta de transparência. Como

¹⁹ DEDEO, Simon. Wrong side of the tracks: big data and protected categories. In: Sugimoto, Cassidy R.; Ekbia, Hamid R.; Mattioli, Michael (eds). **Big data is not a monolith**. [Cambridge]; MIT press, 2016, p. 31 - 42.

mencionado anteriormente, uma das grandes qualidades deste tipo de software é sua capacidade de analisar quantidades enormes de dados e encontrar padrões e correlações entre estes que não seriam detectados por um observador humano. Inclusive, é o aumento desta capacidade (tanto de processamento de dados quanto na análise e combinação dos mesmos) que vêm permitindo que tais programas alcancem níveis cada vez mais altos de acurácia, que é a métrica usada para se determinar o grau de confiabilidade de um software de inteligência artificial.

Entretanto, tal incremento das potencialidades da IA vem acompanhada de um fator negativo e que pode gerar graves problemas na utilização desta pelos tribunais, que é o aumento da complexidade dos códigos que determinam o funcionamento destes programas, os tornando extremamente obscuros e inacessíveis.

Um software de inteligência artificial não tem o funcionamento típico de outros programas e aplicações de informática. Em geral, um programa computacional opera através de uma série de instruções pré-programadas pelo desenvolvedor voltadas a possibilitar que este realize uma determinada função, como, por exemplo, fazer contas de subtração ou adição ou acompanhar o transcurso do tempo. Assim, este programa irá sempre seguir as mesmas etapas determinadas pelo programador para alcançar o resultado desejado, não havendo qualquer espaço para alteração destas senão através de uma mudança no próprio código fonte da aplicação (entendido como o conjunto de instruções acima mencionado). Pode-se dizer que este tipo de sistema opera como se estivesse seguindo uma série de comandos ou etapas, no fim das quais se chega no resultado desejado, tal qual uma orquestra seguindo uma partitura musical.

Já os softwares de inteligência artificial operam de maneira diferente, uma vez que são programados de forma diferente. Neste tipo de aplicação,

o programador não irá definir previamente como o sistema deve analisar, organizar e sintetizar as informações que lhe são postas a análise. Na verdade, o desenvolvedor irá simplesmente definir o resultado que ele espera que o algoritmo produza (ou, em outras palavras, a função que esta aplicação deve realizar) e os parâmetros de seu funcionamento, sendo todo o resto deixado a cargo do próprio software para encontrar as melhores maneiras de combinar e interpretar os dados postos a sua análise para alcançar os melhores resultados, ou seja, aumentar sua acurácia.

Nas palavras do professor e pesquisador Simon Dedeo:²⁰

O programador define os limites: que tipo de conexões são possíveis. Mas ele permite que a máquina busque neste (geralmente ilimitado) espaço, o método de combinação que funcione particularmente bem.²¹

O problema reside que a maneira como a qual os algoritmos de inteligência artificial relacionam, combinam, valoram e interpretam as informações postas a sua análise é praticamente ininteligível ao ser humano. Em outras palavras, é como se o programa desse o resultado final de uma equação matemática, porém sem mostrar todas as etapas que o mesmo percorreu para alcançar o resultado, ou, se mostrasse todas as etapas percorridas, as mesmas não seriam compreensíveis a um controlador humano externo.

Desta forma, não é possível para um ser humano verificar qual a valoração que o programa deu a determinada informação, qual as etapas que o mesmo seguiu, qual informação este usou para chegar à determinada conclusão e porque utilizou determinado dado ao invés de

²⁰ DEDEO, Simon. Wrong side of the tracks: big data and protected categories. In: Sugimoto, Cassidy R.; Eklbia, Hamid R.; Mattioli, Michael (eds). **Big data is not a monolith**. [Cambridge]; MIT press, 2016, p. 5.

²¹ “The programmer sets the boundaries: what kinds of wirings are possible. But they allow the machine to find, within this (usually immeasurably large) space, a method of combination that performs particularly well.” Tradução nossa.

outros disponíveis. Enfim, não é possível que um auditor, ou uma das partes litigantes em um contexto de aplicação de IA em processos judiciais, consiga verificar as etapas tomadas por este e compreende-las de maneira lógica para poder verificar a existência de algum possível erro.

Neste sentido, referindo-se as tentativas de tornar o “raciocínio” dos algoritmos de inteligência artificial compreensíveis aos humanos, novamente Simon Dedeo:²²

Quando nós tentamos representa-lo em um formato compreensível ao ser humano, o melhor que conseguimos é um tipo de codificação espaguete que submete a informação a múltiplas transformações simultâneas ou recombinações contraintuitivas, permitindo até mesmo a existência de regras contraditórias ou que duas regras se unam contra uma terceira.²³

Talvez em muitos contextos de utilização de algoritmos de inteligência artificial esta questão não seja especialmente relevante, tendo em vista que, em geral, o importante é que o software apresente o resultado correto (em outras palavras, tenha um elevado nível de acurácia), não importando qual o caminho que o mesmo utilizou para alcançar determinado resultado.

Entretanto, este não é o caso quando se trata da utilização de IA no âmbito judicial.²⁴ Em vista dos vários direitos assegurados às partes litigantes em um processo, como o de participar ativamente na formação do convencimento do magistrado através do contraditório e da ampla

²² DEDEO, Simon. Wrong side of the tracks: big data and protected categories. In: Sugimoto, Cassidy R.; Eklbia, Hamid R.; Mattioli, Michael (eds). **Big data is not a monolith**. [Cambridge]; MIT press, 2016, p. 5.

²³ “When we do attempt to represent it in human readable form, the best we get is kind of spaghetti code that subjects the information to multiple parallel transformations or unintuitive recombinations, and even allow rules to vote against each other or gang up in pairs against a third.” Tradução nossa.

²⁴ O mesmo pode ser dito em relação aos processos administrativos, tendo em vista que muitas das garantias inerentes aos processos judiciais, como o contraditório e a ampla defesa, são aplicáveis também na esfera administrativa.

defesa, a vedação de decisões surpresa e principalmente o dever de que as decisões sejam fundamentadas (Art. 93, IX, da CF), não seria possível a utilização de um software de inteligência artificial cujo método de tomada de decisões não fosse inteiramente compreensível aos litigantes.

Isso se mostra ainda mais necessário quando a IA estiver sendo usada para tarefas que envolvam algum tipo de tomada de decisão que influencie nos rumos do processo ou até mesmo em seu resultado final, como no caso do software Radar utilizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais para realizar o julgamento em massa de processos com o mesmo objeto.²⁵ Ora, até mesmo no caso de julgamento de recursos repetitivos (que envolvem a mesma matéria de direito) podem surgir questionamentos com relação a utilização de IA, como, por exemplo, o porquê do programa ter considerado que um determinado caso se enquadraria em um tema específico para permitir seu julgamento através desta sistemática.

Pelo exposto, resta claro que um passo necessário para o aprofundamento do uso de inteligência artificial pelos tribunais é o que o método de funcionamento dos mesmos seja plenamente inteligível pelas partes, para que as mesmas possam verificar todas as etapas do “raciocínio” feito pelo algoritmo para chegar a uma determinada conclusão, permitindo aos litigantes, assim, demonstrar possíveis erros cometidos.

É imprescindível que o aumento na utilização de sistemas de inteligência artificial no âmbito do poder judiciário, principalmente quando relacionados à atividades de caráter jurisdicional, seja acompanhado também da transparência necessária para que as partes e a

²⁵ BRAGANÇA, Fernanda e 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, v. 23, n. 46, p. 65 - 76, jul./out. 2019. Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256>. Acesso em: 22 jun. 2020.

sociedade em geral possam compreender o funcionamento destes sistemas, possibilitando assim a detecção e prevenção de erros relacionados aos mesmos, em respeito aos direitos constitucionalmente consagrados tanto aos litigantes como à sociedade em geral.

Considerações finais

Conforme exposto, o poder judiciário brasileiro vem, paulatinamente, desenvolvendo e implementando algoritmos de inteligência artificial para melhorar o desempenho da função jurisdicional e promover a eficiência na utilização dos recursos materiais e humanos disponíveis. Desta forma, o Brasil se alinha com um movimento maior, de dimensão global, referente a difusão do uso de soluções baseadas em inteligência artificial, tanto no setor privado quanto público, trazendo inúmeros benefícios qualitativos e quantitativos.

Não é difícil imaginar os inúmeros benefícios que o uso desta ferramenta tecnológica pode trazer ao poder judiciário brasileiro, historicamente marcado por problemas como, por exemplo, a demora na prestação da tutela jurisdicional, baixa eficácia de suas decisões e a falta de servidores. Muitos destes problemas estão relacionados ao excesso de judicialização, característica tão marcante da sociedade brasileira, que contribui para entupir os tribunais nacionais com um acervo praticamente infindável de processos pendentes de julgamento, muitas das quais versam sobre as mesmas matérias e envolvem as mesmas partes.

Inclusive, em vista das características dos softwares de inteligência artificial, principalmente no que tange a sua capacidade de análise de uma grande quantidade de dados e informações, bem como de organização destes e o reconhecimento de padrões muitas vezes indetectáveis pela análise humana, pode-se afirmar que o cenário atualmente vivenciado pelo poder judiciário brasileiro talvez seja um dos em que esta ferramenta

tecnológica pode apresentar os maiores potenciais de trazer mudanças positivas.

Entretanto, como foi anteriormente demonstrado, algoritmos de inteligência artificial também podem apresentar alguns vieses capazes de comprometer a acurácia de seus resultados, o que pode gerar, em um contexto processual, infrações inaceitáveis à inúmeros direitos, alguns dos quais constitucionalmente assegurados. Em que pese isto não seja motivo suficiente para que se abandone o uso de ferramentas de IA pelo poder judiciário, deve servir como mais uma razão para que se tenha cautela e parcimônia na implementação destas soluções.

Por todas estas questões, se concluí que a inteligência artificial tem a capacidade de promover grandes melhoras na prestação da tutela jurisdicional no Brasil. Porém, em vista dos riscos inerentes a esta tecnologia, para que sua utilização pelos tribunais seja ampliada e potencializada, é necessário que se crie uma ampla regulação, que defina algumas características que estes softwares precisam dispor para serem utilizados no âmbito judicial (como, por exemplo, a transparência em relação a seu funcionamento), bem como que defina deveres e direitos de todos os atores envolvidos.

Por outro lado, esta legislação também poderia avançar no sentido de mudar alguns procedimentos e estruturas judiciais, visando fazer com que não se utilize a inteligência artificial apenas como um substituto mais eficiente ao trabalho humano,²⁶ mas sim que esta seja transformada em uma ferramenta poderosa capaz de substituir os procedimentos atualmente realizados por outros mais eficientes e que qualifiquem a prestação da tutela jurisdicional, visando uma verdadeira integração entre

²⁶ MEDINA, Eden. **Rethinking algorithmic regulation**. *Kybernetes*, v. 44, n. 6/7, p. 1005 - 1019, 1 jun. 2015. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Rethinking-algorithmic-regulation-Medina/8042ba01f103bcc0e872732cb15913af79156b8f>. Acesso em: 10 jul. 2020.

esta ferramenta e os participantes de um processo judicial e, em última análise, de toda a sociedade.

Assim, garantindo-se a segurança jurídica necessária através de uma ampla legislação sobre a matéria, é possível que a inteligência artificial contribua de maneira decisiva para tornar o poder judiciário brasileiro mais eficiente em todas as suas esferas, possibilitando que este cumpra com seus dever de pacificação dos conflitos sociais, contribuindo para o fomento de uma sociedade mais fraterna e igualitária.

Referências

ÁLVAREZ, Juan J. **Aproximación crítica a la inteligencia artificial**. 1ª ed. Madrid: Editorial Universidad Francisco de Vitoria, 2013, p. 9.

ANGWIN, Julia *et al.* **Machine bias**. Propublica, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRAGANÇA, Fernanda e 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**, v. 23, n. 46, p. 65 – 76, jul./out. 2019. Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasrj/article/view/256>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Instituí o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

COMO a Amazon se transformou na empresa mais valiosa do mundo. *BBC*, 09 jan. 2019.

Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/01/09/como-a-amazon-se-transformou-na-empresa-mais-valiosa-do-mundo.ghtml>.

Acesso em: 21 jun. 2020.

DE VANNA, Francesco. The construction of a normative framework for technology – driven innovations: a legal theory perspective. In: CARPANELLI, Elena e LAZZERINI, Nicole (eds). **Use and misuse of new technologies**: contemporary challenges in international and european law. Springer Nature Switzerland AG, 2019, p. 185 – 208.

DEDEO, Simon. Wrong side of the tracks: big data and protected categories. In: Sugimoto, Cassidy R.; Ekbia, Hamid R.; Mattioli, Michael (eds). **Big data is not a monolith**. [Cambridge]; MIT press, 2016, p. 31 – 42.

ENNS, Peter K. et al. **What percentage of americans have ever had a family member incarcerated?**: evidence from the family history of incarceration survey (famhis). *Socius: sociological research for a dynamic world*, v. 5, pág. 1 – 45, 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2378023119829332>. Acesso em: 13 jun. 2020.

EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE. **A governance framework for algorithmic accountability and transparency**. Bruxelas, p. 1 – 124, 4 abr. 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU\(2019\)624262](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2019)624262). Acesso em: 10 jul. 2020.

LIETZ, Bruna. Inteligência artificial, discriminação e direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo W. et al (eds). **Direitos fundamentais**: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação. Fundação Fênix, 2020, p. 201 – 215. Disponível em: https://www.academia.edu/43180138/INTELIGENCIA_ARTIFICIAL_DISCRIMINA%C3%87%C3%83O_E_DIREITOS_FUNDAMENTAIS. Acesso em: 20 jun. 2020.

MAIA FILHO, Mamede S. e JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: Perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219 – 238, set./dez. 2018. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/330001474_Projeto_Victor_perspectiva_s_de_aplicacao_da_inteligencia_artificial_ao_direito. Acesso em: 21 jun. 2020.

MARINONI, luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. **Curso de Processo Civil**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, Eden. **Reethinking algorithmic regulation**. *Kybernetes*, v. 44, n. 6/7, p. 1005 – 1019, 1 jun. 2015. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Rethinking-algorithmic-regulation-Medina/8042ba01f103bcc0e872732cb15913af79156b8f>. Acesso em: 10 jul. 2020.

MENCKEN, Henry Louis. **Prejudices: second series**. 1ª edição: Franklin Classics Trade Press, 2018.

OCDE. **Recommendation of the council on artificial intelligence**. [Paris], 21 maio 2019. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PENATTI, Giovana. **Um computador passou pela primeira vez no teste de turing**. *Tecnoblog*, 09 jun. 2014. Disponível em: <https://tecnoblog.net/157935/computador-passou-primeira-vez-teste-de-turing/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães e MAZZOLA, Marcelo. **Processo e novas tecnologias nos tribunais: desafios e perspectivas**. *JOTA*, 14 nov. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/processo-e-novas-tecnologias-nos-tribunais-desafios-e-perspectivas-14112019. Acesso em: 22 jun. 2020.

STJ. **Relatório do 1º ano de gestão ministro João Otávio de Noronha 2018 – 2019**. Brasília, ago. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relat%0c3%0b3rio%20de%20gest%0c3%0a30.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2020.

TOADER, Adeline-Raluca. **Auditability of AI systems**: brake or acceleration to innovation?. 11 de nov. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3526222. Acesso em: 16 jun. 2020.

TURING, Alan M. **Computing Machinery and intelligence**. Mind, v. 59, n. 236, p. 433 - 460, Out. 1950. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Decisões parciais de mérito e a formação da coisa julgada progressiva: reflexos processuais

*Gustavo da Cunha Thewes**

Introdução

O novo Código de Processo Civil (CPC), dentre as inúmeras inovações e consagrações de pensamentos doutrinários clássicos, trouxe ao ordenamento jurídico processual, de forma expressa, a possibilidade de se proferir decisões de mérito em caráter antecipado, quando ao menos um dos pedidos se encontrar maduro para julgamento. Com raízes no CPC anterior, de 1973, principalmente a partir das reformas propostas pela lei 11.232/2005, a qual alterou o conceito de sentença, passou a se aceitar a ideia do julgamento antecipado parcial do mérito, existindo, contudo, divergência acerca da recorribilidade de tais decisões, além da natureza da decisão.

O novo CPC pôs fim a tais discussões ao prever, explicitamente, em seu art. 356, que o pedido apto para imediato julgamento, bem como quando se mostrar incontroverso deve ser decidido de forma antecipada. Prevê ainda que a decisão será proferida via decisão interlocutória, sendo impugnável via agravo de instrumento, conforme prevê o próprio parágrafo 5º do referido dispositivo.

A decisão de mérito proferida via decisão interlocutória, a qual poderia ser impugnada via agravo de instrumento, a partir do momento

* Estudante de Direito da Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS e bolsista de Iniciação Científica da Escola de Processo da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. <http://lattes.cnpq.br/0264471185566296>. gustavothewes@gmail.com.

em que adquire o trânsito em julgado, é formadora da coisa julgada material, restando, portanto, a matéria imunizada. Desta forma, sendo o pedido procedente independente dos demais, a decisão adquire força de título executivo, sendo passível de liquidação e execução imediatas.

Essa previsão legislativa vem em conformidade com um dos propósitos do novo código, garantir a razoável duração do processo e, por conseguinte, aumentar a eficiência da decisão judicial. Busca-se assegurar à parte vencedora, a satisfação processual no menor tempo possível, desde que se observem os princípios do contraditório e ampla defesa, bem como do devido processo legal.

Este estudo não busca exaurir a matéria em questão, sendo impossível fazê-lo em tão poucas páginas. Assim, propõe-se a abordar as decisões de mérito antecipadas e seus reflexos processuais de forma provocativa, indicando as inovações trazidas pelo CPC/2015, e os reflexos que tais decisões podem ter no âmbito recursal e na demanda rescisória.

1. Decisões parciais de mérito

Buscando pôr fim a uma já antiga discussão doutrinária acerca da unicidade da sentença e unidade do objeto litigioso, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) inovou ao prever, explicitamente, a possibilidade de parcelamento do mérito da demanda, permitindo ao magistrado se pronunciar, de forma sucessiva, acerca de questões que resolvem parte do mérito através de decisões interlocutórias. Desta forma, o código visa encerrar a discussão acerca da natureza das decisões interlocutórias, ao passo em que lhes atribuiu competência para resolução de qualquer questão processual que não ponha fim à fase de cognição do processo ou que venha a extinguir a execução¹.

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. P. 742.

Neste sentir, atentando-se aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, o novo código prevê, em seu artigo 356, o julgamento antecipado parcial do mérito em relação àqueles objetos que já se encontrem maduros para julgamento, ou seja, quando existir cognição exauriente de parcela do mérito, em razão da desnecessidade de produção de mais provas, ou ainda, quando o pedido mostrar-se incontroverso, a partir da ausência de contestação pelo réu. Contudo, salienta-se que, nesta última hipótese, nos ensinamentos de Fredie Didier Júnior², não existe propriamente julgamento antecipado do mérito, mas sim a autocomposição parcial, nos termos do artigo 487, III, do CPC, sendo o pronunciamento do magistrado de natureza homologatória.

Visto se tratar de decisão definitiva, mesmo que parcial, esta resta apta à liquidação e à execução definitivas, conforme dispõem os parágrafos 2º e 3º do artigo 356 do CPC.

O código de processo de 2015 veio com o propósito de consagrar a celeridade processual, a fim de proporcionar a satisfação processual de forma ampla e definitiva, dentro de um lapso temporal reduzido. Desta forma, a decisão parcial de mérito surge como instrumento apto a proporcionar a satisfação da parte, pelo menos de forma parcial, a partir do momento em que o feito, em relação ao objeto resolvido, se encontra suficientemente instruído, de forma a proporcionar sua imediata e definitiva execução.

Justamente neste ponto é que a decisão parcial do mérito da demanda difere da antecipação de tutela, visto que esta pode ser concedida antes do exaurimento da instrução processual, bem como antes mesmo de ouvida a outra parte. Este é o ensinamento de Fredie Didier de Souza Júnior:

² SOUZA JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. P.691.

[...] não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, desgarra-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado.³

A partir disto é que se tem a obrigatoriedade da adequada fundamentação das chamadas decisões interlocutórias de mérito, visto se tratarem de decisões autônomas que dispensam confirmação por sentença, adequando-se ao prescrito no artigo 11 do CPC, bem como o artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Justamente em atenção aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, norteadores do código de 2015, é que o legislador tratou o julgamento antecipado parcial não como faculdade, mas sim como dever imposto ao julgador, desde que atingido o requisito da cognição exauriente do objeto julgado. Isso se extrai da própria redação do artigo 356, que se vale do comando imperativo “decidirá”, destituindo, portanto, o julgador da faculdade retardar a análise da parcela do mérito para a sentença.

Não obstante, por se tratarem de decisões interlocutórias, estão sujeitas à via recursal através de agravo de instrumento, conforme dispõe o próprio parágrafo 5º do artigo 356, do CPC, e conforme se verá a seguir.

2. A impugnação via recursal e a formação da coisa julgada material progressiva

O julgamento antecipado parcial do mérito já era previsto por parte da doutrina ainda na vigência do CPC de 1973. Principalmente após as

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CHEIM JORGE, Flávio e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72.

alterações sofridas pela então legislação processual com o advento da lei 11.232/2005, a qual alterou o conceito de sentença. Assim, surgiu a divergência acerca da existência de “sentenças parciais” ou de “resoluções interlocutórias de mérito”:

A partir desta nova redação, a doutrina e jurisprudência passaram a divergir quanto a sua interpretação conceitual. Neste contexto, surgiu o entendimento que defendia a existência de sentenças parciais, recorríveis mediante apelação (por instrumento) e de resoluções interlocutórias de mérito, nos casos de decisões que não encerravam a fase de conhecimento, apesar de enquadradas nos arts. 267 e 269, da legislação processual de 1973.⁴

Desta forma, se tinha a principal divergência oriunda da referida reforma na recorribilidade das decisões antecipadas parciais de mérito, existindo o conflito de entendimento entre impugnação via apelação por instrumento ou agravo de instrumento. Neste ponto, o código de 2015 buscou pôr fim à divergência doutrinária e jurisprudencial ao prever, explicitamente, a impugnação das decisões via agravo de instrumento, conforme o parágrafo 5º do artigo 356 do novo código.

A partir disso surge outra questão a ser observada, qual seja a recorribilidade das questões processuais discutidas em momento anterior à decisão proferida, se estas devem ser suscitadas nas razões do agravo de instrumento ou podem ser reservadas à apelação. Parafraseando José Henrique Mouta Araújo, em exemplo idêntico, imagina-se uma demanda proposta com pedidos cumulados, em que o julgador indefere a produção de provas requeridas em peça contestatória e, posteriormente, de forma antecipada, o julga procedente, elencando estar em condições de imediato julgamento.

⁴ ARAUJO, José Henrique Mouta. **As decisões de mérito no cpc/15 e a ratificação de um posicionamento**. Coluna Advocacia Pública em Debate. 2018. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/as-decisoes-de-merito-no-cpc-15-e-a-ratificacao-de-um-posicionamento>.

Compactua-se, neste ponto, com o entendimento adotado pelo doutrinador. A questão acerca da impugnação se dar via agravo de instrumento nos termos do artigo 356, §5º, ou se deverá ser suscitada em razões ou contrarrazões de apelação deve ser observada a partir da análise da natureza probatória pretendida. Sendo o caso de a produção da prova versar sobre a matéria decidida de forma antecipada, seu indeferimento deve ser impugnado via agravo de instrumento, sob pena de preclusão. Por outro lado, se a prova pretendida tiver relação com todos os pedidos cumulados, poderá então ser suscitada em razões ou contrarrazões de apelação, tão somente quanto ao decidido em sentença, visto que a matéria decidida de forma antecipada estará imunizada pela coisa julgada.⁵

Assim, tem-se a necessidade da imediata impugnação em via recursal sempre que a questão processual anteriormente resolvida versar acerca da matéria resolvida de forma antecipada e que restar, na visão do julgador, apta a imediato julgamento, sob pena de se incidir o instituto da preclusão. Contudo, versando a decisão anterior sobre tema comum aos pedidos cumulados, restando pelo menos um deles pendente de julgamento via sentença, a impugnação poderá se dar em sede de apelação tão somente quanto à matéria decidida em sentença, não podendo, contudo, modificar a decisão imunizada pela coisa julgada, excetuando-se os casos de cabimento de ação rescisória, o que se verá em capítulo próprio.

