



Anais do Seminário

Justiça e Democracia Processual

16 de Novembro de 2022

Carlos Henrique Soares
Marcelo Antônio Rocha
Thiago Loures M. M. Monteiro
Vinícius Lott Thibau

(ORGANIZADORES)

 Dom Helder
ESCOLA DE DIREITO

Carlos Henrique Soares
Marcelo Antônio Rocha
Thiago Loures Machado Moura Monteiro
Vinícius Lott Thibau
(Organizadores)

Anais do Seminário
JUSTIÇA E DEMOCRACIA PROCESSUAL
Escola Superior Dom Helder Câmara
16 de novembro de 2022

Editora Dom Helder
Belo Horizonte
2022

Anais do Seminário Justiça e Democracia Processual

Copyright © 2022 by Marcelo Antônio Rocha

Capa: *Giustizia*, Rafael Sanzio

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Franclim Jorge Sobral de Brito

PRO-REITORIA DE PESQUISA

Pro-Reitora de Pesquisa: Beatriz Souza Costa

Secretário Administrativo: Cristialan Belça da Silva

EDITORA DOM HELDER

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio

Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa

Contato: R. Álvares Maciel, 628, B. Santa Efigênia CEP: 30150-250 - Belo Horizonte-MG.

Tel.: (31) 2125-8863

Todos os direitos desta edição são reservados. Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, por qualquer processo, sem a permissão expressa. O conteúdo dos textos é de responsabilidade dos autores.

FICHA CATALOGRÁFICA

C967a. Rocha, Marcelo Antônio.

Anais do Seminário Justiça e Democracia Processual - Escola Superior Dom Helder Câmara / Marcelo Antônio Rocha et.al. (org.). Belo Horizonte: Dom Helder 2022.

137 p.

Anais do Seminário Justiça e Democracia Processual, 16 de Novembro de 2022.

ISBN: 978-85-69921-19-6

1. Justiça 2. Democracia. 3. Processo 4. Gerações futuras. 5. Recursos

I. Título. II. Escola Superior Dom Helder Câmara III. Título

CDU: 342.7

Bibliotecário responsável: Lucas Martins de Freitas Junior CRB-6/3621

SUMÁRIO

Apresentação	5
<i>Os organizadores</i>	
1. Desconstruindo o juiz-antena	7
<i>Luís Gustavo Reis Mundim</i>	
2. Processo democrático, verdade e prova judicial	19
<i>Carlos Henrique Soares</i>	
3. Normatividade injusta e a supremacia do julgador	39
<i>Vinicius Lott Thibau</i>	
4. A penhora do salário para pagamento de dívida trabalhista	52
<i>Thiago Loures Machado Moura Monteiro</i>	
5. O conflito hermenêutico entre as correntes interpretativistas e não-interpretativistas do direito: a concretização da justiça por meio da autocontenção e do ativismo judicial	64
<i>Marcelo Antônio Rocha</i>	
6. As cláusulas gerais e acesso à justiça: o impacto da colmatação das lacunas legislativas pelo viés da materialização da justiça	75
<i>Camilla Rafael Fernandes</i> <i>Maria Tereza Castro Ozava</i> <i>Victor Santiago Drumond Silva</i>	
7. A processualidade (anti) democrática no Código de Processo Civil de 2015	85
<i>Ana Carolina Ramos de Freitas</i>	
8. A justiça dos precedentes e o Judiciário como criador dos novos direitos	97
<i>Julia Emilly de Souza Lima</i> <i>Kathlen Mélloni Gomes Cruz</i> <i>Suzana Gonçalves Oliveira</i>	
9. Os tipos recursais do novo Código de Processo Civil e democracia processual: análise de caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais	110
<i>Gabriel Fernandes dos Santos</i>	
10. O uso de medidas atípicas como forma de exceção cotidiana: uma análise jurisprudencial sobre o tema	121
<i>Clara Santos Furbino</i> <i>Erick Mateus Silva</i>	
11. Lacunas axiológicas no direito processual brasileiro	132
<i>Ana Clara dos Reis Trindade Ferrer Monteiro</i>	

APRESENTAÇÃO

No dia 16 de novembro de 2022, em Belo Horizonte, ocorreu o Seminário intitulado Justiça e Democracia Processual. O evento contou com o apoio irrestrito da Pró-Reitoria de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara e foi promovido pela iniciativa de dois Grupos de Iniciação Científica dessa instituição de ensino.

O primeiro deles, *Direito, Justiça e Democracia*, é liderado pelo Professor Doutor Carlos Henrique Soares e secretariado pelo Professor Mestre Marcelo Antônio Rocha. Os estudos que desenvolve abordam temas relevantes da filosofia, da hermenêutica jurídica, do direito processual e da teoria da democracia, objetivando, principalmente, examinar as possibilidades de fundamentação de uma teoria da justiça como reconhecimento, baseada na asserção de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito.

Por uma perspectiva interdisciplinar, o Grupo de Iniciação Científica *Direito, Justiça e Democracia* busca analisar como os direitos intersubjetivos, as liberdades, os projetos e as visões de mundo impactam a prática jurídica, o meio ambiente e a sociedade, a partir de uma proposição de justiça que se candidata a contribuir com o marco teórico democrático estabelecido pela Constituição brasileira.

O segundo dos GIC's, *Processo e Democracia*, é liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro. Em 2022, abordou as correlações teóricas entre justiça normativa e processualidade democrática, examinando os expedientes relativos à colmatação da denominada lacuna axiológica ou ideológica, que se instala quando, apesar de existente uma norma jurídica regente de determinada situação, essa deixa de ser aplicada pelo juiz ao argumento de que seria injusta.

Pelos estudos realizados, identificou-se que, por lições doutrinárias e jurisprudenciais, o preenchimento de referida lacuna é entregue ao julgador ou ao legislador, os quais, de modo desprocessualizado, buscam ajustar a normatividade posta por via de uma decisão solipsista desalinhada às bases normativas do marco teórico do Estado Democrático de Direito.

O Seminário teve excelente adesão. A comunidade acadêmica preencheu todas as vagas disponíveis para acompanhar e problematizar, por considerações e perguntas, os resultados parciais das pesquisas desenvolvidas pelos dois Grupos de Iniciação Científica neste ano.

No evento, ministrou a palestra de abertura o Professor Luis Gustavo Reis Mundim (IEC PUC Minas), que tratou da desconstrução do Juiz-Antena. Em seguida, palestraram todos os

professores integrantes dos GIC's. Por fim, vários discentes integrantes dos Grupos de Iniciação Científica *Direito, Justiça e Democracia e Processo e Democracia* apresentaram trabalhos.

Os anais do evento, agora, são disponibilizados para os interessados no formato de livro eletrônico, integrado por textos que foram revisados pelos seus respectivos autores, que são responsáveis exclusivos pelo conteúdo dos escritos que formalizam.

Desejamos a todos ótimo estudo!

Belo Horizonte, novembro de 2022.

Carlos Henrique Soares

Marcelo Antônio Rocha

Thiago Loures Machado Moura Monteiro

Vinícius Lott Thibau

1

DESCONSTRUINDO O JUIZ-ANTENA

Luís Gustavo Reis Mundim¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como escopo desconstruir criticamente a figura instrumentalista do denominado juiz-antena. Assim, demonstrar-se-á que o protagonismo do juiz-antena é incompatível com a processualidade democrática e o Estado Democrático de Direito.

Nesta perspectiva, examinou-se na primeira parte do trabalho o surgimento do protagonismo do julgador e seu desenvolvimento a partir da instrumentalidade do processo de Cândido Rangel Dinamarco. Para tanto, verificou-se que o juiz instrumentalista decide com base em escopos metajurídicos (econômicos, políticos e sociais), vez que é consignado como porta-voz dos anseios do povo em nome da justiça, o que permite o exercício da atividade jurisdicional criativa, mesmo contra a lei.

Na segunda parte, foi realizada a desconstrução da figura do juiz-antena, na medida em que, no Estado Democrático de Direito, o julgador não é livre para interpretar a lei ou decidir conforme sua consciência. Demonstrou-se, ainda, que a captação dos anseios do povo e as decisões com base em critérios pessoais de justiça do magistrado se dão de modo performático e permitem a suspensão da legalidade vigente, em claro exercício de jurisdição de exceção e desprocessualizada (jurisdição sem processo).

Ao final, concluiu-se que o modelo do juiz-antena é incompatível com a teoria da processualidade democrática e com o Estado Democrático de Direito, porque o magistrado não é o livre intérprete da lei, mas está vinculado à legalidade e à Constituição a partir do interpretante do devido processo.

¹ Mestre e especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduado em Gestão com ênfase em Negócios pela Fundação Dom Cabral (FDC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO), da Academia de Direito Processual (ACADEPRO) e do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG (2022/2024). Advogado e professor universitário.

A metodologia adotada no trabalho é a jurídico-teórica, uma vez que se pretende desconstruir criticamente o modelo dogmático da instrumentalidade do processo e do juiz-antena no Brasil, a partir do eixo teórico-epistemológico da processualidade democrática.

1 O JUIZ-ANTENA E O SOLIPSISMO DECISÓRIO

Sabe-se que o percurso do protagonismo do julgador tem seu nascedouro na teoria do processo como relação de direito público de Oskar Von Bülow (LEAL, 2008; MUNDIM, 2016; 2022; THIBAU, 2021), o qual preconizava que o julgador estaria acima das partes no procedimento e no momento decisório. Bülow, ainda, se torna defensor de um modelo de julgador que poderia decidir contra a lei, com base em seus critérios de justiça para criação do direito, sendo precursor do denominado Movimento do Direito Livre na Alemanha.²

Além de Bülow, Franz Klein na Áustria também foi defensor de inúmeras reformas legislativas que visavam permitir que o juiz se colocasse no direcionamento do procedimento, buscasse e investigasse a denominada verdade real, determinasse com amplos poderes a realização de provas, além de defender decisões com base em critérios de justiça. Em Klein, o processo era visto como uma instituição de bem-estar social para atingir finalidades além da lei. (RAATZ; ANCHIETA, 2021, p. 80-98).

Tal perspectiva, que enfatiza o protagonismo do juiz, desaguou no Brasil por meio da denominada instrumentalidade do processo, modelo cunhado por Cândido Rangel Dinamarco, o qual foi influenciado pelo processualismo germânico e italiano.³ (MUNDIM, 2016; RAATZ; ANCHIETA, 2021, p.149).

Em sua obra “*A instrumentalidade do processo*”, Cândido Rangel Dinamarco (2013) irá propor a concepção de que a jurisdição deve ser o centro gravitacional do direito e, para tanto, defende que o processo é seu *instrumento*. Dinamarco irá defender que o estudo da jurisdição e de seu instrumento “deve extrapolar os lindes do direito e da vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal”. (DINAMARCO, 2013, p. 181-182).

² O Movimento do Direito Livre na Alemanha defendia a possibilidade de criação judicial do Direito pelo juiz, na medida em que não poderia estar preso à legalidade, a fim de que aplicasse os seus critérios de justiça. O juiz, então, decidia apesar ou contra a própria lei. (MUNDIM, 2021 e THIBAU, 2021).

³ Além das perspectivas dos processualismos germânico e italiano, também é interessante notar a influência do direito processual português no processo brasileiro. Trata-se de uma perspectiva também advinda da socialização processual, eivada de autoritarismo e elitismo que legitima um perfil autoritário de atuação da magistratura. (MAGALHÃES, 2022; RAATZ; ANCHIETA, 2021, p.118-122).

Assim, mencionado jurista passa a defender que o processo, como instrumento da jurisdição, deve buscar seus escopos, quais sejam, social, econômico, político e jurídico, e, como principal objetivo, deveria o processo ser método para efetivar a pacificação social e a justiça.

É o que lecionam Igor Raatz e Natascha Anchieta:

Nota-se que, a partir das ideias publicistas, a doutrina instrumentalista acaba transformando o processo em um instrumento a serviço do Estado, para que este atinja os seus fins, os quais não viriam muito bem delimitados. Uma vez que a jurisdição não teria como objetivo a aplicação do direito e a tutela de direitos subjetivos, reforça-se tudo aquilo que demarcou o publicismo processual desde seu germe em Bülow, passado por Klein e Chiovenda. Dito de outro modo, segue-se com a ideia de que o processo está vocacionado a fazer valer a vontade do Estado. Consequentemente, também as partes ficariam à mercê da vontade estatal. O processo não passaria, pois, de um instrumento mediante o qual a jurisdição impõe seus fins – como a paz social – de forma “justa”, ou seja, com base na sensibilidade do julgador ou no sentimento que este nutre acerca da justiça. (RAATZ; ANCHIETA, 2021, p. 151).

A partir de tal noção, Dinamarco defende que juízes e tribunais seriam os únicos legitimados a fixarem o sentido normativo, já que seria o legítimo “canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar os sentidos do texto, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais”. (DINAMARCO, 2013, p. 46).

Ou seja, o juiz, inserido nas estruturais estatais de poder, seria a via entre a sociedade e o direito, motivo pelo qual a sua interpretação e decisão são consequências das opções axiológicas que predominam na sociedade, a partir da percepção do julgador. Desse modo, para a instrumentalidade, o juiz se tornaria o intérprete qualificado (oráculo) que buscaria os valores predominantes na sociedade e decidiria com base em tais valores. (ABBOUD, 2021b, p. 283).

José Roberto dos Santos Bedaque, assumido instrumentalista, defende a existência de um “poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça”. (BEDAQUE, 2013, p. 22).

No mesmo caminho, o orientando de Dinamarco na USP, Rafael Stefanini Auilo, defende o entendimento de que o processo é um instrumento da jurisdição para realização da justiça, noção que deve servir como fundamento da cooperação processual.⁴ Somente assim é que seria possível, para o autor, alcançar os objetivos primordiais da jurisdição que consistiriam na busca da verdade, na pacificação social e na educação da sociedade pelos critérios de justiça:

⁴ Importante notar que o artigo 6º do CPC prevê que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Esse dispositivo possui raízes em Franz Klein e se torna uma porta aberta ao solipsismo judicial (RAATZ; ANCHIETA, 2021).

[...] o modelo de colaboração intersubjetiva do processo civil como uma ferramenta de concretização dos escopos do processo imaginados nessa fase metodológica, principalmente quanto ao escopo social de pacificação social com justiça, mas sem se esquecer de que o processo é também ferramenta de educação da sociedade, de participação ativa e democrática e que visa à aplicação da lei ao caso concreto. (AUILO, 2017, p. 28).

Logo, o juiz instrumentalista seria o *captador* dos anseios sociais e os utilizaria no momento decisório, com base em seus sentimentos sobre o que seria justo. E é em razão dessa captação/canalização de anseios sociais que leva Antônio Carvalho Filho a denominar o julgador instrumentalista de *juiz-antena*⁵:

Constrói-se, a partir daí, um modelo de juiz: um representante do povo, que possui legitimidade democrática tal qual um parlamentar (poder legislativo), que deve estar atento aos anseios e motivações da própria sociedade. É o juiz-antena (ou juiz formiga-atômica), capaz de receber, ler e decifrar os impulsos sociais e os clamores majoritários de justiça e moralidade. “Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”. O juiz é, senão, o “gerente nato do bem-comum”, o jungido para ser “a providência de seu povo”. A justiça é para Dinarmarco o “escopo-síntese”, pois expressão do “bem comum” (welfare state). A esperança depositada pela escola instrumentalista do processo é em um juiz onisciente, ‘magnânimo e preparado’. (CARVALHO FILHO, 2017).

Também é o que leciona Georges Abboud acerca da instrumentalidade do processo e da figura do juiz-antena:

O modelo instrumentalista, justamente por não ter a dimensão de uma teoria do poder e por dialogar muito pouco com os avanços do constitucionalismo, deposita extrema confiança no agir dos magistrados, que deverão extrair as ‘legítimas expectativas’ da sociedade, canalizando-as no momento decisório. Para os instrumentalistas, o juiz seria um agente privilegiado que, inserido na trama social, funcionaria como uma espécie de ‘antena’, apta a captar os anseios sociais dominantes – as escolhas axiológicas da sociedade -, construindo as suas decisões/interpretações com base nos valores majoritários por ele ‘receptados’. (ABBOUD, 2021b, p. 283).

É por tal razão que Lincoln Mattos Magalhães (2022, p. 30) concluiu que o magistrado, no modelo instrumentalista, é visto como verdadeiro “portador dos valores e dos sentidos de atualização da normatividade”.

No entanto, “a atribuição da função de atender a anseios sociais, alheios à decisão do caso, não mais se sustenta em um paradigma democrático de processo” (BURGARELLI, 2021, p. 139), o que será demonstrado no próximo tópico.

⁵ Georges Abboud também utiliza a denominação de juiz-antena. (ABBOUD, 2021b, p. 282).

2 O JUIZ-ANTENA NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO DESPROCESSUALIZADA

A figura do juiz-antena da instrumentalidade do processo, o qual decide com base em justiça e escopos metajurídicos, se mostra uma perspectiva frágil e incompatível com a *processualidade democrática*, na medida em que possibilita um modelo autocrático de decisão.

Isso porque, cria-se um espaço *desprocessualizado e excepcional* (LEAL; THIBAU, 2015), no qual o julgador afasta o princípio da legalidade para aplicar o seu entendimento particular sobre os anseios sociais que “captou” ou criou a partir de sua própria consciência. Ou seja, o juiz-antena suspende a legalidade vigente para aplicar seus sentimentos e critérios pessoais interpretativos sobre a justiça.

Nesse sentido, a decisão se torna incontrolável e infiscalizável, já que o predomínio da consciência do julgador sobre a lei “leva a espaços inalcançáveis pela argumentação das partes, nos quais o magistrado opta por uma interpretação dentre as possíveis – *boa escolha discricionária* – por razões não jurídicas”. (BURGARELLI, 2021, p. 140).

Conforme leciona Maira Scavuzzi (2021, p.191), as decisões baseadas em critérios de justiça do julgador são performáticas, visto que a polissemia da palavra justiça se torna um subterfúgio retórico para o julgador decidir fora e apesar da lei. Desse modo, a ausência de demarcação teórica do que seja a justiça “conduz o Direito a uma extrema vagueza semântica” (SCAVUZZI, 2021, p.197) facilmente manipulável pelo detentor do sentido normativo (*auctoritas*).⁶

Com efeito, o juiz-antena, ao basear sua decisão em critérios extralegais e metajurídicos, transforma o *povo* em mero ícone⁷ a motivar suas escolhas discricionárias (autoritárias). Ocorre, então, o esvaziamento dos direitos e garantias fundamentais das partes⁸, em clara violação à

⁶ Em sentido semelhante, Rosemiro Pereira Leal aponta que “a palavra justiça, quando assim posta nos compêndios de direito, pode assumir significados vários que, a nosso ver, perturbam a unidade semântica e seriedade científica do texto expositivo. [...] Observa-se que o processo não busca ‘decisões justas’, mas assegura às partes integrarem, por uma hermenêutica isomênica, a construção do provimento, sem que o impreciso e idiossincrático conceito de ‘justiça’ da decisão decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia ou magnanimidade”. (LEAL, 2021, p. 74-75).

⁷ “O povo-ícone é carente de legitimação, pois não participa do espaço político de construção das decisões estatais. É um objeto na voz do governante autoritário, que sempre o invoca para justificar seus atos. Nesse sentido, o autocrata costuma dizer que fez isto ou aquilo *em nome do povo*. Que povo é este? Justamente, o povo-ícone, pois este não existe, não se inclui no sistema jurídico e não possui vida política. O povo-ícone na voz do déspota, passa a ser fonte de expressões como bem comum, interesse público, finalidade social etc., tudo isso, também, alimentando a ideia de que os agentes do Estado são capazes de captar uma, também icônica, *vontade do povo*”. (MADEIRA, 2014, p. 336).

⁸ No processo penal, a figura do juiz-antena também é perigosa, já que pode permitir com que o discurso midiático influencie os caminhos decisórios sem promoção dos direitos e garantias do acusado, como aponta Vítor Burgarelli em excelente obra sobre a temática: “Todo esse caminho é permeado de espaços de discricionariedade preenchidos pelo inconsciente – ou consciente, mas não dito expressamente – ideológico, criminológico, político, etc., do

constitucionalidade democrática, na medida em que o julgador decide fora daquilo que preconiza a legalidade, sem qualquer controle ou fiscalização.

A captação de supostos valores e anseios sociais pelo juiz-antena faz com que as partes estejam sob “uma condição servil e infantilizada, a aguardar o dizer lúcido do direito pela consciência de um juiz que lhe é, desde sempre, e, presumidamente, superior”. (MAGALHÃES, 2022, p. 30).

Decidir com justiça, portanto, é o mesmo que autorizar o julgador decidir conforme sua consciência, em clara assunção solipsista da decisão:

O enunciado “decido para atender a um ideal de justiça”, não obstante possa se estruturar em quantidade maior ou menor de palavras, não explica absolutamente nada – poderia, inclusive, ser sintetizado por meio da fórmula “decido porque quero”. Esse resumo só não se opera porque, num Estado Democrático de Direito, não se admite que as funções públicas sejam realizadas conforme a vontade de quem as exerce; decisão nenhuma poderia sobreviver se não fosse, ao menos, disfarçada de juridicidade, ou seja, fundamentada formalmente.

A justiça, quando é pretexto para realização de algo, torna-se a vontade de que detém o poder, isto é, daqueles que possuem força política para sobrepujar a sua vontade sobre as demais. Por esse prisma, a justeza, na qualidade de enunciado performático, assume um caráter extremamente subjetivista, no sentido de que visa aos interesses do sujeito que a emprega. Daí se dizer que “a ‘injustiça’ é um termo maleável que oferece uma roupagem erudita a preferências pessoais”. (SCAVUZZI, 2021, p. 207).

Esse espaço desprocessualizado (= jurisdição sem processo), regado pelo ativismo judicial⁹, é configurador de uma *jurisdição de exceção*, na medida em que tais posturas solipsistas suspendem a legalidade vigente para aplicação daquilo que o julgador entende como justo ou injusto, em substituição do Direito por critérios subjetivistas. (SCAVUZZI, 2021, p. 234-235).

Nessa rota, é possível verificar que na história da humanidade já se teve a atuação jurisdicional como legitimadora de regimes totalitários e de exceção, em especial o nazismo na Alemanha, quando juízes decidiam com base nos *valores* do povo alemão e sobrepunham tais critérios acima da lei. Nesse período, a metodologia nazista sincronizou o judiciário com o

juiz que, enxergando-se como figura carismática de quem a população ensandecida pela narrativa do crime pode esperar satisfação, assume para si o objetivo de acalmá-la”. E conclui: “Portanto, com o auxílio de espaços de discricionariedade e fatores inconscientes que permeiam e determinam a decisão judicial em matéria criminal, o sistema penal enxergado concretamente se vê incapaz e desinteressado em promover direitos e garantias individuais do réu, incorporando, ao invés, o discurso midiático periculosista que clama por uma resposta severa”. (BURGARELLI, 2021 p. 142).

⁹ Carlos Henrique Soares alerta que o ativismo judicial “traz consigo o perigo da ausência de observância da separação de funções do Estado, atribuindo ao judiciário uma função que não é sua, qual seja, legislar. Isso faz com que decisões tenham caráter de lei para todos e pode gerar situações imperfeitas e novas interpretações que serão novamente levadas ao judiciário para serem resolvidas sem a devida discussão no plano político. Como dito, o judiciário resolve questões no plano da aplicação das leis e seu discurso é diferente do desenvolvido pelo legislativo no plano da elaboração das leis”. (SOARES, 2022, p. 170).

pensamento nazista “não por meio da vinculação à lei, mas por meio da vinculação ao valor”. (MAUS, 2010, p. 51).

Vale dizer que, no nazismo, os juízes atuavam como engenheiros sociais, ao canalizarem e portarem os valores da sociedade, realizando nesse período autorizações de esterilizações em massa dos judeus, além de chancelarem medidas de pseudo-eugenia. (NUNES, 2011, p. 93).

O papel do juiz no período nazista é apontado por Ingeborg Maus:

O juiz não tem que atuar como porta-voz de um sentimento nacional qualquer, mas ensinar a um povo “doente” um sentimento “sadio” – é justamente nisso que consiste sua função de superego. Nem o próprio conceito pressuposto de povo é empírico: quando o juiz – como formulam as “Cartas aos Juízes”, publicadas pelo Ministério da Justiça do Reich desde 1942 – é empregado como “protetor dos valores de um povo e [...] destruidor dos desvalores”, o povo torna-se, como “unidade”, como povo “verdadeiro”, o objetivo e o produto da atividade decisória judicial. (MAUS, 2010, p. 33).

Leciona Vinicius Lott Thibau que no nacional-socialismo alemão o juiz não estava adstrito à legalidade e, caso entendesse a lei injusta em razão de não estar alinhada com os anseios do povo fixados pelo Führer, poderia suspender sua aplicação:

Foi, exatamente, o que ocorreu na Alemanha, principalmente no período compreendido entre 1933 e 1945. O nacional-socialismo tematizou o formalismo e o legalismo problematizados por Oskar von Bülow (2003), já que se impunham como óbices ao incremento dos objetivos traçados pelo Führer, que guiava o povo alemão mediante o estabelecimento tirânico de seu destino.

Os fundamentos teóricos do Movimento do Direito Livre apresentaram-se extremamente valiosos para a operacionalização do direito nazista, pois, por esses, o juiz não está vinculado à legislação estatal. Caso a lei seja considerada injusta pelo magistrado, ou, em outras palavras, seja tida, pelo julgador, como não alinhada aos anseios do povo alemão – que eram fixados pelo Führer –, não deve incidir no espaço inaugurado ao acertamento de direitos ou à satisfação de direitos já reconhecidos. (THIBAU, 2021, p.46).

Tem-se clara, portanto, que a atuação do juiz-antena “constituía elemento necessário para a instrumentalização do direito como ferramenta dos desígnios totalitários do nacional-socialismo”. (ABBOUD, 2021a, p. 126). Assim, é perigosa a captação de anseios e valores sociais pelo julgador que pode auxiliar na implantação de regimes autoritários, bem como concretizar o ativismo judicial autocrático e antidemocrático.

Verifica-se, então, que não há nada de novo no uso de conceitos vagos e imprecisos – a exemplo da justiça -, para manipulação do sentido normativo, na medida que tal técnica foi utilizada “pelo nacional-socialismo alemão para instrumentalizar e corromper a lei para o seu benefício, dispensada a necessidade de renovar a integralidade da legislação vigente”. (SCAVUZZI, 2021, p.207).

A visão instrumentalista do processo, com reforço do protagonismo do juiz-antena, mantém um ideal de dominação, o qual funciona “como uma espécie de ‘chicote’ de regulação da ordem e de docilização da sociedade”. (MAGALHÃES, 2022, p. 31).