⁵ Sobre a questão, afirma José Henrique Mouta Araújo: “Por outro lado, se não houver o agravo de instrumento contra a decisão parcial de mérito ou se este for improvido (ou mesmo não conhecido), a coisa julgada deste capítulo (art. 502, do CPC/15) ensejará a eficácia preclusiva decorrente da coisa julgada em relação ao indeferimento da prova (arts. 507 e 508, do CPC/15); ou seja, o capítulo de mérito apreciado antecipadamente gera reflexos em relação às questões processuais a ele ligadas e resolvidas em momento anterior. Não será possível, neste caso, deixar para impugnar a questão processual relativa ao indeferimento da produção de prova apenas quando for apresentada a apelação ou contrarrazões, tendo em vista que estas não poderão desconstituir a coisa julgada relativa ao capítulo julgado antecipadamente (e as questões processuais relativas a este julgamento antecipado parcial – arts. 507 e 508, do CPC/15).” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. **Revista de Processo**. Vol. 251. p. 6. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/R_Pro_n.251.09.PDF).

Outra questão importante acerca da recorribilidade das decisões interlocutórias que decidam parte do mérito de forma antecipada reside na possibilidade ou não da remessa necessária em decisões proferidas contra a fazenda pública.

Para apreciar a questão, é importante relatar que, nos termos da nova legislação processual, a decisão interlocutória de mérito tende a provocar os mesmos efeitos processuais da sentença. Assim, observa-se que a opção legislativa pela recorribilidade via agravo de instrumento veio a fim de encerrar uma antiga discussão acerca da possibilidade de apelação por instrumento, contra possíveis sentenças parciais.

Neste sentir, o agravo de instrumento oponível contra decisões parciais de mérito é seguramente assemelhado à apelação, recurso oponível contra a sentença, devendo, portanto, em sendo o caso, existir a remessa necessária. Sobre o tema, colocam Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha:

Mesmo não sendo sentença, estará sujeita à remessa necessária. Isto porque a remessa necessária relaciona-se com as decisões de mérito proferidas contra a Fazenda Pública; a coisa julgada somente pode ser produzida se houver remessa necessária. Se houver decisão de mérito contra o Poder Público, é preciso que haja seu reexame pelo tribunal respectivo; é preciso, enfim, que haja remessa necessária. Significa, então, que há remessa necessária de sentença, bem como da decisão interlocutória que resolve parcialmente o mérito.⁶

Assim, visto se tratar de recurso contra decisão de mérito, existindo a sucumbência da Fazenda Pública, é essencial que exista a remessa necessária, visto se tratar de recurso assemelhado em efeitos à sentença. É neste sentir, também, o entendimento de Volpe Camargo:

⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. 13ª edição. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 405.

[...] não é o fato de ser decisão parcial de mérito ou sentença que determina a necessidade ou não de remessa necessária. O que define a existência ou não de remessa necessária é o conteúdo do pronunciamento judicial. Por isso, decisões interlocutórias fundadas nos arts. 487 e 485, em regra, estão sujeitas ao art. 496. A decisão parcial de mérito está apta a adquirir o atributo da imutabilidade pela coisa julgada (§2º do art. 356) e, por isso, está sujeita à remessa necessária.⁷

Ou seja, em demandas que tiverem a fazenda pública como parte sucumbente, mesmo que a decisão seja proferida de forma antecipada, via decisão interlocutória de mérito, esta exigirá a remessa necessária, visto que a própria imunização da matéria pela coisa julgada exige, nestes casos, a reapreciação da matéria por órgão colegiado.

A partir disso se passa a analisar justamente a formação da coisa julgada material que, em se tratando de processo com diversas decisões de mérito, se formará de maneira sucessiva, a partir do trânsito em julgado de cada decisão proferida.

Sobre o tema, Marinoni, mencionando as lições do mestre Francesco Carnelutti, dispõe que:

A figura da coisa julgada parcial corresponde não apenas à figura do processo parcial, mas pode haver coisa julgada parcial também quando o processo é integral e a solução das várias questões vem através de decisões sucessivas e algumas delas passam em julgado antes das outras; nesta hipótese se pode falar de uma 'formação progressiva da coisa julgada'. Portanto, a coisa julgada é um fato de duas dimensões: uma delas é a lide, enquanto a outra é a questão; a decisão de uma questão encontra o seu limite na lide; a decisão de uma lide encontra seu limite na questão. A coisa julgada integral e total é aquela que

⁷ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. *Revista de Processo* 279, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2018.

resolve todas as questões que se colocam em relação a uma lide; a coisa julgada parcial resolve somente algumas das questões da lide.⁸

Assim, tem-se que, a partir do momento em que a legislação processual civil consagra a decisão parcial de mérito, possibilitando decisões de mérito diversas em tempos diferentes dentro do processo, acaba por consagrar também a formação da coisa julgada progressiva, a qual acaba por imunizar a matéria decidida via decisão interlocutória. Neste sentir, a própria recorribilidade da matéria decidida resta afetada, visto que, a partir da imunização da matéria decidida, através da formação da coisa julgada material, não pode tal matéria ser reapreciada, tanto em sede recursal, quanto a partir da propositura de nova demanda.

Os reflexos dessa formação progressiva da coisa julgada material são diversos. Muito além da possibilidade de múltiplas impugnações recursais via instrumento, a coisa julgada material progressiva possibilita, em certos casos, a execução imediata do objeto decidido, possibilitando, ainda, a liquidação das decisões ilíquidas, para se buscar a execução definitiva logo em seguida, sem que se exija o fim da instrução processual como um todo.

Tal execução de parcela do mérito que tenha sido julgada via decisão interlocutória, antes mesmo do encerramento da fase cognitiva do processo como um todo, a qual resta imunizada pela concretização da coisa julgada material, busca trazer ao procedimento maior celeridade, alcançando-se, assim, imediata tutela jurisdicional, evitando maior desgaste decorrente da dilação processual oriunda da necessidade de exaurimento da cognição dos demais pedidos pendentes de julgamento.

Assim, conforme dispõe José Henrique Mouta Araújo:

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 147-8.

A partir do momento em que o NCPC deixar clara a possibilidade de decisão interlocutória de mérito, também passará a consagrar a possibilidade de formação progressiva da coisa julgada e a multiplicidade de momentos para o cumprimento das decisões proferidas no curso do processo. Há, neste fulgor, claro prestígio à possibilidade de execução definitiva de um capítulo de mérito, ainda estando outros do mesmo decisum pendentes de apreciação recursal, como forma de alcançar a imediata tutela do direito e, em síntese, evitando dilações indevidas.⁹

Ademais, acerca da possibilidade da execução de parcela do mérito, decidida de forma antecipada, que restar imunizada pela coisa julgada, Nelson Nery Júnior dispõe acerca de requisitos a serem observados:

[...] entendemos ser possível a execução definitiva da parte da sentença já transitada em julgado, em se tratando de recurso parcial, desde que observadas certas condições: (a) cindibilidade dos capítulos da decisão; (b) autonomia entre a parte da decisão que se pretende executar e a parte objeto de impugnação; (c) existência de litisconsórcio não unitário ou diversidade de interesses entre os litisconsortes, quando se tratar de recurso interposto por apenas um deles¹⁰

Ou seja, para que seja possível a imediata execução do objeto julgado, é imprescindível que seja observada sua independência quantos aos demais pedidos passíveis de julgamento. Neste caso, há de se elencar que o trânsito em julgado da decisão parcial constitui título executivo parcial de forma prematura.

Assim, conforme visto, a decisão parcial de mérito é recorrível via agravo de instrumento e deverá ser submetida à remessa necessária quando for sucumbente a fazenda pública. A ausência de impugnação tempestiva ou a sucumbência em grau recursal, a partir do trânsito em

⁹ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 62-3.

¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. edição. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 454.

julgado, produzem a imunização da matéria em razão da formação da coisa julgada material, podendo, inclusive, ser passível de liquidação e execução imediatas.

De toda forma, a partir da imunização da matéria em razão da formação da coisa julgada material, a matéria julgada de forma antecipada fica imutável. Contudo, conforme se verá a seguir, sua modificação somente é possível a partir da propositura de demanda rescisória autônoma.

3. Ação rescisória e decisões parciais de mérito

A partir da concepção de que, à luz do disposto no art. 356 do CPC, é possível a formação da coisa julgada progressiva, derivada de diversas decisões de mérito presentes em um mesmo processo, é fundamental que se verifique as condições e reflexos que a inovação legislativa traz para a possibilidade de propositura de demanda rescisória acerca da matéria decidida em caráter antecipado.

Com a formação da coisa julgada em momentos diversos, a partir do julgamento de pedidos que tenham cognição suficiente para a imunização da matéria, tornando-a, assim, imutável, é de se admitir a propositura de ação rescisória autônoma ainda que o processo originário reste pendente de julgamento quanto aos demais pedidos.

Analisando o tema a partir da antiga legislação processual de 1973, Nelson Nery Júnior dispôs que:

[...] para o cabimento da ação rescisória é relevante a matéria decidida. É consequência lógica da admissão da possibilidade de questão de mérito vir a ser resolvida por decisão interlocutória o fato de que, precisamente por ser de mérito, seja passível de ataque pela via da ação rescisória.¹¹

¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 130.

Fato é que a nova legislação processual buscou pôr fim a tal discussão, visto que passou a adotar, em seu art. 966, a expressão “decisão de mérito”, diferenciando-se da antiga legislação que possibilitava a propositura de ação rescisória apenas quando a matéria era decidida via sentença.

Contudo, os Tribunais Superiores, embora aceitassem a propositura de rescisória contra decisões interlocutórias que decidiam o mérito, ainda à luz do CPC/73, divergiam quanto ao termo inicial da contagem do prazo bienal para a propositura da ação. O STJ chegou a consagrar o entendimento, na súmula 401, de que o termo inicial para contagem do prazo se dava a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Por sua vez, o STF, em julgamento do RE 666589/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, entendeu que o início da contagem do prazo deveria ser contado a partir do trânsito em julgado de cada decisão proferida no âmbito processual.

Por sua vez, o código de processo de 2015 acabou por encerrar a discussão sobre o tema, visto que em seu art. 975 dispôs que o direito à propositura de ação rescisória se extingue em dois anos a contar da última decisão proferida no processo.

Por derradeiro, deve-se atentar ao fato de que embora o prazo passe a fluir somente a partir da última decisão proferida no processo, nada impede que exista a propositura da demanda rescisória em momento anterior, a partir da formação da coisa julgada. Neste sentir entende José Henrique Mouta Araújo:

Um raciocínio razoável a ser desenvolvido é que o prazo apenas começará a fluir após a última decisão proferida no processo, o que não impedirá o ajuizamento imediato da rescisória em caso de coisa julgada advinda da resolução parcial de mérito e recurso parcial. Assim, nada impedirá que o

prejudicado ajuíze de imediato sua rescisória, em que pese seu prazo decadencial ainda não esteja fluindo. A redação é apenas para prazo final e não inicial. Há, portanto, pela leitura do art. 975, do NCPC, a fixação de uma condição resolutive legal para indicação do início do prazo decadencial para a demanda desconstitutiva.¹²

Desta forma, vemos que existe a possibilidade de uma demanda rescisória ser proposta em prazo muito superior a dois anos, visto que o termo inicial do prazo decadencial se dará em momento futuro, a depender da última decisão pendente no processo. De qualquer forma, a partir da formação da coisa julgada, já existirá a possibilidade de existência de demanda rescisória.

Resta, portanto, consolidada e legislada a possibilidade de propositura de demanda rescisória inclusive nos casos de decisões de mérito proferidas de maneira antecipada, visto que esta faz coisa julgada material, permitindo, inclusive, imediata execução do título obtido. Nestes termos, sempre que diante de um dos casos do art. 966, do CPC, a decisão de mérito antecipada estará sujeita à ação rescisória.

Assim, à luz do que trouxe a nova legislação processual, confirmando entendimentos doutrinários oriundos ainda do antigo CPC, tem-se que as decisões interlocutórias podem resolver o mérito acerca de questões em que já exista cognição exauriente, independentemente do prosseguimento da instrução processual sobre os demais pedidos. Ademais, conforme disciplinou o novo código, tais decisões são recorríveis via agravo de instrumento.

Da mesma forma, por serem decisões de mérito, estão aptas a formar, com o trânsito em julgado, a coisa julgada material, atribuindo a imunização quanto à matéria decidida. Consequentemente, as decisões

¹² ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Decisão rescindível e o novo cpc**: aspectos polêmicos e atuais. 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/129>. Acesso em 15/11/2020.

interlocutórias que decidam mérito, restarão sujeitas à ação rescisória, a partir do seu trânsito em julgado.

Considerações finais

Conforme constatado, a decisão de mérito antecipada está prevista no ordenamento processual brasileiro no art. 356, do CPC, o qual determina que tal decisão seja proferida via decisão interlocutória, a qual é impugnável via agravo de instrumento, nos termos do parágrafo 5º do dispositivo legal. Com tais previsões, o legislador pôs fim às divergências doutrinárias e judiciais acerca da natureza da decisão a ser proferida, impossibilitando a figura da “sentença parcial”, a qual seria impugnável via “apelação por instrumento”.

A previsão legislativa das decisões parciais antecipadas veio em consonância com os princípios estabelecidos como norteadores do código processual: a razoável duração do processo, bem como da eficiência da prestação jurisdicional. Muito além disso, possibilitou a execução definitiva do título executivo gerado a partir da decisão interlocutória proferida e transitada em julgado, atingindo diretamente a duração do processo quanto a matéria decidida e, por conseguinte, atingindo a satisfação processual do litigante vencedor.

Não olvidando dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo, o legislador previu, explicitamente, a impugnação das decisões tomadas em caráter antecipado via agravo de instrumento. Tal impugnação pode versar acerca de todo o objeto da decisão, ou somente sobre partes, tornando-se a matéria não impugnada passível de execução. Ademais, poderá versar acerca de questões incidentais não passíveis de agravo de instrumento e que possuam relação direta com o objeto da decisão, sob pena de ocorrer preclusão.

A decisão de mérito antecipada é apta, a partir do trânsito em julgado, a formar coisa julgada material, tornando o objeto decidido imunizado e imutável. Desta forma, partindo dos precedentes deixados pelo CPC/1973, a decisão é passível de sofrer ação rescisória, mesmo que ainda existente a instrução processual acerca dos demais pedidos formulados. Ademais, o art. 966, do CPC/2015, dispõe que o prazo para propositura de demanda rescisória é de dois anos a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, consagrando o entendimento firmado pelo STJ na súmula 401. Contudo, tal previsão se refere tão somente ao termo final do prazo, visto que a ação rescisória poderá ser ajuizada a partir da existência do trânsito em julgado da decisão de mérito proferida.

Assim, embora recente, a inovação legislativa acerca da possibilidade de julgamento parcial de mérito de forma antecipada, esta deve provocar alteração processual significativa, ao passo em que não só permite, mas ordena ao julgador que proceda ao julgamento imediato dos pedidos que forem incontroversos ou que estejam maduros para julgamento. Possibilita-se, portanto, atribuir maior eficácia à prestação jurisdicional, ao passo em que busca a satisfação da parte no menor tempo possível, desde que observados os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Referências

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Ed: Juspodivm, 2011.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **As decisões de mérito no cpc/15 e a ratificação de um posicionamento**. Coluna Advocacia Pública em Debate. 2018. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/as-decisoes-de-merito-no-cpc-15-e-a-ratificacao-de-um-posicionamento>.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. **Revista de Processo**. Vol. 251. 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.09.PDF

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Decisão rescindível e o novo cpc** – aspectos polêmicos e atuais. 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/129>. Acesso em 15/11/2020.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. **Revista de Processo 279**, São Paulo: Ed: Revista dos Tribunais, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Ed: Morano, 1958.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CHEIM JORGE, Flávio e RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2ª edição. São Paulo: Ed: Saraiva, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. 13ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. edição. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SOUZA JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1; 17ª edição. Salvador: Ed: Jus Podivm, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. 56ª edição. Rio de Janeiro: Ed: Forense, 2015.

A utilização da inteligência artificial como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional

*Jéssica Cassol **

Introdução

Tratar do caderno processual é lidar com aprimoramentos constantes. Em uma sociedade que anseia por respostas estatais e que busca o poder judiciário frequentemente para solucionar seus dilemas, os sistemas inteligentes surgiram como mecanismo de apoio ao servidor público, proporcionando agilidade em suas atividades e, por consequência, acelerando a resposta do Estado.

A inteligência artificial saiu do imaginário da ficção científica e ganhou vida no maquinário processual, inaugurando uma transformação no universo jurídico. *Softwares* inteligentes, de alto nível, capazes de realizar triagens de processos e recursos que chegam aos fóruns e tribunais vêm a ser instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional.

Dentro de uma visão prospectiva do diálogo entre a inteligência artificial e o Direito, aborda-se o conceito de inteligência artificial, sua classificação e o modo como os sistemas inteligentes podem contribuir no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Ato contínuo, ilustra-se os impactos da tecnologia no processo, assim como a transformação do ensino jurídico e da forma de trabalho dos operadores do Direito. Por fim, ressalta-se o necessário aprimoramento do jurista.

* Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade de São Vicente - Unibr. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Integrante pesquisadora do grupo de estudos e pesquisa (CNPq) intitulado Iudicium: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder, sob a coordenação do Dr. Prof. Darci Guimarães Ribeiro.

Em sede de considerações finais, enfatiza-se a compatibilidade entre a ciência jurídica e a inteligência artificial e aponta-se para o fato de que, se de um lado a máquina simula a inteligência e aprende com o ser humano, de outro o ser humano se reinventa e cresce pela utilização da máquina.

1. Conceito e classificação da inteligência artificial

Não existe consenso sobre o conceito de inteligência artificial. No entanto, seu potencial é associado às capacidades humanas, atribuindo-lhe características concretas.

Álvarez¹ descreve a inteligência artificial como “[...] el estudio del modo en que pueden construirse o programarse computadoras para que se comporten de acuerdo con rasgos observables que en los seres humanos atribuiríamos a procesos mentales”.

Badia e González² afirmam que “La inteligencia artificial es la ciencia e ingeniería que permite diseñar y programar ordenadores de forma que realicen tareas que requieren inteligencia”, e também que “La inteligencia artificial es la ciencia e ingeniería que permitirá replicar la inteligencia humana mediante maquinas”. Em Minsky³, a inteligência artificial é “[...] the science of making machines do things that would require intelligence if done by men”.

Para Fenoll⁴:

No existe un total consenso sobre lo que significa la expresión inteligencia artificial, pero sí que podría decirse que describe la posibilidad de que las máquinas, en alguna medida, piensen, o más bien imiten el pensamiento

¹ ALVAREZ, Juan J. Alvarez. **Aproximación crítica a la inteligencia artificial**: claver filosóficas y prospectivas de futuro. Madrid: Universidad Francisco de Vitoria, 2013, p. 9.

² BADIA, Ramon López de Mántaras; GONZÁLEZ, Pedro Mesenguer. **Inteligencia artificial**. Madrid: CSIC, 2017, p. 8.

³ MINSKY, L. Marvin. **Semantic information processing**. Disponível em: <https://bit.ly/2OALBkm>. Acesso em: 8 mar. 2021. *E-book* não paginado.

⁴ FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 20.

humano a base de aprender y utilizar las generalizaciones que las personas usamos para tomar nuestras decisiones habituales.

Nas palavras de Aquaro⁵, diretor de governo digital da Organização das Nações Unidas (ONU), os sistemas inteligentes devem seguir uma linha antropocêntrica, que os coloca à disposição do ser humano, detentor da palavra final sobre a tomada de decisão no caso concreto:

Sin embargo, los sistemas de Inteligencia Artificial no pueden reemplazar completamente las competencias de los seres humanos. Pueden colocar a los humanos en una posición ventajosa y ayudar a organizar mejor nuestra sociedad, pero al final, los humanos son, o al menos deberían ser, los que siempre toman las decisiones finales. Esta es la razón por la que prefiero deletrear la IA como "Inteligencia (humana) Aumentada" en lugar de Inteligencia Artificial.

Mais além, o avanço no desenvolvimento de *softwares* cada vez mais sofisticados pode ser compreendido como uma busca do homem por superar seus próprios limites⁶:

Puede decirse que la Inteligencia Artificial (IA) es una de las áreas más fascinantes y con más retos de las ciencias de la computación, en su área de ciencias cognitivas. Nació como mero estudio filosófico y razonístico de la inteligencia humana, mezclada con la inquietud del hombre de imitar la naturaleza, hasta inclusive querer imitarse a sí mismo.

Para o campo jurídico, o *software* inteligente é útil na medida em que acessa as informações dos processos, as compreende e aprende com a experiência passada (*machine learning*), definindo cursos de

⁵ COLOMBIA. PROMETEA: inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas. Disponível: <https://bit.ly/3hgKkEM>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 7.

⁶ CIBERNÉTICA e inteligencia artificial. Guayaquil: Universidad de Guayaquil, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2XfTXJ2>. Acesso em: 8 mar. 2021.

argumentação e decisão processual, com base nas obrigações, proibições e permissões contidas no ordenamento jurídico.

Nessa linha, a inovação proporcionada pelos sistemas inteligentes pode ser dividida em fraca e forte, de modo que se está diante de um sistema inteligente fraco quando sua atuação for especializada e, por consequência, restrita, limitando-se a tarefas repetitivas e padronizadas. Por outro lado, na forte, a máquina tem a amplitude do cérebro humano, o que viabiliza a realização de afazeres complexos, que exijam cognição.⁷

A inteligência artificial possui versatilidade para realização de tarefas de menor ou maior complexidade, a depender da necessidade do jurista, o que a torna instrumento hábil a aprimorar diversas atividades judiciais. A título de exemplo, cita-se o *Mandamus, software* que realiza a gestão dos mandados do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR). A ferramenta atualiza os endereços das partes e viabiliza a citação e a intimação em tempo real, via aplicativo. Pelo sistema, mandados são distribuídos e os oficiais de justiça, bem como quem receberá o mandado, são localizados via *Global Positioning System (GPS)*.⁸

Outro exemplo instigante vem Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE), que utiliza o *software Elis* em suas execuções fiscais. Numa simulação, Elis avaliou 5.247 processos, classificando precisamente a competência das ações, divergências cadastrais e casos de prescrição. Em termos numéricos, em três dias o sistema realizou a triagem de mais de 5.000 processos.⁹

⁷ BADIA, Ramon López de Mántaras; GONZÁLEZ, Pedro Mesguier. **Inteligencia artificial**. Madrid: CSIC, 2017, p. 10.

⁸ JUSTIÇA 4.0: soluções tecnológicas do TJRR facilitam atendimento, promovem qualidade de vida e inclusão social. In: PODER judiciário do estado de Roraima. Roraima, [2019?]. Disponível em: <https://bit.ly/3713omy>. Acesso em: 8 mar. 2021.

⁹ BRITO, Bruno. TJPE usará inteligência artificial para agilizar processos de execução fiscal no Recife. In: TRIBUNAL de justiça de Pernambuco. Pernambuco, 20 nov. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3eJep4M>. Acesso em: 8 mar. 2021.

O emaranhado de potenciais que dispõe uma inteligência artificial ainda não foi completamente explorado, o que inviabiliza sua definição em um único conceito, sob pena de se estabelecerem limites e conjunturas que não foram desveladas.

Em verdade, os caminhos trilhados até o momento apontam para uma revolução tecnológica jamais vista, que modificará (na verdade, já está modificando) para sempre a relação entre o jurista e o processo, concedendo-nos, de um lado, melhores instrumentos e, de outro, grandes desafios.

2. Os impactos da tecnologia no processo judicial, no ensino e no trabalho jurídico

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁰, tomando como ano-base 2019, o tempo médio de um processo até a sentença, nas varas estaduais, chega a 2 anos e 5 meses, enquanto que uma execução, em iguais circunstâncias, tramita por, em média, 4 anos e 9 meses. Nas varas federais, o tempo cai para 1 ano e 7 meses nos processos de conhecimento, mas aumenta para 7 anos e 10 meses nas execuções.

Diante do elevado número de demandas, a inteligência artificial é uma alternativa para aprimorar o fluxo de ações que chegam ao poder judiciário e otimizar o tempo do servidor público, retirando-lhe tarefas burocráticas e repetitivas e viabilizando a plena utilização de sua capacidade para questões mais complexas. Com isso, abre-se uma janela de tempo para demandas que requerem maior cognição, análise minuciosa de informações ou que exijam habilidades de interação humana, como a empatia e a liderança.

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2020**. Disponível em: <https://bityli.com/cT4FH>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 180.

Assim, a utilização dos *softwares* inteligentes no impulso das movimentações processuais proporciona agilidade nas rotinas, indo ao encontro dos princípios da razoável duração do processo, celeridade, efetividade e economicidade. Ainda, com o apoio da máquina será possível mais segurança jurídica, na medida em que a tendência é a padronização de decisões, com base em elementos objetivos de análise.

Ademais, a inteligência artificial permite arquitetar e organizar informações, registrar e anexar decisões, analisar volumosos dados para identificar um tema controvertido e o precedente correspondente, se for o caso. Essa nova forma de trabalho, posta em prática, tende a gerar previsibilidade, segurança, coerência e igualdade, desestimulando lides contrárias aos precedentes e à jurisprudência consolidada.¹¹

Trata-se, pois, de uma profunda transformação, que remodela e impacta no modo de condução dos processos judiciais, assim como nos faz repensar as estruturas do ensino jurídico. Os profissionais atuais e os que pretendem ingressar na área precisarão ter conhecimentos que vão além do Direito, como boas noções de linguagem computacional, processamento de dados e informática.

Portanto, revela-se necessário que as instituições de ensino, atentas ao cenário, reconfigurem seus currículos a fim de proporcionar aos alunos bases teóricas e práticas voltadas à uma vida profissional na era informacional. Deve-se, por exemplo, ensinar os alunos dos cursos de ciências jurídicas e sociais a defender um cliente que será julgado com base em algoritmos. E mais, o ensino deverá ser voltado ao desenvolvimento de

¹¹ CABRAL, Antonio. Proceso y tecnología: nuevas tendencias. IN: Civil Procedure Review. v.10, n.1: jan.-abr., 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2U3tqAa>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 114.

capacidades que a máquina não tem, uma vez que tarefas repetitivas tendem a ser totalmente substituídas.¹²

Prova disso, é que o Fórum Econômico Mundial elenca como essenciais as seguintes características do profissional do futuro: “[...] social skills (influencing, persuasion, emotional intelligence) with processing skills (active listening and critical thinking) and cognitive skills (creativity, mathematics)”.¹³

Em que pese a inserção de sistemas inteligentes cause certa resistência, é incontestável o fato de que a tecnologia avança em velocidade exponencial, isto é, a existência de uma inteligência artificial não é parte de um futuro distante, mas de uma realidade da qual não se pode mais desviar.

Sobre o tema, Kurzweil¹⁴, autor da Lei das Mudanças Aceleradas, leciona:

An analysis of the history of technology shows that technological change is exponential, contrary to the common-sense “intuitive linear” view. So we won’t experience 100 years of progress in the 21st century – it will be more like 20,000 years of progress (at today’s rate). The “returns,” such as chip speed and cost-effectiveness, also increase exponentially. There’s even exponential growth in the rate of exponential growth. Within a few decades, machine intelligence will surpass human intelligence, leading to The Singularity – technological change so rapid and profound it represents a rupture in the fabric of human history.

¹² TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexo nos sistemas do direito. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**. v. 38.2, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493/95963>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 66.

¹³ THE LAW Society of England and Wales. Jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/399AXE1>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 8.

¹⁴ KURZWEIL, Raymond. **The Law of Accelerating Returns**. Disponível em: <https://bit.ly/3ctDFEL>. Acesso em: 8 mar. 2021.

A sofisticação dos sistemas inteligentes alcança níveis extraordinários, talvez há poucos anos inimagináveis, desafiando nossos modelos, comodidades e pré-compreensões. Salienta-se que, desde os primórdios a capacidade de adaptação é condição de sobrevivência. Logo, os desafios advindos da tecnologia devem ser encarados como uma barreira a ser transposta pela cooperação entre todos que integram o processo judicial, estimulando-se o estudo e a participação ativa nas mudanças advindas a partir de sua inserção.

Destarte, a modernização do processo brasileiro pela inserção dos sistemas inteligentes deve ser encarada como uma oportunidade de aprimoramento das qualidades humanas, tanto pessoais quanto profissionais, do ensino jurídico e do Direito como um todo.

3. Do (necessário) aprimoramento do jurista

O Direito é movimento. Aprender e permitir que outras ciências colaborem com o crescimento da área é compreender e aceitar que se pode e que se deve melhorar constantemente e que nem sempre ideias e soluções estão dentro de um único sistema. A amplitude a complexidade do universo jurídico pedem respostas em alto nível.

Limitações de espaço e ideias de hierarquia, anteriormente tão valorizadas, estão sendo desconstruídas, assim como pressupostos inerentes ao exercício da profissão. Com tecnologia de ponta, novos meios para perfectibilizar negócios jurídicos e formas mais eficientes de trabalho estão sendo pensadas para facilitar as rotinas público e privada, o que culmina na ruptura do pensamento jurídico tradicional e abre alas para o pensamento jurídico moderno.¹⁵

¹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. Inteligência artificial e Direito: uma visão prospectiva dos sistemas inteligentes no processo judicial. IN: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (coords.). Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 489.

Na realidade, se está diante da possibilidade de aprimoramento do processo judicial, de sua forma de condução e até dos meios de trabalho, seja pela terceirização de funções jurídicas a profissionais que não necessariamente possuem um diploma seja pelas atuais formas de resolução de litígios *on-line* ou até pela inserção de *softwares* que realizam exames, predições e elaboram decisões a partir do processamento e análise de dados.

Ao longo da imersão tecnológica no Direito, o jurista, além de implementar a inteligência artificial visando avanços específicos, como desburocratização, acessibilidade, celeridade, efetividade, melhora na qualidade do serviço prestado e economia, simultaneamente, está repensando a forma como o trabalho é realizado e distribuído.

Para Kurzweil¹⁶, o processo evolutivo da tecnologia proporcionou “[...] vasta expansão da nossa base de conhecimentos, facilitando muitos vínculos entre uma área de conhecimentos e outra”. A abertura do Direito para o ingresso da inteligência artificial promove, por consequência, a interação entre conhecimentos em favor do aprimoramento da área jurídica, com “[...] análise de dados qualificada e abrangente, assim como o reconhecimento de padrões, o cruzamento de informações e a geração de *insights* oriundos de diferentes perspectivas e contextos”.¹⁷

A inteligência artificial possibilita ao advogado calcular riscos, custos e traçar linhas de argumentação e estratégias a fim de obter o resultado útil do processo.¹⁸ A tecnologia também viabiliza uma forma mais moderna de se laborar e modos distintos de trabalho, como o *home office*. Nessa perspectiva, a inteligência artificial pode (e deve) ser utilizada para polir

¹⁶ KURZWEIL, Ray. **Como criar uma mente**: os segredos do pensamento humano. Disponível em: <https://bit.ly/3fUHJje>. Acesso em 8 mar. 2021. *E-book* não paginado.

¹⁷ FILHO, Mamede Said Maia; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista de direitos e garantias fundamentais**. v. 19, n. 3 (2018), p. 221-222. Disponível em: <https://bit.ly/2U4NuCi>. Acesso em: 8 mar. 2021.

¹⁸ CASERTA, Salvatore; MADSEN, Mikael Rask. **The Legal Profession in the Era of Digital Capitalism: Disruption or New Dawn?** Jan. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3gHelOx>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 11.

eventuais excessos de interpretação e auxiliar o julgador na tomada de decisão, buscando inclusive padronizar entendimentos para casos idênticos.

A resolução extrajudicial de litígios também foi potencializada pela utilização de plataformas virtuais. Por esse mecanismo de resolução de litígios, as partes comunicam-se por mensagens de texto e *e-mails*, bem como realizam videoconferências priorizando o consenso a longas batalhas judiciais. A título de exemplo, cita-se o sítio eletrônico “Sem Processo”, pelo qual as partes inserem seus dados no sistema e passam a dialogar sobre o caso.¹⁹

Mais além, a inteligência artificial também altera algumas formas de condução dos negócios jurídicos, como os contratos. Pode-se facilmente visualizar contratos sendo redigidos por códigos computadorizados e algoritmos acessíveis por um mero aplicativo que, numa transação que envolva dinheiro, a partir da inserção de dados bancários, entrega as prestações de cada parte automaticamente. Por conseguinte, o cumprimento contratual tradicional vai se tornar cada vez mais automatizado, reduzindo-se os custos para o cumprimento de obrigações, já que isso acontecerá a partir de poucos cliques.²⁰

A jurimetria também passa a ser uma forma poderosa para lidar com a volumosa quantidade de informações. A jurimetria engloba, além da análise dos dados que estão no poder judiciário, no estudo da doutrina e de outras fontes, de modo a complementar, refinar e qualificar resultados.²¹

¹⁹ SEM PROCESSO. **Uma nova maneira de negociar seus processos**. Disponível em: encurtador.com.br/xP239. Acesso em: 8 mar. 2021.

²⁰ CABRAL, Antonio. *Proceso y tecnología: nuevas tendencias*. IN: **Civil Procedure Review**. v.10, n.1: jan.-abr., 2019, p. 117. Disponível em: <https://bit.ly/2U3tqAa>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 126.

²¹ COELHO, Alexandre Zavaglia. **As 7 tendências para o uso de inteligência artificial no Direito em 2018**. Disponível em: <https://bit.ly/2U76WhD>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 19.

Além das atividades exercidas pelas máquinas, já se vislumbra, por meio da tecnologia e ultrapassadas as barreiras espaciais, a possibilidade de contratação de empregados jurídicos terceirizados, instituindo-se uma subclasse de funcionários que não esbarram na limitação do diploma de ciências jurídicas e sociais. E mais, com a busca crescente por sistemas tecnológicos, se está a criar um mercado especializado nas demandas jurídicas mais simples, já que as mais complexas não poderão ser delegadas.²²

Não se está a afirmar que os profissionais que desempenham funções jurídicas serão substituídos ou que perderão seu valor. Todavia, certamente pode-se vislumbrar que todas as questões postas estarão disponíveis no mercado em pouco tempo. Logo, torna-se imprescindível que o jurista acompanhe as mudanças próprias da época em que se encontra inserido.

Ainda que esmiuçada de forma simplória a grande transformação jurídica que está a ocorrer, percebe-se claramente que a capacidade de adaptação vem a ser elemento crucial na jornada de qualquer profissional. Cabe salientar também, que a tecnologia está a serviço do ser humano e pode ser moldada e utilizada de acordo com a finalidade definida pelo jurista, única e exclusivamente visando contribuir para o aprimoramento da prestação jurisdicional.

Considerações finais

Após perpassar pelo conceito e classificação da inteligência artificial, assim como pelos impactos da tecnologia no processo judicial, no ensino e no trabalho jurídico, culminando no (necessário) aprimoramento do jurista, resta claro que estamos inseridos, com os dois pés, na era informacional.

²² CASERTA, Salvatore; MADSEN, Mikael Rask. **The Legal Profession in the Era of Digital Capitalism: Disruption or New Dawn?** Jan. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3gHelOx>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 9-10.

Todo o contexto de transformação explicitado sinaliza que a jornada do aprendizado é eterna e que os desafios e as mudanças, cedo ou tarde, alcançarão todos as áreas e profissionais. Nesse sentido, cabe-nos aceitar que nem sempre as respostas para os problemas estão em um único sistema. Portanto, permitir que outras ciências contribuam com o Direito (como a inteligência artificial) vem a ser condição de aprimoramento do sistema atual.

Ainda, inevitável considerar que erros e equívocos farão parte do trajeto de aperfeiçoamentos que percorrerá a inteligência artificial. No entanto, atentando-se aos seus benefícios e vantagens, deve-se mirar nos ganhos decorrentes do uso dos sistemas inteligentes, como efetividade, celeridade, segurança jurídica, padronização de entendimentos, melhora na qualidade do serviço prestado e economia de recursos. Ressalta-se que, se todas essas variáveis forem minimamente atingidas, já se pode esperar uma melhora considerável das rotinas e fluxos do poder judiciário brasileiro.

Espera-se que o Direito a inteligência artificial caminhem unindo seus interesses em prol do sistema jurídico e de todos que o compõem, recordando-se sempre que inúmeras vidas dependem de uma prestação jurisdicional de qualidade e em tempo hábil.

Finalmente, a máquina inteligente proporciona que o ser humano revise suas capacidades, reinvente seus métodos, angarie novos questionamentos e novas soluções, e prossiga unindo a tecnologia e a criatividade a serviço do Direito.

Referências

ALVAREZ, Juan J. Alvarez. **Aproximación crítica a la inteligencia artificial**: claver filosóficas y prospectivas de futuro. Madrid: Universidad Francisco de Vitoria, 2013.

BADIA, Ramon López de Mántaras; GONZÁLEZ, Pedro Mesenguer. **Inteligencia artificial**. Madrid: CSIC, 2017.

BRITO, Bruno. TJPE usará inteligência artificial para agilizar processos de execução fiscal no Recife. In: TRIBUNAL de justiça de Pernambuco. Pernambuco, 20 nov. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3eJeP4M>. Acesso em: 8 mar. 2021.

CABRAL, Antonio. Proceso y tecnología: nuevas tendencias. IN: Civil Procedure Review. v.10, n.1: jan.-abr., 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2U3tqAa>. Acesso em: 8 mar. 2021.

CASERTA, Salvatore; MADSEN, Mikael Rask. **The Legal Profession in the Era of Digital Capitalism: Disruption or New Dawn?** Jan. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3gHelOx>. Acesso em: 8 mar. 2021.

CIBERNÉTICA e inteligencia artificial. Guayaquil: Universidad de Guayaquil, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2XtTXJ2>. Acesso em: 8 mar. 2021.

COELHO, Alexandre Zavaglia. **As 7 tendências para o uso de inteligência artificial no Direito em 2018**. Disponível em: <https://bit.ly/2U76WhD>. Acesso em: 8 mar. 2021.

COLOMBIA. PROMETEA: inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas. Disponível: <https://bit.ly/3hgKkEM>. Acesso em: 8 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2020**. Disponível em: <https://bityli.com/cT4FH>. Acesso em: 8 mar. 2021.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

FILHO, Mamede Said Maia; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista de direitos e garantias fundamentais**. v. 19, n. 3 (2018). Disponível em: <https://bit.ly/2U4NuCi>. Acesso em 8 mar. 2021.

JUSTIÇA 4.0: soluções tecnológicas do TJRR facilitam atendimento, promovem qualidade de vida e inclusão social. *In*: PODER judiciário do estado de Roraima. Roraima, [2019?]. Disponível em: <https://bit.ly/3713omy>. Acesso em: 8 mar. 2021..

KURZWEIL, Ray. **Como criar uma mente**: os segredos do pensamento humano. Disponível em: <https://bit.ly/3fUHJje>. Acesso em 8 mar. 2021. *E-book* não paginado.

KURZWEIL, Raymond. **The Law of Accelerating Returns**. Disponível em: <https://bit.ly/3ctDFE1>. Acesso em: 8 mar. 2021.

MINSKY, L. Marvin. Semantic information processing. Disponível em: <https://bit.ly/2OALBKm>. Acesso em: 8 mar. 2021. *E-book* não paginado.

RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. Inteligência artificial e Direito: uma visão prospectiva dos sistemas inteligentes no processo judicial. IN: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (coords.). Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

SEM PROCESSO. **Uma nova maneira de negociar seus processos**. Disponível em: encurtador.com.br/xP239. Acesso em: 8 mar. 2021.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexo nos sistemas do direito. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**. v. 38.2, jul./dez. 2018. Disponível em: encurtador.com.br/efhjG. Acesso em: 8 mar. 2021.

THE LAW Society of England and Wales. Jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/399AXE1>. Acesso em: 8 mar. 2021.

Utilização do *disgorgement of profits* para resgate do lucro ilícito: uma análise sobre a aplicação no direito brasileiro

*Leonardo Bauermann Machado **

Introdução

A responsabilidade civil brasileira assenta a sua base em torno da ideia de reparação do dano injusto causado em desfavor de um ofendido, devolvendo-lhe os valores que efetivamente perdeu, ou compensando-lhe o prejuízo extrapatrimonial com uma soma pecuniária que o aproxime da situação em que estava anteriormente.

Entretanto, oportuno é o questionamento acerca da efetividade deste sistema, diante de inúmeros eventos danosos que não serão devidamente tutelados através da indenização compensatória. Assim, o presente artigo visa à apresentação do instituto do *disgorgement of profits*, espécie de sanção presente nos ordenamentos jurídicos da *common law* e que permite a restituição ao ofendido do lucro ilícito obtido pelo ofensor de um direito.

Após a apresentação do tema e conceituação do instituto, será analisada a sua transferência para o Ordenamento Jurídico brasileiro através da responsabilidade civil e pela via do enriquecimento sem causa, hipótese acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

* Estudante de Direito da Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS e bolsista de Iniciação Científica da Escola de Processo da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

1. O conceito e a aplicação do *disgorgement of profits*.

Nelson Rosenvald¹, observando a atual conjuntura da responsabilidade civil brasileira, conclui que o sistema compensatório de danos já não é mais bastante para satisfazer o prejuízo extrapatrimonial do ofendido por um dano injusto. Isso porque, em inúmeras ocasiões, a indenização arbitrada em favor da vítima – a qual deverá, necessariamente, refletir somente o que foi efetivamente retirado do seu patrimônio ou o que deixou de ganhar com o dano, respeitando as regras inseridas nos artigos 402² e 944³ do Código Civil Brasileiro – não trará a ela a efetiva satisfação do ato ilícito causado, ao passo que encorajará o autor do dano a reiterar a sua conduta delitiva, diante da expectativa de fixação de uma indenização muito aquém do lucro obtido por ele a partir da atividade.

São hipóteses em que a conduta delitiva não acarreta somente um prejuízo ao ofendido, mas fornece um concreto incremento ao patrimônio do causador do dano. Incremento este que possui nexo direto ao dano por ele causado. Nesses casos, há que se oferecer à vítima, através de instituto diverso da indenização compensatória ou reparatória, a restituição também do lucro ilícito obtido.

Para Rosenvald⁴, um remédio adequado para solucionar essa problemática pode ser encontrado nos ordenamentos jurídicos da *common law*, em especial no Reino Unido e nos Estados Unidos, através do instituto do *disgorgement of profits*, uma sanção punitiva e preventiva, aplicável à

¹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

² Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

⁴ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105.

violação do contrato e à responsabilidade civil extracontratual. Com a aplicação do instituto, o ofendido pode alcançar também o proveito econômico obtido ilicitamente pelo lesante, o que consiste na vantagem econômica que conseguiu ao atingir o direito alheio.

A possibilidade de obtenção do lucro obtido a partir do ilícito civil parece estranha quando analisada sob a ótica do direito brasileiro, mas possui uma relevante função em delitos onde o dano cometido não é de grande proporção, o que leva a indenização a ser arbitrada em ínfimo valor e produz um incentivo ao agente, que lucra com sua conduta danosa.

É nesse sentido que Hondius e Janssen⁵, ao analisarem o instituto do *disgorgement of profits* em âmbito global, asseveram que o lucro obtido pelo comportamento antijurídico é fundado em pelo menos três razões: a primeira delas é o praticante da conduta acreditar que o seu comportamento jamais será tutelado pelo Estado, pois a chance de ser detectado é muito pequena. A segunda, relacionada com a primeira, é que em muitas ocasiões o dano gerado por esse comportamento é muito pequeno, o que fará com que a vítima não busque a reparação. A terceira, por sua vez, é a de que mesmo que eventualmente uma indenização seja fixada em desfavor do causador do dano, o seu lucro será muito maior em comparação aos valores arbitrados, o que ainda assim mantém a conduta lucrativa.

Dessa forma, mesmo com a tutela do Estado sobre a conduta danosa, com o arbitramento de uma indenização condizente com o dano causado, o cálculo final levará à conclusão do agente causador que sua conduta mantém-se proveitosa, incentivando-o a reiterá-la.

⁵ HONDIUS, Ewoud. JANSSEN, André (ed.). **Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World**. Springer: 2015. p. 05. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321573111_Disgorgement_of_Profits_Gain-Based_Remedies_throughout_the_World. Acesso em: 06 out. 2020.

Os remédios para a sanção dessas condutas não são tão claros no direito privado quanto o são no direito penal ou na esfera administrativa, onde o lucro pode ser mais facilmente atingido. O *disgorgemen of profits*, também conhecido como *restitutionary* ou *gain-based damages* é o instrumento utilizado por muitos ordenamentos jurídicos, em paralelo aos danos compensatórios, e são medidos de acordo com o ganho do ofensor a partir da violação de um direito, e não da perda do ofendido. Com isso, a vítima receberá, possivelmente, uma indenização superior ao valor das perdas por ele sofridas, o que é chamado de *windfall profit* (lucro inesperado).⁶

Situações concretas do cotidiano jurídico podem servir como exemplo da aplicação prática do instituto em comento. Imagine-se uma grande atriz de cinema que rejeita um trabalho como garota propaganda de um determinado produto. A marca, mesmo sem a aprovação da artista, utiliza a imagem dela em seus anúncios, lucrando a partir da imagem alheia. Com isso, tem-se não só a violação de um direito da personalidade, mas também um grande lucro obtido através da conduta ilícita. Em outra hipótese, a violação de direitos relacionados à propriedade intelectual, onde o agente utiliza da obra de um terceiro sem a permissão deste, pode gerar lucros ao agente que, através do *disgorgement*, poderão ser restituídos ao legítimo detentor dos direitos transgredidos.

Seguindo essa linha, Rosenvald e Kuperman⁷ afirmam que o *disgorgement* funciona, no âmbito da *common law*, como um remédio restitutivo, utilizado para sancionar ganhos indevidos obtidos pelo

⁶ HONDIUS, Ewoud. JANSSEN, André (ed.). **Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World**. Springer: 2015. p. 05. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321573111_Disgorgement_of_Profits_Gain-Based_Remedies_throughout_the_World. Acesso em: 06 out. 2020.

⁷ ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5283/3367>. Acesso em: 06 out. 2020.

agente, e servindo como um alternativa aos *compensatory damages*, os quais observam somente as perdas econômicas do ofendido, e também aos *punitive damages*, que buscam trazer à indenização um caráter de punição à conduta ilícita. Nesse sentido, no *disgorgement* será operada a supressão da vantagem adquirida pelo réu.

Esta categoria de remédio restitutivo desconsidera o elemento subjetivo da conduta humana, sendo indiferente para a sua utilização a presença de dolo ou culpa no ato do agente causador, bastando apenas que se comprove a obtenção de uma vantagem econômica indevida.

Tratou-se acerca do instituto do *disgorgement* como mecanismo de restituição do lucro ilícito e tratado como espécie autônoma de dano em diversos ordenamentos jurídicos da *common law*. Passa-se agora à análise da possibilidade de aplicação no Direito brasileiro.

2. A incompatibilidade do *disgorgement of profits* com os mecanismos da responsabilidade civil.

A função primordial da responsabilidade civil é a de reestabelecer o equilíbrio social que foi rompido com o dano, colocando a vítima em um patamar mais próximo possível daquele em que estava antes do dano ter sido cometido. Sem prejuízo da reparação *in natura*, usualmente é fixada uma indenização pecuniária na medida dos prejuízos sofridos pelo lesado.⁸

A reparação do dano deverá, sempre, ser orientada pelo princípio da reparação integral, positivado pelo artigo 944 do Código Civil, e que dá conta de que a indenização deverá ser medida pela extensão do dano, o que demonstra a intenção do legislador de limitar os ganhos do ofendido em uma eventual ação indenizatória ao dano que realmente sofreu a partir de um ato ilícito, e não mais do que isso.

⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira de. **Princípio da Reparação Integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

Segundo Paulo de Tarso Vieira Sanseverino,⁹ o princípio possui três funções primordiais: a compensatória, que visa à reparação de todo o dano sofrido, garantindo a equivalência entre a indenização e os danos efetivamente sofridos pelo lesado, a fim de garantir-lhe somente a compensação pelos prejuízos. A segunda função, dita indenitária, estabelece que a extensão dos danos servirá também como teto da indenização, impedindo que os valores sejam fixados em numerário superior ao do dano, limitando o eventual locupletamento ilícito do ofendido. A terceira função, por sua vez, é chamada de concretizadora, pois traz ao princípio a exigência de que a indenização corresponda aos prejuízos reais sofridos pela vítima, compelindo o juiz a realizar uma avaliação concreta dos danos e atentar-se às peculiaridades do caso concreto.

O princípio da reparação integral será aplicado de forma diversa em cada uma das espécies de dano indenizável presente no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a distinção entre a indenização do dano material, de caráter reparatório de fato, e do dano extrapatrimonial, de caráter compensatório e satisfatório.