Antônio Carvalho Filho tece importantes críticas ao juiz-antena, na medida em que tal modelo de julgador guarda problemas de ordem normativa. Assim, o autor aponta que o modelo instrumentalista do juiz-antena: (i) massacra o direito com base na moral; (ii) subverte a ordem jurídico-constitucional, na medida em que suas decisões não são baseadas na legalidade, mas naquilo que o julgador crê ser a justiça; (iii) considera o magistrado como um super-herói dotado de capacidades sobre-humanas, sem que seja possível o seu controle objetivo; (iv) esfacela o direito com base em critérios de sistemas alheios, como a economia e a política; (v) assume função legislativa, o que acarreta em exercício arbitrário e autoritário do poder sobre os cidadãos; e (vi) profere decisões que ignoram a lei e a legitimidade sem que se existam critérios de controle e fiscalização da atividade judicial exercida. (CARVALHO FILHO, 2022, p. 77-86).

A postura autocrática do juiz-antena instrumentalista é bem resumida por Carvalho Filho:

Com base nessas premissas, a figura do juiz-antena, como sujeito capaz de captar a justiça pelos impulsos morais da sociedade, representa um inarredável sofisma. É simplesmente impossível que alguém consiga reunir em si essa condição de síntese dos influxos de justiça a partir de uma sociedade tão plural quanto a nossa. No máximo, o juiz, como qualquer pessoa, pode, a partir de sua visão de mundo (*Weltanschauung*), passar a ler todos os demais acontecimentos por sua perspectiva pessoal. Contudo, isso não corresponde ao próprio “*sentimento da sociedade*” e sua “lente sobre o mundo” será sempre parcial e tendenciosa a partir das suas convicções e ideologias apriorísticas. Isso corresponde a dizer que a atuação judicial-instrumentalista a partir da justiça para a pacificação, é a porta aberta para o voluntarismo, decisionismo e o solipsismo, todos esses fenômenos cada vez mais presentes no judiciário, e que, ao que parece, estão longe de extinção. (CARVALHO FILHO, 2022, p. 87-88).

Ainda, não é crível que alguém possa reunir a condição infalível de canalizar todos anseios de justiça social a partir de uma sociedade pluralista como a que estamos inseridos (CARVALHO FILHO, 2017). Ou seja, o julgador não pode ser considerado como um sujeito superior dotado de uma “inteligência especial ou capacidades metafísicas de compreensão da sociedade e atuação volitiva para atendimento dos seus anseios” (CARVALHO FILHO, 2017).

Ora, o julgador é um ser falível, razão pela qual “é necessário humanizar o juiz para a sua condição própria de falibilidade-humana” (CARVALHO FILHO, 2017). ^{Por isso,} no Estado de Direito Democrático, deve-se “abandonar o mito do saber pelo sujeito-autoridade”, a fim de

que seja inaugurada “uma racionalidade que se sabe falível, fundamentada na evolução do conhecimento pelo racionalismo crítico”. (CARVALHO, 2018, p. 49-50).

Para além da desconstrução supra, o modelo instrumentalista traz a sua própria *autofagia*, na medida em que o juiz-antena não consegue colocar fim a todos conflitos da sociedade. Desse modo, elaborar uma alegoria que messianize o juiz-antena “é, ao mesmo tempo, o próprio veneno de sua existência, porque jamais o juiz terá condições de atender a todas essas prescrições. Os próprios motivos para a criação do instrumentalismo são as razões para o seu calvário”. (CARVALHO FILHO, 2022, p. 79).

Ou seja, a instrumentalidade do processo, por meio do juiz-antena, não consegue alcançar a utópica paz social, como aponta Roberta Maia Gresta:

Decorre dessa visão o renitente compromisso servil do instrumentalismo com Estados de Direito dogmáticos, perpetradores de intensa violência social pelo autoritarismo, pela exclusão e pelo esvaziamento da Cidadania. As sucessivas gerações de instrumentalistas parecem ignorar o fracasso histórico da expectativa de que a pacificação judicial poria fim aos conflitos sociais, que é também fracasso do próprio instrumentalismo. (GRESTA, 2014, p. 141-142).

São perceptíveis os paradoxos e a *crise* (LEAL, 2008) do modelo instrumentalista do juiz-antena em razão da total ausência de *legitimidade* de suas decisões, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, o resultado decisório “passa pela institucionalização das condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fiscalizá-las”. (LEAL, 2008, p. 148).

Assim, “o juiz ou o decisor, nas democracias, não é livre intérprete da lei, mas o aplicador da lei como vinculado aos **interpretantes** legais ante as articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes implementadoras da estrutura procedimental”. (LEAL, 2021, p. 71).

Podemos concluir que o juiz-antena é incompatível com a *processualidade democrática*, visto que mantém um *status quo* que apenas legitima práticas autoritárias por uma razão instrumental em pleno Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/1988).

CONCLUSÃO

Conforme verificado, o protagonismo judicial tem seu nascedouro em modelo processual cunhado no publicismo processual. As teorias processuais publicistas de Bülow e Klein influenciaram o desenvolvimento da instrumentalidade do processo de Dinamarca, o qual preconiza que o processo é um instrumento da jurisdição para realização de paz social e de justiça.

Para tanto, a dogmática instrumentalista desenvolve a figura do juiz-antena, o qual consiste em ser o captador e canalizador axiológico dos anseios sociais, econômicos e políticos do povo. Assim, permite-se ao juiz-antena decidir com base em seus critérios pessoais de justiça, extraídos de sua leitura dos anseios da sociedade.

Todavia, a figura do juiz-antena se mostra eivada de problemas, na medida em que permite ao julgador suspender a legalidade para decidir com base em sua consciência solipsista, o que impossibilita o exercício de controle e fiscalidade de suas decisões. O processo é visto como mero chicote regulador da sociedade, visto que o pronunciamento decisório reflete uma postura ativista e autoritária do magistrado, em clara assunção de uma jurisdição de exceção e desprocessualizada.

O juiz-antena é o mesmo modelo de julgador utilizado por Estados autocráticos, a exemplo do nazifascismo alemão, visto que o judiciário nazista também preconizava que as decisões judiciais poderiam criar o direito a partir daquilo que o juiz captasse como anseio dos alemães, designados pelo Führer.

Logo, o protagonismo do juiz instrumentalista é incompatível com o Estado Democrático de Direito, o qual é regido pela legalidade, pela fiscalidade por meio devido processo e pelo controle objetivo das decisões. Desta feita, não é possível o exercício de jurisdição sem processo, vez que suplanta os direitos e garantias fundamentais das partes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BURGARELLI, Vítor. **Mídia, direito penal e vulnerabilidade**: a opinião pública na decisão penal. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo**: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2022.

CARVALHO FILHO, Antônio. Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. **Empório do Direito**, Florianópolis. Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho>>. Acesso em: 05 de nov. de 2022.

CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia judicial e processo democrático**: a fala processual como exercício de cidadania. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. v. 01.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n.92, p. 13- 29, out./dez.2015.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdades de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 15. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014.

MAGALHÃES, Lincoln Mattos. A construção judicial da ordem: o papel dos juízes na formação do Estado e na manutenção das estruturas de poder. *In*: SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho; MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Jurisprudencialização do direito no Código de Processo Civil de 2015**: aspectos críticos. Londrina: Thoth, 2022.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Autoritarismo decisório no Código de Processo Civil: as ressonâncias do Movimento do Direito Livre. *In*: ALVES, Lucélia de Sena; BORGES, Fernanda Gomes e Souza. (Orgs.) **5 anos de vigência do Código de Processo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O “Paradoxo de Bülow” no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. *In*: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; LEAL, André Cordeiro; FRATTARI, Rafael; ENGELMANN Wilson. (Org.). **Jurisdição e Técnica Procedimental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e**

processualidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático.** Curitiba: Juruá. 2011.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo:** a formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2021.

SCAVUZZI, Maira. **Juízes fazem justiça?** Decisão judicial e democracia constitucional. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2021.

SOARES, Carlos Henrique. **Lições de direito processual civil.** 4. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022.

THIBAU, Vinicius Lott. Oskar Von Bülow e o nazismo. **Revista Meritum,** Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 38-50, mai./ago. 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8518>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

2

PROCESSO DEMOCRÁTICO, VERDADE E PROVA JUDICIAL

Carlos Henrique Soares¹⁰

I - Introdução

A relação entre verdade e prova é um dos pontos mais tormentosos do direito processual, tanto no Brasil, quanto no mundo. Verificamos que a prova, muita das vezes leva o julgador a acreditar que o que ficou provado é justamente o que realmente ocorreu. Tal erro em acreditar que a prova é uma representação fiel da realidade induz, às vezes, a inúmeros erros judiciários e compreensões erradas sobre o mundo e sobre o direito processual.

O presente texto, pretende, em seu objetivo, desconstruir a imagem de que a prova é a representação fiel da realidade, bem como, justificar, que erros judiciários podem ocorrer, na análise da prova, por conta de interpretações judiciais equivocadas sobre a prova e seu objeto.

Portanto, buscaremos nesse ponto, informar, inicialmente, que a prova é um elemento interpretativo, que depende da subjetividade humana, e tanto das partes, quando do juiz. A análise da prova é uma atividade de dialógica, construída e sempre realizada na medida da formalidade, ou seja, construída na medida do debate em contraditório das partes e dos fundamentos jurisdicionais e nunca, a prova pode ser considerada uma representação fiel da realizada fática.

Com essa introdução, será necessário tecer algumas considerações sobre as principais teorias sobre a verdade existente no mundo jurídico e filosófico. Vejamos.

¹⁰ Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUCMinas. Professor da PUCMinas de Direito Processual Civil – Barreiro (Graduação e Pós-Graduação). Coordenador de Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil do IEC-PUCMinas-Barreiro. Membro do Instituto brasileiro de Direito Processual (IBDP), Instituto Pan-americano de Derecho Procesal (IPDP), Instituto de Direito de Língua Portuguesa (IDILP), Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG), Advogado e sócio da Pena, Dylan, Soares & Carsalade Sociedade de Advogados. Escritor de diversas obras e artigos jurídicos. Palestrante. Coordenador do GIC “Direito, Justiça e Democracia” na Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: carlos@pdsc.com.br

II - Teorias clássicas sobre a “verdade”

As teorias clássicas ou substanciais sobre a “verdade” podem ser divididas em: a) teoria da correspondência; b) teoria da coerência; c) teoria da convenção ou do consenso; d) teoria pragmatista; e e) teoria da verificação ideal.

A teoria da correspondência ou evidência estabelece que a verdade é a adequação do nosso intelecto à coisa ou da coisa ao nosso intelecto. A teoria da coerência estabelece que a verdade é a coerência interna, ou a coerência lógica das ideias que, de acordo com as regras e leis dos enunciados, formam um raciocínio.

A teoria da convenção ou do consenso estabelece que a verdade é o consenso a que, observados princípios e convenções que estabelecem sobre o conhecimento, chegam os membros de uma comunidade de pesquisadores ou estudiosos.

A teoria pragmática estabelece que a verdade está nos resultados e aplicações práticas do conhecimento, sendo aferível pela experimentação e pela experiência.

E, por último, a teoria da verificação ideal estabelece que a verdade está nos resultados obtidos dentro de situações ideais de experimentação.

A indicação das referidas teorias da verdade teve o único sentido de noticiar a sua existência, mas não serão devidamente analisadas, por fugir ao escopo do presente artigo, que busca, justamente, trabalhar a verdade e o processo no âmbito filosófico-processual exclusivamente. Contudo, algumas considerações são bem-vindas, como bem ressalta Marilena Chauí (1995):

Na primeira e na quarta teoria, a verdade é o acordo entre o pensamento e a realidade. Na segunda e na terceira teoria, a verdade é o acordo do pensamento e da linguagem consigo mesmos, a partir de regras e princípios que o pensamento e a linguagem deram a si mesmos, em conformidade com sua natureza própria, que é a mesma para todos os seres humanos (ou definida como a mesma para todos por um consenso)¹¹.

Diante de tais teorias, e fazendo um paralelo com as decisões judiciais, pode-se afirmar que a sentença é verdade se, e somente se, corresponde a um fato (teoria da correspondência); a sentença é verdade se, e somente se, corresponde a um conjunto de crenças internamente coerente (teoria da coerência); a sentença é verdade se, e somente se, corresponde ao consenso dado aos membros de uma comunidade de pesquisadores ou estudiosos (teoria do

¹¹ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 2 ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 100-101.

consenso); a sentença é verdade se, e somente se, é algo útil a se acreditar (teoria pragmática); a sentença é verdade se, e somente se, é provável ou verificável em condições ideais.

Em todas as teorias da verdade citadas, há um ponto comum, qual seja, a adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade. O intelecto é a inteligência, o entendimento, a razão, o conhecimento intelectual. A realidade é o ser. Na correspondência entre o intelecto e o ser, firma-se a adequação de ideias constitutivas do objeto (*adaequatio intellectus et rei*)¹².

Por óbvio e por exclusão, podemos afirmar que a definição e o entendimento do sentido da expressão “*verdade*” faz com que possamos compreender o sentido de “*falso*”. Do ponto de vista processual, a verdade é sempre perquirida e a falsidade é sempre punida, por ser considerada deslealdade e má-fé processual (art. 16 e seguintes do Código de Processo Civil brasileiro de 1973).

Verifica-se, também, outro ponto que merece reflexão. Todas trabalham o conceito de “verdade” no âmbito **substancial**. Nessa perspectiva, admitem justificativa para sua modificação a sentença judicial que não corresponder à verdade dos fatos; ou que não corresponder a um conjunto de crenças internamente coerente; ou, ainda, que não corresponder a um consenso; que não for passível de comprovação em condições ideais; ou na qual não for mais útil acreditar. Como preferem alguns, tais casos permitem a “*flexibilização da coisa julgada*”. Isso impede a garantia da segurança jurídica e certeza no direito.

Quando se trabalha com qualquer teoria da verdade substancial, fica fácil justificar a modificação da decisão jurisdicional de reconhecimento ou negatória de paternidade. Parece ser essa a orientação dos tribunais brasileiros, que, fundada na verdade substancial, justificam a flexibilização da coisa julgada para garantir a “*justiça nas decisões*.”

III - “Verdade” e prova

Com base nas teorias subjetivas da verdade e relacionando com o direito processual brasileiro, podemos anotar, de forma clara, que existe uma tendência de se admitir a subjetividade da prova e da verdade.

A valoração e valorização da prova pelo julgador de primeiro grau de jurisdição pode ser diferente da valoração e valorização da prova pelo segundo grau de jurisdição e isso pode modificar todas as compreensões tomadas como verdadeiras (premissas), bem como o resultado

¹² BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

(decisão). A subjetividade do julgador, no fim, é o que pode nortear os elementos que serão tomados como verdadeiros nos autos¹³.

Ninguém duvida, que a presença da subjetividade, no momento da decisão, exista e é utilizada. No entanto, precisamos estabelecer os limites para que os fatos e provas sejam tratados como verdadeiros. Qual seria o critério para que determinado fato ou elemento possa ser tomado como verdadeiro no processo?

Apenas para ilustrar o que estamos querendo dizer, veja a decisão tomada pelo Tribunal Superior de Justiça do Brasil, no julgamento do Recurso Especial n. 226436/PR, proferida pela 4ª. Turma, cujo Relator foi o Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, publicado no Diário Oficial da União em 04.02.2002: *“sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada modus in rebus. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. “Não se pode olvidar, todavia, que, numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade”. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.”*

Deduz-se, pela análise do presente acórdão, que o Ministro Relator justifica a possibilidade de modificação da sentença e da coisa julgada sob o fundamento de que o que importa no processo jurisdicional é justamente a busca da verdade real. Ao afirmar isso, o Ministro Relator demonstra sua afinidade à *teoria da verdade como correspondência*. Acrescenta, ainda, que o que está a autorizar a modificação do julgado é, justamente, a prova pericial de DNA, que permite ao julgador atribuir juízo de quase certeza sobre a possibilidade de paternidade. Tal orientação acima indicada serviu de base para que outras decisões fossem

¹³ Cf. Rosemiro Pereira Leal: “A valoração da prova é, num primeiro momento, perceber a existência do elemento de prova nos autos do procedimento. Num segundo momento, pela valorização, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequivocidade material e formal.” LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 135.

dadas nos demais Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros, possibilitando a rediscussão das ações de reconhecimento de paternidade já sobre o manto da coisa julgada.

A tese defendida pelo Sr. Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, além de adotar uma teoria subjetiva de verdade, infelizmente, confunde os conceitos de “prova”, “verdade” e “certeza”.

Quando se busca a “verdade” na ação de reconhecimento de paternidade, isso não implica a certeza da paternidade. Tal afirmativa pode ser verificada nos dizeres de Malatesta (1996), ressaltando que a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade, enquanto a crença na percepção desta conformidade é a certeza; por vezes, tem-se certeza do que, objetivamente, é falso; por vezes, duvida-se do que, objetivamente, é verdadeiro¹⁴.

A verdade é o desvelamento, a manifestação do ser, a lucidez do objeto ao olhar que só é alcançada com a inteligência e a compreensão humana. Não existe verdade absoluta, os objetos só nos mostram parte de sua realidade¹⁵. A verdade absoluta poderia ser traduzida pela expressão “certeza”. Ou seja, quando se crer que não há nada mais que possa derrubar as informações tidas como verdadeiras.

No processo jurisdicional, e nas ciências em geral, a evidência que temos é que nenhuma verdade é absoluta. Nas ciências, de um modo geral, e nas ciências jurídicas e no processo, não existe verdade absoluta (certeza), pois a todo instante, estamos desenvolvendo modos diversos e distintos para entender e responder a novas situações fáticas e jurídicas que a complexidade humana e suas relações trazem para o plano social.

A *verdade processual*, ou seja, elementos considerados existentes nos processos de tomada de decisão, são obtidos através de uma reconstrução dos fatos com a indicação de argumentos jurídicos, provas testemunhas e documentais, perícias e presunções, que levam os sujeitos processuais (partes, advogados¹⁶, ministério público e juiz) a formarem suas convicções particulares e valorizando aqueles dados que interessam e que possuam relevância e consequências jurídicas.

É importante ressaltar que a *verdade processual* sofre influência direta das opções políticas e das subjetividades de cada sujeito processual participante do processo jurisdicional.

¹⁴ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. 3 ed., 1912. Campinas: Bookseller, 1996, p. 21.

¹⁵ DA COSTA, N.C.A. O conhecimento científico. 2ª. Ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

¹⁶ Cf. Carlos Henrique Soares em seu livro “Estatuto da Advocacia e Processo Constitucional”, há a afirmação específica de que a participação do advogado e seus argumentos devem ser necessários para que se possa ter um processo democrático e constitucional. Isso significa dizer que o advogado, por meio de suas interpretações e provas que ajuda a praticar, necessariamente, contribui para o processo de formação da *verdade processual*. (Soares, Carlos Henrique. **Estatuto da Advocacia e Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.)

Isso significa que se tratamos de observar a realidade construída pelo autor de uma pretensão, verificamos que o mesmo irá construir fatos e fundamentos jurídicos, bem como produzir provas para demonstrar sua razão de direito e de fato no processo e obter politicamente o resultado esperado, qual seja, a procedência do pedido.

Lado outro, o réu terá a mesma conduta do autor, no entanto em sentido contrário, que buscará sustentar que suas razões sobre fatos e direitos contrários aos interesses do autor, apresentando provas que demonstram uma realidade totalmente diferente da apresentada pelo autor.

A apresentação de realidades distintas pelo autor e pelo réu, por si só, não permite afirmar que um dos dois estão trazendo argumentos falsos ao processo para obter vantagem indevida, o que seria considerado litigância de má-fé. Apenas demonstra, num primeiro momento, que temos a percepção da realidade e da verdade dos fatos interpretada de forma diferente, dependendo do sujeito e de suas convicções.

Acontece, do Juiz, após ler as pretensões do autor e as pretensões resistidas do réu, apresentar uma terceira via de compreensão da realidade, tomando como verdadeiro pontos ou questões que para o autor e para o réu não foram valoradas (percebidas) ou valorizadas. Essa terceira via de compreensão, justifica que a verdade, especialmente, presente nos autos, é sempre algo reconstruído, não sendo possível definir uma verdade absoluta e uma falsidade por quem não coaduna com a aquilo que foi admitido como verdadeiro. As verdades são convenções e portanto, é impossível qualquer tipo de inferência sobre verdade sem que todos os participantes do processo tenham estabelecido algumas premissas idênticas.

Conforme adverte Rosemiro Pereira Leal, *“desservem ao Direito, na contemporaneidade, os estudos da prova, se concebida, como assinalado, em moldes judiciaristas, mediante avaliação de sua eficácia probante pelo “poder” da sensibilidade e do talento da apreensibilidade jurisdicional¹⁷”*.

Nas democracias, a “prova” não é parâmetro para a busca da “verdade real”. O ato de “provar” é entendido como “representar e documentar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova¹⁸”. A prova, na democracia, não pretende estabelecer a “verdade”, mas, sobretudo, ser uma garantia do devido processo constitucional.

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 193.

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 193.

Para cumprir essa sua função de garantia do devido processo constitucional, a “prova” enuncia-se pelos conteúdos lógicos de aproximação dos seguintes princípios: a) indiciariedade; b) ideação; e c) formalização. Na lição de Leal:

[...] o princípio da indiciariedade aponta o elemento de prova no espaço. O princípio da ideação rege o meio intelectual legal da coleta da prova no tempo do pensar. O princípio da formalização realiza o instrumento da prova pela forma estabelecida em lei. De conseqüência, a prova, como instituto jurídico, enuncia-se a partir do mundo da realidade dos elementos sensoriais pelos meios de ideação jurídica para elaboração do instrumento de sua expressão formal¹⁹.

De fato, a busca da “verdade” dos fatos não é responsabilidade do juiz, nem do processo e, muito menos, da prova. Isso significa que afirmar que todos os sujeitos processuais e interessados na decisão jurisdicional possam analisar e motivar quais foram suas interpretações sobre a prova produzida. A ausência dessa participação proíbe o Juiz de decidir, por ausência de estabelecimento de premissas básicas para a decidibilidade²⁰.

Percebemos que a tentativa dos processualistas em relacionar a “verdade” com a “prova” sempre esbarra na noção de verdade e de convicções pessoais do julgador, o que infelizmente, não ajuda na compreensão do tema prova e suas implicações processuais. Não é a ausência de prova ou a demonstração de que as provas trazidas aos autos não condizem com a “verdade” que irão autorizar o reconhecimento da pretensão do autor ou da pretensão resistida do réu (defesa). Temos que observar, do ponto de vista processual, é que a construção da prova se deu dentro da legalidade e do devido processo constitucional, ou seja, que o princípio do contraditório foi garantido em seu grau máximo e que as convicções e verdades processuais foram objeto de reflexão por todos os sujeitos processuais.

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 192.

²⁰ Cfr. Rosemiro Pereira Leal: “Nos arts 131 e 332 do CPC, provar é ato reconhecido pela Jurisdição, e não atividade de demonstrar pelo instituto da prova. O CPC, nesse passo, é de irretocável autocracia (1973). Não tem eixo teórico no paradigma do Estado de Direito Democrático, não adota o instituto da prova em sua plenitude enunciativa de operacionalização de direitos fundamentais. Assim, quando é suprimida a produção de provas em nome do “livre convencimento “do juiz (art. 131, do CPC) ou de uma *justiça rápida* ou pela retórica da singeleza dos casos, temos a ilusória resolução das demandas pelo delírio enganoso do consenso ou pela utopia do diálogo inesclarecido ou a terminação do caso pelo esquecimento do conflito. Exercer *jurisdição sem procedimento* é abolir a prova legal de existência do *due process*, porque, para existir Processo, é preciso produzir procedimento (especo-tempo-formalizado), segundo a lei asseguradora da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, do direito ao advogado e gratuidade dos serviços judiciários na defesa de direitos fundamentais. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 193.)

Expressões como: “verdade real²¹” e “verdade formal²²” não podem fazer mais parte do vocabulário jurídico científico, pois como visto, a verdade só pode ser entendida como elemento construído ou reconstruído pelo debate das partes (contraditório). Daí, e somente por isso, se justifica, em alguns casos, a admissão ou não de fato, por presunção, ou seja, sem que o mesmo pudesse ser provado. A esse respeito, esclarece Theodoro Jr. que:

[...] somente depois de a parte não usar os meios processuais a seu alcance é que o juiz empregará mecanismos relativos ao ônus de prova e à *facta confessio*. É, destarte, a própria parte, e não o juiz, que conduz o processo a um julgamento afastado da verdade real²³.

Ainda no intuito de tecer críticas a essa dicotomia “verdade real” e “verdade formal”, sustenta Cambi que: “[...] *A reconstrução dos fatos no processo penal não é mais relevante do que no processo civil, mesmo porque nem todas as condenações penais redundam na aplicação da pena de restrição da liberdade e, mesmo assim, em contrapartida, as consequências não patrimoniais de uma condenação civil poderiam ser tão graves quanto a restrição da liberdade (por exemplo, a perda do pátrio poder). Portanto, tanto no processo penal quanto no civil, o melhor conhecimento possível dos fatos constitui pressuposto para uma boa decisão*²⁴.

Merece acolhida, portanto, a afirmativa de não ser possível estabelecer diferenciação entre “verdade real” e “verdade formal”. A colocação da dicotomia e suas críticas acabam por disseminar muito mais dúvidas do que, propriamente, soluções. Temos que o termo “verdade” está diretamente relacionando com o direito processual e com o princípio do contraditório. *A verdade é um elemento construído e reconstruído na medida da garantia do contraditório*. Segundo Soares, o contraditório significa a garantia da proibição da decisão surpresa, ou seja, decisões que não sofreram o devido debate pelas partes. Que não foi garantido o efetivo direito de participação, que é muito mais do que apenas dizer e contradizer nos autos, mas sobretudo

²¹ Cf. Ada Pellegrini Grinover: “[...] a antítese “material-formal” é criticável quer do ponto de vista terminológico, quer do ponto de vista substancial. É igualmente simplista a ulterior correlação: processo penal - verdade material; processo civil - verdade formal. Pressupõe ela a imagem de um processo civil, imutavelmente preso ao dogma da absoluta disponibilidade do objeto do processo e dos meios de prova, o que é inexistente do ponto de vista do direito positivo, bem como do ponto de vista histórico.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 82.).

²² Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V.1, p. 37: “No processo civil vigoram as presunções, as ficções, as transações, elementos todos contrários “à declaração de certeza da verdade material”. Se o réu, no Processo Civil, estando em jogo interesses disponíveis (que constitui regra), reconhece a procedência do pedido, extingue-se o processo com a resolução do mérito (art. 269, II, do CPC). No Processo Penal, não; a confissão não passa de simples meio de prova.”

²³ THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. V.I, p. 33-34.

²⁴ CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72-73.

o *direito de influenciar* a decisão jurisdicional com argumentações, fatos e provas²⁵. Esse direito ao contraditório, como garantia de influência, impede as chamadas “decisões surpresas²⁶”.