O dano material ou patrimonial atinge o patrimônio do ofendido, o qual pode ser compreendido como o conjunto de bens e direitos pecuniariamente apreciável. Essa definição não abrange somente os objetos corpóreos, mas também aqueles incorpóreos, como o direito ao crédito. Trata-se da efetiva diminuição do patrimônio, seja o atual, o qual se define como dano emergente, ou o futuro, chamado de lucros cessantes.¹⁰

⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira de. **Princípio da Reparação Integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 105.

Dessa forma, ambas as formas de lesão ao patrimônio de alguém, patrimônio este suscetível de avaliação pecuniária, caracterizarão o dever de indenizar o dano material causado à vítima. Em se tratando de dano emergente, a perda pecuniária será imediata, tratando-se de uma diminuição real do patrimônio, enquanto o lucro cessante é a perda de um bem ou interesse futuro, que ainda não pertence ao lesado, ou a perda de um ganho esperável que possua um nexo de causalidade direto com o dano.¹¹

Percebe-se que na indenização do dano patrimonial a aplicação do princípio da reparação integral será plena e ilimitada, através do exercício de suas três funções acima descritas. Isso porque o prejuízo causado ao lesado poderá ser concretamente avaliado, garantindo a devolução ao seu patrimônio do valor integral da sua perda. O dano extrapatrimonial, entretanto, possui como principal atributo o fato de não ser pecuniariamente avaliável, ao menos não com a precisão característica do dano patrimonial.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira e Gustavo Tepedino,¹² o fundamento para a reparação do dano moral não é a lesão patrimonial, mas sim o fato de que os indivíduos são titulares de direitos da personalidade que necessitam de tutela estatal, porquanto a estimativa pecuniária não é fundamental.

Nesse sentido, a indenização do dano moral assume caráter compensatório, haja vista a ausência da noção de equivalência, própria do dano patrimonial.¹³ Isso implica a impossibilidade de uma avaliação em

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 106.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 74.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 81.

concreto dos prejuízos sofridos pelo ofendido, e, conseqüentemente, da aplicação da função concretizadora do princípio da reparação integral.

Para ressarcir esse dano na esfera personalíssima da pessoa humana, a indenização deverá ser arbitrada através de um critério misto, onde serão analisadas as peculiaridades do caso concreto e diversos critérios objetivos que poderão aumentá-la ou diminuí-la, como a gravidade do dano, a condição financeira das partes, a culpa concorrente do ofendido, etc.

E esses critérios que poderão ser objeto de análise pelo julgador poderão fazer com que a indenização possua um caráter diverso, atribuindo-a um aspecto punitivo e pedagógico, sem que ela perca, contudo, sua principal característica de compensar o dano extrapatrimonial.

Poder-se-ia argumentar acerca da possibilidade de aumento da indenização compensatória, com uma parcela destinada exclusivamente à restituição do lucro ilícito causado a partir do dano, visto que somente assim a vítima seria efetivamente compensada em algumas hipóteses. Entretanto, a parcela não seria uma simples função secundária da verba recebida, assim como a dita função punitiva, mas traria uma nova feição à indenização, suprimindo o seu objetivo compensatório e tornando-se algo diverso.

Portanto, não é através da responsabilidade civil que a restituição do lucro ilícito encontrará abrigo no direito brasileiro, sendo impossível a criação de uma nova espécie de dano para exercer a função que o *disgorgement* desempenha. Entretanto, não pode o ordenamento jurídico deixar de tutelar tais situações, diante do grande número de ações que chegam ao Poder Judiciário contendo pedidos semelhantes a esse.

Assim, mostra-se imprescindível a escolha de uma via adequada para a restituição do lucro ilícito, o que já vem sendo feito na jurisprudência brasileira, mas de forma tímida, como será demonstrado a seguir.

3. A via do enriquecimento sem causa.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a matéria da restituição do lucro ilícito em algumas ocasiões, oportunidades em que reiterou a impossibilidade da sua inserção no âmbito da responsabilidade civil. É possível analisar, como exemplo, o voto proferido pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no julgamento do Recurso Especial de n.º 1698701/RJ.¹⁴

O caso tratava-se de uma ação indenizatória movida pela atriz Giovana Antonelli em desfavor de uma sociedade empresária que utilizou a sua imagem, indevidamente, para fins comerciais.

Inicialmente, reconheceu-se o direito de imagem da autora que fora violado a partir do uso na campanha publicitária da empresa. Após, demonstrou o lucro ilícito auferido pelo demandado a partir do dano causado à autora, mas ponderou que a sua restituição através da indenização iria de encontro ao princípio da reparação integral, diante da sua superação numérica em relação ao próprio prejuízo sofrido.

¹⁴ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DEVER DE RESTITUIÇÃO. LUCRO DA INTERVENÇÃO.FORMA DE QUANTIFICAÇÃO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Ação de indenização proposta por atriz em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária. Pedido de reparação dos danos morais e patrimoniais, além da restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos. 3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula nº 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele. 4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil. 5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. 6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante. 7. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor. 8. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do quantum debeatur com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica. 9. Recurso especial provido. (REsp 1698701/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, Dje 08/10/2018)

Entretanto, enquadrando a pretensão da autora no instituto do enriquecimento sem causa, previsto no artigo 884 do Código Civil, que prevê a necessidade de restituição de valores recebidos indevidamente à custa de outrem. E, diferentemente do que ocorre na responsabilidade civil, o referido instituto tem como objetivo retirar do patrimônio do ofensor os valores recebidos indevidamente.

O foco primordial não é o ressarcimento do ofendido, mas sim o ofensor, motivo pelo qual deverá ser promovida a correção da situação que gerou o enriquecimento ilícito.

É nesse sentido a doutrina de Paulo de Tarso Sanseverino¹⁵:

O enriquecimento sem causa atua na esfera patrimonial do *enriquecido*, determinando a restituição da vantagem indevidamente obtida (*restitutio in integrum*), enquanto a responsabilidade civil tem por função a reparação dos danos com a reposição do patrimônio do *lesado* no estado anterior ao evento danoso.

Segundo Hondius e Janssen,¹⁶ para a caracterização do enriquecimento sem causa faz-se necessário que tenha sido feito às custas de terceiro, ou seja, o agente deverá ter obtido sua vantagem prevalecendo-se do direito atribuído a outra pessoa. Após a constatação do enriquecimento, os valores recebidos indevidamente deverão ser direcionados ao patrimônio do detentor do direito, através da restituição.

Assim, diferentemente do que ocorre com a compensação de um dano extrapatrimonial, o ofendido não receberá um valor que já era seu e está retornando ao seu patrimônio, mas sim receberá uma quantia

¹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira de. **Princípio da Reparação Integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

¹⁶ HONDIUS, Ewoud. JANSSEN, André (ed.). **Disgorgement of Profits**: Gain-Based Remedies throughout the World. Springer: 2015. p. 05. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321573111_Disgorgement_of_Profits_Gain-Based_Remedies_throughout_the_World. Acesso em: 06 out. 2020.

oriunda do patrimônio do ofensor, mas que foi restituída em razão do lucro ilícito que obteve.

Considerações finais

Inúmeras são as situações que causam danos na atualidade. Cada vez mais a culpa vem sendo suprimida para dar lugar ao risco, tirando da vítima o ônus de comprovar que a conduta danosa violou norma objetiva de conduta no caso concreto e limitando a análise do dever de indenizar à mera comprovação do dano e do nexó de causalidade.

Entretanto, a responsabilidade civil brasileira ainda é tímida no que tange à encontrar outros meios de satisfação da vítima de um dano, quando a via compensatória/reparatória não atinge os seus objetivos no caso concreto, principalmente pela incidência no princípio da reparação integral, inserido no artigo 944 do Código Civil, que limita a indenização à extensão do dano.

Percebe-se que o *disgorgement of profits* é um notável mecanismo introduzido por diversos países para possibilitar a restituição à vítima do lucro ilícito obtido por alguém em seu desfavor, seja abusando de um direito personalíssimo seu ou violando contrato pactuado, por exemplo.

Entretanto, tal instituto não poderá ser transportado para o Direito nacional, diante dos impedimentos legais, mas efeito semelhante poderá ser obtido através da vedação ao enriquecimento ilícito, prevista no artigo 884 do Código Civil.

Referências

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

HONDIUS, Ewoud. JANSSEN, André (ed.). **Disgorgement of Profits**: Gain-Based Remedies throughout the World. Springer: 2015. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/321573111_Disgorgement_of_Profits_Gain-Based_Remedies_throughout_the_World. Acesso em: 06 out. 2020.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5283/3367>. Acesso em: 06 out. 2020.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira de. **Princípio da Reparação Integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REsp 1698701/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018.

A interface entre sanções premiais e normas fundamentais do processo civil

*Marcelo Mazzola**

1. A relação entre sanções premiais e normas fundamentais do processo civil

As normas fundamentais do processo civil formam a espinha dorsal do CPC/15 e estão disciplinadas no primeiro capítulo do código (arts. 1º a 12).¹ O rol não é taxativo².

Na prática, são “eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado”³.

Como destaca Fredie Didier Jr.⁴, a norma é fundamental porque “estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis”.

Destaque-se, por exemplo, o primeiro artigo do CPC/15, que estabelece que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

* Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Vice-Presidente de Propriedade Intelectual do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Mediador e Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES). Professor de Processo Civil da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Coordenador de Processo Civil da Escola Superior de Advocacia (ESA/RJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Advogado.

¹ Enunciado 370 do FPPC: “Norma processual fundamental pode ser regra ou princípio”.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 7. No mesmo sentido o Enunciado 369 do FPPC: “O rol de normas fundamentais previsto no Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do CPC não é exaustivo”.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 165.

⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 71.

Dessa forma, “todos os princípios constitucionais devem ser utilizados para a correta interpretação e aplicação das normas processuais. Estas devem ser lidas e compreendidas a partir daqueles”⁵.

Por sua vez, a sanção jurídica é uma reação ou retribuição prevista no ordenamento, que tanto pode ter uma conotação negativa (punir o sujeito que pratica um ato indesejado) como uma feição positiva (premiar o indivíduo que adota o comportamento esperado).

Trata-se da consequência prevista pelo ordenamento jurídico, “seja ela negativa (repressiva) ou positiva (premial), que será imputada a um determinado sujeito que deixou de observar ou que observa este mesmo ordenamento”⁶.

Nesse contexto, a sanção premial pode ser definida como a consequência jurídica positiva para estimular determinado comportamento indicado na norma (legal ou convencional – e ainda na decisão judicial), independentemente de sua natureza (dever, direito potestativo, ônus, faculdade etc.).

Em termos simples, é um “prêmio” para induzir o destinatário a praticar o comportamento apontado pela norma, cuja inobservância, porém, não gera qualquer penalidade ou prejuízo⁷. Ou seja, se o indivíduo não adotar a conduta indicada, apenas não receberá o prêmio e não sofrerá qualquer punição automática.

Como será detalhado adiante, os prêmios podem maximizar a eficiência processual, contribuir para a duração razoável do processo,

⁵ CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 61.

⁶ LIGERO, Gilberto Notário. **Sanções Processuais por Improbidade na Execução Civil**. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 37.

⁷ De fato, o não exercício da sanção premial não configura descumprimento de um dever, pois se trata de um ato de liberdade. Como destaca Daniel Brantes Ferreira, não haveria sequer pretensão contra o agente, pois a lei não obriga ninguém a exercer uma liberdade. FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC/RJ, nº 31, jul./dez. 2007, p. 33-57.

prestigiar os métodos autocompositivos, valorizar a cooperação, fomentar a boa-fé, entre outros.

De certo modo, as sanções premiaias também são consentâneas com as próprias funções do processo (existe um interesse público na resolução de conflitos; há constante preocupação com os custos do Judiciário e com o tempo de duração das demandas, entre outros aspectos inerentes à atividade jurisdicional⁸).

Dessa forma, o objetivo deste artigo é demonstrar a estreita interconexão entre sanções premiaias e normas fundamentais do processo civil, com exemplos extraídos do CPC/15.

2. Eficiência processual

A palavra eficiência vem do latim *efficientia*⁹ e possui diversos significados a depender do campo de aplicação (medicina, economia, esportes etc.). O foco será no campo do Direito, mais especificamente processual.¹⁰

Para fins deste artigo, não interessa perquirir se a eficiência caracteriza um princípio¹¹ ou um postulado normativo¹², e sim analisar a sua interface com as sanções premiaias.

Inicialmente, vale lembrar que o artigo 37 da Constituição Federal prevê que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

⁸ Para uma análise histórica do conceito de jurisdição e a apresentação de uma Teoria Geral da Jurisdição, com análise de características, princípios e funções, ver GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020.

⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 91.

¹⁰ Para uma análise vertical do tema, ver JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 101.

¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125-139.

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência*.¹³

Como afirma a doutrina, a eficiência, como matriz constitucional¹⁴, também vincula o Judiciário na prestação de seus serviços e pressupõe a “observância do ordenamento jurídico e utilização de recursos financeiros, materiais e pessoais de forma racional, para possibilitar que as partes alcancem um resultado útil”¹⁵.

Nessa toada, cabe recordar que o CPC/15, em seu artigo 8º, estabelece que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade¹⁶, a publicidade e a eficiência¹⁷.

Ou seja, o CPC transportou para o processo judicial “um princípio que está previsto para a atuação da Administração Pública”¹⁸.

Note-se que a eficiência repercute no modelo de gerenciamento¹⁹ existente no Poder Judiciário e na própria atividade jurisdicional²⁰.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 73.

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva dos direitos individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 46.

¹⁵ CASAGRANDE, Érico Vinicius Prado. Efetividade do direito e eficiência do Judiciário. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgência de tutela**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 91.

¹⁶ A referência à legalidade é um legado do tempo em que se via apenas a lei como fonte do Direito, sendo “um lapso causado pela tentativa de reproduzir a parte final do dispositivo do art. 37, caput, da Constituição Federal (o que faz sentido, sobretudo, se se pensar a jurisdição estatal como um serviço público”. SOUZA, Marcus Seixas. **Normas processuais consuetudinárias**: história, teoria e dogmática. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 140.

¹⁷ Para Fredie Didier Jr., “o processo, para ser devido, há de ser eficiente, o que repercute não só na dimensão da administração judiciária, como também na condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 17 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 98-100.

¹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). **Normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 365-366 e 374-375.

¹⁹ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 82.

²⁰ Vale lembrar que a Lei nº 13.655/18 alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluindo dispositivos que prestigiam expressamente o aspecto da eficiência. Vide especialmente artigos 23 e 26.

Sob essa ótica, Michele Taruffo²¹ aponta duas perspectivas sob o viés da eficiência: a primeira ligada à celeridade e à redução de custos; e a segunda à qualidade das decisões judiciais. A doutrina também fala em eficiência quantitativa²² e eficiência qualitativa²³.

Sabe-se, porém, que o “princípio da eficiência não significa quanto antes melhor: o processo tem seu tempo e o princípio simplesmente significa que não deve ser desnecessariamente alargado esse prazo”²⁴.

Na realidade, deve-se dimensionar adequadamente o tempo e os custos da solução de cada litígio, “observando a ideia de proporcionalidade entre os meios e os fins almejados”²⁵, bem como os legítimos interesses dos jurisdicionados.²⁶

Não se deve confundir, ainda, eficiência com efetividade²⁷, embora não haja consenso no ponto.²⁸

²¹ TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Coords.). **Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente**. Valencia: Universidad de Valencia, 2008, p. 185 e seguintes.

²² Visão criticada, por exemplo, por NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 4, p. 252-253, jul./dez. 2009.

²³ FÁRIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 317.

²⁴ FRANCO, Fernão Borba. **Processo Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 41.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 170.

²⁶ Teresa Arruda Alvim, ao prefaciar a obra de Jean Carlos Dias, assim se manifestou: “hoje se entende que o direito, pois, deve, acima de tudo, ser eficiente. E quando digo que o direito deve ser eficiente, na verdade estou pensando na necessidade de eficiência de um direito que não foi eficiente, tanto que se instaurou o processo. Refiro-me a eficiência do direito realizada por meio da eficiência do processo! E o padrão de verificação desta eficiência é, sem dúvida, a ótica do jurisdicionado. O jurisdicionado que é, não raramente, esquecido pelo processualista”. ARRUDA ALVIM, Teresa. In: DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009.

²⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito processual civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 102-103.

²⁸ Há quem entenda que os termos “efetividade” e “eficiência” são expressões equivalentes. BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.

Para Luís Roberto Barroso²⁹, eficiente é o meio apto para atingir certos fins, “com otimização dos resultados da prestação jurisdicional”. Já a efetividade é medida pelo resultado alcançado concretamente.

Por sua vez, Leonardo Carneiro da Cunha³⁰ entende que “a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados”. Para o doutrinador, ser eficiente é “adotar medidas satisfatórias para alcançar finalidades preestabelecidas”, sendo que quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida.

Na prática, o sistema de justiça será eficiente³¹ se viabilizar a obtenção dos resultados esperados com o menor dispêndio³² de tempo³³ e de energia³⁴, sempre respeitando as garantias fundamentais³⁵.

Para tanto, o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados para que o resultado “assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento”³⁶, com o mínimo dispêndio de tempo e energia.³⁷

²⁹ “No plano jurídico, portanto, a efetividade corresponde à realização do direito, na perspectiva empírica ou prática, é a própria realização do direito, no desempenho concreto de sua função social”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83-85.

³⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 233, jul./2014, p. 65-84.

³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: a luta contra dispersão da jurisprudência excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 75.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 215.

³³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos artigos 1 a 15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 77.

³⁴ Alexandre Câmara destaca que “o sistema de prestação de justiça civil será eficiente se for capaz de conduzir à produção dos resultados esperados do processo com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”. CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 223, set./2013, p. 39-53.

³⁵ CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa**: seis lições brasileiras. Trad. Daniel Mitidiero, Bibiana Gava, Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 19.

³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a efetividade do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

³⁷ Para Luiz Fux, “a efetividade do processo consiste na sua aptidão de alcançar os fins para os quais foi instituído”. FUX, Luiz. **Tutela de segurança e Tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 137-139.

A doutrina costuma relacionar eficiência processual com economia processual³⁸ e duração razoável do processo³⁹; destacando a sua importância na valorização dos padrões decisórios⁴⁰; na coisa julgada⁴¹; na “construção do sistema de cooperação judiciária, nacional e internacional”⁴²; no estímulo aos métodos autocompositivos⁴³; na flexibilização procedimental⁴⁴; na aplicação do sistema de invalidades do CPC⁴⁵; na concessão de tutelas provisórias⁴⁶; na produção probatória⁴⁷, inclusive na produção antecipada de prova⁴⁸; nas convenções processuais⁴⁹; no calendário processual⁵⁰; na dinâmica de suspensão do processo⁵¹, entre outros.

³⁸ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 107.

³⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 233, jul./2014, p. 71.

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 350.

⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas** – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 326.

⁴² DIDIER JR., Fredie. **Cooperação Judiciária Nacional** – esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts.67-69, CPC). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 58.

⁴³ MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. Mecanismos de consenso no direito administrativo e sua contribuição para a desjudicialização da política pública. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Orgs.). **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: CRV, 2018, p. 221.

⁴⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 88.

⁴⁵ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. **Novo contencioso cível no CPC/2015**: de acordo com o novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

⁴⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 94-95.

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. Atividade probatória. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Coleção doutrinas essenciais**: processo civil. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

⁴⁸ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova** – estratégia, eficiência e organização do processo. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 57.

⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 64.

⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194.

⁵¹ A exigir um “temperamento” em algumas situações. DIDIER JR., Fredie. **Cooperação Judiciária Nacional** – esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts.67-69, CPC). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 58.

Afirma-se, ainda, que as novas tecnologias podem tornar o processo mais eficiente⁵².

Sabe-se, porém, que a materialização dos resultados esperados⁵³ exige a remoção de diversos obstáculos e uma reforma estrutural profunda⁵⁴, a começar pela resistência de alguns juízes em observar os padrões decisórios vinculantes, fundamentar adequadamente as decisões, respeitar as convenções processuais, cumprir os prazos, entre outros.

Feitas todas essas considerações, é possível perceber a inegável conexão entre sanções premiaias e eficiência processual⁵⁵.

Isso porque, atraído por consequências jurídicas positivas, o indivíduo pode vir a adotar comportamentos capazes de otimizar a prestação jurisdicional, acelerar o processo e facilitar a resolução do mérito, incluindo a atividade satisfativa.

Muitas vezes as condutas adotadas também podem gerar um incremento de eficiência, não apenas sob a ótica pessoal (por exemplo, com a redução de custos e despesas relacionadas ao acompanhamento do processo e, eventualmente, de valores a serem desembolsados, em caso de derrota), mas também sob o prisma do Estado, já que a movimentação da máquina judiciária implica, por si só, elevados custos de estrutura, material pessoal de apoio, salários de funcionários, magistrados etc.⁵⁶

⁵² SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade de informação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista do Tribunais, nº 277, mar./2018, p. 542.

⁵³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 102.

⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 89.

⁵⁵ Como explica Freddie Didier Jr., às vezes a eficiência é importante para temperar determinadas regras processuais. DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 105.

⁵⁶ Um relatório completo sobre esses custos e despesas pode ser encontrado no Justiça em Números, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Para acessar a edição de 2020, ver <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 12.01.2021.

Apenas para que se tenha uma ideia, de acordo com dados do CNJ⁵⁷, em 2019 as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 100,2 bilhões, refletindo um aumento de 2,6% em relação a 2018. Tal aumento foi ocasionado principalmente pelas despesas com recursos humanos. Registre-se, ainda, que as despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, sendo que, em 2019, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 479,16 por habitante.

Nesse contexto, quando o executado efetua o pagamento do débito no prazo de 3 (três) dias para se beneficiar da redução do percentual de honorários (art. 827, § 1º, do CPC), o que se verifica, na prática, é a otimização da prestação jurisdicional e a maximização dos resultados (satisfação do crédito de forma mais eficiente, com menor dispêndio de recursos e de tempo, para os jurisdicionados e para o Estado).

Da mesma forma, quando o devedor quita a dívida objeto da ação monitória no prazo de 15 (quinze) dias para obter a isenção quanto às custas processuais (art. 701, § 1º, do CPC), a consequência imediata é a satisfação do direito do credor, com economia de recursos e de tempo, não apenas para os litigantes, mas também para o ente público.

Sob esse prisma, um processo que poderia se arrastar por anos, em um cenário de incerteza quanto à efetiva satisfação do crédito e de pesados custos para o Estado, pode ser resolvido em poucas semanas, com o adimplemento do débito e a redução dos custos operacionais do Judiciário.

A mesma lógica se aplica às convenções processuais⁵⁸, uma vez que as partes podem ajustar vantagens e benefícios para estimular

⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2020. Disponível em WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf (cnj.jus.br). Acesso em: 18.12.2020.

⁵⁸ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 115.

determinados comportamentos, ensejando uma prestação jurisdicional⁵⁹ mais eficiente⁶⁰, com economia de tempo e de esforços.

Não é difícil perceber, portanto, a importância de se valorizar as normas premiaias, não apenas por conta dos reflexos endoprocessuais, mas também pelos impactos nos custos da máquina judiciária.

3. Duração razoável do processo

Não é de hoje o problema da duração razoável do processo.⁶¹

Afirma-se que o primeiro registro remete ao ano de 1215, com a concepção da Carta Magna das Liberdades do Rei João, destacando-se o artigo 40⁶², embora se trate de marco temporal controvertido⁶³.

Sobre o tema, Barbosa Moreira⁶⁴ destaca que a demora na resolução dos conflitos é constatada desde o direito canônico, cuja lentidão, inclusive, teria levado o Papa Clemente V a editar bula específica sobre o assunto.

Com expressa previsão constitucional (art. 5º, LXXVIII) e infraconstitucional (por exemplo, arts. 4º, 6º e 139, II, 685, parágrafo

⁵⁹ MACHADO, Marcelo Pacheco. Comentários ao Art. 190. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords). **Código de Processo Civil anotado**. AASP e OAB/PR, 2019. Disponível em [capa-revista-cpc-comentado-oab-parana-1\(windows.net\)](http://capa-revista-cpc-comentado-oab-parana-1(windows.net)), p. 342. Acesso em: 18.01.2021.

⁶⁰ “Uma das vantagens mais evidentes dos acordos processuais é a eficiência processual”. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 194.

⁶¹ Para um amplo apanhado histórico, ver JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempetividade processual**. 2. ed. rev. e. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶² Art. 40 - “*To no one Will we sell, to no one Will we refuse or delay, righ or justice*”. Sobre o tema, ver PRIEBE, Víctor Saldanha. Tempo social e do direito como instrumentos de razoável duração do processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 282, ago./2018, p. 64.

⁶³ Frederico Koehler faz referência à disposição capitular 775 do Imperador Carlos Magno, no século VIII: “Quando o juiz demorar a proferir sentença, o litigante deverá instalar-se em casa dele e aí viverá da cama e mesa à custa dele”. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 21. Por sua vez, Antonio Carlos Marcato assinala que a preocupação com a celeridade remonta ao século XIII, tendo em vista que a Lei das Sete Partidas determinava que os juízes julgassem “*todos los pleitos con la brevedad posible*”, para “*dar justamente a los pleitos el fin más breve que pueda*”. MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. In: ZULEFATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22-23.

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema para a duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 369.

único, do CPC), o princípio da duração razoável do processo assegura a todos, em âmbito judicial e administrativo, meios que garantam a celeridade na tramitação dos feitos e a efetiva entrega da prestação jurisdicional.⁶⁵

Note-se, porém, que essa busca por celeridade não pode sacrificar outras garantias fundamentais⁶⁶, como, por exemplo, o contraditório⁶⁷, o devido processo legal⁶⁸ e a efetividade⁶⁹, uma vez que a duração razoável não goza de hierarquia frente aos demais preceitos constitucionais.⁷⁰

Até porque, duração razoável não significa que o processo não tenha pausas⁷¹ ou que tenha uma duração instantânea⁷².

Ainda que o tempo seja um inimigo do processo e caiba ao juiz travar contra ele uma luta sem tréguas⁷³, não se pode, sob o pretexto de tornar melhor a prestação jurisdicional, acelerá-la a qualquer preço⁷⁴.

⁶⁵ FREITAS, José Lebre. **Introdução ao Processo Civil**: conceito e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 125.

⁶⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e de amanhã. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 239, jan.2015, p. 421-430.

⁶⁷ “A busca da celeridade, que tem sido uma das principais metas da administração da justiça contemporânea, gera pressões sobre o contraditório”. SCHENK, Leonardo Faria. **Legitimidade Constitucional da cognição sumária**: limites impostos pelo contraditório participativo. Tese de doutoramento defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 63. Versão comercial da tese (SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição Sumária** – limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013).

⁶⁸ DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo no processo civil brasileiro**. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 19.

⁶⁹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil: a atipicidade dos meios executivos. In: JATAHY, Carlos Roberto; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; AYOUB, Luiz Roberto (Coords.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 120.

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito processo civil**. v. 1. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 98.

⁷¹ CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. In: **Il processo civile nello stato democratico - saggi**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 59.

⁷² CASTRO JR., Roberto Apolinário de. **Eficiência jurisdicional**: a razoável duração dos procedimentos frente às garantias constitucionais. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 73-74.

⁷³ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Nápoles: Morano, 1958, p. 354.

⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual Civil**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

Como lembra o ex-Ministro Ayres Brito⁷⁵, a duração razoável do processo não corresponde a uma obrigação de pisar no acelerador, mas sim de tirar o pé do freio.

Na realidade, o processo não pode demorar “nem um dia a mais, e nem um dia a menos, do que o tempo necessário para produzir um resultado justo”⁷⁶.

Atualmente, a própria garantia do devido processo legal se conecta à ideia de duração razoável⁷⁷, pois não pode conceber a tramitação de um processo com dilações indevidas⁷⁸, já que o tempo é “o primeiro indicativo de efetividade dos sistemas de justiça”⁷⁹.

Nesse particular, é clara a simbiose entre duração razoável do processo e sanções premiais.

Isso porque, muitos dos prêmios previstos em normas (legais ou convencionais) podem influenciar o indivíduo no seu processo de tomada de decisão, com repercussão direta na duração do processo ou mesmo na satisfação da atividade executiva.

Quando o legislador estabelece, por exemplo, uma redução de honorários para aquele que reconhece a procedência do pedido e cumpre a obrigação (art. 90, § 4º, do CPC), está, na prática, valorizando a duração razoável do processo⁸⁰, já que, se o comportamento indicado for adotado, a consequência prática será a extinção do processo de modo muito mais

⁷⁵ Voto proferido no RE 586.789, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 16.11.11.

⁷⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 88.

⁷⁷ THEODORO JR. Humberto. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 264.

⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à duração razoável do processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 223, set./2013, p. 52.

⁷⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91.

⁸⁰ “O artigo 90, § 4º, CPC é espécie de sanção premial voltada a estimular comportamentos que promovem a resolução antecipada da crise jurídica, evitando o prolongamento desnecessário da relação processual e prevenindo esforços das partes em juízo”. TJ/MG, APL 1.0000.19.003136-9/001, Rel. Des. Kildare Carvalho, Quarta Câmara Cível, Dje 31.05.2019.

célere (sem necessidade de produção de provas, de desenvolvimento de atividade cognitiva para proferir a sentença etc.).

Da mesma forma, quando a Fazenda Pública é liberada de pagar honorários no cumprimento de sentença que enseja expedição de precatório, se não oferecer impugnação (art. 85, § 7º, do CPC), o que se quer, na prática, é viabilizar o recebimento do montante pelo credor de modo mais célere, permitindo a satisfação da atividade executiva.

Ou seja, também sob o prisma da duração razoável do processo, é fácil perceber as vantagens das normas premiaias, não apenas no plano endoprocessual (para os litigantes), mas também para o próprio Estado, já que a abreviação do tempo do processo repercute diretamente nos custos da máquina judiciária.

4. Incentivo à autocomposição

De acordo com o CPC/15, compete ao juiz fomentar os métodos adequados de resolução de conflitos (arts. 3º, §§ 2º e 3º). Trata-se de comando imperativo, inserido no capítulo das normas fundamentais do processo civil, cuja ideologia está estampada ao longo do código (vide, por exemplo, art. 139, V).

Na mesma linha, a Lei nº 13.140/15 (Marco Legal da Mediação) estimula definitivamente a transformação da cultura do litígio pela cultura do diálogo⁸¹.

Existe, atualmente, em um microsistema de métodos adequados de resolução de conflitos, no qual também se insere a arbitragem.

Os influxos dessa nova mentalidade também repercutiram nas alterações do novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (2016), que prevê expressamente como dever do advogado

⁸¹ MAZZOLA, Marcelo. Mediação e Direito Intertemporal: duas leis em vacância e um convite à compatibilização. *Revista de Arbitragem e Mediação – RArb*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 46, jul./set./2015, p. 210.

estimular a qualquer tempo a conciliação e a mediação entre os litigantes (art. 2º, parágrafo único, VI).

Essa trajetória legislativa confirma a crescente valorização dos métodos adequados de resolução de conflitos e o maior engajamento da sociedade e da comunidade jurídica em geral, refletindo, de certa forma, o que Mauro Cappelletti⁸² já defendia há mais de duas décadas.

Quanto à relação entre sanções premiais e estímulo à autocomposição, o liame é de fácil visualização.

Isso porque, atraído por consequências jurídicas positivas (capazes de influenciar o seu processo de tomada de decisão), o indivíduo pode optar pela celebração de acordos, inclusive antes do escalonamento do próprio conflito.

Veja-se, por exemplo, o artigo 29 da Lei de Mediação, que estabelece que, uma vez solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

Na mesma vereda, o artigo 90, § 3º, do CPC dispõe que, se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver.

Ainda que tais prêmios legais sejam módicos (especialmente o art. 29 da Lei de Mediação) e devam ser repensados (viabilizando o seu incremento), não se pode negar que servem de estímulo à autocomposição.

Note-se que, além dos reflexos para os litigantes (obtenção de benefícios legais e as próprias vantagens decorrentes da solução consensual x decisão adjudicada), a celebração de acordos pode viabilizar a extinção dos processos, o que também gera economia de recursos para o Estado (custos operacionais do Judiciário).

⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni Della Giustizia Nelle Società Contemporanee*: studio di diritto giudiziario comparato. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 168-183.

5. Cooperação

Cooperação vem do verbo latino *cooperari* e traduz a ideia de trabalhar em conjunto, obrar simultaneamente para determinado fim.

No plano processual, é possível pensar na cooperação entre órgãos do Poder Judiciário⁸³, entre juiz e árbitro⁸⁴, entre juiz e partes⁸⁵, entre as próprias partes (ex: convenções processuais), além de outras situações⁸⁶.

Neste tópico, será abordada apenas a cooperação sob o prisma das partes “entre si” (art. 6º do CPC).

Em linhas gerais, a atividade cooperativa assenta-se na ideia de um procedimento *fair*, valorizando-se a lealdade, o respeito e a confiança na prestação jurisdicional.

Nesse compasso, a cooperação favorece a criação de um canal de diálogo capaz de permitir a interação de ideias, interesses e posições. As próprias convenções processuais (tema do capítulo 5) são a maior expressão do espírito colaborativo que deve permear a relação processual.

Não se trata, obviamente, de contribuir para a vitória do adversário, mas sim atuar de forma proba, ética, leal, inclusive interagindo com a parte contrária quando houver convergência de interesses (como, por exemplo, na escolha consensual do perito, do mediador, do depositário, na delimitação consensual das questões de fato e de direito etc.).

⁸³ DIDIER JR., Fredie. **Cooperação Judiciária Nacional** – esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC). Salvador: JusPodivm, 2020.

⁸⁴ MAZZOLA, Marcelo. É possível a realização de atos concertados entre o Judiciário e o Juízo Arbitral? Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/293183/e-possivel-a-realizacao-de-atos-concertados-entre-o-judiciario-e-o-juizo-arbitral>. Acesso em: 19.01.2021.

⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil** – Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁸⁶ Para uma visão mais ampla do tema, ver MAZZOLA, Marcelo. **Tutela Jurisdicional Colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017.

Essa aproximação, longe de retirar o caráter bélico do processo, viabiliza ganhos recíprocos e muitas vezes pode contribuir para otimizar a prestação jurisdicional.

Não há dúvidas de que o desenvolvimento do processo sobre bases colaborativas afigura-se fundamental para o incremento das sanções premiais, pois algumas normas (sejam legais ou convencionais) – para serem concretizadas – exigem essa interação entre os sujeitos processuais.

Com efeito, para que os indivíduos possam se beneficiar do prêmio, muitas vezes é necessária uma harmonização prévia ou, no mínimo, uma atuação com foco convergente.

Sob o prisma legal, cabe mencionar a dinâmica da ação de dissolução parcial de sociedade (599 a 609 do CPC). De acordo com o artigo 601 do CPC, os sócios e a sociedade serão citados para, no prazo de 15 (quinze) dias, *concordar* com o pedido ou apresentar contestação. No caso de manifestação expressa e unânime pela concordância da dissolução, o artigo 603 estabelece que o juiz a decretará, passando-se imediatamente à fase de liquidação, sendo certo que, nessa hipótese, *não haverá condenação em honorários advocatícios de nenhuma das partes* e as custas serão rateadas segundo a participação das partes no capital social.

Ou seja, a isenção dos honorários advocatícios e o rateio proporcional das custas podem aproximar as partes e estimular um alinhamento quanto ao pedido de dissolução, permitindo que controvérsia fique circunscrita à apuração dos valores devidos.

Além da própria sanção premial (isenção dos honorários advocatícios), essa conduta cooperativa repercute nos demais custos do processo (evitando despesas com produção de provas, recursos etc.) e

reduz o próprio tempo de tramitação da demanda⁸⁷, refletindo, ainda, nos custos para o Estado (movimentação da máquina judiciária).

6. Primazia de mérito

A ideia de primazia de mérito está intimamente ligada ao princípio da cooperação (em sua faceta de dever de prevenção) e objetiva, na prática, dar concretude ao artigo 4º do CPC/15, que estabelece que as partes têm direito à solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Em linhas gerais, a ideia é viabilizar, sempre que possível, a entrega da prestação jurisdicional, afastando eventuais óbices e vícios processuais.

Essa preocupação do legislador em assegurar uma decisão de mérito e a satisfação da execução é externada em vários dispositivos do código.⁸⁸ Como destaca a doutrina, o objetivo do processo é solucionar o conflito⁸⁹ e a sentença que não julga o mérito “é frustrante e inócua”⁹⁰, assim como é ineficaz uma execução não satisfeita⁹¹.

Sob essa ótica, quando o legislador estabelece prêmios para estimular as partes a alcançarem uma composição amigável (isenção de custas processuais remanescentes – art. 90, § 3º) ou ainda para viabilizar uma prestação jurisdicional mais célere (redução de honorários – art. 90, § 4º), ensejando, em ambos os casos, a prolação de decisão com resolução de

⁸⁷ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova** – estratégia, eficiência e organização do processo. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 63.

⁸⁸ Arts. 64, § 4º, 76, 139, IX, 282, *caput*, §§ 1º e 2º, 186, § 2º, 303, § 6º, 317, 319, §§ 2º e 3º, 321, 329, II, 331, 338, 339, 352, 485, § 7º, 488, 700, § 5º, 775, parágrafo único, II, 932, parágrafo único, 938, §§ 1º e 2º, 968, § 5º, 972, 1.007, §§ 2º, 4º, 6º e 7º, 1.013, § 3º, incisos I a IV, § 4º, 1.017, § 3º, 1.024, § 5º, 1.027, § 2º, 1.029, § 3º, 1.031, §§ 2º e 3º, 1.032, *caput* e parágrafo único, 1.033, 1.041, § 2º, e 1.044, § 2º.

⁸⁹ REICHELTL, Luís Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**. Revista dos Tribunais: São Paulo, n.º. 258, ago./2016, p. 48-49.

⁹⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa (prefácio). In: TESHEINER, José Maria Rosa, THAMAY Rennan Faria Krüger. **Pressupostos Processuais e nulidades no novo processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁹¹ LEMOS, Vinícius Silva. A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/15. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral); TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). **Medidas Executivas Atípicas** – Coleção Grandes temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 485-487.

mérito, prestigia diretamente a ideia de primazia de mérito (“solução integral do mérito”).

Da mesma forma, quando o legislador prevê consequências jurídicas positivas para estimular a satisfação do crédito (isenção de custas ou redução de honorários – ex: arts. 701, § 1º e 827, § 1º), valoriza a solução da atividade executiva.

Em todas essas situações, existem ganhos endoprocessuais para os litigantes e, ao mesmo tempo, vantagens para o Estado, já que, como visto, a abreviação de um processo gera economia de tempo e de recursos.

7. Boa-fé

Como se sabe, a boa-fé é norma fundamental aplicável a todas as relações jurídicas, cuja noção decorre essencialmente do direito privado, especialmente do campo negocial e dos contratos.

Embora estivesse regulada em legislações anteriores (Código Comercial de 1850⁹², Código Civil de 1916⁹³, Código de Defesa do Consumidor⁹⁴, Lei nº 9.784/99⁹⁵, entre outras⁹⁶), ainda que sob diferentes conotações, o grande ápice de valorização da boa-fé adveio com o Código Civil de 2002⁹⁷.

Isso porque, a boa-fé passou a ser considerada não apenas em casos de ignorância escusável (aspecto subjetivo), mas também como fonte de deveres autônomos nas relações contratuais (aspecto objetivo), por

⁹² Art. 131. - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

⁹³ Vide, por exemplo, arts. 112, 221, 255, parágrafo único, 337, 490, 491, entre outros.

⁹⁴ Art. 4, III, e 51, IV.

⁹⁵ Art. 2º, parágrafo único, IV, e 4º, II.

⁹⁶ Lei nº 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica), especialmente arts. 1º, § 2º, 2º, II, e 3º, V.

⁹⁷ Vale registrar que a Lei da Liberdade Econômica alterou o Código Civil, incluindo o § 1º e incisos ao art. 113. Art. 113. (...) § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: III - corresponder à boa-fé.

intermédio de cláusula geral no prólogo das normas de direito contratual⁹⁸.

Com isso, acentuou-se a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A primeira denota estado de consciência, importando a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou a sua íntima convicção⁹⁹, isto é, a crença do indivíduo de que seu comportamento está em conformidade com o direito e que de nenhum modo ofende aos direitos de outrem¹⁰⁰. Uma espécie de “não consciência do injusto”¹⁰¹.

Já a boa-fé objetiva pressupõe um padrão objetivo de conduta, de lealdade, transparência e, ao contrário da boa-fé subjetiva, o estado de ânimo e a intenção dos agentes não têm qualquer relevância¹⁰². É algo externo ao agente e compreende um comportamento marcado por padrões de correção, de probidade e eticamente recomendável¹⁰³.

Em boa hora, o CPC/15 alçou a boa-fé (objetiva)¹⁰⁴ à norma fundamental do processo civil (art. 5º). Assim, todo aquele que participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé, o que abrange não apenas os litigantes, mas todos os demais sujeitos, como auxiliares do juiz, advogados, terceiros intervenientes, instituições públicas ou privadas, *amici curiae* etc.

No contexto do novo diploma processual, a boa-fé também repercute na interpretação dos pedidos e na construção dos pronunciamentos

⁹⁸ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53.

⁹⁹ MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-252.

¹⁰¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. 3. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 411.

¹⁰² KHOURI, Paulo R. Roque A. O direito contratual no novo Código Civil. **Enfoque Jurídico** – Suplemento Informe do TRF da 1ª Região, nº 105, out./2001, p. 4.

¹⁰³ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 252.

¹⁰⁴ Enunciado 374 do FPPC: “O art. 5º prevê a boa-fé objetiva”.

judiciais (arts. 322, § 2º, e 489, § 3º), trazendo, ainda, reflexos na fase recursal (art. 1.013, § 3º, II) e na ação rescisória (art. 966, V).

Na percepção de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁰⁵, a boa-fé no processo não é um conceito vago – de interpretação subjetiva – e compreende duas funções precípuas: i) estabelecer comportamentos probos e éticos aos diversos personagens do processo; e ii) restringir ou proibir a prática de atos considerados abusivos.

De um modo geral, a doutrina reconhece que a boa-fé processual é um valor que embasa todo o ordenamento jurídico¹⁰⁶ e suas raízes podem ser encontradas no texto constitucional.

Há quem associe a boa-fé processual à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)¹⁰⁷, como fiadora do princípio da confiança legítima¹⁰⁸, e aqueles¹⁰⁹ que invocam o artigo 3º, I, da Constituição Federal como seu fundamento constitucional – dever de *solidariedade* –, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade.

Costuma-se fazer também um paralelo entre *boa-fé processual* e contraditório¹¹⁰, e ainda ao *devido processo legal*, de modo a assegurar um

¹⁰⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos artigos 1 a 15º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

¹⁰⁶ PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 51.

¹⁰⁷ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 282.

¹⁰⁸ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 231 e seguintes.

¹⁰⁹ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 186 e seguintes.

¹¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 126. ago./2005, p. 63-76. Para o doutrinador, como o direito ao contraditório não pode ser exercido ilimitadamente, o respeito à boa-fé objetiva é exatamente um desses limites.

processo com todas as garantias¹¹¹, o que, aliás, reflete o posicionamento do Supremo Tribunal Federal¹¹².

Na realidade, o princípio da boa-fé processual tem uma relação de complementariedade¹¹³ com a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, o devido processo legal e o contraditório, sendo considerado o grande fundamento de todos os princípios constitucionais do processo¹¹⁴.

Nesse sentido, como vetor interpretativo de outras normas e corolário do processo leal, a boa-fé cria para todos os sujeitos processuais “uma imposição de atuar”¹¹⁵ em consonância com os fins do processo. Até porque, sempre que alguém se desgarra da linha de probidade esperada e/ou cruza as fronteiras da lealdade, passa a flertar com a ilegalidade e a abusividade.

Sob esse prisma, pode-se afirmar que a boa-fé também se conecta diretamente às sanções premiais, pois, sem o comportamento leal dos envolvidos, a própria finalidade dos prêmios seria corrompida.

Afinal, de nada adiantariam os benefícios legais, se o destinatário não age com boa-fé e tenta burlar o espírito da norma e protelar a atividade jurisdicional.

Por exemplo, o artigo 916 do CPC/15 prevê que, se o executado, no prazo dos embargos, reconhecer o crédito do exequente e comprovar o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, poderá parcelar o restante do débito em até 6 (seis) parcelas mensais.

¹¹¹ PICÓ I JUNOY, Joan. El debido proceso legal: reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, Lima, n.º. 9, 2006, p. 341 e seguintes.

¹¹² STF, RE n.º 464.963/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.06.2006.

¹¹³ PINTER, Rafael Wobeto. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º. 253, mar./2016, p. 135.

¹¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21.

¹¹⁵ VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 170.

A previsão é interessante e materializa inegável benefício processual, pois permite ao executado, independentemente de consentimento do exequente, o melhor gerenciamento e provisionamento dos pagamentos. Ao exercer tal opção, parte-se da presunção que o executado está de boa-fé e terá condições de honrar os pagamentos futuros.

Nesse contexto, viola a boa-fé o executado que paga 30% (trinta por cento) do débito para ter o direito de parcelar o restante em seis vezes, quando sabe, de antemão, que não terá condições de honrar as prestações posteriores e, mesmo assim, exerce a opção para tumular o processo e embaçar a execução. Tal conduta é reprovável e não faz o menor sentido.

Até porque, a consequência prática será o vencimento das parcelas subsequentes, com o prosseguimento do processo e o imediato reinício dos atos executivos, incluindo a condenação do executado ao pagamento de “multa de dez por cento sobre o valor das prestações não pagas” (art. 916, § 5º, I e II).

Sob outro prisma, a boa-fé é ingrediente indispensável na negociação, execução e interpretação de convenções processuais¹¹⁶ (arts. 113 e 422 do Código Civil).

Considerações finais

Conforme restou demonstrado, existe uma forte simbiose entre sanções premiaias e normas fundamentais do processo civil. Com efeitos, os prêmios podem maximizar a eficiência processual, contribuir para a duração razoável do processo, prestigiar os métodos autocompositivos, valorizar a cooperação, fomentar a boa-fé, entre outros.

Na prática, as sanções premiaias ajudam a dar concretude às normas fundamentais do processo civil.

¹¹⁶ Sobre a ideia de obrigação como processo, valorizando-se a autonomia da vontade, a boa-fé e o dinamismo das relações, ver SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

Da mesma forma, as sanções premiaias são consentâneas com as funções do processo (existe um interesse público na resolução de conflitos; há constante preocupação com os custos do Judiciário e com o tempo de duração das demandas, entre outros aspectos inerentes à atividade jurisdicional).

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva dos direitos individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. In: DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009.
- ARRUDA ALVIM, Teresa (prefácio). In: TESHEINER, José Maria Rosa, THAMAY Rennan Faria Krüger. **Pressupostos Processuais e nulidades no novo processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. **Novo contencioso cível no CPC/2015**: de acordo com o novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova** – estratégia, eficiência e organização do processo. Salvador: JusPodivm, 2019.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: BARBORA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a efetividade do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema para a duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual Civil**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. Atividade probatória. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Coleção doutrinas essenciais**: processo civil. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas** – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

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

CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 126. ago./2005.

CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa**: seis lições brasileiras. Trad. Daniel Mitidiero, Bibiana Gava, Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 223, set./2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

- CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensioni Della Giustizia Nelle Società Contemporanee**: studio di diritto giudiziario comparato. Bologna: Il Mulino, 1994.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos artigos 1 a 15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Nápoles: Morano, 1958.
- CASAGRANDE, Érico Vinicius Prado. Efetividade do direito e eficiência do Judiciário. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgência de tutela**. Curitiba: Juruá, 2008.
- CASTRO JR., Roberto Apolinário de. **Eficiência jurisdicional**: a razoável duração dos procedimentos frente às garantias constitucionais. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- CIPRIANI, Franco. **I problemi del processo di cognizione tra passato e presente**. In: **Il processo civile nello stato democratico - saggi**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). **Normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 233, jul./2014.
- DIDIER JR., Fredie. **Cooperação Judiciária Nacional** – esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts.67-69, CPC). Salvador: JusPodivm, 2020.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 17 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo no processo civil brasileiro**. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC/RJ, nº 31, jul./dez. 2007.

FRANCO, Fernão Borba. **Processo Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, José Lebre. **Introdução ao Processo Civil**: conceito e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e Tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempetividade processual. 2. ed. rev. e. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KHOURI, Paulo R. Roque A. O direito contratual no novo Código Civil. **Enfoque Jurídico** – Suplemento Informe do TRF da 1ª Região, nº 105, out./2001.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

LEMOS, Vinícius Silva. A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/15. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral); TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). **Medidas Executivas Atípicas** – Coleção Grandes temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2018.