IV – Prova, “verdade” e o (in)consciente

A percepção do homem sobre a realidade, especialmente sobre os fatos que para si são tomados como verdadeiros e conscientes não são fáceis de serem conhecidos e explicados. Embora pareça claro que a maioria das atitudes do homem possam ser fruto de sua vontade e consciência, há estudos que demonstram que muitas das vezes, aceitamos verdades e escolhas acreditando serem conscientes, mas que na verdade foram feitas pelo nosso cérebro de maneira inconsciente e sem que a pessoa assim o percebesse.

A dúvida sobre a verdade e até mesmo sobre a existência do homem e das situações fáticas vividas se constituem de uma das mais difíceis e importantes perguntas sobre a própria humanidade. Uma das principais reflexões sobre a verdade e sua existência foi apresentada por René Descartes, em seu livro “*Discurso do Método*”, onde sua dúvida sobre a existência ficou concretizada no pensamento muito difundido, qual seja, “*penso, logo existo*”²⁷. Com tal reflexão, Descartes colocou em dúvida a própria existência e a própria dúvida sobre os fatos da realidade, resolvendo, um conflito existencial, incluindo um elemento subjetivo, qual seja, o “*pensamento*”. O pensamento é para Descartes a própria prova da existência da realidade. Essa constatação de que o pensamento constrói a realidade foi feito de modo empírico, sem conhecimento sobre a psicanálise.

Trazendo a psicanálise para o campo de investigação do direito, é possível entender que a prova está diretamente relacionada com o sujeito, e portanto, seus pensamentos e convicções.

O pensamento é o elemento que uni a realidade e a prova.

Um dos autores mais consagrados dos Estados Unidos, doutor em física e professor do Instituto de Tecnologia da Califórnia, Leonard Mlodinow, que possui vários estudos em

²⁵ Soares, Carlos Henrique. **Estatuto da Advocacia e Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 295.

²⁶ Cfr. José Lebre de Freitas: “a proibição da chamada decisão-surpresa tem sobretudo interesse para as questões, de direito material ou de direito processual, de que o tribunal pode conhecer oficiosamente: se nenhuma das partes as tiver suscitado, com concessão à parte contrária do direito de resposta, o juiz – ou o relator do tribunal de recurso – que nelas entenda dever basear a decisão, seja mediante o conhecimento do mérito seja no plano meramente processual, deve previamente convidar ambas as partes a sobre elas tomarem posição, só estando dispensado de o fazer em casos de manifesta desnecessidade.” (LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 103.)

²⁷ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 38.

parceria com o maior físico contemporâneo Stephen Hawking, em 2013, apresentou uma obra intitulada “*Subliminar – como o inconsciente influencia nossas vidas*” no qual verificamos inúmeros capítulos onde o autor tenta afirmar e demonstrar situações normais da vida em sociedade em que acabamos sendo influenciados a escolher, não com base em fundamentos racionais, mas em convicções pessoais, e infelizmente, sem que pareça ser algo inconsciente. Isso significa dizer, que no livro, o autor sustenta a tese de que o subconsciente decide e faz com que situações pareçam verdadeiras, influenciando o processo de tomada de decisão. Esse processo de tomada de decisão, de escolha de produtos, filmes e pessoas, inconscientemente, leva o autor a sustentar que muitas vezes decidimos com fundamentos irracionais. Isso também acontece no pleno processual e justamente, na produção da prova²⁸.

Como afirma MLODINOW, “*o comportamento humano é produto de um interminável fluxo de percepções, sentimentos e pensamentos, tanto no plano consciente quanto no inconsciente*”²⁹.” Com tal afirmação, sendo transportado para o processo, temos a constatação de que o ato de deduzir pretensões ou pretensões resistidas, provar e decidir, muito embora pareça um ato exclusivamente racional e técnico, contém em si, muito de percepções inconscientes, traduzindo informações e pré-compreensões do próprio sujeito processual que a produz, sejam eles, as partes, os advogados ou o juiz.

“Fatores ambientais”, por exemplo, podem interferir no julgamento e na percepção da prova e em sua valoração e valorização. “Fatores argumentativos” que possam trazer emoções ou comoções pessoais podem também ajudar a condenar ou absolver determinada pessoa. A prova e a decisão, mesmo que não pareçam, sofrem influência direta dessa argumentação e dos fatores ambientais e emocionais dos intérpretes. No fim, significa dizer, que no âmbito processual, a verdade ou a realidade depende de inúmeros fatores, sendo que a racionalidade está presente, mas sofre influência da irracionalidade ou do subconsciente³⁰.

²⁸ MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

²⁹ MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 23.

³⁰ Cf. Leonard Mlodinow: “*Na verdade, esses elementos ambientais têm uma influência poderosa – inconsciente – não só no quanto escolhemos comer, mas também no sabor da comida. Por exemplo, vamos supor que você não coma só no cinema, mas também vá a restaurantes, às vezes a restaurantes que oferecem mais do que um menu com vários tipos de hambúrgueres. Esses restaurantes mais elegantes costumam escrever no menu termos como “pepino crocante”, “purê de batatas aveludado” e “beterrabas gralhadas sobre o leito de rúcula”, como se nos outros restaurantes o pepino fosse troncho, o purê de batatas tivesse textura de algodão e as beterrabas viessem nadando em óleo. Será que um pepino crocante fica mais crocante com outro nome? Será que um cheseburger com bacon se torna comida mexicana se for apresentado em espanhol? Será que uma descrição poética pode fazer com que um macarrão com queijo deixe de ser uma quadrinha para se transformar num haikai?* (MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 28).

O que estamos querendo informar, é justamente o fato de que um discurso mais emotivo, menos técnico-jurídico, ou uma percepção da realidade de forma diferenciada, mais dura ou mais branda, pode influenciar irracionalmente a percepção da realidade, sem que isso possa ser percebido pelo sujeito processual, que no fundo, acredita ter apreendido as informações de forma racional, influenciando diretamente no discurso apresentado no judiciário, nas provas e nas decisões jurisdicionais.

Assim, tomando por base a necessária compreensão de que a percepção da realidade tem um fator racional e um fator irracional, isso também deve influenciar no processo de tomada de decisão jurisdicional. Os argumentos, fatos, provas e decisão estão intimamente ligadas ao *pensamento* e este é justamente o elemento subjetivo que cria a realidade, seja racional ou irracional.

Quando tomamos para nós, como verdadeiro, determinada premissa, essa escolha muitas vezes pode ter sido feita de modo irracional, por uma série de influências ambientais ou de preconceitos do sujeito, e isso faz com que nossos julgamentos, mesmo que em base racionais, possam sofrer a influência direta de elementos irracionais, as vezes resolvidas por uma questão de simpatia ou antipatia, por exemplo.

Em última análise, a verdade no processo sofre influência direta de “fatores externos”, extra autos, que dizem muito mais sobre os sujeitos processuais do que sobre a própria verdade em si. Fatores argumentativos, políticos, sociais e econômicos, se bem empregados, são capazes de sensibilizar os sujeitos processuais e podem transformar fatos improváveis em fatos verdadeiros. Isso se dá, por questões inconscientes, que dizem respeito às nossas opções políticas, sociais e econômicas, transformam nossa percepção sobre o mundo e transformam as decisões que tomamos. Isso, claro que tem relevância para o mundo jurídico, quando se trata de discutir no direito processual, a verdade processual, que obviamente é uma disputa política sobre valorização e valoração de prova, sobre argumentação jurídica, sobre outros fatores externos, que nem mesmo entram em discussão nos autos do processo.

Os “fatores externos”, podem, por exemplo, interferir diretamente na prova testemunhal. Isso é facilmente perceptível quando confrontamos o depoimento de duas testemunhas que presenciaram o mesmo fato. Confrontados os depoimentos das duas, verificamos que os mesmos fatos são narrados de forma diferentes, os detalhes que chamaram a atenção de uma testemunha não são os mesmos que chamaram a atenção da outra testemunha. Como dito, a

percepção da realidade, por ambas, é diferente, em razão de fatores externos, e que no inconsciente de cada um, são processados de maneira diferente. Ora, se ambas estão dizendo a verdade, é sinal de que a verdade tem várias admite formas de interpretações, e todas estão corretas.

Isso também podem acontecer quando da interpretação de contratos ou quando da elaboração de provas periciais. Mesmo que o contrato parece ser um documento confiável e resolutivo de um acordo de vontade, há sempre a possibilidade de trazer à baila discussões sobre a interpretações de cláusulas contratuais ou até mesmo de todo o contrato. Isso se dá em razão de influências ou fatores externos (políticos, econômicos ou sociais).

Também temos a subjetividade operando nas provas periciais. Acredita-se que a prova pericial é uma prova objetiva, com probabilidade de pequena de erro, uma vez que a mesma se utiliza de conhecimentos científicos para elaborar seus laudos periciais (instrumento técnico que contém as principais impressões sobre o objeto de investigação). No entanto, os “fatores externos” sempre influenciam o resultado da perícia, pois a subjetividade dos peritos não pode ser descartada, quando da elaboração do laudo. Isso significa dizer que o perito, por razões inconscientes, acaba direcionando o resultado de sua perícia, sem perceber, apresentando resultados supostamente totalmente racionais.

Com essa pequena reflexão, estamos querendo indicar que a “verdade” e “prova” está estritamente ligada ao nosso *pensamento*, e muitas das vezes, o que percebemos do mundo e da realidade, são consequências de inúmeros “fatores externos”, “subjetivos”, que interferem na interpretação da realidade.

O processo jurisdicional, como criação humana, é um palco para a discussão das possíveis interpretações. Nesse palco, o que vemos é uma discussão entre fatos, fundamentos e provas que são discutidas e debatidas pelas partes, pelos advogados e pelo juiz, que acabam, num processo construtivo da realidade. Claro, esse processo construtivo da realidade processual, também, não está isento dos fatores externos, e isso pode influenciar diretamente o resultado da demanda, ou no acolhimento ou rejeição do pedido do autos ou na condenação ou absolvição do acusado.

Assim, finalizando, a “verdade” é fruto da criação humana, e a prova é a tentativa do homem de convencer todos que a melhor interpretação da realidade é aquela percebida por ele, consciente ou inconsciente. Somente o pensamento e sua devida dedução podem permitir a construção da realidade. Vivemos com fruto de nossos pensamentos.

V - “Verdade”, Processo e Decisão Jurisdicional

A relação entre “verdade”, “processo” e “decisão jurisdicional”, em termos técnicos jurídicos devem ser buscados a partir da filosofia da linguagem. Assim, a verdade é explicada como “*justificação*” que permita a todos os interessados a efetiva participação no processo de formação da decisão jurisdicional.

A compreensão de decisão jurisdicional como sendo uma “sentença” ou “enunciado” de verdade está estritamente vinculado à linguagem. O “discurso de aplicação” das normas aos casos concretos referem-se sempre aos interesses das partes imediatamente envolvidas. Assim, as perspectivas particulares dos participantes têm que manter, simultaneamente, o contato com a estrutura geral de perspectivas que, durante os “discursos de fundamentação”, esteve atrás de normas supostas como válidas.

Nesse sentido, sustenta Habermas que:

O mundo objetivo não é mais algo a ser retratado, mas apenas o ponto de referência comum de um processo de entendimento mútuo entre membros de uma comunidade de comunicação, que se entendem sobre algo no mundo. Os fatos comunicados não podem ser separados do processo de comunicação, assim como não se pode separar a suposição de um mundo objetivo do horizonte de interpretação intersubjetivamente compartilhado, no qual os participantes da comunicação desde sempre já se movem. O conhecimento não se reduz mais à correspondência entre proposições e fatos. É por isso que apenas a virada lingüística, coerentemente conduzida até o fim, pode superar de uma só vez o mentalismo e o modelo cognitivo do espelhamento da natureza³¹.

Os enunciados de linguagem contidos na decisão jurisdicional somente são verdadeiros se puderem ser confrontados com os conhecimentos já pré-concebidos e discutidos pelos interessados do ato final. Tal fato sugere “um conceito antifundamentalista de conhecimento e um conceito holístico de justificação”³².

Habermas, citando Rorty, salienta que “*nada pode valer como justificação a não ser por referência ao que já aceitamos*” e conclui daí “*que não podemos sair de nossa linguagem e de nossas crenças para encontrar algum teste que não seja a coerência*”³³ Coerência, para Habermas, é justamente a “justificação” da sentença ou enunciado de linguagem por crenças já existente sobre o mundo. No entanto, saliente-se, que não basta que uma sentença ou a coisa julgada seja coerente para que seja verdadeira. É necessário atender ao critério de “justificação”, que só se realiza através do princípio do discurso.

³¹ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Ensaios filosóficos. São Paulo: Ed. Loyola, 2004, p. 234

³² HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Ensaios filosóficos. São Paulo: Ed. Loyola, 2004, p. 242.

³³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Ensaios filosóficos. São Paulo: Ed. Loyola, 2004, p. 242.

Segundo informa Dalla-Rosa:

O discurso nada mais é do que a identificação dos modos pelo qual o homem, pela utilização da palavra, consegue atingir a esfera de outrem, ou modificar sua própria esfera, utilizando-se, para tanto, de instrumentos que permitam compreender o objeto através de seus aspectos linguísticos, aproximando-os de sua natureza ontológica e conduzindo seu destinatário à imaginação, a decisão, a concordância ou ao convencimento de premissa afirmada³⁴.

Na transição do agir para o discurso, a “verdade” de uma decisão jurisdicional se liberta do modo da certeza da ação e toma a forma de um enunciado hipotético, cuja validade fica suspensa durante o discurso. A argumentação tem a forma de um concurso que visa aos melhores argumentos a favor de ou contra pretensões de validade controversas, servindo à busca cooperativa da verdade³⁵.

Nesse sentido, argumenta Habermas que *“o que consideramos verdadeiro deve poder ser defendido com razões convincentes não só em outro contexto, mas também em todos os contextos possíveis, ou seja, a todo momento, e contra quem quer que seja. A teoria discursiva da verdade se inspira nisso; desse modo, um enunciado é verdadeiro quando, nas exigentes condições de um discurso racional, resiste a todas as tentativas de refutação”*³⁶.

No modelo de democracia apresentado por Habermas, com uma visão procedimentalista do direito, a decisão jurisdicional deve refletir a vontade e a opinião dos participantes do processo. A verdade só pode ser obtida à medida que sejam garantidos aos participantes no processo jurisdicional a possibilidade de argumentação. Toda a decisão tomada discursivamente tem que ser constitucional e democrática. O Poder Judiciário tem o papel de proteger o processo de criação democrática do direito, ou seja, de garantir o exercício da cidadania, para que os próprios interessados na decisão jurisdicional possam chegar a um entendimento com base nos argumentos sobre a melhor forma de resolver os problemas³⁷.

O que vai influir no resultado de um julgamento e corresponder à “verdade” não é a sua correspondência com a realidade, mas, sobretudo, a argumentação aplicada ao discurso. É isso que vai possibilitar a superação do termo “justiça nas decisões” pelo termo “legitimidade decisória”.

A legitimidade da decisão judicial é garantida na medida da respeitabilidade dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões. A aplicação da

³⁴ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002, p. 25.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Ensaios filosóficos. São Paulo: Ed. Loyola, 2004, p. 249-250.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Ensaios filosóficos. São Paulo: Ed. Loyola, 2004, p. 254.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 297 e ss.

lei aos casos concretos deve ocorrer através do discurso de aplicação. O discurso de aplicação é limitado pelo legislador político, não podendo lançar mão de argumentos arbitrários e contrários às normas legais. Caso isso ocorra, será formalizada uma decisão jurisdicional inconstitucional ou ilegal, mas de um ato que não se constitui de uma decisão jurisdicional, por carência de legitimidade e por ausência de fundamentação num discurso de aplicação.

Somente nas práxis é possível confiar intuitivamente na “verdade”, de modo incondicional. Mas quando essa prática do mundo sofre problematização, por argumentação, aí se necessita do processo jurisdicional para avaliar se tais pretensões de validade merecem ou não um reconhecimento racionalmente motivado³⁸.

Verdadeira é a decisão jurisdicional **justificada** que foi obtida por intermédio do **consenso** entre os interessados no processo jurisdicional. A verdade, em Habermas, significa consenso obtido pelo melhor argumento. E o papel do direito processual não se limita à instituição de procedimentos voltados para a aplicação do direito, mas, sobretudo, em garantir um espaço discursivo no qual os interessados pela decisão jurisdicional também se identifiquem como autores dessa norma jurídica. *O direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas não-circunscritas, que obedecem à lógica de discursos de aplicação*³⁹.

Nesse diapasão, o processo de tomada de decisão não pode ser um elemento colocado isoladamente nas mãos do juiz, pois como dito, as escolhas e interpretações podem acontecer de forma irracional, com falsas premissas racionais. Para evitar interpretações equivocadas, sem consenso, só uma maneira, através do pensamento e de sua construção por um processo jurisdicional democrático e participativo⁴⁰.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Ensaios filosóficos. São Paulo: Ed. Loyola, 2004, p. 258.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 292.

⁴⁰ Cf. Rosemiro Pereira Leal que “o postulado de Habermas de que a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores só é acolhível num espaço-jurídico processualizados (em conotações fazzalarianas e neo institucionalistas) em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de algum protetor ou mero provedor dos procedimentos democraticamente constitucionalizados (devido processo legal), mas atos processualmente preparados na estrutura procedimental aberta a todos os sujeitos (partes: pessoas físicas, jurídicas, coletivas; órgãos judiciais; juízes; instituições estatais, Ministério Público e órgãos técnicos) figurativos e operadores dessa instrumentalidade jurídico-discursiva na movimentação efetivadora, correicional e recriativa dos direitos constitucionalizados por uma comunidade que se candidate a se constituir, a cada dia, em sociedade jurídico-política democrática no Estado constitucionalizado.” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 131).

VI – Verdade, prova e o novo Código de Processo Civil

Analisando o novo Código de Processo Civil, já aprovado pelo Congresso Nacional, podemos perceber que a relação do elemento “prova”, com o elemento “verdade” foi substancialmente alterado.

Percebemos que o *contraditório* passou a ter uma relevância, conforme estabelece o artigo 7º. e 9º do NCPC acima do que era previsto na legislação processual de 1973 – atual CPC. O distanciamento da responsabilidade de decidir, para além da figura do julgador, e a aproximação das partes e dos advogados dessa responsabilidade, demonstra uma ruptura com a prática autoritária praticada pelo Judiciário brasileiro.

Se no atual Código de Processo Civil/1973, o Juiz é onipresente, onisciente e onipotente, no novo Código de Processo Civil/2015, pelo menos em sua parte principiológica, tende a informar que a decisão não é mais um ato judicial, proferido de cima para baixo, mas sobretudo, um ato de construção, participativo, em contraditório, no qual as partes e seus advogados, possuem o direito e a garantia de influenciar a decisão, numa clara indicação de que o processo jurisdicional é um processo de criação, de construção, de modo argumentativo.

Foi nesse sentido, que o novo Código de Processo Civil brasileiro, ousando e inovador, entendeu por bem, indicar o que se entende por uma sentença fundamentada, que não pode ser um elemento de obscuridade e de truculência ou de autoritarismo. Assim, pela leitura do artigo 499 do novo Código, especialmente o parágrafo primeiro, verificamos que não se considera fundamentada a decisão judicial que se limitar a indicação, a reprodução à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. Também não está fundamentada a decisão judicial que: 1) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, bem como, invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; 2) não enfrentar todos os argumentos jurídicos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adorada pelo julgador; 3) se limitar a invocar precedente ou enunciação de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; por fim, 5) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Este artigo 499 do novo Código de Processo Civil, em nosso entendimento, busca demonstrar que a *verdade processual* deve ser buscada pelo consenso e justificação, através do

contraditório e do direito de influenciar as decisões. E o direito processual deve ser o instrumento que possibilite que os sujeitos processuais (juiz, partes, advogados) desenvolvam um espaço discursivo no qual a decisão jurisdicional seja um reflexo de uma ampla conclusão e debate das partes.

Nenhuma prova, pode ser tomada como verdadeira, sem que haja a verificação de sua legalidade, da produção dentro do prazo, e do devido contraditório pelas partes⁴¹.

VII - Conclusão

Diante das principais reflexões trazidas nesse texto, concluímos informando que a prova é um elemento subjetivo, é fato, e não se pode acreditar que há uma relação entre a mesma e a realidade.

A verdade é fruto do pensamento racional e irracional. Quando se busca provar algo, no fundo queremos apenas convencer outros ouvintes que nossos pensamentos devem prevalecer sobre outros. O convencimento se dá no processo jurisdicional pelo debate, pela garantia de influência e pela fundamentação das decisões. No entanto, cuidado, o pensamento possui uma parte racional e outra irracional ou inconsciente e, portanto, a sua verdade ou realidade, pode estar impregnada de pré-conceitos no qual não está disposto a abrir mão e isso interfere diretamente na forma como se relaciona com a realidade e com premissas tomadas como verdadeiras. Só existe realidade e verdade dentro do pensamento humano de cada sujeito.

⁴¹ Cf.: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, em seu livro *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, anteendo a necessidade de melhor interpretar a constituição para melhor funcionamento do processo jurisdicional, nos informa que uns dos principais princípios do Estado Democrático de Direito é justamente o *princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito*. Informa Ronaldo Brêtas que esse princípio “(...) decorre de imperativo lógico do próprio sistema constitucional, pois se origina da ideia de uma ordem normativa jurídico-fundamental resultante da conexão interna entre democracia e Estado de Direito, princípios positivamente constitucionalizados, aos quais jungidas todas as funções e atividades exercidas pelos órgãos do Estado sem qualquer exclusão (Constituição Federal, artigo 1º)”. Isso significa que não é possível que a jurisdição lance mão de bases judicantes ausentes de pressupostos legais. Deve o julgador, no momento da sentença, respeitar todos os princípios elencados e positivados pela Constituição e pelas leis, sob pena de agressão direta ao Estado de Direito. “Assim, os órgãos jurisdicionais, ao proferirem suas decisões, cumprindo e finalizando a função jurisdicional, deverão fazê-lo direcionados pelo princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito. Este princípio se otimizará pela incidência articulada de dois outros princípios, ou subprincípios concretizadores (LARENZ) no ato estatal de julgar. Nesta ótica, os princípios concretizadores do princípio maior da vinculação da jurisdição ao Estado pois nela se concretiza, em essência, a função jurisdicional exercida pelo Estado Democrático de Direito vêm a ser o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da reserva legal (ou princípio da prevalência da lei).” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 114.).

Somos aprisionados dentro de nossos próprios pensamentos. Vivemos sós com nossas verdades e realidades.

A prova, por ter um fator subjetivo, sofre influência de fatores externos e internos, de condições ambientais e da própria concepção que o sujeito possui do mundo e de sua realidade. Isso, invariavelmente, interfere na interpretação da realidade, bem como, interfere na percepção dos fatos que podem ser utilizados como prova nos autos.

Sustentamos que o subconsciente ou as decisões irracionais fazem parte do elemento humano e portanto, no processo, se quisermos nos afastar dessas absurdas colocações de certezas sobre algum dos elementos de prova (documentos, perícia ou depoimento) precisamos que o processo seja um elemento de construção da realidade, um espaço argumentativo e de participação, no qual os sujeitos processuais (juiz, partes, advogados, ministério público e terceiros) possam a um só tempo, chegar a um consenso, sobre quais questões devem ser tomadas com verdadeiras e quais devem ser refutadas com falsas, pelo menos no presente caso que se está em julgamento.

Nesse sentido, louváveis são as modificações do novo Código de Processo Civil brasileiro, que não apenas informa que o contraditório é o direito de participação, de influência na decisão e de se evitar decisões-surpresas, como também, informa quando uma decisão jurisdicional não se encontra fundamentada. A indicação necessária de fundamentação, nos termos previstos pelo novo Código de Processo Civil brasileiro são indispensáveis para que as partes possam perceber que suas argumentações e provas foram capazes de influenciar o julgamento, ainda que no plano pessoal, suas pretensões não tenham sido deferidas.

Um processo democrático não parte de verdades absolutas e irrefutáveis. Essas são desnecessárias para a democracia. Um processo, verdadeiramente democrático, as verdades são construídas, em contraditório, através de um espaço argumentativo e de produção de provas que possam convencer todos de que de fato, situações narradas realmente tem chances de ter ocorrido. Argumentando e provando fica demonstrado o pensamento e a existência, tanto do ser humano, quanto dos fatos.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 2 ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 100-101.
- DA COSTA, N.C.A. O conhecimento científico. 2ª. Ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.
- DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.
- DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
- HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Ensaios filosóficos. São Paulo: Ed. Loyola, 2004.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. 3 ed., 1912. Campinas: Bookseller, 1996.
- MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

SOARES, Carlos Henrique. **Estatuto da Advocacia e Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47^a. ed., V.I, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29^a. ed., V.1, São Paulo: Saraiva, 2007.

3

NORMATIVIDADE INJUSTA E A SUPREMACIA DO JULGADOR

Vinícius Lott Thibau⁴²

1 Introdução

A temática da lacuna é, frequentemente, destacada por pesquisas formalizadas pela teoria geral do direito e pelo direito processual. Por uma taxionomia tradicionalmente acolhida, o vazio jurídico assume o *status* de normativo, ontológico ou axiológico.

Assim é que, por uma importante síntese proposicional, Maria Helena Diniz (2009, p. 95) afirma que a lacuna normativa instala-se quando não há, no ordenamento jurídico, uma norma reguladora de determinada situação. A lacuna ontológica impõe-se quando não há, no ordenamento jurídico, norma que regule um fato de maneira atual. Há, por fim, lacuna axiológica quando, apesar de o ordenamento jurídico regulamentar determinado fato, a norma específica vigente não é qualificada justa.

Focando a lacunosidade axiológica, que será tratada por esta pesquisa, é possível afirmar que, pelos escritos de teoria geral do direito e de direito processual, oferta-se especial relevância ao seu preenchimento. Debate-se se a colmatação do vazio jurídico deve ser incrementada por decisão judicial ou pela legislação, predominando, no confronto de asserções, a primeira das proposições.

É, nesse sentido, que, habitualmente, afirma-se que, sempre que entender que a norma vigente e regente de uma situação fática é injusta por não encampar os anseios sociais tidos como vigorantes em uma ainda inesclarecida realidade, o julgador deverá afastá-la, preenchendo o espaço até então ocupado por essa com outra norma, que deve ser criada pelo magistrado por via decisória.

No âmbito do direito processual, foi Oskar von Bülow quem enunciou referida tese, de modo mais destacado, no ano de 1885. Desde então, vários estudiosos do tema reiteram o

⁴² Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Líder do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia.

magistério bülowiano, sem, contudo, problematizar, consistentemente, os impactos causados por suas lições, que somente se implementam mediante o reconhecimento da supremacia do julgador no espaço destinado ao acerto e à satisfação de direitos.

2 A colmatação da lacuna axiológica e o juiz justiceiro

Oskar von Bülow é, não raras vezes, apontado como o criador da ciência processual (MELENDO, 1964; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1992; TORNAGHI, 1987; SILVA, 2006; OLIVEIRA, 2009; DINAMARCO, 2010, t. I). Isso porque, no livro *Die Lehre von den Processen und die Processvoraussetzungen*, que foi traduzido para o castelhano como *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, o jurista afirmou que, já no Direito Romano, o processo poderia ser vislumbrado como uma relação jurídica, que, no entanto, não deveria ser confundida com a relação jurídica de direito material.

Assim se posicionando, Oskar von Bülow problematizou o sincretismo processual, que até então se impunha. Instalou a chamada fase autonomista do direito processual, que é, também, nomeada conceitualista, processualista e científicista (CINTRA, GRIVONER, DINAMARCO, 2004; MITIDIERO, 2009; BOTELHO, 2010; OLIVEIRA, 2009; JOBIM, 2011; GAIO JÚNIOR, 2020), rompendo com a concepção de processo como mero anexo do direito material e possibilitando uma abordagem especializada de seus institutos, conceitos e categorias.

Na versão castelhana do livro que publicou, originariamente, em 1868, a distinção entre a relação jurídica de direito processual e a relação jurídica de direito material foi assim anunciada:

Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também, as partes são levadas em consideração apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma *relação jurídica pública*.

A relação jurídica processual distingue-se das demais relações de direito por outra singular característica, que pode ter contribuído, em grande parte, para o desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma *relação jurídica* que *avança* gradualmente e que *se desenvolve* passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial se apresentam como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Só se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público pelo qual, de uma parte, o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outra, as partes ficam obrigadas, para isso, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. E também esta ulterior atividade

desenvolve-se por uma série de atos separados, independentes e resultantes de outros. A relação jurídica processual está em um constante movimento e transformação. (BÜLOW, 1964, p. 2-3).⁴³

Com efeito, pela produção bülowiana, o processo foi teorizado como uma relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu, na qual sobressai o magistrado, que é o representante da estatalidade. Como observa José Eduardo Carreira Alvim, é pelo caráter público da relação processual que a hierarquia entre juiz (tribunal), autor e réu se estabelece mais nitidamente, tendo em vista que:

O processo é campo propício ao exercício de uma função eminentemente pública, que é a função jurisdicional. Às vezes, instaura-se uma demanda para resolver sobre uma relação jurídica material de caráter privado, mas a relação jurídica processual, que se forma para permitir ao juiz prolatar uma sentença, é pública, e, pois, regida pelo direito público, que é o direito processual. [...]

Relação jurídica pública é aquela que se caracteriza pelo desequilíbrio entre a posição dos sujeitos, um dos quais nela se apresenta numa posição de superioridade em relação aos demais. No processo, a situação das partes é de sujeição à autoridade do Estado-juiz, pelo que, além de ser ele o campo propício ao exercício de uma função eminentemente pública (a jurisdição), o Estado dela participa como ente soberano. (2005, p. 170)

Em outros termos, no livro *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen* (1868), Oskar von Bülow situou o julgador como um sujeito especialíssimo do processo. Não apenas tratou de diferenciar a relação jurídica de direito processual da relação jurídica de direito material. Atribuiu ao magistrado “a obrigação de solitariamente decidir acerca dos conflitos, mas, antes mesmo disso, o dever de controlar, de modo diligente, a própria relação jurídica processual” (THIBAU, LEAL, 2019, p. 73).

Pela produção bülowiana de 1868, o juiz vale-se do processo como um instrumento para o exercício do poder jurisdicional. No espaço de atuação do direito, as partes são meras

⁴³ No original: “Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*. La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en grande parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que se *desarrolla* paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.” (BÜLOW, 1964, p. 2-3)

colaboradoras de um magistrado, que, pelos vínculos de subordinação atinentes à relação jurídica de direito público, tem convicção sempre prevalecente no momento de decidir. Com a publicação de *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* (1868), estabeleceu-se o protagonismo judiciário, que, como afirmado em outras oportunidades (LEAL, THIBAU, 2015; LEAL, THIBAU, 2019; LEVATE, THIBAU, 2019; THIBAU, 2021), foi radicalizado no ensaio intitulado *Gesetz und Richteramt* (BÜLOW, 2003), de 1885.

É que, ao examinar as correlações entre lei e magistratura, Oskar von Bülow (2003) enunciou, inequivocamente, a aplicação do direito pelos juízes como um ato de violência (LEVATE, THIBAU, 2019), aduzindo a possibilidade de suspensão judicial de normas jurídicas vigentes a pretexto de sua injustiça.

No escrito de 1885, Oskar von Bülow buscou realçar a importância da magistratura mediante o enfrentamento das conjecturas da Escola Histórica e da Jurisprudência dos Conceitos, que, até então, eram recepcionadas na Alemanha. Segundo Oskar von Bülow (2003), por essas, os juízes não recebiam a importância que mereciam, pois a sua atuação era restrita à aplicação de leis elaboradas por pessoas que, ao longo do tempo, jamais se notabilizaram por abordar, de modo satisfatório, os problemas sociais.

Para Oskar von Bülow (2003), a história demonstra que os juízes sempre se destacaram por criar o direito e por remediar os danos provocados pelo legislador estatal. Para o jurista alemão, o ofício de mera aplicação de leis produzidas por outro representante do Estado é afrontoso à própria dignidade da jurisdição, que deveria retomar o seu lugar de condutor qualificado do destino dos demais.

Daí, conforme diz Karl Larenz (2005), em *Gesetz und Richteramt* (BÜLOW, 2003), a proposta bülowiana de atuação do direito fundou-se no acolhimento da vontade, do sentimento e da intuição dos juízes, que deveriam libertar a nação alemã da legislação injusta. No âmbito judicial de acertamento e satisfação de direitos, o magistrado estaria autorizado a interpretar, complementar, atualizar, afastar e criar a normatividade jurídica, uma vez que a balança da justiça foi entregue ao julgador, a fim de que pudesse ponderar e decidir sobre o que é o direito (BÜLOW, 2003).

Não é por mero acaso, portanto, que Oskar von Bülow é apontado por Karl Larenz (2005), André Cordeiro Leal (2008), Sérgio Henrique Tiveron Juliano (2011), Flávia Ávila Penido (2016), Luís Gustavo Reis Mundim (2016) e Igor Raatz (2019) como o precursor do Movimento do Direito Livre, cujos fundamentos tanto serviram ao Nazismo, que, anos após, fixou-se na Alemanha, como anunciado em outra publicação (THIBAU, 2021).

Se, como leciona António Castanheira Neves, o Movimento do Direito Livre acolhe a premissa de que o direito deve ser compreendido como “o resultado de uma criação dos juristas, do jurista-julgador ou do *juiz* antes de mais, na sua judicativo-decisória realização do direito mediante o apelo a critérios normativos extra legais e em último termo com fundamento na sua autónoma e pessoalmente responsável procura do justo” (2010, p. 199), é de se afirmar que Oskar von Bülow prestou mesmo uma importante contribuição para a eficaz operacionalização dessa escola e, de conseguinte, para o autoritarismo que das suas propostas se aproveitou.

3 Justiça normativa e a democracia processual

A hipertrofia do julgador, que, com base nas teses sustentadas pelo Movimento do Direito Livre, assumiu o *status* de tutor do povo mediante a positivação, por via decisória, da normatividade justa, foi acolhida pelo nacional-socialismo que se instalou na Alemanha, principalmente nas décadas iniciais do século XX.

Segundo leciona Ingeborg Maus (2010), pelas proposições do Movimento do Direito Livre, a garantia de liberdade aos juízes, inclusive quanto à legislação, é imprescindível. Assim é que, pelas proposições do Movimento do Direito Livre, cabe ao magistrado tornar-se “juiz da própria lei [...] e sumo sacerdote de uma nova ‘sacralidade’ do direito suprapositivo não escrito. Nessa qualidade, está encarregado da função central da síntese da heterogeneidade social” (MAUS, 2010, p. 31-32).

Pelo Movimento do Direito Livre, o julgador converte-se em justiceiro, devendo ajustar a normatividade posta pelo legislador estatal sempre que entendê-la discrepante em relação aos valores que afirme vigorar na chamada realidade social. Uma pretensão que, como anota Edgar Bodenheimer, apresenta-se perigosa, uma vez que:

Incitar o juiz a que tenha em conta o sentido de justiça da comunidade pode ser inócuo – e inclusive justificado – em uma época em que há um acordo quase unânime a respeito dos valores sociais fundamentais. Em épocas de tensão e conflito social, em que os homens discrepam acerca de problemas fundamentais de política social, será difícil para o juiz averiguar os sentimentos predominantes na comunidade. É provável que seu juízo tenha-se e deixe-se influenciar por suas próprias convicções políticas e sociais. Isto pode aumentar as características arbitrárias da administração da justiça e produzir uma crise judicial que venha a somar-se à crise geral. O resultado de tal crise e confusão pode ser uma ditadura política na qual as “opiniões predominantes em uma comunidade” sejam ditadas desde cima e impostas pela coação e pelo terror. (2007, p. 213).⁴⁴

⁴⁴ No original: “Incitar al juez a que tenga en cuenta el sentido de justicia de la comunidad puede ser inocuo – e inclusive justificado – en una época en que hay un acuerdo casi unánime respecto a lo valores sociales fundamentales. En épocas de tensión y conflicto social, en que los hombres discrepan acerca de problemas

Foi o que se impôs na Alemanha, sobretudo entre 1933 e 1945. O nacional-socialismo acolheu as propostas do Movimento do Direito Livre porque alinhadas aos escopos estabelecidos pelo *Führer*. Como, novamente, aduz Ingeborg Maus:

Discriminações politicamente motivadas no tratamento de cada caso individual, como se pedia então, não são conciliáveis com a vinculação a uma “lei”, de qualquer natureza que seja, que esteja em vigor há mais de um dia. Assim, nas “Cartas aos Juizes” nazistas, a personalidade do juiz surge, com grande firmeza, como uma importante garantia para a jurisdição “correta”: suas tarefas “somente podem ser cumpridas por pessoas livres, interiormente claras e decentes, sustentadas por uma grande consciência de responsabilidade e por uma grande satisfação com a responsabilidade”, (sic) o corpo de juizes deve representar “uma seleção da nação”. Na literatura jurídico-científica dos tempos do Nazismo afirma-se de modo lapidar: O “juiz real (...) no povo de Adolf Hitler, deve sair da escravidão das letras do direito positivo”. As “Cartas aos Juizes” também advertem a visada elite dos juizes para “não se servirem escravizadamente das muletas da lei” [...]. (2010, p. 33-34)

É, nesse sentido, que a possibilidade de suspensão da normatividade haurida de lei estatal por um juiz soberano apresentou-se fundamental à sustentação de uma autocracia judicial inacolhível pelo direito democrático. Esta é uma conjectura que requer atenção, tendo em vista que, nos dias atuais, o magistério de Oskar von Bülow ainda se faz reproduzido, mesmo que parcialmente, por estudiosos da teoria geral do direito e do direito processual, quando examinam a colmatação da lacuna axiológica.

É certo que, pelos ensinamentos desses juristas, ora é expressamente negada a recepção dos conteúdos posicionais do *Freies Recht*, ora nada é dito a respeito da adstrição das suas lições aos fundamentos do Movimento do Direito Livre. Por uma análise comparativa dos escritos produzidos, contudo, extrai-se uma aproximação das teorizações ofertadas ao afastamento da injustiça normativa por decisão judicial.

É o que se identifica, por amostragem, pela leitura do texto de Jair Eduardo Santana, que, em 1998, publicou o livro intitulado *Limites da decisão judicial na colmatação de lacunas: perspectiva social da atividade judicante*. Nesta produção, que foi premiada, em primeiro lugar, no Concurso Nacional de Monografias da Associação dos Magistrados do Brasil, o autor afirma

fundamentales de política social, será difícil para el juez averiguar los sentimientos predominantes en la comunidad. Es probable que su juicio se tiña y se deje influir por sus propias convicciones políticas y sociales. Esto puede aumentar las características arbitrarias de la administración de justicia y producir una crisis judicial que venga a añandirse a la crisis general. El resultado de tal crisis y confusión puede ser una ditadura política en la que las “opiniones predominantes en la comunidade” sean dictadas desde arriba e impuestas por la coacción y el terror.”. (BODENHEIMER, 2007, p. 213).

que, quando o magistrado tiver que optar entre a lei estatal e o justo, deve, na operacionalização normativa, transformar a lei injusta em justa.

Ao discorrer sobre o tema, Jair Eduardo Santana aponta como essa transmutação é implementada:

Longe de se pretender vivificar a doutrina da Escola do Direito Livre, é seguro que a existência de qualquer lacuna há que ser colmatada à vista dos rumos ditados pelo próprio corpo social através de suas emanações (pré)jurídicas. A leitura interpretativa dos próprios apotegmas lógico-decisionais há que ser feita em face dos dados e dos valores resgatados do sistema no qual se encontram.

Não será de se esperar do julgador, imaginamos, posição estática e legalista diante do texto frio de uma determinada norma. Os tempos atuais estão a reclamar, por certo, adequação das regras de Direito aos valores e anseios então reinantes. De sorte que a função judicante (ainda que fora da atividade de colmatação de lacunas) estará balizada, ainda, pelos ideais democráticos e libertários existentes no ordenamento jurídico. Até mesmo porque a norma-base tomada como referencial é nada menos do que produto e expressão cultural de um povo.

Ultrapassados estão os postulados do positivismo jurídico, porquanto a própria questão da justiça ali se situa muito distante do Direito. O magistrado, o jurista, enfim, o operador do Direito não podem manejar regras ilegítimas, inadequadas, insatisfatórias ou ultrapassadas sob o inválido e inaceitável argumento de que o direito se identifica com a ordem jurídica posta ou reconhecida pelo Estado. [...]

De qualquer modo, essa atividade [de colmatação da lacuna axiológica] não está adstrita jamais a (sic) esfera valorativa-pessoal do julgador. A apreciação que este faz é condicionada sempre a uma base que lhe é externa e a si não pertence, muito embora a argumentação [...] seja dirigida pela intuição, esta sim radicada na razão do sujeito. (SANTANA, 1998, p. 43-45)

Na literatura especializada, destaca-se, ainda, o magistério de Álvaro Henrique Teixeira de Almeida (1999, p. 183-186), para quem:

[...] a história registra a imperiosa necessidade que os povos têm de confiar nos seus juízes, o que reclama deles excepcionais qualidades que efetivamente lhes proporcione meios de concretizar o seu verdadeiro mister, qual seja, o de perseguir o justo, o de realizar a justiça.

E, para tanto, como visto, não basta ao juiz ser detentor tão somente de cultura jurídica. O juiz deve ser um homem de seu tempo, sensível aos reclames sociais, profundo conhecedor da realidade que o cerca, ouvidor dos anseios do povo, defensor do Direito, que é o objeto da justiça e com a lei não se confunde. Enfim, o juiz deve voltar a sua atenção para o justo. A simples aplicação da lei não é sua atividade fim. A missão de julgar tem por escopo a concretização da justiça.

E prossegue, aproveitando-se do escólio de Pedro Soares Martínez e criticando o que denomina postura positivista:

A aludida visão positivista macula a verdadeira missão de julgar, por ferir a independência dos juízes, na medida em que “reduz os julgadores à condição de funcionários, dependentes do poder legislativo, às vezes confundido com o executivo, que acaba por impor-lhes, afinal, a observância de ordens de serviço, desde que gerais e abstratas, revestindo determinadas formas. Tal visão, além de tolher aos julgadores

qualquer meio de defesa dos administrados, face às injustiças e às incongruências das leis, muitas vezes avessa a regras fundamentais de direito, também deixa de solucionar todas as questões emergentes da necessidade de definição, de apuramento dos fatos aos quais as normas se aplicam”.

Com efeito, ausente a independência, a missão de julgar transforma-se em mero automatismo, pois os juízes nada mais serão que meros executores de ordens, o que, indubitavelmente, não corresponde à sua nobre função de distribuir justiça.

Ora, o compromisso do julgador é com a justiça, que só é alcançada se aquele que detém o poder de determiná-la e concretizá-la for completamente independente; o juiz, assim detentor de tal poder, tem que, efetivamente, ser livre, independente, em todos os níveis, inclusive em relação à lei, se esta se apresentar como obstáculo para o fiel desempenho de seu mister.

Para evitar mal entendidos, seja aqui dito expressamente que não defendemos, em absoluto, o desrespeito à lei ou a gratuita negativa de sua vigência. O que nos parece inadmissível é o julgador se eximir da responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões, escudando-se sob o vetusto apotegma que enuncia ser o juiz “escravo da lei”.

Ora, a responsabilidade pelas consequências da decisão é, indubitavelmente, de quem a toma, não nos parecendo correto, ou mesmo ético, transferir tal responsabilidade para o legislador, até porque o comando dele emanado é de caráter geral e abstrato, não possuindo o mesmo condições de prever o resultado prático da aplicabilidade de tal comando frente a um determinado caso concreto, ante as suas especificidades. Só o jurista, o julgador, possui condições de analisar os efeitos da aplicabilidade de uma norma frente ao caso concreto.

É de se considerar, por fim, tendo em vista os limites deste escrito, o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco. Ao se pronunciar sobre os expedientes relativos à atuação instrumentalista do direito, o renomado autor da Escola Paulista de Processo afirma, por importante síntese, que, como “a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. [...] Daí a imperfeição de toda ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz”. (DINAMARCO, 2004, p. 21)

O que de tudo isso se extrai, portanto, é que, por mais de um século, nas publicações de teoria geral do direito e de direito processual, fixa-se uma inafastável correlação teórica entre a colmatação da lacuna axiológica e a supremacia do julgador. Este é um ponto fundamental: seja no nacional-socialismo, seja fora dele, atribui-se, frequentemente, ao magistrado a missão de criar uma norma justa, por via decisória, com o objetivo de livrar o povo de uma legislação estatal insatisfatória, pois o juiz é sujeito soberano na denominada relação processual em que o chamado direito material é acertado ou realizado.

A supremacia dos juízes é que assegura o enfrentamento da normatividade injusta mediante a instalação de uma exceção que já se erigiu cotidiana (LEAL, THIBAU, 2005), isto é, pela suspensão da ordem jurídica por práticas decisórias judiciais diárias que buscam afastar a legislação estatal compreendida como faltosa em prol do acatamento de afirmadas exigências da realidade da vida prestantemente captadas pelo julgador.

Por esta concepção, contudo, que não é tematizada pelas pesquisas formalizadas por Jair Eduardo Santana, Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, Cândido Rangel Dinamarco e muitos outros autores que afirmam, nos dias atuais, a viabilidade da colmatção da lacuna axiológica mediante decisão judicial, deixa-se de considerar que, no Estado Democrático de Direito:

Quando a *realidade* está em oposição ou em suprimento à existência legal, tal fenômeno *não* inferioriza a lei, mas, ao contrário, indica ausência de democracia plena e continuada pelo obstáculo de vedar ao povo direta e oportunamente construir suas leis ao longo da sua *existência jurídica*. No exemplo, o povo foi suprimido da construção oportuna do direito. [...]

A confusão nefasta é imaginar que o juiz é o intérprete magno, monopolista hermenêutico e jurisdicional e pensador legal e extrajurídico do DIREITO e que pode, em fontes de conhecimento subjetivo, *extra, ultra* ou *citra lege*, produzir decisões justas (vangloriosas) ou compor, por sentenças legiferantes ou *de lege ferenda*, soluções magníficas, justas (clarividentes), para os conflitos à margem da procedimentalidade modulada pelo *constitutional due process*. (LEAL, 2001, p. 20- e 21, v. 2)

Por isso, conforme enunciado em outra publicação (THIBAU, 2021), com a superação do paradigma do Estado Social de Direito, a lacuna axiológica não mais pode ser colmatada por uma decisão judicial solipsista, que teria a sua legitimidade advinda da supremacia judiciária. Se, no direito democrático, “a relevância da pessoa que decide cede à importância de como se decide” (THIBAU, 2020, p. 11), a lacuna axiológica deve ser preenchida por uma norma haurida de lei que seja construída em um procedimento regido pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, a qual, após produzida, deve se submeter à plena, constante e irrestrita problematização, também pelo *devido processo*.

Somente, assim, o povo atuará como legislador político e poderá decidir sobre o seu próprio destino jurídico.

4 Conclusão

O Estado Democrático de Direito rompeu com o paradigma do Estado Social de Direito. Daí, a recepção de teorias do processo que se instalaram no marco teórico socializante por estudos brasileiros publicados após 1988 apresenta-se perigosa, pois essas proposições estão alinhadas a bases normativas que, na atualidade, não mais se sustentam juridicamente.

É o que ocorre em relação à teoria do processo como relação jurídica de direito público. Proposta em 1868, por Oskar von Bülow, enunciou a existência de vínculos de subordinação entre os denominados sujeitos do processo, instalando uma supremacia dos juízes no âmbito

processual que, em 1885, foi radicalizada em ensaio dedicado ao exame das interfaces entre lei e magistratura.

Segundo afirma Oskar von Bülow, em *Gesetz und Richteramt*, no momento de atuação do direito, cabe ao magistrado realizar ajustes na legislação estatal, de modo a torná-la justa. No espaço destinado ao acerto e à satisfação de direitos, permite-se ao juiz interpretar, complementar, atualizar, afastar e criar a normatividade jurídica, valendo-se, para tanto, de sua vontade, de seu sentimento e de sua intuição.

Como soberano, o juiz está capacitado a ingressar na chamada realidade social e, ali, captar os anseios predominantes do povo para positivá-los por via decisória. O juiz está livre da lei, desde que identifique que a norma constante dessa lei não é satisfatória.

Com base nessa conjectura, Oskar von Bülow é apontado como o precursor do Movimento do Direito Livre e o acolhimento de suas asserções pelo nacional-socialismo não se deu aleatoriamente. Os conteúdos informativos da teorização bülowiana mostraram-se bastante contributivos para o autoritarismo que se instalou, na Alemanha, no período compreendido entre 1933 e 1945, sobretudo.

Por tudo isso, causa preocupação o aproveitamento, ainda que parcial, da proposição bülowiana de colmatação da lacuna axiológica por estudiosos brasileiros. Pesquisas publicadas nas áreas da teoria geral do direito e do direito processual, porém, explicitam uma aproximação das teorizações ofertadas por esses juristas às teses formuladas pelo autor alemão em 1885, a despeito do disposto no art. 1º da Constituição do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. México: UNAM, 1992. t. II.

ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. Correção jurisprudencial de leis injustas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 170-208, 1999.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. Traducción de Vicente Herrero. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. (Colección Popular, v. 60).

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BÜLOW, Oskar von. Gesetz und richteramt. In: BÜLOW, Oskar von. **Juristische zeitgeschichte** – kleine reihe – klassische texte. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v. 10, p. 1-43.

BÜLOW, Oskar von. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

BÜLOW, Oskar von. **Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen**. Giesen: Emil Roth, 1868.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria geral do processo**. 10 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTANHEIRA NEVES. António. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Lacunas no direito**. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JULIANO, Sérgio Henrique Tiveron. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC - apontamentos críticos à exposição de motivos. In: ROSSI, Fernando et al. (Org.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 595-615.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p. 327-340, set./dez., 2019. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/n-42-pandemia-e-as-matrizes-publicisticas-do-processo-civil/>. Acesso em: 2 nov. 2022.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al (Org.). **Processo como democracia na contemporaneidade**: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 69-96.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPRO, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 13-25. v. 2.

LEVATE, Luiz Gustavo; THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e a violência judicial na operacionalização do direito. In: THIBAU, Vinícius Lott et al (Org.). **Violência e intolerância**: quando o sono da razão produz monstros. Belo Horizonte: 3i, 2019, p. 87-100.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção Conexões Jurídicas).

MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. XI-XII.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O “paradoxo de Bülow” no novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. In: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona et al (Org.). **Jurisdição e técnica procedimental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 45-80.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PENIDO, Flávia Ávila. **Processo e interpretação em Eduardo J. Couture**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização processual. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SANTANA, Jair Eduardo. **Limites da decisão judicial na colmatação de lacunas**: perspectiva social da atividade judicante. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo civil e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e o nazismo. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, 2021, p. 38-50. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/issue/view/425>. Acesso em: 2 nov. 2022.

THIBAU, Vinícius Lott. Justiça normativa e processualidade democrática. In: THIBAU, Vinícius Lott Thibau et al (Orgs). **Processo e justiça**: considerações sobre o direito democrático. Belo Horizonte: Dom Helder, 2021, p. 33-45. Disponível em: <https://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/2022/05/PROCESSO-E-JUSTI%C3%87A-Considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-o-Direito-Democr%C3%A1tico.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2022.

THIBAU, Vinícius Lott. Processo e democracia na contemporaneidade. In: THIBAU, Vinícius Lott; MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura (Orgs.). **Democracia processual na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2020, p. 5-15. Disponível em: <https://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/2020/12/DEMOCRACIA-PROCESSUAL-NA-CONTEMPORANEIDADE.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2022.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

4

A PENHORA DO SALÁRIO PARA PAGAMENTO DE DÍVIDA TRABALHISTA

Thiago Loures Machado Moura Monteiro⁴⁵

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente os temas relacionados a fase de execução, ganham cada vez mais ênfase em publicações e julgados na Justiça do Trabalho, tendo em vista a recorrência de processos trabalhistas resultarem em execuções frustradas. No intuito de garantir celeridade processual, alinhada como a almejada efetividade da execução, os meios típicos e atípicos de execução passam a ser profundamente discutidos.

De acordo com a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, após homologação dos cálculos, o executado é citado para pagar ou garantir o juízo em 48 horas, sob pena de penhora. Assim, diante da inércia do executado, inicia-se a chamada execução forçada, no intuito de penhorar bens e/ou valores para pagamento da execução.

O Código de Processo Civil – CPC, que consoante art. 769 da CLT, tem aplicação subsidiária no Direito Processual do Trabalho, prevê por sua vez, que dentre as formas possíveis de penhora, a prioridade é pela penhora em dinheiro (art. 835, inciso I do CPC). Geralmente a tentativa da penhora em dinheiro é efetivada por meio de ordem de bloqueio online, requerida pelo exequente e emitida pela autoridade judicial ao Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário- SISBAJUD, sendo que quando o sistema não localiza nenhum valor disponível para bloqueio, o juiz trabalhista normalmente intimará o exequente, para indicar novos meios de prosseguir com a execução.