LIGERO, Gilberto Notário. **Sanções Processuais por Improbidade na Execução Civil**. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Comentários ao Art. 190. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords.). **Código de Processo Civil anotado**. AASP e OAB/PR, 2019. Disponível em capa-revista-cpc-comentado-oab-parana-1 (windows.net), p. 342. Acesso em: 18.01.2021

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra dispersão da jurisprudência excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. In: ZULEFATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZZOLA, Marcelo. **Tutela Jurisdicional Colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017.

MAZZOLA, Marcelo. Medição e Direito Intertemporal: duas leis em vacância e um convite à compatibilização. **Revista de Arbitragem e Mediação – RArb**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 46, jul./set./2015.

MAZZOLA, Marcelo. É possível a realização de atos concertados entre o Judiciário e o Juízo Arbitral? Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/293183/e-possivel-a-realizacao-de-atos-concertados-entre-o-judiciario-e-o-juizo-arbitral>. Acesso em: 19.01.2021.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil: a atipicidade dos meios executivos. In: JATAHY, Carlos Roberto; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; AYOUB, Luiz Roberto (Coords.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. Mecanismos de consenso no direito administrativo e sua contribuição para a desjudicialização da política pública. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Orgs.). **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: CRV, 2018.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. 3. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil** – Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 4, p. 252-253, jul./dez. 2009.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. El debido proceso legal: reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, Lima, n.º. 9, 2006.

PINTER, Rafael Wobeto. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º. 253, mar./2016.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

PRIEBE, Victor Saldanha. Tempo social e do direito como instrumentos de razoável duração do processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 282, ago./2018.

RAMOS, Glauco Gumerato. Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e de amanhã. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 239, jan.2015.

REICHELDT, Luís Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**. Revista dos Tribunais: São Paulo, n.º. 258, ago./2016.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade de informação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista do Tribunais, nº 277, mar./2018.

SCHENK, Leonardo Faria. **Legitimidade Constitucional da cognição sumária**: limites impostos pelo contraditório participativo. Tese de doutoramento defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição Sumária** – limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Marcus Seixas. **Normas processuais consuetudinárias**: história, teoria e dogmática. Salvador: JusPodivm, 2019.

TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Coords.). **Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente**. Valencia: Universidad de Valencia, 2008.

THEODORO JR. Humberto. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

O fenômeno do ativismo jurídico e a responsabilidade do fornecedor de produtos alimentícios contaminados numa perspectiva jurisprudencial do STJ

*Mateus Tramontina **

Introdução

O presente estudo analisará o posicionamento minoritário adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em relação a aquisição de produtos alimentícios contaminados com corpo estranho.

A referida análise encontra relevância no fato de como a violação do princípio da dignidade, insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pode desencadear uma eventual condenação por danos morais no âmbito consumerista. Dessa forma, um dos objetivos deste trabalho é demonstrar como esse princípio floresce em questões relacionados à alimentação, numa abordagem jurídico-normativa.

Nesse contexto, inicialmente será abordado o significado de ser consumidor e quais as consequências jurídicas dessa condição. Feito isso, se demonstrará as consequências jurídicas de ser consumidor no ordenamento jurídico pátrio.

Superadas essas circunstâncias iniciais, a pesquisa apresentará uma análise comparativa das antigas teses jurisprudências números 02 e 03, as quais serviram para consolidar as duas correntes que versam sobre a aquisição de produtos alimentícios contaminados com corpo estranho.

* Mestrando em Direito com área de concentração em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista Cenicista de Farroupilha (CESF). Advogado.

Após o quadro comparativo apresentado, o estudo se voltará ao ativismo jurídico como uma tentativa para justificar o entendimento minoritário da questão, que tramita junto ao Superior Tribunal de Justiça. Isso porque, onde se observa uma violação à um direito fundamental, por consequência, ocorre uma inevitável violação da dignidade do ser humano.

Ressalta-se que o presente estudo é de extrema relevância, pois, por meio do ativismo judicial, visa-se expor a importância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana frente a questões jurídicas, relacionadas ao Direito do Consumidor.

1. O significado de ser consumidor e as consequências jurídicas dessa condição

Para apresentar o significado de ser consumidor e, conseqüentemente, expor as consequências jurídicas dessa condição, insta caracterizar a relação de consumo, verificando a razão do seu eventual desequilíbrio e apontar os participantes da mesma.

A relação de consumo se caracteriza pelo vínculo entre o consumidor, que pode ser pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final¹; e o fornecedor, caracterizado como pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como aquele despersonalizado, que desenvolve “atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”² com habitualidade e que visa exclusivamente a percepção de lucro. Desse modo, havendo relação de consumo, aplica-se o Código de Defesa do

¹ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

² Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Consumidor, informação elementar que merece ser guardada, pois será revisitada posteriormente.

Ainda sobre a relação de consumo, considerando que o fornecedor é o responsável por toda cadeia de produção em sentido amplo, verifica-se que esse encontra-se numa posição privilegiada em comparação ao consumidor. Sobre o tema, Bruno Miragem³ afirma que:

A desigualdade, *in casu*, reside na posição favorecida do fornecedor em relação ao consumidor, sobretudo em razão de um pressuposto poder econômico ou técnico mais significativo, que corresponderá, necessariamente, a uma posição de fragilidade e exposição do consumidor, o que se convencionou denominar de vulnerabilidade deste em relação àquele.⁴

Assim, partindo da premissa que a relação de consumo é desajustada, com intuito de minorar essa condição existente entre consumidor e o fornecedor, o direito reconheceu ao primeiro, desde que pessoa física, a presunção de vulnerabilidade⁵, condição que servirá como balizador para determinar “se as normas de direito do consumidor devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas”.⁶

Quanto à vulnerabilidade, Claudia de Lima Marques⁷ preconiza que a referida condição se caracteriza por uma situação provisória, que fragiliza e enfraquece o sujeito de direitos, integrante da relação desequilibrada, por conseguinte, trata-se de uma técnica que serve de guia para normas

³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 61.

⁴ *Ibidem*.

⁵ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 103.

⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 128.

⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 323.

protetivas, utilizadas para reequilibrar a relação entre consumidor e fornecedor.⁸

Salienta-se que artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor⁹ prevê que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo é um dos princípios que regerá a Política Nacional das Relações de Consumo, sendo o instituto reconhecido como peça fundamental do direito do consumidor¹⁰.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor define o consumidor em quatro dispositivos diferentes (padrão ou standard; o consumidor equiparado; as vítimas de acidente de consumo ou *bystander*; e a coletividade), “e não é definido apenas sob a ótica individual, como sujeito de direitos individuais, mas também sob a ótica meta ou transindividual ou de grupo.”¹¹

Relativamente às diferentes modalidades de consumidor presentes no Código de Defesa do Consumidor, inicia-se a abordagem pelo padrão ou “standard”, definição que se encontra consolidada no artigo 2º¹². Com base no artigo do diploma consumerista que caracteriza essa modalidade de consumidor, o desafio repousa na interpretação da expressão destinatário final, que corresponde ao consumidor que retira o produto do mercado, exaurindo também sua vida econômica, não voltando a reempregá-lo em qualquer atividade profissional.¹³

⁸ *Ibidem*.

⁹ BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Congresso**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm>. Acesso em: 30 mai.2018.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 103.

¹¹ *Ibidem*. p. 98.

¹² Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 157.

Outrossim, merece destaque também a figura do consumidor equiparado, designação preconizada no artigo 2º, Parágrafo Único do Código de Defesa do Consumidor¹⁴, que equipara “a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”¹⁵

Inobstante, outra modalidade de consumidor equiparado são as vítimas de acidente de consumo, prevista no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶. Ou seja, garante-se ao terceiro, que tenha sido vítima de um dano no mercado de consumo, e cuja responsabilidade se atribua ao fornecedor, a qualidade de consumidor e, conseqüentemente, a proteção indicada pelo regime de responsabilidade civil extracontratual do CDC.¹⁷

Por último, tem-se a categoria de consumidor relacionado à coletividade ou àqueles expostos às práticas comerciais, estabelecida no artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁸ Trata-se do dispositivo legal que inaugura o capítulo que refere acerca das práticas comerciais, bem como garante ao consumidor a proteção contratual.

Assim, diante da caracterização e reconhecimento da condição de consumidor, bem como as consequências jurídicas do reconhecimento dessa conjunção, imperioso dispor que o artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor¹⁹ estabelece uma série de direitos básicos ao consumidor, que

¹⁴ Art. 2º [...] Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 115.

¹⁶ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 160.

¹⁸ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nela previstas.

¹⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais,

vão desde a proteção da vida, saúde e segurança contra riscos provocados por produtos perigosos, perpassando pela facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, desde que verossímil sua alegação ou quando provar ser hipossuficiente.

Em relação aos direitos básicos do consumidor previstos no artigo 6º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, assim como determina a legislação consumerista, consagrou-se o direito à vida, saúde e segurança como os mais básicos e mais importantes dos direitos do consumidor. Isso porque, o consumidor vive numa sociedade de riscos, composta por muitos produtos e práticas comerciais efetivamente perigosos e danosos a esse.²⁰ Em razão da relação que os referidos direitos têm entre si, é compreensível que o Código os aborde de forma conjunta, uma vez que os mesmos militam pela proteção da condição física e psicológica do consumidor. Diante da importância do reconhecimento a proteção à vida, saúde e segurança do consumidor, destacam-se os desdobramentos dessas premissas.

Certo é que, ao garantir o direito à vida do consumidor, reconheceu-se a necessidade da proteção da integridade física e moral desse sujeito. A sua eficácia decorre das relações de consumo que tenham por objeto a prestação de serviço ou fornecimento de produtos que tenham influência na saúde dos consumidores.²¹

bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.

²⁰MARQUES, Claudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 74.

²¹MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 211.

Na mesma esteira, ao tratar a respeito do direito à saúde, pode-se considerar que ao consumidor devem ser ofertados somente produtos dotados de condições adequadas à preservação de sua integridade física e psíquica.²²

Dessa forma, no que diz respeito do direito à segurança, Cláudia Lima Marques²³ corrobora com a exposição citada acima estabelecendo que o “direito básico de segurança é um fundamento único ou fonte única do dever de segurança ou de cuidados dos fornecedores quando colocam produtos e serviços no mercado brasileiro.”²⁴

Em razão do direito à proteção da vida, saúde e segurança do consumidor, se afloram algumas noções preliminares a respeito do direito à alimentação, garantia que se encontra estabelecida no rol dos direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁵.

Não podia ser diferente, uma vez que o ato de ingerir alimentos é estritamente necessário para a subsistência e manutenção vital do ser vivo, sendo considerada uma necessidade humana básica. Por essa razão, a alimentação deve ser considerada como algo sagrado, a medida que todo alimento ingerido pelo ser humano, passa a fazer parte do seu organismo.

Em virtude da importância dos alimentos para os seres vivos, em especial para os seres humanos, se espera que os mesmos não gerem qualquer risco para saúde física e psíquica do consumidor. Contudo, não é isso que se verifica na prática, uma vez que a jurisprudência brasileira

²² *Ibidem*. p. 212.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 74.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ 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.

apresenta inúmeros casos em que os alimentos adquiridos encontravam-se contaminados com algum corpo estranho em seu interior. Assim, o presente estudo se debruçará acerca das antigas teses jurisprudenciais n° 02 e n° 03, as quais deram origem a duas correntes no Superior Tribunal de Justiça.

2. Análise das correntes do Superior Tribunal de Justiça que tratam sobre alimentos contaminados com corpo estranho

As antigas teses jurisprudenciais n° 02 e n° 03, do Superior Tribunal de Justiça se tornaram correntes que tramitam na referida Corte são as premissas que originam o estudo proposto.

Assim, considerando que as antigas teses jurisprudências 02 e 03 do Superior Tribunal de Justiça têm relação com produtos do gênero alimentício disponíveis no mercado de consumo, é necessário apresentar algumas noções preliminares a respeito do direito à alimentação.

Inicialmente, o artigo 25, da Declaração de Direitos do Homem de 1948²⁶, prevê que todo o ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família o direito à alimentação. Nesse contexto, o direito à alimentação encontra-se igualmente estabelecido no rol dos direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6°, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁷.

Não podia ser diferente, uma vez que a alimentação é condição estritamente necessária para a subsistência e manutenção vital de qualquer ser vivo e, por tal motivo, é considerada uma necessidade humana básica.

²⁶ Artigo XXV. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

²⁷ Art. 6° 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.

Assim, segundo Ingo Wolfgang Sarlet²⁸, a alimentação, assim como os demais direitos sociais versados e expressamente consagrados na Constituição da República Federativa de 1988, repousam na necessidade de preservar a própria vida humana, numa sobrevivência que atenda os mais elementares padrões da dignidade.²⁹ Corroborando a proposição estabelecida acima, preconiza-se que:

Ora, tanto a alimentação (ato voluntário de ingestão de alimentos) quanto a nutrição (aproveitamento corporal humano por processos fisiológicos compostos químicos contidos nos alimentos ingeridos) estão umbilicalmente ligadas à vida digna do ser humano, [...].³⁰

Desse modo, partindo das premissas de que a alimentação é um direito fundamental, ligado a dignidade da pessoa humana, a presente análise relaciona o mesmo a proteção do consumidor, o qual igualmente integra o rol das garantias fundamentais previstas no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³¹.

Assim, ao ter a garantia do direito à vida, à saúde e segurança, o consumidor depreende que, apesar de um direito social, a alimentação deve ser segura. Tanto é assim que, reconheceu-se a necessidade da proteção de sua integridade física e moral do consumidor.

Feitas essas considerações, passa-se a tratar sobre as antigas teses jurisprudenciais. A antiga tese jurisprudencial número 02, do Superior Tribunal de Justiça, considera que a mera aquisição de produto

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015. p. 318.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. Confiança alimentar e nutricional: cuidar e legitimar. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-12/garantias-consumo-confianca-alimentar-nutricional-cuidar-legitimar>>. Acesso em: 14. abr. 2021.

³¹ 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: [...]; XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

considerado impróprio para o consumo, em razão da existência de corpo estranho, sem a ingestão do seu conteúdo, não revelaria sofrimento capaz de ensejar a indenização por danos morais. Em outras palavras, o consumidor somente faria jus a indenização por danos morais, caso deglutisse o alimento contaminado.

Entretanto, a partir desse entendimento, surge a circunstância que, salvo melhor juízo, considera-se uma incongruência jurisprudencial e legal. Isso porque, a título exemplificativo, ao adquirir um produto alimentício, como um chocolate, e previamente a sua ingestão, o consumidor constata a existência de larvas de inseto em seu interior, razão pelo qual deixa de consumir o referido produto. Nesse caso, com base no entendimento ventilado acima, sendo o chocolate inadequado para o fim que se destina, o consumidor não faria jus a indenização por danos morais, mas sim exposto a um vício do produto, conforme determina o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor³².

Destarte, sendo o produto alimentício considerado “viciado”, a título de responsabilidade civil, o consumidor poderia exigir do fornecedor as

³² Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. § 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor. § 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. § 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo. § 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor. § 6º São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

alternativas previstas no artigo 18, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, que são: a) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; b) a restituição imediata da quantia paga; c) o abatimento proporcional do preço, o que significa que o consumidor permanecerá com o produto inadequado para o consumo.

Assim, apesar de não haver um dano direto a pessoa do consumidor, numa interpretação baseada nos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil, as soluções previstas no artigo 18, §1º, do Código de Defesa do Consumidor não se mostram suficientes, uma vez que, restou violado direito básico da segurança do consumidor, havendo uma exposição à potencial risco de ocorrência de dano a sua saúde e vida, sendo considerado o direito fundamental da alimentação.

Nesse sentido, Marcos Catalan³³ apresenta uma série de controvérsias em relação a aplicação da antiga tese jurisprudencial nº 2, do Superior Tribunal de Justiça que merecem destaque. A primeira delas relaciona-se com o pressuposto equivocado de que o sofrimento seria elemento necessário, sem o qual não haveria de se falar em indenização por dano extrapatrimonial; a segunda delas estabelece que, ao produzir e/ou comercializar produtos impróprios para o consumo, a responsabilidade sem dano manifesta-se de forma irrefutável em razão da infração de deveres éticos³⁴. Nesse contexto, deve ser evidenciada as possibilidades de responsabilidade sem dano mapeadas pelo doutrinador citado acima, as quais são: o dano ambiental futuro; o lucro ilícito; a

³³ CATALAN, Marcos. A simples aquisição do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de corpo estranho, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela sofrimento capaz de ensejar indenização por danos morais. In: MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; MIRAGEM, Bruno. **Teses jurídicas dos tribunais superiores: Direito do consumidor I**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p.41-44.

³⁴ *Ibidem*.

responsabilidade pressuposta; a exposição ao perigo; e a violação de deveres éticos sem danos que possam ser aferidos em concreto.³⁵

Certo é que, ao garantir a indenização por danos morais, baseando-se premissa da antiga tese jurisprudencial nº 02, atualmente corrente majoritária do Superior Tribunal de Justiça, ignora-se que “na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção de riscos”³⁶, riscos esses desencadeados numa medida até então desconhecida, oriundos de forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização.³⁷

Em contrapartida, a antiga tese jurisprudencial nº 03, corrente minoritária do Superior Tribunal de Justiça, aponta numa direção antagônica àquela estabelecida acima. Eis que a mesma estabelece que, a aquisição de produto alimentício que contenha em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor a risco concreto de lesão a sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, seria condição suficiente para gerar direito à indenização por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação.

Registre-se que, ao fundamentar seu voto, a nobre Ministra preconiza que: “O dano indenizável, por conseguinte, decorre do risco a que fora exposto o consumidor e ele não se limita ao aspecto material, consubstanciado na devolução do preço pago pelo produto.”³⁸

³⁵ CATALAN, Marcos. A simples aquisição do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de corpo estranho, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela sofrimento capaz de ensejar indenização por danos morais. In: MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; MIRAGEM, Bruno. **Teses jurídicas dos tribunais superiores: Direito do consumidor I**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 44.

³⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: 34. 2011. p. 23.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1454255 PB 2014/0107613-1, Agravante: Brasil Kirin Indústria de Bebidas S/A. Agravado: Joao Batista Andre da Costa. Relatora: Min^a. Nancy Andrighi, Brasília, 21 ago. 2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=36812059&tipo_documento=documento&num_registro=201401076131&data=20140806&formato=PDF >. Acesso em: 14. abr. 2021.

Todavia, a antiga tese jurisprudencial n° 03 do Superior Tribunal de Justiça, não está imune aos requisitos previstos na legislação que trata a respeito da responsabilidade civil. Isso porque, conforme já exposto acima, a responsabilidade civil consumerista é baseada na conduta, no defeito do produto, no nexó de causalidade, e no dano. Assim, especificamente, em relação ao dano, o artigo 944 do Código Civil Brasileiro³⁹ determina que a indenização se medirá de acordo com a extensão do dano.

Dessa forma, baseando-se na legislação que rege a matéria que trata a respeito da responsabilidade civil, a rigor, não haveria de se falar em indenização por danos morais em razão da aquisição de produtos alimentícios contaminados, diante da ausência de ingestão.

Por sua vez, a partir de uma interpretação constitucional, parece que as considerações apresentadas pela Ministra Nancy Andrighi⁴⁰ são adequadas e vão ao encontro os fundamentos que esculpem a República Federativa do Brasil. Entretanto, ao mesmo tempo, considera-se que referida corrente deveria adequar-se à legislação que rege a responsabilidade civil.

Certo é que, não se verifica qualquer óbice para o desenvolvimento da tese proferida pelo Marcos Catalan⁴¹ a respeito da violação de deveres éticos sem danos que possam ser aferidos em concreto.

À vista disso, por mais que ambas as correntes mereçam considerações, as mesmas se contrariam entre si, gerando um ambiente

³⁹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Congresso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14. abr. 2021.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1454255 PB 2014/0107613-1, Agravante: Brasil Kirin Indústria de Bebidas S/A. Agravado: Joao Batista Andre da Costa. Relatora: Min^a. Nancy Andrighi, Brasília, 21 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=36812059&tipo_documento=documento&num_registro=201401076131&data=20140806&formato=PDF>. Acesso em: 14. abr. 2021.

⁴¹ CATALAN, Marcos. A simples aquisição do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de corpo estranho, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela sofrimento capaz de ensejar indenização por danos morais. In: MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; MIRAGEM, Bruno. **Teses jurídicas dos tribunais superiores: Direito do consumidor I**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 44.

de insegurança jurídica. No tópico seguinte, visando justificar o julgado da corrente minoritária do Superior Tribunal de Justiça, se analisará a referida decisão sob o prisma do ativismo jurídico.

3. O ativismo jurídico como justificativa para a corrente minoritária

Para justificar o posicionamento da corrente minoritária do Superior Tribunal de Justiça, além do arcabouço jurídico e princípios apontados, surge a necessidade de, inicialmente, mostrar o marco zero legal contemporâneo da proteção do Direito do Consumidor.

Assim, por meio de um discurso épico proferido em 15 de março de 1962, o Presidente Kennedy⁴² evidencia a proteção do interesse do consumidor em relação aos produtos de consumo. Nesse sentido, o pronunciamento citado estabelece a necessidade de proteção do consumidor ao preconizar que:

[...] todos nós somos consumidores, todos nós merecemos o direito de sermos protegidos contra propagandas e rótulos fraudulentos ou enganosos, o direito de sermos protegidos contra medicamentos inseguros ou inúteis, o direito de escolher uma variedade de produtos com preços competitivos. Mas a vida moderna é tão complexa que as leis tornaram inadequadas para proteger esses direitos. Milhares de itens domésticos comuns contêm substâncias potencialmente perigosas. Todo ano novos produtos químicos estão sendo adicionados em nossa comida ou pulverizados em colheitas. Noventa por cento das prescrições escritas atualmente são para drogas desconhecidas há vinte anos atrás. A menos que a dona de casa seja um perita em dieta, matemática, química e mecânica, ela não pode administrar sua casa apropriadamente e economicamente, assim como fazer as compras de sua família.

⁴² KENNEDY, John Fitzgerald. **JFK: Protecting the Consumer Interest on Consumer Products**. Mountain View: Google, 2017. (ca. 4 min 24 s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=It5IgjofLtc>>. Acesso em: 14. abr. 2021.

O discurso do Presidente Kennedy é um ícone emblemático, ao passo que o mesmo, inicialmente, determina que todos são consumidores, sendo que na sociedade de massas, consumir é pressuposto de uma existência de digna.

Já em relação a existência digna, a Constituição da República Federativa do Brasil preconiza que um dos pilares de sustentação da República e do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana⁴³, princípio que fundamenta o posicionamento da corrente minoritária que trata da aquisição de alimentos contaminados por um corpo estranho.

Nesse contexto, a Ministra Nancy Andrighi sustenta que, “onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela Carta Constitucional, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano.”⁴⁴ Corroborando o exposto, Luís Roberto Barroso preconiza que um dos papéis da dignidade da pessoa humana é interpretativo.⁴⁵ Isso porque, considerando que a dignidade da pessoa humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ela auxilia na interpretação de direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido em casos concretos.⁴⁶ Ainda, Luís Roberto Barroso define que:

Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre

⁴³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; III - a dignidade da pessoa humana; [...].

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1424304 SP 2013/0131105-5, Recorrente: Coca Cola Indústrias Ltda. Recorrido: Marlene Muniz Pintaan. Relatora: Min^a. Nancy Andrighi, Brasília, 11 mar. 2014. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1293477&tipo=0&nreg=201301311055&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJdr=&dt=20140519&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 14. abr. 2021.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 101, v. 919, p. 127-196. São Paulo: RT, mai. 2012.

⁴⁶ *Ibidem*.

direitos e meta coletivas, a dignidade da pessoa humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução.⁴⁷

A partir disso, segundo José Puig Brutau, verifica-se que “a jurisprudência e o arbítrio judicial constituem-se em fonte de direito e com um alcance muito maior do que se costuma admitir.⁴⁸ Logo, o direito ultrapassa as fronteiras da norma formal que o contém, ao passo que vive agitado pelas circunstâncias inquietas do cotidiano.⁴⁹ Todavia, a interpretação não é um ato ilimitado, uma vez que sua guarida é a constituição. Ou seja, as decisões judiciais devem estar em arrimo com a constituição de determinado local.

Dessa forma, o contexto narrado é o ambiente perfeito para o surgimento do fenômeno do ativismo judicial que, segundo Luís Roberto Barroso, se caracteriza pela “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”⁵⁰ E prossegue, estabelecendo que “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”⁵¹

Em que pese o posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça seja denegar indenização por danos morais diante da ausência do consumo de produtos alimentícios contaminados, a corrente minoritária aponta em sentido diverso, fundamentando o deferimento da referida indenização por meio de preceitos constitucionais, mesmo havendo

⁴⁷*Ibidem.*

⁴⁸ BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como fonte de Direito**. Porto Alegre: AGE, 1977. p. 07.

⁴⁹ *Ibidem.* p. 10.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Revista Consultor Jurídico**. [S.l.]. 22 dez 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 14. abr. 2021.

⁵¹ *Ibidem.*

legislação específica que aponte em sentido contrário, filiando-se ao posicionamento majoritário.

Para essa circunstância entende-se ser possível a interpretação adotada pela corrente minoritária ao passo que, segundo José Puig Brutau, a vigência de princípios pressupõe a possibilidade de resolução de conflito em que há a ausência de regra específica ou que, em havendo solução prevista, essa pareça ser notoriamente injusta.⁵² Todavia, o ativismo judicial não é um fenômeno imune às críticas, conforme se verifica em autores como, Mauro Cappelletti e Lenio Luiz Streck.

Considerações finais

A partir do estudo em tela foi possível justificar o posicionamento minoritário do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilidade na aquisição de alimentos contaminados com corpo estranho, por meio do fenômeno do ativismo jurídico.

Isso ocorre em razão de que, os julgados da referida corrente minoritária são baseados numa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana que ocorre por meio da exposição do consumidor a risco concreto de lesão a sua saúde e segurança. Logo, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, a premissa apontada seria condição suficiente para gerar direito à indenização por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação.

A referida ideia é corroborada pela Ministra Nancy Andrihgi, ao estabelecer que, “onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela Carta Constitucional, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano.”⁵³

⁵² BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como fonte de Direito**. Porto Alegre: AGE, 1977. p. 184.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1424304 SP 2013/0131105-5, Recorrente: Coca Cola Indústrias Ltda. Recorrido: Marlene Muniz Pintan. Relatora: Min^a. Nancy Andrihgi, Brasília, 11 mar. 2014. Disponível em:

Dessa forma, por meio do ativismo jurídico, tem-se uma forma específica e proativa de se interpretar a Constituição, aumentando as fronteiras do seu sentido e alcance. O certo é que a Constituição sempre será o limite para a interpretação do Poder Judiciário.

Em razão de se viver numa sociedade voltada para o consumo, onde cada vez mais as necessidades do consumidor são majoradas, certo é que os produtos alimentícios colocados no mercado jamais poderiam oferecer risco a saúde e a vida do consumidor, devendo o fornecedor responder se assim o fizer. Por fim, entende-se que o posicionamento da corrente minoritária do Superior Tribunal de Justiça pode não estar em arrimo com a legislação que trata sobre a responsabilidade civil, mas em contrapartida, está afinado com o ser humano.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: **Revista Consultor Jurídico**. [S.I]. 22 dez 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 101, v. 919, p. 127-196. São Paulo: RT, ma. 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: 34. 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Congresso**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 abr.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1424304 SP 2013/0131105-5, Recorrente: Coca Cola Indústrias Ltda. Recorrido: Marlene Muniz Pintan. Relatora: Min^a. Nancy Andrighi, Brasília, 11 mar. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1293477&tipo=0&nreg=201301311055&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140519&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 14. abr. 2021.

BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como fonte de Direito**. Porto Alegre: AGE. 1977.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1454255 PB 2014/0107613-1, Agravante: Brasil Kirin Indústria de Bebidas S/A. Agravado: Joao Batista Andre da Costa. Relatora: Min^a. Nancy Andrighi, Brasília, 21 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=36812059&tipo_documento=documento&num_registro=201401076131&data=20140806&formato=PDF>. Acesso em: 14. abr. 2021.

CANTO, Rodrigo Eidelvein do. **A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico e a reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. Livro Eletrônico, não paginado.

EFING, Antônio Carlos; CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de. A vulnerabilidade do consumidor em era de ultramodernidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115/2018, p. 149-165. São Paulo: RT, jan.-fev. 2018. Disponível em <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6adc600000163c1114c713d7d5356&docguid=I69b33d80070711e88c620100000000&hitguid=I69b33d80070711e88c62010000000000&spos=3&epos=3&td=17&contxt=18&crumbaction=append&crumlable=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14. abr. 2021.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

KENNEDY, John Fitzgerald. **JFK: Protecting the Consumer Interest on Consumer Products**. Mountain View: Google, 2017. (ca. 4 min 24 s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=It5IgiofLtc>>. Acesso em: 14. abr. 2021.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Confiança alimentar e nutricional: cuidar e legitimar. Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-12/garantias-consumo-confianca-alimentar-nutricional-cuidar-legitimar>>. Acesso em: 14. abr. 2021.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; MIRAGEM, Bruno. **Teses jurídicas dos tribunais superiores: Direito do consumidor I**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015.

O processo penal como instrumento contramajoritário: processo, democracia e Estado de Direito

*Raul Marques Linhares**

Introdução

Quando se objetiva compreender criticamente o processo, o prévio estudo da democracia e, relacionado a ela, do Estado de Direito, possui uma inegável razão de ser, qual seja: o processo não é um instituto que se desenvolve de maneira alheia a influxos externos (filosóficos, políticos, econômicos etc.). Ou seja, a depender da forma de organização estatal (e de outros diversos fatores), o processo será conformado de uma maneira específica, o mais compatível possível com essa estrutura estatal. Portanto, não há como se ignorar a relação íntima existente entre democracia, Estado de Direito e processo, seja ele o processo civil, seja ele o processo penal.

Em razão disso, a presente pesquisa se destina a reforçar essa relação existente entre a democracia, o Estado de Direito e, especificamente, o processo penal, extraindo dos dois primeiros institutos o fundamento do processo penal contemporâneo. Nesse caminho, a partir de uma dimensão material da democracia (para além da visão de democracia como mero respeito ao princípio da maioria), fortemente identificada com o Estado de Direito, se estabelece uma concepção de processo penal como instrumento de garantia de direitos fundamentais, barreira intransponível ao exercício do *ius puniendi* estatal e ao exercício decisório de qualquer maioria. Em

* Doutorando e mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Especialista em Direito Tributário pela Estácio de Sá. Advogado Criminalista. E-mail: raul@ritterlinhares.com.br.

outras palavras, constitui-se o processo penal como instrumento contramajoritário na tutela dos direitos fundamentais das minorias (nesse caso, do indivíduo submetido à atividade persecutória estatal, verdadeiro sujeito processual).

Para o alcance desse objetivo, realiza-se pesquisa eminentemente bibliográfica, inicialmente com o estudo da conceituação de democracia e de sua relação com o Estado de Direito, em um segundo momento se abordando a influência que tais temas exercem no processo como instituto. Por fim, direciona-se a pesquisa à concepção de processo penal adequada a esse modelo de Estado Democrático de Direito, especialmente a partir da epistemologia garantista defendida por Luigi Ferrajoli.

1. Democracia e estado de direito

No curso da história, é reconhecida a natureza cambiante do conceito de *democracia*, dificilmente se conseguindo estabelecer um rol fechado de características que tenham acompanhado esse conceito ao longo da história da civilização. Tanto é assim que Simone Goyard-Fabre, em determinado momento de sua obra, fornece não um preciso conceito de democracia, mas um *horizonte conceitual*, como um pano de fundo a partir do qual a ideia de democracia pode ser concebida, mesmo que com específicas características destoantes entre as *democracias* de períodos e locais diferentes.¹

A importância de se delimitar um *horizonte conceitual* de democracia se justifica também com David Held, autor que refere existir uma diversidade extraordinária de modelos democráticos, diversidade que nasce de uma disputa contemporânea pelo significado de democracia.² É

¹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 349.

² HELD, David. **Modelos de democracia**. Trad. de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987. p. 241.

em razão de imprecisões conceituais como essa que Norberto Bobbio entende que os conceitos políticos se desenvolvem em um universo de “mais ou menos”, exemplificando esse entendimento justamente com uma graduação do nível de democracia do sistema político a depender de suas características próprias.³

Uma representação histórica da passagem acima transcrita pode ser encontrada na democracia ateniense, considerada um modelo de sistema democrático clássico, já que as decisões políticas eram tomadas a partir da participação direta dos cidadãos. Entretanto, estima-se que apenas um décimo da população grega da época possuía plenos poderes de cidadania⁴ (não os possuíam, por exemplo, os escravos e os estrangeiros⁵), fato que inegavelmente implica em um enfraquecimento da participação popular nesse modelo específico de democracia - em outras palavras, novamente no sentido da lição de Bobbio mencionada anteriormente, será esse um regime *mais* ou *menos* democrático dependendo do comparativo.

Algumas características, entretanto, possuem uma forte relação com o sistema democrático, geralmente se fazendo presente, mesmo que com variação de sua intensidade. É o caso da relação íntima existente entre o conceito de democracia e o princípio da soberania popular, segundo o qual o poder exercido pelo Estado necessita de uma legitimação que somente pode ser retirada do próprio povo.⁶

Dessa representação da vontade geral que exerce o governante ou o grupo de governantes se extrai a legitimidade da atividade desses últimos.

³ BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Trad. de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 14.

⁴ SCHILLING, Voltaire. **As grandes correntes do pensamento**: da Grécia antiga ao neoliberalismo. Porto Alegre: AGE, 1999. p. 17.

⁵ GILISSEN, John. **Introdução à história do direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 74.

⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 48.

Nas palavras de Simone Goyard-Fabre: “A representação, que pressupõe a concordância entre os atos dos representantes e a opinião dos representados, é portanto produtora da legitimidade dos governantes; nela, fala a ‘vontade geral’, de que a lei é expressão.”⁷ Novamente reforçando a dificuldade em encontrar consenso a respeito de um conceito preciso de democracia, essa mesma representação é desacreditada por Hans Kelsen, que a compreende como uma verdadeira ficção jurídica.⁸

Apesar da variação conceitual, para além da representação, alguns eixos institucionais constitutivos do ideal democrático podem ser enumerados, entre eles: “[...] as estruturas contratualistas de um poder que não pode nem existir nem se exprimir sem o *consentimento do povo*; a arquitetura de uma *Constituição* que, ao organizar os poderes do Estado, garante o respeito da legalidade.”⁹ De outro modo, também em referência à representação e ao respeito a regras (procedimentais): “[...] *un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos.*”¹⁰

Mesmo que fortemente identificada com a ideia de representação e, relacionada a essa ideia, com o *princípio da maioria*, a democracia ainda impõe limites à decisão majoritária. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli se refere, de maneira crítica, à ocorrência muito comum de confusão entre democracia e princípio da maioria, concepção que, ao fim e ao cabo, reduz a sistemática democrática à ideia de poder da maioria exercido por meio

⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 277-278.

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 417-418.

⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 127.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia.** Trad. de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 14.

do voto popular.¹¹ Ou seja, não se deve aceitar, em um regime democrático, a instituição de um absolutismo da maioria.¹²

Como restrição ao exercício de tomada de decisões pela maioria, Ernst Wolfgang Böckenförde fornece o exemplo da impossibilidade de que a maioria suprima as condições para que a minoria possa, eventualmente, tornar-se maioria. Ou seja, é intrínseco ao princípio democrático que se assegure as condições para que toda minoria possa buscar tornar-se maioria (por defesa de seu posicionamento, por manifestações públicas, pelo exercício da crítica ao posicionamento dominante etc.).¹³

Não há como se negar, portanto, que um regime democrático não se sustenta apenas sobre a atribuição a um considerável número de pessoas do direito de participação (direta ou indiretamente) na tomada de decisões coletivas; em regra, deve-se fazer presente também a existência de regras procedimentais para o exercício dessa tomada de decisões, bem como a garantia de condições para que seja exercido o direito à tomada de decisões (v.g., direito à liberdade de opinião, direito de reunião, etc.). Esse último aspecto se refere aos direitos básicos que constituem o Estado Liberal (de um Estado que exerce seu poder limitado por um conjunto de direitos individuais invioláveis).¹⁴

Com isso se pode perceber que existe uma relação marcante entre o Estado democrático e o ideal liberal de respeito a direitos individuais¹⁵

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 11.

¹² BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 95.

¹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 95.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Trad. de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 15.

¹⁵ David Held refere, como princípio central do liberalismo desde Locke, a ideia do próprio Estado como instituição voltada à proteção dos direitos e liberdades dos cidadãos - relacionando esse pensamento, na atualidade, a doutrinas individualistas, a ponto de se conceber o Estado como “[...] o fardo que os indivíduos têm de carregar para assegurar

(como apontado acima, necessários para o exercício da atividade política). Justamente em razão disso, em Norberto Bobbio, Estado democrático e Estado liberal são considerados realidades interdependentes:¹⁶ dificilmente um Estado não liberal seria capaz de assegurar um adequado funcionamento da democracia, assim como um Estado não democrático dificilmente conseguiria garantir as liberdades fundamentais. “*La prueba histórica de esa interdependencia está en el hecho de que el Estado liberal y el Estado democrático cuando caen, caen juntos.*”¹⁷

É nessa sistemática liberal de preservação de direitos individuais básicos como contenção do exercício do poder (mesmo quando esse exercício seja representativo da vontade da maioria) que se introduz a concepção de Estado de Direito, figura que, no mesmo sentido da contenção de poder presente na democracia, representa a limitação do Estado em benefício da autodeterminação individual.¹⁸⁻¹⁹

O surgimento da ideia de Estado de Direito se relaciona com a distinção histórica entre *governo dos homens* e *governo das leis* (leis divinas, leis naturais, leis convencionadas como fundamento do Estado etc.), prevalecendo nesse embate a defesa da superioridade do segundo modelo (um governo que se exerce com respeito às leis gerais, e não um governo arbitrário e sujeito às paixões do governante)²⁰ - ou seja, um

seus próprios fins;”. (HELD, David. **Modelos de democracia**. Trad. de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987. p. 242).

¹⁶ Também assumindo a identificação do Estado de Direito com o Estado Liberal: ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. El estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. 1, p. 93.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Trad. de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 15-16.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 96-97.

¹⁹ Nas palavras de Luis Fernando Barzotto: “No Estado Liberal, a ordem jurídica garante a segurança do indivíduo contra a ação do próprio Estado.” (BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 15).

²⁰ BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Trad. de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 120-123.

governo no qual a lei marca presença como uma barreira imposta aos caprichos de um soberano.²¹ Desse princípio do *Rule of Law* origina a doutrina constitucional do Estado de Direito, pautado pela subordinação de todo poder ao Direito.²²

É necessário que se esclareça, entretanto, que essa concepção não deve ser, hoje, concebida como mera sujeição do exercício do poder à lei (em um sentido formal), mas como sujeição ao Direito como um todo. Isso conduz ao reconhecimento da existência de condicionantes materiais ao exercício do poder pelo Estado, e não só a existência de condicionantes formais. Afinal, a história da humanidade demonstra claramente que a simples exigência de lei para o exercício do poder não obsta qualquer violação a direitos fundamentais - veja-se o caso do nacional-socialismo experimentado pela Alemanha nazista,²³ exemplo de como não se deve admitir a total soberania da vontade da maioria, mesmo que sob condicionantes procedimentais/formais.

Por esse motivo, quando se trata de características em regra presentes em um Estado de Direito, se vai além do império da lei, também se apontando, *v.g.*, a divisão de poderes e a proteção dos direitos e liberdades fundamentais.²⁴

Essa defesa de uma limitação material para o exercício do poder, como fronteira intransponível inclusive para a maioria, é um ponto central da doutrina de Luigi Ferrajoli, ao se referir a matérias que, em um Estado

²¹ BIANCHI, Alberto B. **Dinámica del Estado de Derecho**. La seguridad jurídica ante las emergencias. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996. p. 81.

²² BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Trad. de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 123-124.

²³ GÖSSEL, Karl Heinz. El principio de Estado de derecho y la estructura del proceso penal. Trad. de Miguel Polaino-Orts. **Lex**. Peru, v. 10, n. 9, págs. 290, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157793.pdf>>. Acesso em: 25 jan 2021.

²⁴ DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y democracia. **Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura**, n. 19-20, p. 206, 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>>. Acesso em: 27 jan 2021.

de Direito, jamais podem ser suprimidas (ou, ainda, matérias sobre as quais existe uma obrigatoriedade de decisão, mesmo que contra a vontade da maioria).²⁵ Para Ferrajoli, o Direito contemporâneo não programa apenas a sua forma de produção. Mais do que isso, o Direito contemporâneo é constituído por limitações também em relação ao seu conteúdo, limites extraídos em boa medida de princípios e valores inscritos em constituições.²⁶

Essa alteração de sistematização do Direito (limitado também em seu conteúdo, não só por normas procedimentais reguladoras de sua produção) provoca algumas modificações em relação ao modelo positivista clássico, como as seguintes: revisão da teoria da validade; superação do papel descritivo da ciência do Direito, constituindo-se um papel crítico; reformulação do conceito de democracia (antes puramente procedimental), admitindo-se uma dimensão substancial de democracia.²⁷ Essa dimensão substancial da democracia aparece também em parte da doutrina à qual se fez referência no início dessa pesquisa, do que é exemplo Ernst Wolfgang Böckenförd, especialmente quando defende a instituição de uma limitação ética ao exercício do poder: “*La pervivencia de la democracia como forma de Estado y de Gobierno depende también de presupuestos éticos. Y entre estos presupuestos pueden incluirse [...] la disposición de estos últimos (políticos) a tomar decisiones políticas desde el interés común de todos.*”²⁸

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 859.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 20.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 20.

²⁸ BÖCKENFÖRD, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 113.

Ao adotar esse caminho epistemológico, Ferrajoli estabelece uma bipartição no conceito de democracia. Por um lado, refere-se a uma dimensão formal de democracia, o que designa “democracia política”, garantida por normas formais que regulam o “quem” e o “como” das decisões. Por outro lado, refere-se à dimensão material de democracia, designada “democracia substancial”, pautada em normas substanciais que determinam “o quê” não se pode (ou se deve) decidir.²⁹

Essa concepção teórica encontra suas bases no pensamento jusnaturalista e contratualista do movimento iluminista, do qual se pode extrair uma específica sistemática a regular a convivência entre maiorias, minorias e Estado: impõe-se o respeito aos direitos vitais/naturais do homem, sendo a garantia desses direitos a condição de legitimidade do Estado e do pacto social.³⁰ Nesse contexto e a partir dessas demandas iluministas se foi constituindo a figura do Estado de Direito como modalidade de Estado.³¹

Portanto, quando se ultrapassa o conceito formal e político de democracia, projeto para o qual se volta Ferrajoli, pode-se chegar à conclusão de que o conceito de Estado de Direito equivale ao próprio conceito de democracia substancial e social, enquanto pautados pela preservação dos interesses e necessidades de todos, especialmente de minorias, mesmo contra o interesse compartilhado por maiorias.³² Nesse

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 23; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 858.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 859.

³¹ DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y democracia. **Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura**, n. 19-20, p. 204, 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>>. Acesso em: 27 jan 2021.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 864.

sentido, a afirmação de Alías Díaz García: “*Este, el Estado de Derecho, es la institucionalización jurídica de la democracia.*”³³

Portanto, quando Ferrajoli se refere a Estado de Direito, está se referindo a democracia substancial, evidenciando-se sua defesa da equivalência entre ambos, e da impossibilidade de, a partir desse referencial, se conceber uma legítima democracia sem uma limitação de conteúdo.³⁴

O Estado de Direito, portanto, é configurado como um sistema de meta-regras a respeito das regras da democracia, formando um conjunto de garantias de cunho liberal e social. Por seu viés liberal, significa que não se pode decidir a respeito de tudo, mesmo que em correspondência com a vontade da maioria - Sergio Cademartori se refere à existência de uma barreira ao exercício do poder constituída por direitos invioláveis³⁵; em seu viés social, significa afirmar que não se pode deixar de decidir sobre tudo (há matérias que obrigatoriamente devem ser objeto de decisão, mesmo que contrariando a vontade da maioria). O que estiver fora dessas matérias (do *não decidível* e do *obrigatoriamente decidível*) poderá ser objeto de decisão por meio da regra da democracia política (ou seja, pelo princípio da maioria).³⁶

Essa concepção do Estado de Direito caracterizado como sistemática de preservação dos direitos liberais, instituindo-se tanto deveres de

³³ DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y democracia. **Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura**, n. 19-20, p. 203, 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>>. Acesso em: 27 jan 2021.

³⁴ Em sua síntese: “*Lamaré democracia sustancial o social al ‘estado de derecho’ dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al ‘estado político representativo’, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad.*” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 864).

³⁵ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 209-210.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. de Alexander Araujo de Souza et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 20.

atuação por parte do Estado (em defesa das garantias individuais), quanto deveres de abstenção (o que Ferrajoli chama de *não decidível*), aparece também em Elías Díaz García.³⁷

É claro que a identidade entre Estado de Direito e democracia (substancial) é realizada por Ferrajoli a partir de uma epistemologia específica. Quer dizer, caso se adotem outros pressupostos, caso se tome como ponto de partida perspectivas diversas, essa identidade poderá não se verificar. Por exemplo, em Santiago Mir Puig, ao afirmar que “[...] *un Estado de Derecho, por el solo hecho de serlo, no es necesariamente un Estado democrático.*”³⁸

Também adotando uma perspectiva de distinção entre esses conceitos, Ernst Wolfgang Böckenförde, ao firmar que, enquanto a democracia estabeleceria quem seria o portador e titular do poder exercido pelo Estado, referindo-se à formação, legitimação e controle desses órgãos estatais; o Estado de Direito se relacionaria propriamente com o conteúdo, âmbito e modo de desenvolvimento da atividade estatal, estabelecendo limites a essa atividade, especialmente com o reconhecimento dos direitos fundamentais. Da conjugação entre ambos, surgiria o que se conhece por Estado Democrático de Direito.³⁹

Por fim, novamente realizando-se uma distinção entre ambos os conceitos, Simone Goyard-Fabre, ao conceber o Estado de Direito como a forma jurídica representativa do modo como, na democracia política atual, as autoridades se encontram sujeitas ao Direito. Contudo, mesmo realizando essa distinção, a autora admite uma esfera de limitação do

³⁷ DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y democracia. **Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura**, n. 19-20, p. 204, 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>>. Acesso em: 27 jan 2021.

³⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2003. p. 134.

³⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 119.

poder na própria democracia. A democracia assim considerada (a pressupor uma esfera limitadora do poder), decorre, para a autora, da reivindicação política liberal de proteção das liberdades individuais contra qualquer forma de arbitrariedade estatal. Ou seja, recorre-se a instrumentos jurídicos de tutela como, nas suas palavras, “[...] antídoto do Estado autoritário em seu repúdio liberal do absolutismo [...]”.⁴⁰ Alguns exemplos de instrumentos jurídicos de salvaguarda contra arbitrariedades estatais são fornecidos pela autora: “[...] a divisão dos poderes, a independência dos tribunais, a legalidade das práticas administrativas, a proteção jurídica dos direitos fundamentais...”⁴¹

Mesmo que não se identifiquem, portanto, os conceitos de Estado de Direito e de democracia, deve-se admitir que uma concepção adequada de democracia não deve ser apenas pautada no princípio da maioria para o exercício do poder. É necessário que se defenda a existência de limitações de cunho material para o exercício da vontade da maioria, especialmente como forma de tutela dos direitos fundamentais das minorias.

2. Processo e Estado

O estudo dos conceitos desenvolvidos no tópico precedente é indispensável para que se possa compreender a razão de ser do processo penal (mas não só do penal). Isso porque o processo não é um instituto alheio ao meio no qual se insere; ao contrário, sofre diversas influências de fatores externos. Tome-se, como exemplo, a almejada reconstrução do fato criminoso, objetivo a ser alcançado por meio da atividade probatória no processo - que é influenciada pela filosofia, pela política etc. Ou seja, o

⁴⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 277-278.