Como o parágrafo primeiro do art. 835 do CPC determina que a penhora em dinheiro será prioritária, e que apenas nas outras hipóteses de penhora, o juízo poderia alterar a ordem

⁴⁵ Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogado. Mestre em Direito Ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara; Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, e Direito Previdenciário na Universidade FUMEC; Graduado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Secretário do grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia- Ano 3”, liderado pelo professor Doutor Vinicius Lott Thibau. E-mail: thiagoloures.adv@gmail.com.

de preferência da penhora, levando em consideração detalhes do caso concreto, o exequente tem o direito de insistir na tentativa da penhora em dinheiro, além do SISBAJUD, como por meio do requerimento de ofício ao Ministério do Trabalho, para consulta dos dados do executado no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados -CAGED, para verificar se o executado possui emprego, para que na sequencia requeira o bloqueio de certo percentual do salário do executado, para pagamento da dívida trabalhista, que possui natureza alimentar, já que as parcelas salariais possuem tal natureza jurídica.

Dessa forma o problema da presente pesquisa resume-se a responder a seguinte pergunta: é juridicamente possível, a penhora do salário do executado para pagamento da dívida trabalhista, diante do processo democrático? No intuito de responder ao problema proposto, os objetivos específicos da pesquisa são: compreender base normativa sobre o tema, e os entendimentos jurisprudenciais do TST; analisar decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região sobre o tema; verificar a validade de aplicação da lacuna axiológica para solução do problema proposto, diante do paradigma de Estado Democrático de Direito.

Como referencial teórico da presente pesquisa, utiliza-se a teoria neoinstitucionalista do processo, de Rosemiro Pereira Leal. Como metodologia, utiliza-se abordagem qualitativa, pelo método hipotético-dedutivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

2 DA EVOLUÇÃO NORMATIVA DO CPC E O POSICIONAMENTO DO TST

O CPC de 1973, permaneceu vigente no Brasil até o ano de 2016, quando o CPC de 2015 entrou em vigor, sendo que o art. 649, inciso IV do CPC/73 garantia a impenhorabilidade de salários, excetuando em seu parágrafo segundo a penhora para pagamento de prestação alimentícia, caso em que seria possível a penhora dos salários do executado.

Tal dispositivo foi utilizado reiteradamente pela jurisprudência, para que o juiz de família, determina-se a penhora de percentual do salário ou aposentadoria do devedor de alimentos, como a pensão devida por um pai a um filho, de modo a garantir a efetividade da decisão judicial que determinou o pagamento da prestação alimentícia. Nessa senda, observa-se a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça- STJ:

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PENHORA DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. ART. 649, IV E VII, DO CPC. PENHORA DA INTEGRALIDADE DO VALOR DA APOSENTADORIA. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO EM PERCENTUAL QUE POSSIBILITE A SUBSISTÊNCIA DO EXECUTADO-ALIMENTANTE. - Os proventos líquidos de aposentadoria podem ser penhorados para pagamento de

execução de pensão alimentícia, não obstante o inc. VII, do art. 649, do CPC silencie a esse respeito. - Para pagamento de prestação alimentícia, não pode ser penhorada a integralidade dos proventos líquidos de aposentadoria, mas apenas um percentual que permita o indispensável à subsistência do executado-alimentante; que, na espécie, é fixado em 66% dos proventos líquidos da aposentadoria mensal do recorrente. Recurso especial provido apenas para adequação do percentual da penhora. (BRASIL, 2006)

No âmbito da Justiça do Trabalho, como o art. 769 da CLT autoriza a aplicação do CPC ao processo do trabalho, desde que a CLT seja omissa no tema, e ainda que verifique-se compatibilidade com os princípios do direito processual do trabalho, a discussão sobre a possibilidade de penhora do salário do executado em processo trabalhista foi de grande recorrência, tendo em vista a natureza alimentar do salário e de seus reflexos, que geralmente são as verbas que compõe os títulos executivos na Justiça do Trabalho.

Contudo, como a redação do art. 649 do CPC/73 permitia a penhora de salário apenas para pagamento de prestação alimentícia, o dispositivo foi objeto de discussões quanto sua interpretação teleológica, prevalecendo o entendimento de que a intenção do legislador não foi incluir o crédito de origem trabalhista, como exceção para autorizar a penhora de salário do executado, conforme orientação jurisprudencial 153 da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais - SBDI II do Tribunal Superior do Trabalho-TST, ao afirmar que:

Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC de 1973 contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC de 1973 espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista. (BRASIL, 2017).

Ressaltando que mesmo com a orientação jurisprudencial acima indicada, sendo atualizada após o advento do CPC de 2015, sua redação permanece se referindo estritamente as interpretações decorrentes do art. 649 do CPC/73. Inclusive porque o artigo correspondente no novo código, que trata do assunto relativo as hipóteses de impenhorabilidade, é o art. 833 do CPC/2015.

De modo que apesar do art. 833, inciso IV do CPC/2015 prever a mesma regra geral de impenhorabilidade dos salários do executado, a exceção do §2º do referido artigo, traz uma redação diferente, claramente mais ampla do que a redação do CPC/73. O aludido dispositivo prevê que:

O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às

importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º. (BRASIL, 2015).

Dessa forma, como o trecho acima traduz, a origem da dívida deixa de ser relevante, de modo que se for devida prestação alimentícia, será possível a penhora do salário do executado. Ressaltando que o art. 529, §3º do CPC dispõe que a penhora pode ser feita até o limite de 50% sobre os ganhos líquidos.

Todavia, importante ressaltar que apesar do art. 833, §2º do CPC/2015 ter uma abordagem mais ampla do que o art. 649, §2º do CPC/73, a redação não chega ao ponto de especificar a inclusão do crédito de natureza trabalhista.

3 DAS DECISÕES DO TRT DA 3ª REGIÃO

Assim, diante da maior abrangência dada pelo CPC/2015, para a possibilidade de autorizar a penhora de salário para o pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, resta saber se isso inclui o crédito trabalhista como capaz de promover a penhora do salário, ou ainda não, já que não afirma tal hipótese de forma expressa.

Neste cenário de incerteza, atualmente inexistente uma decisão com força vinculante a respeito do tema, de modo que os Tribunais Regionais do Trabalho, apresentam diversas teses diante do caso concreto. Assim, no intuito de viabilizar a presente pesquisa, foi feito o recorte metodológico para as principais teses no âmbito do TRT da 3ª Região, que compreende o Estado de Minas Gerais.

3.1. Das decisões que entendem pela impenhorabilidade do salário

Como o CPC/2015 permanece prevendo a regra de impenhorabilidade do salário do executado, alguns julgados do TRT da 3ª Região entendem que sua razão de ser se dá em virtude da necessidade de permitir que o executado possa se manter e manter sua família, em condições dignas, de modo que tal impenhorabilidade não deva ser afastada ou relativizada pela busca pela satisfação do crédito trabalhista. Nessa senda, segue ementa de julgado da quinta turma do TRT da 3ª Região, destacando que as dificuldades em dar efetividade para a execução, não podem constituir argumentos válidos para ignorar a impenhorabilidade prevista no art. 833, inciso IV do CPC/2015:

EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE DE VALORES. Nos termos do art. 833, IV, do CPC, são absolutamente impenhoráveis os "vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal". Portanto, nem mesmo diante da dificuldade de satisfação do crédito exequendo, ainda que de natureza alimentar, tornar-se-ia possível autorizar o ato construtivo sobre parcelas análogas ao salário, porque retira a capacidade do executado de garantir o seu próprio sustento e o de sua família". (MINAS GERAIS, 2020)

No mesmo sentido, de garantir a impenhorabilidade do salário do executado, o julgado abaixo, também da quinta turma do TRT da 3ª Região, destaca o antigo entendimento da OJ 153 da SBDI-2 do TST, de que o crédito trabalhista não se encaixa no gênero prestação alimentícia, ainda que possa ter natureza alimentar:

PENHORA. INCIDÊNCIA SOBRE SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. O art. 833, IV do CPC estabelece a impenhorabilidade absoluta dos salários, ressalvando, no § 2º, apenas o pagamento de prestação alimentícia, que não se confunde com o crédito trabalhista. Nesse sentido é o teor da OJ 08, da 1ª SDI deste Tribunal e da OJ 153, da SDI-II do TST". (MINAS GERAIS, 2020)

Ressaltando que de fato, o §2º do art. 833 do CPC/2015 não indica expressamente a exceção para créditos trabalhistas, o que demonstra que a teoria acima citada se mostra pertinente.

3.2 Das decisões que entendem pela penhorabilidade do salário

Por outro lado, o art. 833, §2º do CPC/2015 aumentou as possibilidades de interpretação ao destacar a exceção para permitir a penhora de salário será aplicada independentemente da origem da prestação alimentícia. Neste sentido, a segunda turma do TRT da 3ª Região, destaca a possibilidade da referida penhora, em posicionamento simétrico com os recentes julgados do TST, no âmbito da SBDI-2:

EXECUÇÃO. PENHORA DE SALÁRIO. POSSIBILIDADE. O entendimento que prevalece na SDI-II do TST atualmente é o de possibilidade de penhora sobre salários, aposentadorias e pensões para honrar dívidas trabalhistas na vigência do CPC de 2015, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 833 do Digesto Processual. A efetiva constrição ou não dependerá do montante recebido pelo devedor, uma vez que não se pode permitir penhora sobre rendimento que possa pôr em risco a dignidade dele e de sua família. Em caso de penhora, a dosimetria quanto ao percentual aplicável dependerá do prudente arbítrio do juízo em cada caso concreto. (MINAS GERAIS, 2022)

Da mesma forma, o julgado abaixo, da sexta turma do TRT da 3ª Região, indica que a penhora do salário para pagamento de crédito trabalhista pode ser feita, desde que até o limite de 50% dos ganhos líquidos do executado, conforme art. 529, §3º do CPC/2015:

AGRAVO DE PETIÇÃO. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIOS. POSSIBILIDADE. O art. 833, IV, do CPC, ao determinar a impenhorabilidade dos salários, ressalva no § 2º do mesmo dispositivo a possibilidade de penhora desses rendimentos para pagamento de prestação alimentícia, independentemente da sua origem. E o art. 529, § 3º, do referido diploma prevê, ainda, que a penhora pode atingir até 50% do salário do devedor. Nesses termos, considerando que o crédito trabalhista possui caráter alimentar (art. 100, § 1º, da CF), é possível a penhora de parte dos proventos do devedor, desde que não prejudique o seu sustento, até a integral satisfação do crédito exequendo. (MINAS GERAIS, 2021).

Para tal linha de raciocínio, o entendimento da OJ 153 da SBDI-2 do TST não pode ser reproduzido, já que se refere exclusivamente a redação do artigo do CPC/1973, de modo que para as penhoras realizadas após a vigência do CPC/2015, a penhora de salário do executado por créditos trabalhistas poderia ser feita, sendo este um entendimento que já conta inclusive com precedentes do TST, ainda que sem força vinculante, como o julgado abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR PROFERIDO NA VIGÊNCIA DO CPC DE 2015. DETERMINAÇÃO DE PENHORA SOBRE PERCENTUAL DE SALÁRIOS . LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. ART. 833, § 2º, DO CPC DE 2015. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA PELO TRT. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DO DECIDIDO. 1 - Hipótese em que o ato coator, que determinou a penhora de percentual sobre salários , foi proferido na vigência do CPC de 2015. Dessa forma, não se constata ofensa a direito líquido e certo da impetrante, tendo em vista o disposto no art. 833, § 2º, do CPC de 2015. Precedentes. 2 - Entretanto, como o Tribunal Regional concedeu parcialmente a segurança, a fim de reduzir o percentual da penhora incidente sobre os proventos da impetrante e, ainda, como o recurso ordinário foi interposto pela própria impetrante, em observância ao princípio da non reformatio in pejus, deve ser mantido o acórdão recorrido. Recurso ordinário conhecido e não provido. (BRASIL, 2019).

Assim, os julgados do TST no sentido de permitirem a penhora do salário do devedor trabalhista, caminham para sedimentarem um entendimento majoritário que provavelmente será julgado em sede de recurso de revista repetitivo, para ter força vinculante. De modo que diante a aparente conclusão pela possibilidade de penhora, ao se interpretar que quando o CPC/2015 afirma que a exceção é aplicável a prestação alimentícia, independentemente de sua origem, inclui-se o crédito de natureza trabalhista nesta exceção, pela sua natureza alimentar.

Todavia, ainda existe outra corrente no âmbito do TRT da 3ª Região, baseada na existência de lacuna axiológica, como segue abordado em sequência.

3.3 Das decisões garantindo o salário-mínimo de subsistência estabelecido pelo DIEESE

Diante da tendência de se considerar como entendimento consolidado, de que a redação do art. 833, §2º do CPC/2015, autoriza a penhora do salário do devedor de crédito trabalhista, em virtude de sua natureza salarial, muitos julgadores concluíram que apesar da norma estar vigente, e não possuir vícios de inconstitucionalidade, sua aplicação ao caso concreto levaria a um resultado injusto.

Em uma interpretação literal dos mecanismos de integração, não haveria alternativa para o julgador neste caso, tendo em vista que inexistente lacuna normativa, já que verifica-se a presença de norma posta e vigente, de modo que em um paradigma de Estado Liberal, em que literalidade da lei, e o positivismo jurídico, preponderavam, o Judiciário não teria alternativa. (THIBAU, 2021).

Entretanto, com o advento do paradigma do Estado Social, o juiz passa a assumir um protagonismo gigantesco, como garantidor do bem-estar social, podendo inclusive julgar contra a lei vigente, desde que para obtenção de um resultado justo. Isto decorre da influência da concepção bülowiana de processo como relação jurídica de direito público, que reforça a ideia de que o juiz pode criar o direito pela via decisória. (THIBAU, 2021).

De modo que apesar do Brasil ter aderido ao paradigma de Estado Democrático de Direito, desde o advento da Constituição de 1988, em termos práticos, a concepção de direito processual segue a linha instrumentalista, inspirada na referida concepção bülowiana, o que dá vazão a chamada lacuna axiológica. Neste sentido, a lacuna axiológica configura-se “[...] no caso se ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.” (DINIZ, 2000, p. 95).

Assim, diante de julgadores considerarem a norma do art. 833, §2º do CPC, como injusta no caso concreto, vários julgados do TRT da 3ª Região estão concentrados em encontrar uma alternativa para afastar a aplicação da norma, sem declarar sua inconstitucionalidade.

Trata-se de criar exceção, sem previsão legal, com base no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, entendendo que a penhora sobre o salário do executado só poderá existir, se o valor penhorado não comprometer o salário-mínimo necessário para subsistência do executado, com base nos valores indicados pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos- DIEESE, que em setembro de 2022, por exemplo, indicavam o valor de R\$

6.306,97- mais de cinco vezes maior que o salário-mínimo previsto em lei. Neste sentido, segue julgado da décima primeira turma, do TRT da 3ª Região:

PENHORA DE PROVENTOS. VALOR INFERIOR AO MÍNIMO PREVISTO PELO DIEESE. IMPOSSIBILIDADE. Embora seja admissível, ainda que de forma excepcional, a penhora de salário do devedor para pagamento do crédito trabalhista (art. 833, parágrafo 2º, do CPC/2015), a jurisprudência tem adotado o salário do DIEESE como patamar mínimo a ser respeitado nessas hipóteses. No caso vertente, considerando-se que a sócia executada recebia proventos de pensão por morte inferiores a R\$5.495,52 (janeiro/2021, DIEESE), julga-se insubsistente a penhora efetivada. Agravo de petição a que se dá provimento. (MINAS GERAIS, 2021)

Destacando que não se trata de um julgado esparso, posto que tal entendimento já foi corroborado pela 1ª Seção de Dissídios Individuais do TRT da 3ª Região, dando clara indicação de tendência de se firmar entendimento majoritário neste sentido, âmbito do TRT da 3ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE SALÁRIO. ILEGALIDADE. COMPROMETIMENTO DA SOBREVIVÊNCIA DO DEVEDOR. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. Não se concebe a possibilidade de penhora sobre salário ainda que limitada a determinado percentual, face aos termos do artigo 833, inciso IV, do CPC, ferindo o ato hostilizado o direito líquido e certo do Impetrante e frustrando a aplicação do princípio da intangibilidade salarial, resguardada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, impassível de flexibilização, razão pela qual imperiosa se torna conceder a segurança para cassar a ordem de constrição emanada no processo subjacente. INTEIRO TEOR: mínimo fixado pelo DIEESE. Expedidas as intimações aos litisconsortes para integrarem a relação processual (Id 53f1073; Id aa96658; Id 8bff669; Id 592ce84 ... , liberando-se eventual quantia já bloqueada, ao entendimento de que a importância auferida era inferior ao salário mínimo fixado pelo DIEESE ... mínimo do DIEESE para o mês de junho/2022 foi fixado em R\$6.527,67 (<https://www.google.com/search?client=firefox-be&q=salario+diecee+junho+2022>). Assim, o rendimento líquido auferido pelo impetrante é inferior ao salário mínimo fixado pelo DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudo ... do impetrante, liberando-se eventual quantia já bloqueada, ao entendimento de que a importância auferida era inferior ao salário mínimo fixado pelo DIEESE (MINAS GERAIS, 2022).

Contudo, apesar da aparente boa intenção, e até mesmo coerência ao se ponderar sobre a dignidade da pessoa humana, segue reflexão sobre os problemas em se aplicar a noção de lacuna axiológica, em um contexto democrático.

4 DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE LACUNAS AXIOLÓGICAS E PROCESSO DEMOCRÁTICO

A Constituição de 1988 garante o direito fundamental de acesso à Justiça, mas este direito não pode ser entendido como um direito de ter como resposta do Poder Judiciário, o que

o juiz entende como justo ou adequado, podendo inclusive ser um resultado não previsto em lei, e portanto, absolutamente imprevisível.

Já que tão importante quanto a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, é a salvaguarda do próprio devido processo legal, já que a Constituição garante direitos como ao contraditório e ampla defesa, como direitos fundamentais para a ordem democrática. Diante da concepção de processo democrático, pela teoria neoinstitucionalista do processo, o devido processo legal é o “[...] conjunto de procedimentos e atos procedimentais legiferativamente criados e regidos pelo devido processo para operar, fiscalizar e assegurar direitos e deveres contidos no discurso constitucional.” (LEAL, 2018, p. 61).

Nessa senda, a criação do direito pela via decisória, de modo que o juiz age de forma solitária em busca da sua concepção do que é justo, sob o argumento de verificar a presença de uma lacuna axiológica, representa uma ofensa ao devido processo legal, já que “[...] espaços deliberativos que não contam com o devido balizamento processual (inclusão e fiscalização democrática pelas partes interessadas e legítimas) não se legitimaram com o necessário status de Direito Democrático.[...]”.(CARVALHO, 2018, p. 137).

Acresce-se ainda o argumento de que este solipsismo decisório, com o pretexto de concretização da justiça pela via decisória, obsta a fiscalidade plena das decisões judiciais, sendo que a possibilidade concreta de fiscalidade plena das decisões é essencial, pois garante “[...] a todos uma refutabilidade argumentativa como testabilidade (falseabilidade) permanente de eficiência sistêmica a prevenir dogmatizações decisórias fundadas na razão a priori dos operadores do ordenamento jurídico vigente” (LEAL, 2017, p. 214). Sendo que a ausência de fiscalidade plena das decisões resulta no autoritarismo estatal, já que:

Assim é que, se a autoridade ocupa o locus que é destinado ao devido processo nos recintos de produção, aplicação, interpretação, modificação ou extinção do direito, estará instalada a impossibilidade do exercício do direito de fiscalidade plena, incessante e irrestrita pelo conjunto de legitimados ao processo (povo total) e, de conseguinte, presente o autoritarismo estatal. (THIBAU, 2021, p. 34).

Neste mesmo sentido, diante da teoria neoinstitucionalista do processo, Rosemiro Perreira Leal esclarece que:

A nossa Constituição de 1988 (art. 5º, II) adotou integralmente o princípio da legalidade como pressuposto da operacionalização institucional do processo, tal como se vê dos itens LIV e LV do art. 5º. Assim, o devido processo não existe fora da legalidade e a jurisdição é atividade estatal só legítima pela tutela do processo. (LEAL, 2018, p. 99).

Desse modo, as decisões tomadas pelo TRT da 3ª Região, no intuito de criarem um mecanismo não previsto em lei, para relativizarem a aplicação do art. 833, §2º do CPC/2015, se valendo de um dado estatístico do DIEESE, por entenderem que a lei aplicável ao caso concreto, resultaria em um resultado injusto, mostram-se incompatíveis com o processo democrático.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela redação do art. 649 do CPC/1973, a interpretação dos Tribunais trabalhistas consolidou-se em entender que o salário do executado não poderia ser objeto de penhora, mesmo diante da natureza alimentar do crédito trabalhista, ante a impenhorabilidade do salário. De modo que a exceção legal, do art. 649, §2º do CPC/1973, que permitia a em casos excepcionais, a penhora de salário do executado, era apenas para prestações alimentícias, das quais não se incluía o crédito trabalhista, consoante entendimento da OJ 153 da SBDI-2 do TST.

Todavia, com o advento do CPC/2015, a redação do art. 833, §2º ficou mais abrangente que de seu dispositivo correspondente no CPC/1973, passando a prever que poderia penhorar salário para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem. Por tal redação ampliativa, a discussão sobre a inclusão ou não do crédito trabalhista de natureza alimentar, como prestação alimentícia, voltou a ser tema aquecido na jurisprudência trabalhista.

De tal modo que o posicionamento que parece se consolidar como majoritário, diante inclusive de precedentes do TST, é pela possibilidade da penhora de salário do executado, para pagamento de dívida trabalhista, desde que limitado até 50% de seus ganhos líquidos, conforme previsto no CPC/2015.

Neste cenário diante da concepção instrumentalista de processo, que norteia do Direito Processual do Trabalho, foram indicados precedentes do TRT da 3ª Região, que por considerarem a lei injusta no caso concreto, passaram a adotar solução diversa do que está previsto na lei, criando por meio da jurisprudência axiológica, uma exceção de que a penhora só pode recair se o executado receber mais do que o valor mínimo de salário, de acordo com o DIEESE.

De modo que foram demonstrados os déficits democráticos da atuação do Poder Judiciário diante das chamadas lacunas axiológicas, demonstrando que tal solução jurisprudencial não se reflete como compatível com o processo democrático.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105 de 2015 que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acessado em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Orientação Jurisprudencial nº 157, da subseção de dissídios individuais II do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S6_141.htm#tema153>. Acessado em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de recurso ordinário. Número do processo: 152520195200000. Relatora: Delaíde Miranda Arantes. **Diário de Justiça Eletrônico**: 22 out. 2019.

BRASIL. Terceira turma do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de julgamento de recurso especial. Número do processo 770797 RS 2005/0125594-1. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. **Diário de Justiça Eletrônico**: 18 dez 2006.

CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia Judicial e Processo Democrático**: A fala processual como exercício de cidadania. Belo Horizonte: D' Plácido, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Lacunas no direito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2018.

MINAS GERAIS. 1ª Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão de mandado de segurança. Número do processo: 0010981-16.2022.5.03.0000. Relator: Antônio Carlos R. Filho. **Diário de Justiça Eletrônico**: 28 out. 2022.

MINAS GERAIS. Décima primeira turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão de agravo de petição. Número do processo: 0010687-34.2019.5.03.0043. Relator: Des. Antônio Gomes de Vasconcelos. **Diário de Justiça Eletrônico**: 22 mar. 2021.

MINAS GERAIS. Quinta turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão de julgamento de agravo de petição. Número do processo: 0062000-79.2009.5.03.0109. Relator: Oswaldo Tadeu B.Guedes. **Diário de Justiça Eletrônico**: 10 jun. 2020.

MINAS GERAIS. Quinta turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão de julgamento de agravo de petição. Número do processo: 0010355-98.2018.5.03.0044. Relator: Manoel Barbosa da Silva. **Diário de Justiça Eletrônico**: 17 mar. 2020.

MINAS GERAIS. Segunda turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão de agravo de petição. Número do processo: 0011781-84.2017.5.03.0011. Relator: Sebastiao Geraldo de Oliveira. **Diário de Justiça Eletrônico**: 26 ago. 2022.

MINAS GERAIS. Sexta turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão de agravo de petição. Número do processo: 0011481-21.2015.5.03.0035. Relator: Cesar Machado. **Diário de Justiça Eletrônico**: 05 abr. 2021.

THIBAU, Vinícius Lott. Justiça normativa e processualidade democrática. In: Rocha, Marcelo Antônio, et. al (org.). **Processo e Justiça: considerações sobre o Direito Democrático**. Belo Horizonte: Dom Helder 2021, p. 33-45.

5

O CONFLITO HERMENÊUTICO ENTRE AS CORRENTES INTERPRETATIVISTAS E NÃO-INTERPRETATIVISTAS DO DIREITO: A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA POR MEIO DA AUTOCONTENÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Marcelo Antônio Rocha⁴⁶

Considerações iniciais

O texto apresenta, de forma sucinta, o conflito hermenêutico entre as correntes interpretativistas e não-interpretativistas do direito. Tal conflito, que surgiu na teoria do direito norte-americano, pauta hoje muito da discussão sobre os limites da atuação dos juízes no processo de concretização ou reconhecimento de direitos ainda não legislados. Os defensores do interpretativismo judicial defendem a autocontenção dos juízes, se opondo radicalmente contra qualquer atividade legislativa por parte do Judiciário. Já os defensores do não-interpretativismo defendem o ativismo judicial e a capacidade dos juízes de criarem novos direitos a partir das suas decisões judiciais. Este conflito hermenêutico envolve também um outro conflito mais fundamental entre os paradigmas jurídicos positivista (1804-1945) e pós-positivista (a partir de 1945). Cada um desses paradigmas defende um padrão de hermenêutica jurídica que está na base desse conflito. Logo, a questão mais fundamental, para além de mera opção interpretativa, envolve uma defesa do que é o Direito e qual é a tarefa dos juízes na sua realização.

O surgimento da hermenêutica jurídica no contexto do formalismo jurídico

A hermenêutica jurídica surge em 1804 com a edição do Código Civil (Napoleônico), que representou um marco e uma virada na história do direito da tradição do *Civil Law*. Este novo código compilou e transformou todo o direito em lei, abolindo qualquer outra forma de

⁴⁶ Bacharel em Filosofia (UFMG) e Direito (Dom Helder), Especialista e Mestre em Filosofia (UFMG). Professor na Dom Helder, onde coordena, junto com o Prof. Dr. Carlos Henrique Soares, o GIC “Direito, Democracia e Justiça”.

direito para além daquele previsto em seus artigos e de acordo com a vontade do legislador (Napoleão). O código constituía um sistema jurídico fechado, sem lacunas e sem abertura para qualquer atividade criativa dos juízes. Foram abolidas todas as formas integrativas do direito como, por exemplo, o uso de analogias, princípios, costumes ou equidade. Sendo a atividade legislativa um monopólio do legislador, aos juízes cabia somente dizer nas suas decisões a vontade do legislador expressa taxativamente no código.

Inspirados pela objetividade e neutralidade axiológica da metodologia das ciências da natureza e pretendendo fazer do direito também uma ciência exata, os primeiros intérpretes do novo Código Civil, que criaram a hermenêutica jurídica com a chamada Escola de Exegese, defenderam uma interpretação literal e lógica do código, restando ao juiz a mera tarefa de fazer a correta subsunção do fato (particular) à lei (geral). Tal escola nos legou o radicalismo formalista da interpretação e aplicação do direito, determinando o seu sentido e alcance de acordo com a vontade do legislador.

Apontando que o direito é um construto racional que representa a vontade e os costumes do povo num determinado momento histórico, a Escola Histórica de Carl von Savigny introduziu o método histórico de interpretação do direito devolvendo ao juiz algum poder criativo. Considerando a dinamicidade do espírito-do-povo e suas necessidades, Savigny defendia a atualização do sentido e alcance da lei de acordo com as mudanças sociais e morais. Não se tratava de uma mudança do texto da lei, mas sim de uma mudança semântica do seu sentido no momento da interpretação e aplicação do direito com o objetivo de manter o direito sempre atualizado.

Posteriormente, Rudolf Von Ihering introduziu o método teleológico de interpretação do direito. Tal método consistia na determinação do sentido e alcance da lei não de acordo com a sua mera literalidade, mas sim de acordo com os fins pretendidos pelo legislador no momento da sua edição. Com este método, ficaram estabelecidos os quatro métodos considerados clássicos na interpretação do direito: 1. Método literal ou gramatical; 2. Método lógico ou sistemático; 3. Método histórico; 4. Método teleológico.

Por fim, já no final do século XIX, surgiu a Escola da Livre Pesquisa do Direito, com François Gény, defendendo que na falta de uma solução legal o juiz estaria autorizado a pesquisar livremente qual seria a forma mais adequada de resolver a questão discutida no processo judicial. Com esta escola voltam para o direito os tradicionais instrumentos integrativos do direito, como, por exemplo, a analogia, os princípios, os costumes e a equidade.

Características comuns dessas diferentes Escolas de pensamento eram: (i) a reação à crença de que o Direito poderia ser encontrado integralmente no texto da lei e nos precedentes judiciais; (ii) a rejeição da tese de que a função judicial seria meramente declaratória, para reconhecer, ao contrário, que em diversas situações o juiz desempenha um papel criativo; (iii) a compreensão da importância dos fatos sociais, das ciências sociais e da necessidade de interpretar o Direito de acordo com a evolução da sociedade e visando à realização de suas finalidades. (BARROSO, 2015, p. 311)

Outras escolas também foram importantes para o desenvolvimento da interpretação do direito no contexto do paradigma juspositivista como, por exemplo, a Escola do Realismo Jurídico, que trouxe a consideração sobre a importância da jurisprudência como precedente de interpretação relevante, constituindo o próprio Direito. Mas não vamos aprofundar aqui o estudo da importância de cada uma das escolas da hermenêutica jurídica clássica. A nossa intenção é apenas apontar a origem dos métodos clássicos de interpretação do direito.

Outro fator relevante a se destacar como resultado da codificação do direito foi a criação de um novo modelo de Estado, o Estado de Direito, organizado pelos códigos napoleônicos e com a missão de administrar juridicamente a sociedade. A ordenação racional, matemática e mecânica do comércio (produção e consumo) e das relações humanas prometia a realização das promessas de igualdade e liberdade que a modernidade assumiu como seus princípios mais fundamentais. Porém, em vez da emancipação humana, o que vimos foi o desvirtuamento do Estado de Direito nos estados totalitários (comunismo, fascismo e nazismo) que levaram a Europa e o mundo as duas grandes guerras na primeira metade do século XX.

Os fundamentos do Estado Democrático de Direito

Ao término da 2ª Guerra Mundial, os Estados europeus passaram por um processo de reconstrução das suas infraestruturas, instituições e legislações. Além dos graves danos causados aos seres humanos, os resultados da guerra afetaram de forma considerável o meio ambiente. Não só uma crise social, mas também uma crise ambiental surgiu das cinzas e dos destroços deixados pela destruição. Como afirma Canotilho:

Crise que é multifacetária e global, com riscos ambientais de toda ordem e natureza: contaminação da água que bebemos, do ar que respiramos e dos alimentos que ingerimos, bem como perda crescente da biodiversidade planetária. (CANOTILHO, 2008, p.60)

Riscos estes que não devem ser enfrentados somente pelas autoridades públicas ou por iniciativas individuais de forma isolada, mas, sim, por toda a coletividade, pois as vítimas

englobam tanto as gerações do presente quanto as do futuro. Trata-se de uma insegurança ambiental, que reflete consideravelmente na insegurança política, jurídica e social dos países.

Em termos de política e justiça, foi preciso criar um novo modelo de Estado (o Estado Democrático de Direito, em substituição ao Estado de Direito) e um novo paradigma jurídico (o pós-positivismo, em substituição ao juspositivismo), comprometidos com as demandas e necessidades mais urgentes da população e em consonância com o novo espírito da época.

Esse novo modelo de Estado, O Estado Democrático de Direito, em linhas gerais, não está apenas alicerçado nas ideias de supremacia da lei (“um governo de leis e não de homens”), de constituição como vinculação jurídica do poder e Estado submetido ao direito, mas também na ideia de que a ordem jurídica deve ser legitimada pela vontade do povo: “A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder do cidadão” (CANOTILHO, 2003, p. 98).

Nesse sentido, a ideia de democracia apresenta-se como um valor e não apenas como um processo político estruturante da ordem constitucional democrática. O Estado de Direito por si só não é uma novidade do pós-guerra, uma vez que sua origem remonta às origens do direito moderno na Inglaterra (séc. XIII), França (séc. XVIII) e Alemanha (séc. XIX). O apego irrefletido e amoral às leis foi um recurso utilizado pelos Estados totalitários na primeira metade do século XX para garantir e utilizar todos os mecanismos institucionais para manipular, dominar e exterminar a sua própria população. A mera legalidade totalitária fascista, aplicada de forma mecânica, matemática e acrítica sustentou juridicamente as piores atrocidades cometidas pelos Estados europeus contra a sua população. O exemplo mais claro disso foi o extermínio, juridicamente legitimado, dos judeus pela Alemanha nazista. Nesse sentido, a grande novidade do novo modelo de Estado que surge no pós-guerra é a valorização e reconhecimento político e jurídico da ideia de soberania popular, a ideia de que todo poder vem do povo e a garantia do direito de igual participação na formação democrática da vontade popular. O Estado não é mais um fim em si mesmo, o compromisso da legalidade não é mais somente com o funcionamento do Estado de acordo com o interesse de grupos políticos que ocupam o poder. O poder agora se legitima pela participação popular, pelo governo da maioria e pelo respeito e garantia dos direitos humanos.

O surgimento da nova hermenêutica no contexto do pós-positivismo

O pós-positivismo, em linha gerais, o paradigma jurídico ainda dominante na cultural jurídica ocidental, surgiu como resultado da reorganização política e jurídica dos Estados europeus logo após o fim da 2ª. Guerra Mundial. Em razão da destruição institucional, ambiental e jurídica causada pela guerra, foi preciso, antes de tudo, estabelecer as regras de funcionamento do novo modelo de Estado. O chamado neoconstitucionalismo foi o movimento de criação de novos modelos de Constituição dos Estados, inspirados agora pela necessidade da organização legal do Estado, mas também pela garantia da soberania popular, do princípio da dignidade da pessoa humana e de cláusulas pétreas com a finalidade de evitar o uso totalitário do poder. As novas Constituições passaram a ter força normativa e supremacia sobre as demais leis. Além da organização do Estado, passou a ser função da Constituição também garantir e promover o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana sem discriminação de qualquer natureza. A garantia desses direitos fundamentais passa, por exemplo, pela garantia das liberdades individuais, dos direitos políticos, do devido processo legal e dos direitos ambientais.

Até então, o paradigma jurídico dominante era o juspositivismo sustentado pelo modelo do Estado de direito, de monopólio estatal das leis e seu apego acrítico por parte dos juízes. Além da submissão do Estado à legalidade, o juspositivismo se destacava também pela separação entre o direito e a moral e por sua fundamentação científica herdada da metodologia da física mecânica de Galileu e Newton. Em razão da constitucionalização dos direitos fundamentais e da obrigação do Estado de representar de fato a vontade popular, foi preciso criar um novo modelo de Direito capaz de dar respostas às demandas por dignidade e justiça de uma população que nunca teve a sua vontade representada ou respeitada por qualquer forma de poder ou governo. Em termos epistemológicos, o juspositivismo já havia perdido seus fundamentos mecânicos com o surgimento de uma nova ciência (quântica e relativista) no início do século XX, alicerçada não sobre a descrição matemática da realidade, mas sim sobre o princípio da incerteza. Em termos morais e políticos, o Tribunal de Nuremberg foi marco do fim do juspositivismo, por relacionar essencialmente o direito com a moralidade. Uma consequência do caos provocado pelas duas grandes guerras foi a ideia de que o Estado e as leis só se legitimam se for para garantir e promover o bem da pessoa, criando e garantindo os meios para que cada um possa viver com dignidade e escolher livremente o seu próprio ser.

O pós-positivismo surge então como um paradigma jurídico comprometido com a proteção e valorização da pessoa humana, defendendo que a interpretação e aplicação das leis tenham como pano de fundo a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana à luz da mais ampla moralidade pública e do devido processo legal. A medida, o sentido e o alcance da dignidade serão resultados de processos dialéticos, de debates, consensos e acordos sobre as opções mais razoáveis e congruentes com as visões de mundos das partes envolvidas nesses processos.

O interpretativismo

A corrente interpretativista considera que a Constituição, que condiciona toda a interpretação do direito no pós-positivismo porque tem supremacia sobre as outras leis, é também uma lei como todas as outras e, por isso, deve ser interpretada de acordo com os métodos clássicos (literal, lógico, histórico e teleológico), não cabendo ao juiz nenhuma atividade criativa do direito nas suas decisões.

As correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. O interpretativismo, embora não se confunda com o literalismo – a competência interpretativa dos juízes vai apenas até onde o texto claro da interpretação lhe permite -, aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador. Estes limites são postulados pelo princípio democrático – a “decisão pelo judicial”, não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática -, isto é, o papel da *rule of law* não pode transmutar-se ou ser substituída pela *law of judges*. O controle judicial dos atos legislativos tem dois limites claros: o da própria constituição escrita e o da vontade do poder político democrático. (CANOTILHO, 2003, p. 1195)

Tal corrente tem como características a defesa do princípio da correção funcional e da autocontenção judicial e apontam a dificuldade contramajoritária contra qualquer forma de ativismo judicial.

A ideia 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. (...) A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2015, p. 318-319)

O princípio da correção funcional orienta que cada um dos três Poderes da República deve atuar de forma independente e harmônica dentro da sua esfera de competência determinada pela Constituição Federal. Cabe ao Poder Judiciário, que detém a supremacia judicial, a exclusiva competência de interpretar e aplicar o direito em seu melhor sentido e mais ampla extensão, porém dentro dos limites do texto da Constituição, sendo vedada qualquer atividade legislativa aos juízes.

A autocontenção judicial é a atitude que se espera de um juiz atento às suas funções judiciais e republicanas, pautando-se pelo estrito cumprimento do seu dever de atuar em conformidade com a lei, mesmo que, por exemplo, intimamente esteja afetado pela necessidade das pessoas envolvidas na causa que lhe cabe julgar. O interpretativismo considera que as demandas da população por justiça devem ser reivindicadas junto ao Poder Legislativo e não ao Poder Judiciário, uma vez que este apesar submete o caso àquilo que a lei prescreve. O ativismo judicial ou a excessiva judicialização da vida não podem suprir o déficit de participação popular na construção de um país mais justo e comprometido com a dignidade do seu povo.

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2015, p. 320)

A dificuldade contramajoritária consiste na crítica dos interpretativistas aos juízes não-interpretativistas que defendem o ativismo judicial, lembrando a estes que só têm competência para legislar aqueles representantes eleitos por votação popular para a função específica de criar leis que atendam o interesse e a necessidade da população:

Os membros do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são agentes públicos eleitos, investidos em seus cargos pelo batismo da vontade popular. O mesmo não se passa com os membros do Poder Judiciário, cuja investidura se dá, como regra geral, por critérios essencialmente técnicos, sem eleição popular. A atividade criativa do Judiciário e, sobretudo, sua competência para invalidar atos dos outros Poderes, devem ser confrontadas com o argumento da falta de justo título democrático. (BARROSO, 2015, p. 321)

Juízes não são escolhidos como representantes da vontade da maioria do povo. Logo, juízes ativistas são uma minoria impondo a sua vontade contra a maioria da população. Para os interpretativistas, por isso, todo ativismo judicial é autoritário.

O não-interpretativismo

A corrente não-interpretativista, típica do pós-positivismo e da nova hermenêutica, considera que a Constituição é um sistema composto de regras e princípios e tem um sentido aberto. A preocupação aqui não é exatamente com o texto em si, mas sim com a melhor solução para o caso em questão. Logo, mesmo que o texto não traga uma solução clara para o problema, estaria o juiz autorizado, por exemplo, a decidir a questão lançando mão de princípios do direito ou do seu senso de justiça (equidade). Sendo o Poder Judiciário também um dos Poderes da República, e tendo que lidar com os problemas mais dramáticos do cotidiano das pessoas, estaria ele autorizado pela própria Constituição a buscar soluções legais (regras) ou principiológicas para os problemas legislados ou não legislados que afetam a população. É também uma responsabilidade do Poder Judiciário fazer, através das suas decisões, a sociedade avançar. Não se trata aqui de defender decisões autoritárias, pelo contrário, as partes são chamadas no processo para se manifestarem de forma a construírem, democraticamente, a solução para o problema.

As posições não interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem “valores e princípios substantivos” – princípio da liberdade e da justiça – contra atos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o “projeto” da constituição. Para os defensores do sentido substancial da constituição deve apelar-se para os *substantive values* – justiça, igualdade, liberdade – e não apenas e prevalentemente para o princípio democrático, a fim de permitir aos juízes uma competência interpretativa. (CANOTILHO, 2003, p. 1198)

São exemplos dessa corrente as escolas dos métodos científico-espiritual, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador e normativo-estruturante.

O método científico-espiritual de Rudolf Smend considera que o Direito, assim como as outras instituições, são manifestações do espírito-do-povo. Porém, o direito legislado não constitui todo o direito existente, mas sim apenas uma parte do direito que se manifesta como artigo de lei. Cabe aos juízes revelarem nas suas decisões, através de um processo democrático de reconhecimento, novos direitos demandados pela população e que ainda não foram legislados. Nesse caso os juízes não estariam criando direitos, mas sim concretizando como direitos os valores que já são manifestações da vontade popular, isto é, os direitos já estão aí e cabe ao Poder Judiciário, na ausência do Poder Legislativo, reconhecer esses direitos.

O recurso à ordem de valores obriga a uma “captação espiritual” do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A ideia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e a realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado). (CANOTILHO, 2003, p. 1213)

O método tópico-problemático de Peter Häberle considera que a Constituição tem uma textura aberta e, por isso, traz muito mais problemas do que soluções, isto é, traz muito mais possibilidades do que respostas, cabendo as partes envolvidas no processo buscarem as soluções mais razoáveis para o problema que se discute no processo. A discussão (a tópica) sobre o direito do caso concreto envolve os participantes no que Häberle chama de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, sendo todos os envolvidos os intérpretes autênticos do direito.

A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto. Os aplicadores-intérpretes servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro de várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema. (CANOTILHO, 2003, p. 1211)

O método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse considera que a tarefa do juiz atuar no processo de concretização dos direitos requeridos pelas partes, considerando que a Constituição nunca traz um sentido ou possibilidade unívoca, mas sim envolve um jogo dialético entre as pré-compreensões das partes sobre o direito em questão. Em direito nunca se pode trabalhar numa perspectiva fechada e autoritária porque as incertezas trazidas ao processo pelas pré-compreensões é que constituem a própria atividade jurisdicional que culminam na concretização do direito da decisão judicial.

O método hermenêutico-concretizador arranca da ideia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efetua uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. (CANOTILHO, 2003, p. 1212)

O método normativo-estruturante de Friedrich Müller, uma subespécie do método tópico-problemático, considera que o direito legislado traz parâmetros, mas nunca a solução prévia para o problema do caso concreto. A Constituição, por ter um sentido aberto, apenas aponta as possibilidades, cabendo às partes criarem a solução mais razoável no processo para a

concretização do direito pretendido. É interessante notar que para o autor a decisão é resultado de uma dialética entre o que ele chama de âmbito normativo e o programa normativo.

Nessa vertente da interpretação como concretização situa-se, também, a denominada “metódica estruturante”, cuja proposta consiste, igualmente, em conciliar a perspectiva normativa com a sociológica. Müller parte da distinção entre texto (enunciado normativo) e norma, identificada esta como ponto de chegada e não de partida do processo interpretativo. A norma jurídica resulta da conjugação do programa normativo com o âmbito normativo. O programa normativo consiste nas possibilidades de sentido do texto, estabelecidas de acordo com os recursos tradicionais da interpretação jurídica. Já o âmbito normativo se identifica com a parcela da realidade social dentro da qual se coloca o problema a resolver, de onde o intérprete extrairá os componentes fáticos e axiológicos que irão influenciar sua decisão. (BARROSO, 2015, p. 314-315)

O âmbito normativo é o próprio mundo da vida, cujo sentido depende das pessoas e visões de mundo envolvidas no processo, ou seja, não existe uma única visão do problema ou sequer dos valores, interesses e perspectivas pessoais, constituindo verdadeiramente um processo aberto à pluralidade humana. O programa normativo constitui aquilo que comumente associamos ao direito, porém, para Müller, o direito não se limita só aos textos legais, mas também a tudo aquilo que o cerca e o constitui, como, por exemplo, as doutrinas e a jurisprudência. O mundo do Direito, o programa normativo, é muito mais amplo, aberto e difícil de determinar do que pretendem aqueles que limitam o Direito ao direito positivo e sua interpretação e aplicação somente a partir dos métodos clássicos da hermenêutica jurídica.

Conclusão

Apesar do destacado conflito entre as duas correntes de interpretação do direito, interpretativista e não-interpretativista, na prática elas mais se complementam do que se anulam. Não existe um método pré-determinado, necessário ou absoluto que condiciona a interpretação do direito ou qualquer atividade jurisdicional. O direito é uma atividade dinâmica e não parece que as duas correntes estejam a favor de decisões autocráticas e antidemocráticas, pelo contrário, ambas querem, cada uma a seu modo, garantir a eficácia e efetividade do direito pleiteado pelas partes. Ambas constituem meios de realização do direito.

Vivemos num mundo plural e num momento de afirmação e luta pelo reconhecimento da diversidade humana em suas múltiplas formas de manifestação e realização. Ainda somos modernos. E hoje, mais do que nunca, buscamos concretizar os ideais defendidos pelo Direito Moderno, quais sejam, igualdade, fraternidade e liberdade. Igualdade, no sentido da garantia de

condições mínimas de existência para todos os cidadãos. Fraternidade, no sentido de que todos (Estado, instituições e cidadãos) devem estar envolvidos de forma solidária na criação das condições mínimas materiais para que cada cidadão possa, além das suas necessidades básicas de manutenção da vida, viver uma vida com dignidade e felicidade, emancipando-se e afirmando a sua liberdade.

Não existe liberdade sem um Estado e/ou um Direito que a sustente. Não existe liberdade onde tudo é necessidade. A principal marca do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento das necessidades e da liberdade do “sujeito de direito”, no sentido da inclusão social e institucional dos que historicamente sempre foram excluídos (a saber, as mulheres, os negros, os deficientes, os homossexuais e os diferentes de alguma coisa maneira). O Estado não é mais um fim em si mesmo e deve cumprir as promessas da modernidade, atuando como um parceiro no reconhecimento da (inter)subjetividade, da vontade, da liberdade e dos direitos humanos fundamentais de cada cidadão. O reconhecimento da dignidade de toda pessoa humana é um instrumento teórico fundamental para a compreensão da história do Direito e da afirmação dos direitos e liberdades individuais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. SP: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. SP: Malheiros, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação – uma contribuição ao Estudo do direito**. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Safe, 2003.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. SP: Editora 34, 2003.

ROCHA, Marcelo; Reis, Émilien; MURAD, Afonso (Org). **Direitos Humanos e Justiça Ambiental**. SP: Paulinas, 2021.

ROCHA, Marcelo; Reis, Émilien; MURAD, Afonso (Org). **Tecnociência e Ecologia: múltiplos olhares**. RJ: Lumen Juris, 2019.

6

AS CLÁUSULAS GERAIS E ACESSO À JUSTIÇA: O IMPACTO DA COLMATAÇÃO DAS LACUNAS LEGISLATIVAS PELO VIÉS DA MATERIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

**Camilla Rafael Fernandes⁴⁷
Maria Tereza Castro Ozava⁴⁸
Victor Santiago Drumond Silva⁴⁹**

1 INTRODUÇÃO E CRÍTICA SOBRE A APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

Ao longo dos anos a metodologia jurídica foi se transformando, e em conjunto o direito processual, no qual houve uma necessidade de estabelecer pautas sobre os valores a serem preenchidos em face da insuficiência das normas quando o juiz é obrigado a decidir a lide em consonância com os valores constitucionais em casos em há lacunas nas normas, com a finalidade de suplementar à atividade legislativa.

O nosso século é marcado por um típico fenômeno jurisdicional, a falsa ideia de que o juiz, ainda que se encontre na figure de mero declarador e julgador do direito, quando da utilização dos instrumentos que lhe são postos para interpretação, não se valha de seus princípios e pressupostos pessoais, sendo falaciosa a lógica de que o juiz “não cria o direito”, mas é sim o “declare-o”.

Seguindo esta linha de raciocínio, podemos perceber que a lei não é mais elaborada por um Legislativo, mas por tecnocratas politicamente irresponsáveis que, conseqüentemente, enfraquece o papel do Poder Legislativo e afasta o governante do governado, tendo como resultado uma lei semiacabada e que deve ser, na maioria das vezes, terminada pelo juiz.

Em face disso, nasce as lacunas na lei, que como Maria Helena Diniz aborda em seu livro *Às Lacunas do Direito*, o termo lacuna “foi introduzido, com um sentido metafórico, para designar possíveis ‘vazios’, ou melhor, os referidos casos em que o direito objetivo não oferece,

⁴⁷ Graduanda em Direito, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara

⁴⁸ Graduanda em Direito, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara

⁴⁹ Graduando em Direito, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara

em princípio, uma solução” (DINIZ, 2000). Entretanto, a lacuna consiste na falta de uma solução normativa para um caso concreto, dentro de um determinado sistema.

Diante disso, as cláusulas gerais surgiram como uma técnica legislativa, constituindo, portanto, uma disposição normativa por meio da qual o juiz deve preencher as lacunas da lei quando a interpreta, de modo a fazer a adequação do modelo aberto no caso concreto, mas levando em consideração os princípios constitucionais. Em outras palavras, às cláusulas gerais são normas ou preceitos jurídicos que possuem expressões de elevado grau de generalidade.

A professora Judith Hofmeister Martins-Costa, conceitua as cláusulas gerais da seguinte forma:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originalmente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico (MARTINS-COSTA, 1999).

Todavia, cabe ao aplicador da norma identificar e preencher a omissão normativa por meio das cláusulas gerais, uma vez que estas não prescrevem uma conduta, mas definem valores e parâmetros hermenêuticos a serem seguidos, servindo como ponto de referência interpretativo oferecendo ao intérprete os critérios para aplicação desta técnica nos casos. Contudo, a adoção destas cláusulas exige uma atenção, pois não significa apenas uma mudança qualitativa do ordenamento.

Uma das principais finalidades das cláusulas gerais é dar há possibilidade de se ter uma flexibilização diante dos casos concretos, na qual teremos um sistema que estará sempre em construção no âmbito jurisdicional. Porém, ao juiz exercer essa atividade “criadora” por meio das cláusulas, ele deve fazer de forma fundamentada, de modo a apresentar as suas justificativas às partes e à comunidade jurídica, para que não se caracteriza-se como uma atividade autoritária e de cunho pessoal.

O que se deve tomar o cuidado é que ao ocorrer a transformação da hermenêutica jurídica baseada no reconhecimento do papel criativo e interpretativo da atividade jurisdicional, é que a partir das conclusões que o exercício do magistrado chegar será definida como norma geral que servirá como referência para ser aplicado em casos semelhantes.

Por consequência, ao se utilizar a técnica legislativa abordada nesta pesquisa, há uma abertura do sistema jurídico a valores, condutas e deveres que ainda não foram expressamente protegidos legislativamente, podendo acarretar uma insegurança jurídica, não só pelo fato de o magistrado não ter legitimidade para exercer este papel criador, mas também pelo fato de que este pode utilizar suas aspirações pessoais para aplicar aquilo que melhor lhe convém ao caso concreto.

Desta forma, percebemos que as cláusulas gerais ainda têm um conceito indeterminado e que ajuda na formação de um sistema jurídico aberto, na qual as normas ao em vez de definir de maneira rigorosa a hipótese legal e a consequência jurídica, são redigidas de forma flexível, dando a possibilidade de inserir valor e princípios captados da sociedade. Portanto, temos como consequência que as cláusulas gerais abrem espaço para uma aproximação do sistema *civil law* ao do *common law*, caso em que se leva em consideração os resultados práticos.

Em face disso, ao estarmos diante de um Estado Democrático de Direito, atualmente não é mais aceitável a ideia de que o juiz deve ter suas condutas concebidas como mera e passiva “boca da lei”, mas que este exerça uma atividade cognoscitiva de forma a criar normas gerais e concretos no nosso ordenamento jurídico. Contudo, deve-se atentar que as cláusulas gerais reforçam a criatividade do exercício jurisdicional de forma que o órgão é chamado para interferir ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos, podendo acarretar uma generalização do caso. Denote-se que as cláusulas gerais, por seu elevado grau de vagueza semântica, ao ser utilizada pelo magistrado passam a ter o poder de produzir decisões pautadas na subjetividade que terão força de lei.

Em face disso, teremos o juiz desempenhando um papel caracterizado como autoritário, como demonstra Ingeborg Maus nos seus escritos, que

a personalidade dos juízes como importante garantia para a “correta” jurisprudência, cujas tarefas “só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta, a magistratura deveria representar a “elite nacional” (MAUS, 2000).