⁴¹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 278.

processo, em cada Estado, poderá se conformar de uma forma específica, a depender da própria organização do Estado.⁴²

Nesse sentido, insere-se a concepção de *circularidade* abordada por Rui Cunha Martins, para quem o sistema processual se insere em uma rede de outros sistemas, todos relacionando-se entre si⁴³ - concepção encontrada também em Niklas Luhmann, ao defender que os diversos subsistemas sociais são (operacionalmente) fechados, mas jamais isolados em relação ao seu entorno: “[...] ‘fechado’ não deve ser entendido como ‘isolado’.”⁴⁴

Significa dizer que o processo penal, concebido como um fenômeno cultural, um dos tantos sistemas a desempenhar seu papel no âmbito social (especificamente, no interior do sistema do Direito), somente pode ser interpretado em conjugação com os valores de sua época.⁴⁵ É esse o fundamento que leva Juan Montero Aroca a defender a inexistência de códigos politicamente neutros,⁴⁶ ou mesmo James Goldschmidt a afirmar a relação de dependência da política processual em relação à política estatal.⁴⁷

Essa relação entre processo penal e política estatal exerce forte influência no nível de proteção processual conferido ao acusado.⁴⁸ Nesse sentido, Mittermaier identifica um modelo de *processo acusatório* como o modelo correspondente a um regime democrático, concebendo-se cada acusação criminal como uma possível ameaça à liberdade individual,

⁴² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 18-19.

⁴³ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 72.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 58.

⁴⁵ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. Garantías constitucionales del proceso penal. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 6, págs. 57, 1990. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050508.pdf>>. Acesso em: 26 jan 2021.

⁴⁶ MONTERO AROCA, Juan. Prólogo. In: MONTERO AROCA, Juan (coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valência: Tirant Lo Blach, 2006. p. 16.

⁴⁷ Em suas palavras: “[...] *los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general.*” (GOLDSCHMIDT, James, 1935, p. 67 apud LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 160).

⁴⁸ DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Trad. de Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 21-22.

motivo pelo qual o processo penal é concebido sobretudo como um instrumento de contenção do exercício do poder estatal e tutela dos direitos individuais daquele suspeito da prática de um ato criminoso. No lado inverso, identificado como o modelo processual apropriado a um regime monárquico, o autor se refere ao *processo inquisitório*, dominado por uma ideologia de segurança pública (preponderância do interesse público em relação ao individual), no qual atua uma autoridade centralizadora do poder e agentes subordinados a essa autoridade.⁴⁹

Também partindo da relação entre processo e política estatal, Mirjan Damaska adota categorias diversas de processo. De um lado, refere-se a um processo mais disponível às partes, concebido simplesmente como um foro oferecido pelo Estado para a resolução de conflitos das partes, no qual atua um juiz desinteressado e passivo (que age por reação à provocação das partes, e não por iniciativa própria) - modelo relacionado com um *Estado reativo*, Estado de *laissez faire*, ou ainda liberal. Contraposto a esse modelo, identifica um processo preocupado em promover um aperfeiçoamento da situação social (material e moral), com a implementação de medidas políticas, função que demanda a atuação de um juiz ativo - processo característico de um *Estado ativista*.⁵⁰

Esse segundo modelo de processo (menos sujeito ao interesse das partes e a demandar uma atuação mais ativa por parte do magistrado) foi o defendido por Ada Pellegrini Grinover, para quem o processo, em nosso país, possuiria uma função publicista,⁵¹ no qual se procuraria cumprir os objetivos traçados pelo Estado. Há, nesse modelo processual, um

⁴⁹ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal**. Trad. de Primitivo Gonzalez del Alba. Madrid: Editorial Reus, 1929. p. 30-31.

⁵⁰ DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Trad. de Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 128, 154, 140, 253 e 289.

⁵¹ Nesse sentido: MACHADO MARTINS, Charles Emil. A reforma e o “poder instrutório do Juiz”. Será que somos medievais?. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **As reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. cap. 1, p. 21.

incremento da relevância da atuação jurisdicional, sendo o magistrado o legítimo responsável pela aplicação adequada do Direito (seja ele substancial, seja material). Isto é, nesse modelo, há a necessidade de um juiz pautado por uma conduta ativa (aos moldes defendidos por Damaska, ao se referir ao Estado ativista, como anteriormente se referiu).⁵²

É justamente esse modelo de processo (marcado pela prevalência do interesse público e pela presença de um juiz ativo) que recebe a crítica de Juan Montero Aroca (conquanto se refira ao processo civil), que não acredita em uma necessária relação entre a atribuição de poderes de condução mais amplos ao juiz e um maior grau de justiça alcançado por meio do processo.⁵³

Sob outra perspectiva (diversa daquela adotada pelos autores defensores de um *proceso publicista*), especificamente no processo penal, a atividade diretiva do juiz encontra limitação justamente em uma concepção de processo penal compatível com o Estado de Direito, reflexo (ou institucionalização jurídica) da democracia substancial defendida por Ferrajoli, em seu conhecido *Sistema Garantista*.

3. O sistema garantista no processo penal

O exercício do poder penal é nada mais do que parte do exercício do poder estatal,⁵⁴ e, se é uma imposição do Estado Democrático de Direito que o exercício do poder estatal seja limitado, igualmente o exercício do poder penal o deve ser. Em outras palavras, “*Toda acción estatal se halla*

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 347, jul./ago./set., p. 05, 1999.

⁵³ MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: _____ (coord.). *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valência: Tirant Lo Blach, 2006. p. 148.

⁵⁴ GÖSSEL, Karl Heinz. El principio de Estado de derecho y la estructura del proceso penal. Trad. de Miguel Polaino-Orts. *Lex*, Peru, v. 10, n. 9, págs. 289, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157793.pdf>>. Acesso em: 25 jan 2021.

*sometida, en el sentido aludido, a la ley y la justicia. Lo mismo sucede con el ejercicio del poder punitivo del Estado en el proceso penal.*⁵⁵ Desse modo, o processo penal pode ser concebido como um procedimento de contenção de poder indispensável para o exercício do *ius puniendi*.⁵⁶ Nesse sentido, insere-se a lógica garantista - fundada em uma concepção de democracia que impõe barreiras materiais ao Estado - de limitação do poder na sistemática do processo penal.

Como anteriormente mencionado, admite-se que a democracia possui uma dimensão política fortemente identificada com o princípio da maioria. Entretanto, a concepção de Processo Penal (e de Direito Penal) como limitações ao exercício do poder punitivo pelo Estado não se relaciona propriamente com essa dimensão política, mas com a dimensão substancial da democracia, representativa da função de tutela dos direitos fundamentais, verdadeira barreira contra a vontade da maioria.⁵⁷

A partir desse referencial teórico é que Rogerio Schietti Cruz afirma que um processo penal exclusivamente preocupado com uma finalidade repressiva dificilmente poderá receber o adjetivo *democrático*.⁵⁸ Ou seja, um processo qualificado como democrático pressupõe uma preocupação com a função de preservação dos direitos fundamentais, especialmente como barreira à vontade da maioria, motivo pelo qual se pode qualificar, em se adotando esse posicionamento, o processo penal como um instituto

⁵⁵ GÖSSEL, Karl Heinz. El principio de Estado de derecho y la estructura del proceso penal. Trad. de Miguel Polaino-Orts. *Lex*, Peru, v. 10, n. 9, págs. 291, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157793.pdf>>. Acesso em: 25 jan 2021.

⁵⁶ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. Garantías constitucionales del proceso penal. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 6, págs. 57, 1990. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050508.pdf>>. Acesso em: 26 jan 2021.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la democracia*, Espanha, n. 4, p. 3, 1988. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2530059.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2021.

⁵⁸ CRUZ, Rogerio Schietti. Rumo a um processo penal democrático. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 37, 2019. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tom01/revista_v21_n3_tom01_36.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

contramajoritário - as garantias valem, mesmo que contra a vontade majoritária.

Essa natureza de contenção do exercício desmedido do poder punitivo aparece de maneira marcante na visão de Karl Heinz Gössel a respeito de qual seria o objetivo do processo penal. Conquanto afirme que o processo se direciona à realização de justiça,⁵⁹ materializada quando a decisão judicial encontrar fundamento em fatos correspondentes à verdade, o autor admite a falibilidade e a limitação do conhecimento humano, incapaz de apreender a realidade objetiva de maneira absoluta. Portanto, tomando como ponto de partida a concepção de Estado de Direito, defende que o processo deva ser pautado, ao lado da busca da verdade, pela limitação dessa busca.⁶⁰

Institui-se, portanto, uma concepção de Direito Penal e de processo penal que, antes de limitações ao exercício de liberdades individuais, são limitações ao exercício da potestade estatal, do que é exemplo clássico o princípio da legalidade. Nesse sentido é que o garantismo, concebido como instrumento de controle do exercício do poder público, a determinar o que deve e o que não deve ser decidido, na tutela dos direitos fundamentais, se identifica intimamente com o conceito de democracia substancial (identificada, por sua vez, com a ideia de Estado de Direito).⁶¹

Deve-se ressaltar, para que se evite um equívoco comum, que o garantismo não decorre do Direito Penal e/ou do processo penal. Em Ferrajoli, o conceito de garantismo significa nada mais do que o próprio

⁵⁹ Sobre o predomínio da justiça sobre a vontade geral, também em um sentido de garantia de direitos individuais: CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. v. 2, p. 292.

⁶⁰ GÖSSEL, Karl Heinz. El principio de Estado de derecho y la estructura del proceso penal. Trad. de Miguel Polaino-Orts. **Lex**, Peru, v. 10, n. 9, págs. 292, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157793.pdf>>. Acesso em: 25 jan 2021.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 864.

viés substancial da democracia como concepção voltada à tutela dos direitos fundamentais. O Direito Penal e o processo penal surgem em momento posterior à definição desse fenômeno, como *garantismo aplicado*, a partir de então se utilizando o termo como relacionado com ambas as áreas do Direito.⁶²

Concebidos, portanto, o Direito Penal e o processo penal como instrumentos de tutela, antes de tudo, do indivíduo frente o exercício do poder estatal, pode-se afirmar que, em respeito a essa função, somente se poderia admitir que o juiz atuasse de maneira ampliativa em prol dos direitos do imputado, verdadeiro tutelado frente ao Estado, e não dos interesses da vítima ou do próprio Estado.

Não se deve por essa afirmação concluir que o garantismo represente um menosprezo pelos direitos fundamentais das vítimas de delitos; essa seria uma leitura incorreta da teoria. Se o garantismo deriva da concepção de democracia substancial, como epistemologia centrada na afirmação de direitos fundamentais, não há como se afirmar que seja uma consequência dessa teoria a negação desses mesmos direitos fundamentais. Aliás, a constatação de que o garantismo não esquece os direitos da vítima decorre do evidente fato de que a categoria *direitos fundamentais* não se pauta por qualificações do sujeito; vale para todos - por obviedade, também para a vítima. Se o garantismo é pautado na proteção de direitos fundamentais, que não podem ser suprimidos por nenhuma maioria, a proteção é de cada indivíduo *per si*.⁶³

Desse modo, a partir desse referencial teórico, não se ignora o direito da vítima a ser reparada pelo dano sofrido. Tanto é inegável a existência

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 335-336.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 865.

de um direito da vítima de um delito (ou de qualquer ato ilícito) a ser reparada que a Constituição Federal Brasileira determina que nem mesmo por instrumento legal se possa obstar o acesso ao Judiciário: “CF, art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. O que será, de fato, estabelecido normativamente é a forma de exercício desse direito (regras de competência, requisitos processuais, procedimentos específicos para tipos específicos de tutela etc.).

Nesse caminho, assegura-se o direito de reparação civil a todo aquele que sofre um ato ilícito⁶⁴ (categoria na qual se inclui o ato delitivo), bem como o acesso ao Judiciário para que se alcance essa tutela.⁶⁵ Do mesmo modo como é garantido à vítima o direito a buscar a tutela penal em ocasiões específicas (como no caso de queixa-crime⁶⁶ e de atuação como assistente da acusação⁶⁷).

Além disso, também o princípio da proporcionalidade serve de exemplo da importância atribuída pelo garantismo aos direitos da vítima. Isso porque esse princípio pode indicar não só uma redução da intensidade da intervenção penal, mas também um incremento dessa intervenção, numa espécie de *Garantismo positivo*. Ou seja, claramente existe, no Direito Penal, uma preocupação legítima de que a intervenção penal seja suficiente para que se realize sua função de tutela dos direitos

⁶⁴ “Código Civil, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁶⁵ Complementar à Constituição Federal: “Código de Processo Civil, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.”

⁶⁶ “Código de Processo Penal, Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal. Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.”

⁶⁷ “Código de Processo Penal, Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.”

fundamentais, o que se convencionou chamar de “proibição de proteção deficiente”.⁶⁸

Apesar de todo esse reconhecimento dos direitos da vítima, o eixo sobre o qual se sustenta do Direito Penal e o processo penal não é propriamente o direito da vítima à reparação; é a tutela de bens jurídicos⁶⁹ (ou, por uma perspectiva sociológica, manutenção de expectativas normativas⁷⁰), garantindo-se condições para a manutenção da vida em sociedade, inserindo-se nessa sistemática o processo penal como instrumento indispensável para a definição do caso penal, com a apuração da (in)existência de responsabilidade individual pela prática do ilícito penal e a definição da reprimenda a ser aplicada.⁷¹

Destaca-se que a sanção penal a ser aplicada como provimento final do processo (em caso de condenação) não se destina, *prima facie*, a oferecer uma resposta jurídica à vítima (como se compensação fosse), muito menos uma resposta aos anseios sociais no sentido simbólico desenvolvido por Jesús-María Silva Sánchez⁷² (como no caso de leis voltadas a fornecer respostas de eficácia meramente aparente, de acordo com sentimentos sociais manipuláveis e sem embasamento teórico); a sanção se destina a fins diversos (ou relacionados ao próprio delinquente - ressocialização -, e/ou relacionados à coletividade - prevenção de futuros delitos, tutela de expectativas normativas etc.). Nesse caminho, veja-se

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 80, p. 314, 2004.

⁶⁹ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 5, 2012. Disponível em: <<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260968/348124>>. Acesso em: 31 dez. 2020; LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1. p. 93.

⁷⁰ JAKOBS, Günther. **Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Civitas Ediciones, 2004. p. 75.

⁷¹ JOFRÉ, Tomas. **Manual de procedimiento: civil y penal**. 5. ed. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1941. Tomo 2. p. 12.

⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Buenos Aires: IBDeF, 2008.

como exemplo o posicionamento defendido por Francesco Carnelutti, ao distinguir o processo civil e o processo penal, ocasião na qual realiza uma diferenciação do conteúdo do problema com o qual se relaciona cada espécie de processo:

Lo que ahora se me aparece claro es que, sin duda, también el proceso penal como, por lo demás el civil, contiene una litis, cuyos sujetos son el inculpado y la parte lesionada; pero aquí no está su contenido propio, el cual no atañe al problema de la restitución que el delincuente debe a su víctima, sino de la que debe a sí mismo.⁷³

Em síntese, o processo penal não ignora a importância da reparação à vítima do delito;⁷⁴ mas seu valor supremo deve ser a contenção do exercício do poder estatal e a proteção das garantias individuais daquele acusado da prática delitiva.⁷⁵ Essa racionalidade justifica que se encontre em códigos de processo penal e em constituições, contemporaneamente, características básicas a serem respeitadas no processo, como a separação das atribuições de acusar e julgar, a definição prévia do órgão competente para julgamento de determinadas matérias, a garantia de imparcialidade do órgão julgador, o acolhimento da presunção de inocência e da ampla defesa, a paridade de oportunidades entre acusação e defesa, a motivação das decisões etc.⁷⁶

⁷³ CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994. p. 47.

⁷⁴ Nesse ponto, é interessante observar a disposição expressa (apesar de, na prática processual, amplamente ignorada) do Código de Processo Penal: “CPP, Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;”

⁷⁵ Nesse sentido: FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. Garantías constitucionales del proceso penal. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 6, págs. 57, 1990. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050508.pdf>>. Acesso em: 26 jan 2021.

⁷⁶ CRUZ, Rogerio Schietti. Rumo a um processo penal democrático. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 38, 2019. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_36.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

É com o processo, constituído por garantias como as mencionadas acima, que se resolve a relação jurídica existente entre delinquente e Estado, relação essa que se fundamenta na lei penal (incriminatória), nasce com o cometimento do delito, mas permanece em um estado hipotético até que processualmente definida.⁷⁷ É por meio desse *caminho* (procedimento) que se define a reprimenda penal.⁷⁸ E é esse caminho que se constitui como instituto garantidor dos direitos fundamentais do imputado, barreira que não pode ser transposta por qualquer autoridade ou por qualquer maioria.

Considerações finais

Por mais que a democracia possa ser intimamente identificada com um princípio da maioria, não se deve concebê-la como sistema permissivo a adoção de qualquer medida, quando for ela representativa da vontade majoritária. Um adequado sistema democrático deve conviver com limitações ao exercício do poder, seja qual for a sua fonte.

Desse modo, o sistema democrático continua a ser fortemente caracterizado com um princípio da maioria, mas, acompanhando esse princípio, se projeta a exigência de respeito a postulados intransponíveis. Ou seja, nenhuma maioria pode decidir contrariamente, por exemplo, aos direitos fundamentais de qualquer indivíduo. Mais do que isso, de acordo com o sistema garantista defendido por Ferrajoli, nenhuma maioria pode também deixar de decidir sobre a tutela de direitos fundamentais.

Com essa concepção, promove-se uma aproximação entre os conceitos de democracia e de Estado de Direito, conceitos que devem servir de base para um processo penal pautado pela tarefa de contenção de

⁷⁷ FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Trad. de L. Prieto Castro. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934. p. 14.

⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal: principios del proceso penal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 54.

poder. Ou seja, como *caminho* indispensável para a aplicação do Direito Penal, o processo penal deve representar a barreira intransponível do exercício do *ius puniendi*, constituindo um conjunto de garantias individuais que não deve, sob hipótese alguma, ser ignorado.

Em um Estado Democrático de Direito, portanto, o processo penal deve ser constituído sobretudo como mecanismo de tutela individual, de afirmação de direitos fundamentais, de fronteira que não pode ser cruzada por qualquer maioria; ou seja, como instrumento contramajoritário.

Referências

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. El estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. 1.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BIANCHI, Alberto B. **Dinámica del Estado de Derecho**. La seguridad jurídica ante las emergencias. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Trad. de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

BÖCKENFÖRD, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**: principios del proceso penal. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. v. 2.

CRUZ, Rogério Schietti. Rumo a um processo penal democrático. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 36-54, 2019. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_36.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal. Trad. de Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y democracia. **Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura**, n. 19-20, p. 201-217, 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>>. Acesso em: 27 jan 2021.

FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. Garantías constitucionales del proceso penal. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 6, págs. 57-107, 1990. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050508.pdf>>. Acesso em: 26 jan 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. de Alexander Araujo de Souza *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. **Jueces para la democracia**, Espanha, n. 4, p. 3-7, 1988. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2530059.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2021.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Trad. de L. Prieto Castro. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934.

GILISSEN, John. **Introdução à história do direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GÖSSEL, Karl Heinz. El principio de Estado de derecho y la estructura del proceso penal. Trad. de Miguel Polaino-Orts. **Lex**, Peru, v. 10, n. 9, págs. 287-302, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157793.pdf>>. Acesso em: 25 jan 2021.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 347, jul./ago./set., p. 03-10, 1999.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Trad. de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

JOFRÉ, Tomas. **Manual de procedimiento**: civil y penal. 5. ed. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1941. Tomo 2.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACHADO MARTINS, Charles Emil. A reforma e o “poder instrutório do Juiz”. Será que somos medievais?. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **As reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. cap. 1, p. 9-24.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito**: the brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2003.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal**. Trad. de Primitivo Gonzalez del Alba. Madrid: Editorial Reus, 1929.

MONTERO AROCA, Juan. **Proceso civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valência: Tirant Lo Blach, 2006.

ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 1-25, 2012. Disponível em:

<<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260968/348124>>. Acesso em: 31 dez. 2020.

SCHILLING, Voltaire. **As grandes correntes do pensamento**: da Grécia antiga ao neoliberalismo. Porto Alegre: AGE, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires: IBdeF, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.

Sobre os organizadores

Darci Guimarães Ribeiro

Advogado. Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela Università degli Studi di Firenze. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro da International Association of Procedural Law. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro representando no Brasil no Projeto Internacional de Investigação sobre Prova Científica e Prova Pericial financiado pelo Ministério de Educação e Cultura – Mec – da Espanha.

Guilherme Christen Möller

Mestre e Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro e Representante Discente da Escola de Processo da Unisinos (EPU). Autor, coordenador e organizador de livros e de mais de três dezenas de artigos científicos e capítulos de livros relacionados ao Direito Processual Civil e à Teoria do Processo. Advogado, Consultor Jurídico e Professor de Direito Processual Civil em diversos cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (*lato sensu*). E-mail: contato@guilhermehchristenmoller.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0168074867678392>.

Sobre os autores

Afonso Vinício Kirschner Fröhlich

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista CAPES, orientado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa "Iudicium: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder", coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro; e JUSNANO, coordenado pelo Prof. Dr. Wilson Engelmann, ambos vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado sócio do Escritório de Advocacia Afonso Fröhlich Advogados Associados. E-mail: afonsovkf@gmail.com.

Alana Gabriela Engelmann

Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pesquisadora da Escola de Processo, na Unisinos, sob coordenação do prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Especialista em Novo Processo Civil Brasileiro pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail alanagengelmann@hotmail.com.

Aline Graziela Bald Webers

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Bolsista Capes/Proex. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Univates (2016). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Univates (2013). Advogada. E-mail: alinebald@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4021970330223770>.

Cassiane Borges Wendling

Graduanda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista de Iniciação Científica UNIBIC, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UNISINOS. Pesquisadora do projeto "A Arbitragem frente ao paradigma racionalista do Código de Processo Civil de 2015", relacionado ao Grupo de Pesquisa: Iudicium: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder, sob orientação do Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4879375814294465>. E-mail: cassianebw@hotmail.com.

Darci Guimarães Ribeiro

Advogado. Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela Università degli Studi di Firenze. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro da International Association of Procedural Law. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro representando no Brasil no Projeto Internacional de Investigação sobre Prova Científica e Prova Pericial financiado pelo Ministério de Educação e Cultura – Mec – da Espanha.

Eduardo Hoffmann

Doutorando em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor do Centro Universitário Assis Gurgacz - FAG. Advogado no Paraná.

Everton Luis Marcolan Zandoná

Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Membro da Escola de Processo UNISINOS. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2169510617466527>. E-mail: evertonz21@hotmail.com.

Fábio Kirszenworcel Pereira

Acadêmico de Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), vinculado à Escola de Processo da UNISINOS, coordenada pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

Guilherme Christen Möller

Mestre e Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro e Representante Discente da Escola de Processo da Unisinos (EPU). Autor, coordenador e organizador de livros e de mais de três dezenas de artigos científicos e capítulos de livros relacionados ao Direito Processual Civil e à Teoria do Processo. Advogado, Consultor Jurídico e Professor de Direito Processual Civil em diversos

cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (*lato sensu*). E-mail: contato@guilhermechristenmoller.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0168074867678392>.

Guilherme de Oliveira Zanchet

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com *l*áurea acadêmica e distinção acadêmica. Bolsista da Capes/PROEX e membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0819798373404197>. Contato: guilhermeozanchet@gmail.com.

Guilherme Schubert Schmidt

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Corregedor-Geral da Guarda Municipal de Campo Bom/RS. Currículo Lattes: encurtador.com.br/oqzAU. E-mail: guilhermesschmidt@gmail.com.br.

Gustavo da Cunha Thewes

Estudante de Direito da Universidade do Rio dos Sinos - UNISINOS e bolsista de Iniciação Científica da Escola de Processo da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. <http://lattes.cnpq.br/0264471185566296>. gustavothewes@gmail.com.

Jéssica Cassol

Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade de São Vicente - Unibr. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Integrante pesquisadora do grupo de estudos e pesquisa (CNPq) intitulado *Iudicium: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder*, sob a coordenação do Dr. Prof. Darci Guimarães Ribeiro.

Leonardo Bauermann Machado

Estudante de Direito da Universidade do Rio dos Sinos - UNISINOS e bolsista de Iniciação Científica da Escola de Processo da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Marcelo Mazzola

Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Vice-Presidente de Propriedade Intelectual do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Mediador e Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES). Professor de Processo Civil da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Coordenador de Processo Civil da Escola Superior de Advocacia (ESA/RJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Advogado.

Mateus Tramontina

Mestrando em Direito com área de concentração em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista Cenecista de Farroupilha (CESF). Advogado.

Raul Marques Linhares

Doutorando e mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Especialista em Direito Tributário pela Estácio de Sá. Advogado Criminalista. E-mail: raul@ritterlinhares.com.br

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org