Contudo, vê-se que o jurista é considerado com o ser que domina a ciência processual onde sustenta o lugar da magistratura como o único garantidor da normalidade do ordenamento jurídico. Diante disso, estamos de frente um enorme problema, pois o que era para ser a exceção se torna como normal, ao trazer como as decisões proferidas pelos juízes com base nas cláusulas gerais, percebemos que o juiz assume um papel de soberano e as partes estão subordinada a ele, na qual este detém o poder em suas mãos de escolher entre as decisões aquilo que melhor lhe

convém, pelo fato de as cláusulas gerais terem conceitos abertos e indeterminados, permitindo a discricionariedade do juiz.

Portanto, ao anunciar o “o julgador como um sujeito especialíssimo do processo, atribuiu ao magistrado o poder de interpretar, complementar, atualizar, afastar e produzir a normatividade jurídica” (THIBAU, 2021). Com isso, percebemos que quando o magistrado decide de acordo com os parâmetros que lhe convém, não resguardando os direitos ao devido processo legal das partes, há uma insuficiência do acesso à justiça, uma vez que, ao dispor o juiz de discricionariedade, este preencherá valorativamente a moldura da cláusula de forma que a aceção cabível da discricionariedade jurisdicional

Sendo assim, há uma questão ao dar este poder do juiz poder escolher dentro de um enorme grau de inexatidão e de generalidade há que se submete a tratamento jurídico os casos, na forma que as decisões são fundamentadas na vagueza da linguagem jurídica e dando margens para atos volitivos do julgador, de forma a prejudicar o acesso à justiça daqueles que mais precisam.

2 A INSUFICIÊNCIA DE ACESSO DE INFORMAÇÃO POPULACIONAL E O MAL FUNCIONAMENTO DAS CLÁUSULAS GERAIS

As sociedades dos mais diversos locais, por mais divergente que fossem entre si, sempre tiveram como pontos convergentes a importância da comunicação e interpessoalidade como elementos fundamentais da compreensão da convivência social entre os indivíduos, bem como da construção da ordem coletiva. Uma vez presente esses elementos a possibilidade de um convívio mais harmônico e, conseqüentemente, de paridade de capacidade de lidar e discutir entraves era maior. Assim, é possível depreender que:

A prática da comunicação humana torna-se a própria história de toda a sua existência. As civilizações antigas não dispunham das atuais maneiras de registro de leis e fatos, elas utilizam, predominantemente, a comunicação oral. Mais tarde, os seres passaram a utilizar desenhos para contar histórias, favorecendo o trabalho dos pesquisadores nas futuras gerações. (FERNANDES, 2016, p. 100).

Dentro desse contexto, há um enorme destaque para as relações interdisciplinares nas quais a comunicação em conjunto à informação atuam de forma incisiva em contextos de acesso à justiça. Por mais que se tenha uma noção comum do que esses dois preceitos signifiquem, de forma prática são utilizados de forma escassa e como meios de manipulação comportamental. Sendo a informação parcial ou incerta, o conhecimento sobre o assunto se torna obscuro e, dessa

maneira, torna-se mais suscetível de implicações de ideais que nem sempre realmente se encontram descritos naquela situação.

O fato exposto torna-se ainda mais imprescindível a partir da percepção do ser humano como um “ser social”. Partindo da noção de que esse necessita dos aspectos supracitados para se relacionar de maneira equilibrada concede-se que ele passa a ser não somente responsável pela criação da cultura e saberes de seu ambiente social, mas também o seu produto (BORDENAVE, 2017).

Entretanto, por mais que se houvesse a tentativa de organização e capacitação desse controle e produção social, os meios utilizados “não conceituam adequadamente os mecanismos e processos de interação psíquica e social propriamente humanos” (BORDENAVE, 2017, p. 10). Em outras palavras, quanto mais se analisava o caso concreto mais era perceptível a produção de formas manipulatórias e desumanas de trabalhar com as pessoas.

Logo, tornou-se claro que

Os meios de comunicação, organizados e manejados segundo modelos forâneos verticais e unilaterais, a não ser raras exceções, parecem procurar mais o lucro, o prestígio, o poder e o domínio do que a construção de uma sociedade participativa, igualitária e solidária, onde as pessoas realizem plenamente seu potencial humano. Existe, então, uma defasagem entre a descoberta do homem social e o conhecimento de como orientar a vida social em função desse homem. (BORDENAVE, 2017, p. 15).

Tal perspectiva de persuasão embasada no manejo de informações e, por conseguinte, de formação de conhecimento, possui suas raízes estabelecidas em tempos longínquos, sendo um aspecto perceptível ao longo da evolução das relações humanas. Já na filosofia, com os estudos de retórica de Aristóteles (SARACEVIC, 2008) percebia-se que o ponto principal era o discurso público aliado a argumentação em que nem sempre a veracidade dos fatos expostos eram o importante, mas sim como esses eram dispostos de maneira tão enfática e com certeza, que se predominava aquele que o fazia com maior empenho e conotação.

Ademais, é indispensável atentar às múltiplas acepções que a palavra justiça acarreta tal como o que isso interfere no entendimento de acesso à justiça. Se somente baseado na concepção legal encontrada na própria Constituição Federal, justiça é tida como um direito o qual garante a possibilidade de provocação da tutela jurisdicional. Por outro lado, quando observado o viés de acessibilidade deve ser levado em considerações as perspectivas sociais, jurídicas e políticas. Para um alcance efetivo de ambos os aparatos e, portanto, da democratização desses deve-se ponderar

A inclusão irrestrita de todos no sistema jurídico, ultrapassando barreiras econômicas sociais, culturais e até mesmo físicas, bem como, o reconhecimento da função social do processo, garantindo-se resultados efetivos com a concretização dos direitos através da tutela jurisdicional. (PESSOA ; ANDRADE, 2014, p. 26)

Logo, desde sempre há, de uma maneira ou de outra, esse resquício cultural o qual interfere e influencia no acesso e formação de conhecimentos que nem sempre são disponibilizados de forma autêntica a todos, corroborando para que a cognição de determinado assunto seja parcial por parte dos indivíduos uma vez que se parte do pressuposto da manutenção de relações de interdependência entre os sujeitos. Trata-se da evidência concreta da problemática existente na comunicação humana em que é “o processo através do qual os indivíduos em relação, grupos, organizações e sociedades criam, transmitem e usam informação com o ambiente entre si.” (SARACEVIC, 2008, p. 53).

Há a necessidade de que “um melhor conhecimento da comunicação possa contribuir para que muitas pessoas adotem uma posição mais crítica e exigente em relação ao que deveria ser a comunicação na sua sociedade” (BORDENAVE, 2017, p. 20). Contudo, havendo uma ou mais obscuridades nesses instrumentos se tem uma interferência direta a qual implica na desigualdade de acesso à justiça.

O cenário exposto já se caracterizaria como conturbado o suficiente apenas com o elemento da inaceitabilidade informacional e formação do conhecimento por parte da sociedade por si só. Porém, colocando tal entrave ao lado das lacunas axiológicas das cláusulas gerais há uma intensificação ainda maior do problema. A ausência de fiscalização é um sistema o qual não se preocupa em tentar solucionar obstáculos em detrimento de ser benéfico à determinada parte, corroborando para que a situação se encontre estagnada.

Nesse sentido, Boaventura faz uma reflexão de forma vital sobre o tema:

Penso que a educação jurídica deve ser uma educação intercultural, interdisciplinar e profundamente imbuída da ideia de responsabilidade cidadã, pois só assim poderá combater os três pilares da cultura normativista técnico-burocrática a que fiz referência: a ideia de autonomia do direito, do excepcionalismo do direito e da concepção tecnoburocrática dos processos. (SANTOS, 2014, p. 94).

Assim sendo, existindo inúmeras lacunas as quais não possuem sua existência explicitada e muito menos, explicada, se percebe-se de forma acentuada que o acesso ao conhecimento jurídico, e de forma análoga, ao debate jurídico não se faz para todos, mas sim para uma parcela selecionada que detém conceitos e ideias pré-dispostas. A delimitação de acesso a essa consciência é realizada de forma a restringir a compreensão do que está disposto

juridicamente e como tal, implica para que nada continue sendo feito para que esse panorama demonstrado seja modificado. É fundamental expor que:

Há que construir uma relação mais virtuosa entre a justiça e a comunicação social. É preciso desenvolver um programa de conhecimento recíproco, que permita impedir a perda da legitimidade, tanto nos tribunais como da comunicação social. A potencial conflituosidade e incomunicação entre tribunais e a comunicação social têm raízes profundas. Assenta em práticas discursivas distintas e objetivos e culturas profissionais diferentes. É preciso partir do conhecimento destas diferenças para desenhar plataformas de cooperações entre tribunais e mídia (SANTOS, 2014, P. 121).

De forma análoga, por mais que o autor dê um enfoque maior na prestação jurisdicional, tal postura e posicionamento pode ser direcionado para a questão em pauta. Enquanto houver obscuridade informacional, não somente para a população em geral, mas também para outros setores da área jurídica, o acesso à justiça não estará sendo democrático e tampouco acessível a todos, como deveria atuar.

Cada vez mais tem-se tornado presente que determinados setores sociais populacionais são excluídos e passam por uma experiência de marginalização estrutural e segregação social que implica pontualmente na complicação do direito à informação e à educação jurídica (ROCHA, 2019). Assim, não se há de falar somente do empecilho que é a lacuna axiológica presente nas cláusulas gerais, mas também das lacunas persistentes que há entre os direitos formais e os direitos de fato, as quais excluem de determinada parcela populacional a concretização da cidadania (ROCHA, 2019). Logo, pode-se concluir que

Na verdade, as barreiras de acesso á justiça já despontam muito antes do litígio, relacionando-se à ausência de alfabetização jurídica e, conseqüentemente, à impossibilidade de acionar judicialmente. Nesse âmbito, mister reforçar a relevância da garantia à informação como um condicionante da prerrogativa da justiciabilidade; essencial e anterior à propositura da demanda. Afinal, por mais que seja, fundamental conhecer os direitos para poder acessá-los [ou não] (ROCHA, 2019, p. 23).

Dentro da pauta de direitos reconhecidos dentro do ordenamento jurídico nacional e internacional, o direito á informação possui enorme pertinência e significado sendo reconhecido como um direito humano. Encontra-se na Declaração Universal de 1948, artigo XIX e possui como preceito principal assegurar a liberdade de opinião e de expressão, implicando pontualmente que o indivíduo possa procurar, receber e difundir, sem consideração de qualquer tipo de fronteira, informações por qualquer meio e forma. É reassegurado mais uma vez pela própria Constituição Federal Brasileira no Art. 5.º, incisos IV, XIX e XIV.

Por isso, quando se tem a prestação irregular e imperfeita à esse direito não se viola somente ele mas também todos os outros os quais ele se correlaciona. O debate proposto ultrapassa a demanda superficial da população somente ter acesso às informações judiciais e conhecimento jurídicos, tornando-se mais abrangente quando abarca os próprios agentes dentro de sua área de atuação.

Além de uma violação clara dos direitos já citados, há o acentuamento da invisibilidade desses setores populacionais ao restringirem sua compreensão jurídica em relação aos dispositivos legais existentes e como esses são interpretados e aplicados mediante um caso concreto. Isso ocorre principalmente pois “o direito à informação está estritamente vinculado à efetivação de outros direitos humanos com ele, podemos exigir e exercer nossos direitos” (PAES, 2016, p. 21).

Cada vez mais tem se tornado imperioso compreender o acesso à justiça mediante um viés bifásico em que se coloca em debate não somente a compreensão eficiente do conhecimento e informação dispostos e disponibilizados, mas também reconhecimentos dos desafios fáticos, jurídicos e sociais que compõem o contexto social. As lacunas axiológicas deixam de ser encontradas de forma restritiva somente no ambiente das leis e passa a ser presente também no que diz respeito ao acesso a essas informações sobre o conteúdo e suas devidas implicações.

CONCLUSÃO

Como trabalhado pelo texto, nota-se que a garantia do acesso à justiça tem sido promovida de forma conturbada em meio ao cenário brasileiro. O advento da formulação das cláusulas gerais não é fundamentalmente o empecilho, e sim a sua indevida colmatação em vista do desvio do ordenamento jurídico brasileiro, com a objetividade de se trabalhar a imagem do afastamento do sentido normativo com a justificativa de implementação de justiça sem fiscalidade.

A figura subjetiva do ser humano continua a perpetrar o judiciário, principalmente à medida que a população tem menos acesso e renda, sendo mais suscetíveis ao preenchimento arbitrário da norma pressuposta como vaga, pelo fato do não acesso à serviços basilares de qualidade, como se revela nas palavras de Boaventura de Souza Santos:

Quanto mais nos afastamos do centro do sistema mundial para a sua periferia, o enfoque não é a luta do judiciário contra corrupção, mas antes a luta contra a corrupção do judiciário.

Na América Latina, em geral, quando se fala de corrupção e de judiciário, não se fala do combate judicial contra a corrupção, mas sim do combate à corrupção judicial. (SANTOS, 2014, p. 28)

Em vista de tal problemática, vê-se um sistema deficitário no fornecimento de acesso à justiça, pois o que se busca não é apenas a possibilidade de se peticionar, e sim a observância do devido processo legal previsto no art. 5º da CF/88. Portanto, o exercício da fiscalidade deve ser promovido através de um diálogo de fontes, em vista do debate da realidade social demonstrada no âmbito prático, com a construção teórica formalizada no âmbito acadêmico, para se evitar um espaço meramente intuitivo/intersubjetivo, observada o estudo trabalhado pelo professor André Del Negri (2016) em seu livro Teoria da Constituição e Direito Constitucional, de forma a ser testificada e trazer um resultado melhor condizente com o sistema demonstrado no art. 1º da CF/88. Aqui não se busca excluir teorias como o lugar de fala interposto pela filósofa Djamila Ribeiro (2019) e nem evitar a possibilidade do estudo e aprimoramento teórico da realidade social fática, porém trazer a legitimidade, frente à quebra de paradigmas excludentes interpostos, buscando por um debate que possa ser, de forma inquestionável, democrático.

REFERÊNCIAS

BORDENAVE, Juan E. Díaz. **O que é comunicação**. São Paulo: Brasiliense, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 4 nov. 2022.

FERNANDES, E. A. A Evolução da Comunicação impactada pela tecnologia. **Ideias e Inovação - Lato Sensu**, v. 3, n. 2, p. 93-102, 2016. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/ideiaseinovacao/article/view/2973>. Acesso em: 03 nov. 2022.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. **A dogmática processual e a exceção cotidiana**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239188>. Acesso em: 10 nov. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Revista Novos Estudos, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

NEGRI, André Del. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional**. 2ª Ed. Editora Del Rey. 2016.

PAES, Bárbara. **Acesso à informação e direitos das mulheres**. São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2016, p.21.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; Andrade, Layanna Maria Santiago. **Vicissitudes do Acesso à Justiça: um desafio do nosso tempo**. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa. A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI. Florianópolis; CONPEDI, 2014, p. 24-25.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de Fala (Feminismos Plurais)**. eBook. Editora Jandaíra. 2019.

ROCHA, Maria Elizabeth. **Do Direito à informação e à educação jurídica. Democratizando o acesso à justiça**. Conselho Nacional de Justiça, Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Livro-Acesso-%C3%A0-Justi%C3%A7a-atualizado-em-03-02-2021.pdf>. Acesso em: 10 de nov. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo. 3ª Ed. Editora Cortez. 2014.

SARACEVIC, T. Ciência da informação: origem, evolução e relações. **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 1, n. 1, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/pci/article/view/22308>. Acesso em: 01 de nov. 2022.

7

A PROCESSUALIDADE (ANTI) DEMOCRÁTICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Ana Carolina Ramos de Freitas⁵⁰

1 Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo confrontar as inconstitucionalidades presentes no Código de Processo Civil de 2015, levando em consideração a desconformidade do referido Código e a Constituição de 1988, à luz da teoria processual adotada por esta última, a qual se filia à processualidade democrática, enquanto aquela se submete à corrente social do processo.

O estudo perpassará pela teoria processual sistematizada por Oskar Von Bülow em 1868 através do livro “Teoria das Exceções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais”, a qual é a adotada pelo CPC de 2015 em seu Art. 238. Isto posto, aponta-se a contradição interna da própria norma, uma vez que o Art. 1º afirma que o processo será regido pela Constituição da República Federativa do Brasil, esta que, por sua vez, adota uma teoria diferente daquela utilizada na prática processual brasileira.

Ademais, o estudo se aprofundará na crítica ao Art. 332, o qual aborda as hipóteses de indeferimento liminar do pedido, em que, sem garantir ao autor o direito de ser ouvido antes da decisão do juiz, profere sentença de mérito com base em parâmetros arbitrários e inconstitucionais elencados nos incisos subsequentes, tal constatação aponta para a impossibilidade de as partes efetivamente contribuírem com a decisão prolatada na sentença.

Inicialmente, é possível afirmar que, internamente, considerando como base de comparação a teoria do processo adotada pelo próprio Código de Processo Civil, o Art. 332 é coerente, mais uma vez coloca o magistrado como foco central da relação processual, tal qual é apregoado pelo pensamento bülowiano perpetuado pelo texto normativo.

⁵⁰ Graduanda em Direito (Integral) pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do GIC “Direito, Democracia e Justiça”, coordenado pelos Profs. Carlos Henrique Soares e Marcelo Antônio Rocha.

1 As diferentes teorias do processo adotadas pelo ordenamento jurídico

As teorias processuais apresentam íntima ligação com os momentos históricos e políticos que cercam os ordenamentos jurídicos. (MOTTA; HOMMERDING, 2013, p. 184). Conforme apontado por Luís Gustavo Reis Mundim e Alexandre Varela de Oliveira (2019), inicialmente, o processo foi fortemente marcado pelo liberalismo, da mesma forma que o Estado se mantinha distante dos indivíduos em suas relações humanas, o fazia com relação ao que ocorria em juízo na relação processual. Seguindo esse entendimento, Motta e Hommerding (2013, p. 184) apontam que o processo se regia pela “igualdade formal dos cidadãos” e pela “escritura (concepção mantida da fase pré-liberal, segundo a qual o juiz deve julgar com base nos escritos, evitando o contato direto com as partes, no intuito de manter sua imparcialidade)”, à época, a precária ideia de igualdade formal não era suficiente para suplantar as profundas desigualdades provocadas pelos contextos socioeconômicos dos indivíduos. Alguns possuíam melhores condições de demandar judicialmente a tutela de seus direitos ou de se defenderem ao longo do procedimento, enquanto outros não tinham meios igualmente suficientes para fazê-lo.

Porém, o juiz não podia nada fazer a esse respeito, uma vez que assumia uma posição passiva diante do processo, permitindo que somente as partes se impusessem e ditassem o movimento processual. Isso se deve ao momento político que adotou como modelo de Estado o liberalismo, no qual a governança se resumia apenas a garantir a defesa da ordem e da segurança pública, e, por lógica, estendeu-se ao procedimento civil a mesma postura. (MOTTA; HOMMERDING, 2013, p. 185).

É à essa problemática que se dedicou o estudo “*El derecho civil y los pobres*” de Antônio Menger (1947). O autor volta o estudo da luta de classes para o papel do Estado na manutenção da superestrutura, se no cenário econômico e social o poder soberano do governo trabalha junto às classes burguesas para a manutenção do *status* de opressão, não seria diferente com o processo. Menger (1947) estipula que tal passividade estatal beneficiava somente à categoria mais abastada que, apesar de não contar com um Estado ativo, possuía capacidade financeira para impor um julgamento justo conforme seus próprios parâmetros.

A partir de tal verificação, o anseio social passou a demandar maior presença do Estado nas relações jurídicas e processuais, de maneira a guarnecer os direitos sociais e estabelecer uma genuína igualdade entre os jurisdicionados. Fazendo insurgir um Estado Social, no qual se

operou o retorno do poder público como parte atuante do processo, participando dele ativamente como Estado-juiz. (MUNDIM; OLIVEIRA, 2019, p. 296).

Tal teoria processual foi sistematizada por Oskar Von Bülow, em 1868, (também sendo descrita por Klein e Menger, professor daquele), na qual o público é representado pela presença ativa do magistrado na relação jurídica, de forma que este se mantém em posição de preponderância sobre os demais, estabelecendo o processo como uma relação jurídica equilátera entre partes e juiz, chegando a instituir que o processo consiste em um instrumento da jurisdição. (SILVA FILHO, 2021, p. 25). Nesse ponto dá-se maior importância à função social do processo que às demais, consagrando-o como uma “instituição estatal de bem-estar social”. (MOTTA; HOMMERDING, 2013, p. 186).

Em decorrência de tal busca pelo sonhado julgamento justo, sem prejuízo de indagar-se *o que é o justo?*, o juiz possui a faculdade de, considerando injusta a lei, criar ou suplantá-la o que estiver positivado, agindo *contra legem*, sob o pressuposto de, nas palavras de Varela (2018), “ser ele (o juiz) o guardião dos valores sociais”. (MUNDIM; OLIVEIRA, 2019, p. 296, grifo nosso).

Enquanto o magistrado figura no processo como uma figura suprema e intocável, as partes relegam-se ao papel de figurantes do curso procedimental, as quais devem atentar-se ao que prevê o ordenamento jurídico e ao que por ele é estipulado, sempre atribuindo penalidades a suas falhas ou a sua ausência de boa-fé, enquanto atribui prazos impróprios e arguições dúbias ao juiz por seus equívocos. Fica evidente a disparidade de condições daqueles que estão nos vértices do triângulo equilátero, o único tipo em que é impossível verificar uma equidistância. (MUNDIM; OLIVEIRA, 2019, p. 296).

Em mesmo sentido argumentam,

Essa perspectiva teórica buscou enfraquecer o papel das partes e reforçar, sobremaneira, o papel dos magistrados, mediante a implementação, no campo da técnica, do protagonismo judicial, visto que o processo passou a consistir em “uma relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveria ser controlada pelos juízes. (MUNDIM; OLIVEIRA, 2019, p. 298 *apud* LEAL)

Desde a consolidação da referida teoria de 1868, o ordenamento jurídico mundial passou por profundas modificações, não sendo diferente o brasileiro, com a ocorrência de duas Guerras Mundiais e duas ditaduras no Brasil, ficou evidente a necessidade de revisão das práticas processuais adotadas, sobretudo por terem sido utilizadas para justificar práticas abusivas e autoritárias contra os indivíduos a elas submetidas.

Assim, mais uma vez, o que ocorreu no meio social influenciou o que se passava no Direito, surgindo então a Teoria Democrática do Processo. Para esta, partes e juiz se encontram em igual posição no processo, não havendo preponderância de um sobre outro, e, além disso, de acordo com o apontado por Igor Raaz dos Santos (2016, p. 524), as partes não somente possuem o direito de influir nas decisões tomadas pelos magistrados, mas também de estruturar o procedimento adotado.

No entendimento de Carlos, Lima e Silva (2018, p. 124), o Poder Judiciário reivindicou o local de reconhecimento e efetiva aplicação dos direitos fundamentais. Com a “principialização do Direito”, autor, réu e juiz passam a cooperar entre si para a obtenção da adequada tutela jurisdicional, através de um diálogo aberto e democrático, não mais marcado pelo Estado-juiz soberano da corrente socializadora. Os autores apontam o processo como mais uma das formas de participação democrática dos cidadãos na vida social, ou seja, é através de um processo democrático que os direitos podem ser devidamente exercidos, seguindo o paradigma da democracia participativa. Em mesmo sentido aponta Humberto Teodoro Júnior (2018, p. 17), “Trata-se de inserção do processo judicial no plano da democracia participativa, em que os atos de poder não ficam restritos à deliberação dos representantes da soberania popular, mas podem se legitimar, também, pela participação direta dos cidadãos em sua conformação”.

Dessa forma o processo passa a ser visto como uma expressão da cidadania, a devida participação dos cidadãos no processo, sendo este público, objetiva um pluralismo político, haja visto que o direito de petição é o ponto de partida para o exercício de outros direitos, e somente poderá ser devidamente exercido quando o processo é regido pelos ditames constitucionais. (CARLOS; LIMA; SILVA, 2018, p. 127).

Portanto, o Brasil se adequou ao processo democrático ao romper com o governo ditatorial e, posteriormente, apresentar uma nova Constituição em 1988, que cunhou no país o Estado Democrático de Direitos, esta tutelou o processo enquanto direito fundamental e atribuiu a ele garantias constitucionais, sendo algumas delas a inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV), o *contraditório*, a *ampla defesa* e a *paridade de armas* (Art. 5º, LV), *devido processo legal* (Art. 5º, LIV) do qual decorrem a *razoável de duração do processo* e o *acesso à justiça*. Conforme entendimento de Humberto Teodoro Júnior (2018, p. 17), operou-se uma constitucionalização do processo, em que houve uma evolução do *devido processo legal* para o *processo justo*, o que, para ele, significa uma democratização do processo, apesar de o juiz ainda figurar como “titular do poder de definir a solução do litígio”, não mais pode “fazê-lo

isolada e autoritariamente”. Assim, o contraditório não é apenas uma formalidade a ser seguida pelas partes, também subjuga o juiz.

Em vias de adequar, também, as normas processuais à Constituição, foi editado o Código de Processo Civil de 2015. Contudo, seu intuito democrático se encerra nesse ponto, com a devida vênia, não é possível concordar com os autores Carlos, Lima e Silva (2018). De fato, o CPC/2015 se propôs a adequar o direito processual brasileiro às mudanças sociais e jurídicas resultantes da passagem do cenário ditatorial para o Estado Democrático de Direitos, o que fica elucidado em sua própria exposição de motivos:

(...) criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. (...) Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. (BRASIL, 2015, p. 25).

O novo cenário gerou, também, um novo paradigma a ser seguido pelo Direito, tendo em vista que os códigos anteriores foram desenvolvidos em períodos não democráticos, as normas precisaram ser ajustadas a esse novo modelo. Na contramão, apesar de se propor a ocupar um cargo de Processo Democrático, o novo CPC não só não pode ser considerado em conformidade com a Constituição, como também não está em conformidade com o que se entende por Processo Democrático, levando em consideração que adotou como teoria do processo aquela desenvolvida por Bülow e utilizada pelo Estado Social.

Exemplificando o exposto, de acordo com o Art. 332 do referido Código, é dever do juiz declarar a improcedência liminar do pedido nos casos descritos em seus incisos e parágrafos, tal decisão poderá ser feita sem a oitiva do autor e deverá ser realizada antes da citação do réu. Em contraponto, avalia-se o que é descrito por Igor Raaz dos Santos (2016, p. 540) com relação ao negócio jurídico processual cunhado no Art. 190 do referido Código. As partes não podem, por meio negócio jurídico processual, desnaturar o processo, interferindo em sua essência democrática, o que podem fazer é interferir na organização do procedimento, então por que poderia o juiz interferir na estrutura do processo, privando o autor do direito de ser ouvido? Mesmo com a teoria do processo adotada pelo CPC, as partes e o Estado-juiz deveriam encontrar-se equidistantes no processo, não podendo ter prerrogativas diferentes, mas ainda assim o possuem. Ao juiz é lícito e encorajado interferir na estrutura processual, enquanto às

partes é expressamente vedado. O que se defende não que as partes passem a ter a prerrogativa de alterar a constituição democrática do processo, mas que ao juiz também o seja permitido.

A teoria processual brasileira encontra-se em um local pouco claro, ora se filia ao processo como relação jurídica, ora tende ao processo democrático, nunca estabelecendo com firmeza qual será aquela efetivamente garantida. Sendo assim, é possível afirmar a inconstitucionalidade do Código em análise, uma vez que não está de acordo nem com a Constituição da República (a qual todas as normas estão submetidas), nem com sua própria lógica interna.

Ademais, com a devida vênia, não é possível concordar com Humberto Teodoro Júnior quando este afirma que “realizou-se a democratização do processo”, de fato esse ideal figurou como um dos objetivos almejados pela comissão responsável pela criação do novo Código, conforme fica claro em sua exposição de motivos, porém esse objetivo não foi efetivamente alcançado. As diversas dissonâncias do CPC/2015 com a CR/88 apontam a falha em tornar democrático o processo, sendo que ele sequer é constitucional. Isto posto, também há que se questionar a transição do devido processo legal para o “processo justo”.

O devido processo legal, importado do direito estadunidense (“*due process of law*”), se trata de um enunciado geral do qual são extraídos outros princípios processuais, como a duração razoável do processo. De modo que se trata de um princípio integrante do ordenamento jurídico, o qual possui valor jurídico semelhante ao de uma regra, uma vez que ambos são normas, porém o que seria o “processo justo”? O próprio autor não esclarece em seu texto, também não é possível encontrar a resposta no Código ou na Constituição, assim, o processo se ancora em algo incompleto, ambiente propício para que seja causada insegurança jurídica. Se para que o processo seja democrático ele tiver que ser justo, cada magistrado terá que propor seu próprio entendimento a respeito de o que é justiça.

Tais desconformidades fazem com que a atuação do próprio juiz seja comprometida no momento de autodeterminar qual conduta seguirá em sua atuação profissional. Adotando como base a noção de processo para a Constituição, seguindo o Estado Democrático de Direitos que estabelece como teoria o processo democrático, não seria plausível que um juiz se comportasse de maneira ativista, uma vez que ele não é parte do processo, devendo ser imparcial e imparcial. Já, para o CPC, que, seguindo o Estado Social, adota a teoria do processo como relação jurídica, compreende que o juiz decide conforme sensibilidade, vontade e intuição, a adoção de uma postura ativista é encorajada, pois permite maior celeridade e

efetividade da prestação jurisdicional. Esse último entendimento exige retorno a teoria de Menger,

Com efeito, Anton Menger assumiu uma postura crítica aos ideais liberais, principalmente o da igualdade formal, anotando que, na luta de classes, os ricos sempre eram privilegiados com a passividade judicial; daí a sua defesa de um reforço da função judicial, sendo que o magistrado deveria assumir um duplo papel: de educador (extraprocessualmente, deveria instruir os cidadãos a respeito do direito vigente), e de representante dos pobres (endoprocessualmente, deveria assumir a representação da classe mais pobre). (MOTTA; HOMMERDING, 2013, p. 187).

A problemática ao se adotar como marco teórico o processo socializado é o retrocesso desse feito, tal corrente se fez extremamente necessária em seu momento histórico do século XIX, em que ausência completa do Estado fazia com que a jurisdição não seguisse um caminho adequado à pacificação social. Contudo, retornar a esse momento não agrega ao direito brasileiro, que carece de equilíbrio entre ambos os aspectos, de fato o Estado necessita de efetiva atuação no processo, garantindo a devida aplicação daquilo que foi estipulado pelo legislador, mas não podendo figurar enquanto figura soberana que se sobressai sobre as demais.

No atual ordenamento brasileiro seria escandalosa a posição de um juiz atuante endo e extraprocessualmente com a faculdade de intervir para além do que está posto nos autos no sentido de, antes mesmo de conhecer da causa, já ter em mente aquele que será beneficiado. Porém, ainda assim, é a essa corrente de pensamento encabeçada pelo referido autor, Klein e Bülow, que se filia, também, o Código de Processo Civil brasileiro.

2 A inconstitucionalidade do Art. 332

Ante o exposto, é possível concluir, logicamente, que, pelo desacordo do Código de Processo Civil com o paradigma processual adotado pela Constituição da República, o Código é inconstitucional. Ao não adotar uma visão democrática do processo, a legislação viola a Carta Magna do país, apesar de sua intenção apresentada na Exposição de Motivos, em que fica claro o interesse em adequar a nova legislação à Constituição.

Nesse sentido, aprofundando a análise dos dispositivos que compõem o referido Código, a pesquisa inquirirá a constitucionalidade do Art. 332, no qual lê-se:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

- II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 - III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
 - IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.
- § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

O artigo é uma inovação do Código de 2015, uma vez que, no Código anterior, a matéria da prescrição era tutelada no indeferimento da petição inicial, bem como, a improcedência liminar do pedido era voltada apenas a questões de direito em que o juízo negativo da inicial já houvesse ocorrido repetidas vezes no mesmo juízo em razão do vício apresentado. (THIBAU, 2019). Já no caso da norma atualmente aplicada, caberá ao juiz, conforme as hipóteses elencadas nos incisos e no parágrafo em destaque, realizar tal juízo.

Essa opção do legislador objetivou a celeridade e a duração razoável do processo, princípios que, positivados no ordenamento brasileiro, intentam solucionar a problemática da morosidade do Judiciário. De fato, por uma questão de excessiva burocracia e excesso de demandas, os tribunais brasileiros vêm tendo dificuldades em garantir ao jurisdicionado a prestação célere da tutela estatal. Contudo, há que se analisar a que custo a comissão de juristas notáveis tomou tal decisão.

Seguindo uma tendência jurisprudencial, o inciso I estabelece a vinculatividade implícita das decisões dos tribunais superiores, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). O problema é que, em tese, somente as Súmulas definidas como vinculantes seriam de obrigatório acatamento pelos demais tribunais e juízos inferiores, porém, ao determinar que, qualquer decisão dos tribunais superiores vincule a decisão dos outros juízos, há o fim da distinção entre Súmulas simples e as Vinculantes, haja visto que, a partir de então, todas as Súmulas passam a ser vinculantes. Além do rompimento do paradigma da vinculatividade sumular, outro problema surge desta análise. Tendo em vista a independência funcional dos magistrados, garantida pela Constituições, o juiz deixa de ser livre para criar seu próprio entendimento do caso, pois sua decisão fica atrelada ao entendimento de outro juiz. (THIBAU *apud* Abboud; Santos, 2019, p. 13).

Por fim, o Art. 103-A da CR estabelece os requisitos para que uma decisão do STF seja considerada vinculante,

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à

administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Assim, mais uma vez em desconformidade com a Constituição da República, o CPC/2015 viola todos esses pressupostos e, mesmo que não alcançados, transforma em vinculante todas as decisões. (THIBAU *apud* Abboud; Santos, 2019, p. 13).

Em interpretação da CR88 fica claro que, somente os julgados do STF, após repetidas decisões em um mesmo sentido relativas ao mesmo caso de matéria constitucional, poderá se tornar vinculante. Da leitura do texto constitucional em momento algum menciona-se a vinculatividade de decisões do STF, ou dos órgãos jurisprudenciais da justiça federal, menos ainda o faz a respeito da justiça estadual, e, violando o que fiz a norma máxima do país, o Código de Processo Civil estabelece que serão vinculantes os entendimentos do STJ e do Tribunal de Justiça (quando versar sobre direito local).

Mais uma vez, fica demonstrada a clara incompatibilidade do instrumento normativo processual com o que apregoa o ordenamento jurídico. Contudo, a mera desconformidade com a Constituição poderia ser corrigida via legislativa, o problema maior são as consequências de tal desconformidade. Os incisos analisados abrem margem a ditadura da jurisprudência, situação em que os juízes sequer podem formular entendimentos próprios sobre o caso, além de afastar completamente a contribuição das partes para a formulação da sentença. Aqui, é violado o devido processo legal. O autor sequer possui o direito de defender a tese por ele levantada, uma vez que o juiz sentencia o caso sem antes ouvir as partes. Como apontam Luís Gustavo Reis Mundim e Alexandre Varela de Oliveira (2019, p. 17), os tribunais superiores são colocados em uma posição de conhecedores e mestres dos anseios sociais, neles se acumula o senso de justiça, inacessível a qualquer outro, mas por eles controlado, e, por isso, ordenamento deve se submeter ao que por eles é construído através de sua sensibilidade, vontade e intuição.

Mais uma vez, vê-se a sombra do paradoxo de Bulow, o juiz, ao invés de assumir um posicionamento neutro com relação ao procedimento, adota a posição de parte protagonista, por representar a vontade do Estado, todos os demais devem se incluir a cumprir seus entendimentos, mesmo que a Constituição estabeleça procedimento diferente.

Esse contexto impede que a construção do precedente seja feita de maneira dialogada, com o efetivo envolvimento das partes, que não precisam necessariamente cooperar entre si, mas que possam adotar o posicionamento de contribuição para o debate. Ao determinar a improcedência liminar com base em um entendimento formado por um juiz que nem mesmo

teve contato com o caso em litígio, impedindo a formulação de decisão. (MUNDIM; OLIVEIRA, 2019, p. 312).

A jurisprudencialização do Direito como forma de preencher lacunas é um caminho perigoso a ser seguido, pois impede o primado máximo direito processual constitucional, que é o devido processo legal. Os princípios da celeridade e duração razoável do processo não podem suplantar o contraditório e ampla defesa, mas devem trabalhar de maneira harmônica, não mutuamente excludente.

Um ponto positivo da incluso no referido artigo é que, de fato, ele está de acordo com a teoria processual adotada pelo próprio Código, na qual o Estado forte é o pressuposto de legitimidade de todas as decisões judiciais, mesmo que elas não atendam às garantias fundamentais.

Prosseguindo com a análise, o que dispões o parágrafo 1º requer especial atenção. Este estabelece que, ao verificar prescrição ou decadência, o juiz deverá determinar a improcedência liminar do pedido. Conforme dispõe o direito material, em análise do Título IV do Código Civil, é acertada a conduta do juiz ao reconhecer a decadência de ofício, o que dispõe o Art. 210, uma vez que não se admite a renúncia a decadência (Art. 209). Porém, isto não se pode afirmar com relação a prescrição.

Ainda com relação ao que versa o legislador sobre o direito material, é possível que por quem beneficiar a prescrição seja feita a renúncia, o que se lê no Art. 191. Na contramão deste dispositivo, o CPC coage o juiz a declarar a resolução de mérito de um litígio, antes mesmo da citação do demandado, com base na prescrição, ignorando que, o réu poderia, ao ser citado, renunciar à prescrição, o que permitiria o prosseguimento do procedimento instaurado. (LEAL, THIBAU, 2020, p. 241).

O dispositivo estaria correto se determinasse que o juiz decretasse a improcedência liminar do pedido em caso de decadência, mas deveria permitir às partes se manifestarem com relação a prescrição, pois estaria garantindo o exercício da autonomia privada. O Direito Civil, apesar de ter rompido com os paradigmas patrimonialista e individualista do Código anterior, de 2016, manteve o princípio da autonomia privada, de modo que é lícito às partes disporem sobre como seus direitos subjetivos (desde que disponíveis e não defesos em lei) serão manejados. (LEAL; THIBAU, 2020, p. 241).

Conclusão

Ao longo do estudo foram abordadas as principais teorias processuais em conjunto com a análise do momento histórico da qual são fruto. Cominando, então, na atual configuração do ordenamento jurídico, em aprofundamento das inconsistências do Código de Processo Civil em comparação com o que é abordado na Constituição.

Então, o texto se concentra na análise do Art. 332 do CPC, o qual trata das hipóteses de improcedência liminar do pedido. A grande discussão a respeito da improcedência liminar do pedido é, até que ponto o Judiciário está disposto a sacrificar as garantias do processo democrático objetivando a celeridade processual. Não é possível permitir ao juiz relevar princípios processuais, positivados tanto na Constituição quanto no próprio Código, para evitar o acúmulo de processos. Isso não significa relativizar a problemática da falta de razoabilidade do tempo de duração do procedimento, contudo faz-se necessário desenvolver outras estratégias para o enfrentamento da questão.

Conclui-se que o CPC de 2015, apesar da louvável tentativa de se adequar ao paradigma democrático da Constituição não conseguiu fazê-lo, ao adotar a teoria do processo de Bulow, acabou por manter a postura do juiz ativo, o que legitima o ativismo judicial e perpetua uma ideia já ultrapassada do processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil** (Lei n. 13.105/15). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: nov. 2022.

CARLOS, Helio Antunes; LIMA, Jéssica Mendes de; SILVA, Thays Conceição Cabidelli da. Democracia e Direito Processual: o papel do NCPC no exercício da cidadania. Vitória: **Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional**. 2018.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Improcedência liminar do pedido por prescrição e a violação da autonomia privada. **REVISTA MERITUM**: v.15, n.2, p. 235-246, Maio/Ago. 2020.

MUNDIM, Luis Gustavo Reis; OLIVEIRA, Alexandre Varela de. Cortes supremas e a herança bülowiana na jurisprudencialização do direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**: Rio de Janeiro, Ano 13, Volume 20, Número 3. Set/Dez. p. 293 a 322.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**: Porto Alegre, n. 73 jan. 2013 – abr. 2013 p. 183-206.

MENGER, Antonio. El derecho civil y los pobres. Buenos Aires: **Atalaya**, 1947. p. 32.

SANTOS, Igor Raaz dos. Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. **Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS**. 2016.

SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: a desconstrução do “processo justo” e a edificação do devido processo legal. **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. 2021.

THIBAU, Vinícius Lott. Apontamentos críticos sobre a improcedência liminar do pedido. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 37, p.43-59, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/06/DIR37-03.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

8

A JUSTIÇA DOS PRECEDENTES E O JUDICIÁRIO COMO CRIADOR DOS NOVOS DIREITOS

Julia Emilly de Souza Lima⁵¹
Kathlen Mélloni Gomes Cruz⁵²
Suzana Gonçalves Oliveira⁵³

1 Introdução

O Direito Brasileiro estabelece alguns meios de criação das normas que balizam o comportamento dos sujeitos de direito no meio social em que vivem. Considerando a historicidade e a evolução do Direito no Brasil, percebe-se que desde os tempos remotos da sociedade há a utilização de decisões jurisprudenciais como fundamento para a criação de direitos, e, com o avançar social, esse entendimento foi positivado nas leis brasileiras, como o Código de Processo Civil, de 2015. A partir disso, foi-se criada a teoria dos precedentes judiciais, a qual compreende que é possível a utilização, de plano, de uma decisão de um tribunal, em igual ou superior patamar ao do juiz que proferirá a decisão do feito, como um paradigma para a resolução de outros casos semelhantes, em prol da igualdade formal do processo e da efetivação de uma Justiça isonômica.

Neste sentido, a partir de uma análise jurisprudencial, debateu-se as duas posições acerca do ativismo judicial no estado democrático, ou seja, visto a necessidade de regular direitos novos ou não quando se encontra uma omissão ou insuficiência de normas, argumenta os problemas acerca de atribuir competência ao judiciário para supri-las efetivando e garantindo

⁵¹ Graduanda, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia - ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

⁵² Graduanda, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia - ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

⁵³ Graduanda, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia - ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

a inclusão mas concentrando em si poderes legislativos e judiciais incompatíveis com os Estado democrático.

Isto posto, por meio da análise de duas das principais obras do jurista alemão Oskar von Bülow, *Die Lehre von den Processeinreden und die Process Voraussetzunge* e *Gesetz und Richteramt*, verificar-se-á a (in)compatibilidade entre o paradigma do Estado Democrático de Direito e as decisões judiciais com força de lei, isto é, como criadoras de direitos. Para tanto, à luz do princípio da legalidade, discorrer-se-á sobre a concepção bülowiana de processo como relação jurídica de direito público, correlacionando-a ao protagonismo do magistrado, ao ativismo judicial e ao movimento do direito livre.

Sendo assim, tem-se como objetivo geral desta pesquisa examinar como o Código de Processo Civil integrou a teoria dos precedentes judiciais como fonte normativa do Direito Brasileiro. Ademais, são objetivos gerais deste trabalho: i) Verificar se a teoria dos precedentes efetiva a sua proposição de garantir a isonomia; ii) averiguar se a jurisprudência brasileira garante o exercício de direitos fundamentais; iii) constatar se as lacunas jurídicas podem ser preenchidas pela via jurisprudencial; iv) analisar como a existência dessas possíveis lacunas podem impedir a concretização de princípios constitucionais; v) apurar se os precedentes são a correta técnica procedimental na efetivação de direitos.

Por fim, propõe-se, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio, uma pesquisa que pertence à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido no trabalho é predominantemente dialético. Quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica. Pelas técnicas empregadas, é bibliográfica e documental.

2 A teoria dos precedentes na historicidade do Direito brasileiro e a sua posituação no Novo Código de Processo Civil

Desde o início, a história do Direito brasileiro se confunde com as decisões do judiciário, de forma que, remonta à época da reconquista, a utilização de jurisprudências como fonte de normas no país. Nesse viés, Tucci (2012) esclarece que, no momento da reconquista brasileira, a unidade jurídica romana é fragmentada, de maneira que as práticas senhoriais e municipais se entrecruzaram e estabeleceram normas de acordo com a prevalência dos costumes locais. Dessa forma, Tucci (2012) considera que é neste momento, de consolidação dessas regras consuetudinárias, chamadas de precedentes judiciais, que surge a vinculação das decisões

judiciais no Direito brasileiro, uma vez que, julgar dessa maneira seria o mesmo que julgar conforme a solução adotada em um caso exemplar obrigatoriamente.

Considerando tal contexto, é importante conceituar o que é de fato a teoria dos precedentes judiciais, que interferiu e incrementou nas fontes normativas do direito. De acordo com Viveiros (2009), precedente é uma decisão judicial parâmetro aos julgamentos de casos análogos posteriores, limitando-se à certa adaptação conforme a situação problema. Tal entendimento, constrói a teoria dos precedentes judiciais, que estabelece que os precedentes são uma das fontes de norma do Direito, devendo ser utilizados a fim de garantir uma prestação jurisdicional eficiente e previsível, logo, garantindo a segurança jurídica.

Além disso, é preciso compreender que essa teoria impõe o chamado *distinguishing*, que, de acordo com Caron (2014), preconiza a ideia de que ao aplicar o paradigma é preciso confrontar o caso atual e o caso que gerou o precedente, ou seja, se os casos forem semelhantes, o precedente se aplica, mas se não forem semelhantes ele não será aplicado. Ainda, no Brasil, segundo Souza (2008), aplica-se o precedente de efeito persuasivo, isto é, todo precedente pode ser utilizado como ponto de argumentação, ou reforço para tal, de forma que a sua força se baseará na origem do precedente e adequação à situação problema. Nesse entendimento de Souza (2008), o juiz não está diretamente vinculado ao precedente por ser uma técnica argumentativa. Todavia, conforme será dito posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015, dispõe normas em contrário a isso.

Perpassando tais compreensões, conforme Tucci (2004), a teoria dos precedentes judiciais fundamenta-se no dever funcional dos juízes de proferir julgados idênticos à situações idênticas, isto é:

Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior. (TUCCI, 2004, p.12)

Sendo assim, essa teoria compreende que a jurisdição é vinculativa às próprias decisões por ela proferida, inclusive de forma hierárquica entre os órgãos do judiciário brasileiro, chamada de vinculação vertical das decisões. Nessa linha, entende-se que a obrigatoriedade do precedente judicial se dará não só em relação ao caso em análise, como também em relação a futuros casos análogos a serem julgados pelo tribunal bem como os órgãos a este inferiores (TUCCI, 2004). Ademais, essa obrigatoriedade de seguir uma decisão proferida em caso

paradigma, isto é, precedente, deve ser seguida não somente pelos juízes do caso como também pelas partes que reclamam pela reparação ao Direito tutelado em Lei.

Entendendo tais proposições, pode-se perceber que com o advento do Novo Código de Processo Civil (2015), a teoria dos precedentes foi balizada em lei, para garantir a sua aplicação efetiva nos feitos judiciais, por todas as instâncias da justiça. Então, pode-se considerar que os precedentes são, de fato, uma nova fonte normativa do Direito Brasileiro. Isto pode ser observado nos artigos 322, 489, 927, 932 e 955 do Código supracitado, que retratam essa limitação jurisdicional ao determinar, a via de exemplo, que o juiz deve observar súmulas e decisões dos tribunais superiores ao julgar liminarmente um processo de conhecimento e que, em possível modificação de jurisprudência pacificada, deverá tal decisão ser exaustivamente justificada e em análise para considerar prioritariamente a segurança jurídica. Nesse entendimento, pode-se perceber que o Código de Processo Civil visa preservar em seu texto a teoria dos precedentes, embasando-se nos conceitos de segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança.

Sob a mesma ótica, é importante preconizar o entendimento de que a Justiça buscada pela teoria dos precedentes, segundo Rosito (2011), é no sentido de exame quanto à aplicação uniforme do direito, já que os paradigmas funcionam a futuros casos. Nesse sentido, conforme o autor, seria injusto decidir de forma distinta casos idênticos em essencial, ainda que substancialmente injustos, da mesma forma que seria ferir a Justiça tratar de maneira desigual aqueles que pertencem à mesma causa. Entretanto, esse fundamento da Justiça como sinônimo de igualdade formal está superado pelo entendimento de igualdade como para além da formal mas também a igualdade substancial, isto é, a busca pela efetiva equidade entre os sujeitos de direitos.

Nesse viés, compreende-se uma errônea compreensão do princípio e direito à isonomia processual, estabelecido na Constituição Federal (1988), que, na teoria dos precedentes, é aplicada como o entendimento de que casos iguais devem ser julgados iguais. Contudo, esta isonomia é baseada na ideia de que as partes devem ser tratadas de forma igual, observando que o seu tratamento deve ser desigual na medida de suas desigualdades, a fim de proporcionar uma maior equidade. Sendo assim, as decisões do tribunal não pode se limitar em uma análise sumulada do caso, de forma a aplicar a melhor jurisprudência, mas sim construir um novo entendimento que abarque as desigualdades apresentadas.

Ademais, é importante ressaltar que o próprio anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 embasou-se na modernização do instituto da resolução e demandas repetitivas, de

maneira que determinava a vinculação jurídica acatada pelo tribunal a todos os processos que verssem sobre questão de direito idêntica, conforme Gonçalves e Valadares (2016). Nesse sentido, o posicionamento inicial era de padronizar certo entendimento do tribunal superior ao juiz que proferiu a decisão inicial, para priorizar o entendimento do tribunal a fim de desacomular os recursos e desafogar o sistema judiciário com demandas repetitivas para garantir a efetiva justiça de casos divergentes.

Em síntese, pode-se perceber que a teoria dos precedentes é aplicada no Código de Processo Civil de 2015, para garantir a estabilidade das decisões do juiz e evitar a subjetividade do judiciário em decidir casos semelhantes mas não iguais. Além disso, é compreendido que os precedentes não são uma técnica criada em 2015, mas sim na fragmentação do Direito Romano para o julgamento conforme os costumes do local na época da reconquista brasileira, de maneira que tal teoria vem se perfectibilizando com o passar do tempo. Entretanto, a aplicação irrestrita dessa teoria, como fonte criadora de direitos tem o efeito contrário à sua proposta, uma vez que trata de forma igual situações diversas, promovendo o aumento das desigualdades e não garantindo a efetiva justiça.

3 O debate entre a judicialização dos direitos fundamentais e o ativismo judicial

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, foi instituído um Estado constitucional que entende pela soberania das normas constitucionais nas quais a validade da lei depende de sua forma de produção, constitucionalmente previstas, e sua congruência com o conteúdo constitucional. Ainda, o Estado persiste sendo uma grande instituição política do mundo contemporâneo, mas vem tendo sua atuação transformada pelas constantes e aceleradas transições dos costumes e hábitos sociais favorecida pela relativização da soberania estatal em consequência ao evento da globalização.

Nesta perspectiva, o poder judiciário, ainda que, na teoria, seja politicamente neutro, vem ganhando visibilidade pelo seu papel garantidor dos direitos sociais e individuais, uma vez que neste modelo constitucional cabe a ele resguardar os valores e normas previstos no regime jurídico. No entanto, essas novas relações sociais marcada por controvérsias econômicas e sociais nas quais estão constantemente surgindo novos direitos, traz ao judiciário um dilema entre manter sua posição inerte de aplicador das normas ou adaptar sua estrutura organizacional, jurisprudências e interpretações de forma a proteger esses interesses difusos e coletivos (FARIA, 2008), principalmente se percebida a lentidão do poder legislativo em fazê-lo.

Neste cenário, mostra-se claro que é dever do Estado, especificamente do poder legislativo, colocar a inclusão dos novos direitos no regime jurídico visando proteger os sujeitos ou grupos nas quais esses direitos abarcam. Entretanto, na prática, o legislativo não está conseguindo acompanhar as constantes mudanças e, diante das novas demandas, surge a judicialização destes direitos como forma de garanti-los. Diante disso, cria-se duas posições importantes acerca do processo de judicialização: De um lado, há quem entende a judicialização dos direitos como ato necessário e importante quando a lei por omissão ou insuficiência não concretiza as intenções constitucionais. Por outro, entende-se que o magistrado não tem competência para resolver tal conflito, além de que a cumulação de poderes legislativos e judiciais configura uma usurpação de competência em um mesmo órgão, gerando uma atividade judicial temerária e não democrática.

A seguir, para ilustrar o processo de judicialização dos direitos, vê-se de diversas formas, mas será abordado neste artigo as recomendações e os precedentes. As recomendações são mais específicas, emitidas pelo Ministério Público, o Conselho Nacional de Justiça entre outros, sucintamente, visam a orientação sobre a necessidade observar normas ou adotar condutas e medidas práticas para sanar as questões específicas tuteladas.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO resolve RECOMENDAR à empresa GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S.A. a observância dos seguintes deveres de conduta, os quais se constituem em pressupostos de constituição democrática e regular da relação de trabalho artístico, jornalístico, técnico e de produção, sob pena de, em não fazendo, o labor se tornar excludente e discriminatório, sujeitando a Organização Globo às medidas judiciais cabíveis, no sentido de: 1. Instituir Grupo de Trabalho e/ou Comitê (observando a paridade na composição, inclusive com a possibilidade de participação de consultoria específica), assegurada a participação de atores negros e representantes de movimentos negros, para desenvolver Plano de Ação/Trabalho que contemple medidas aptas a garantir inclusão e a igualdade de oportunidades e de remuneração da população negra e equidade de raça e etnia nas relações de trabalho, tanto no acesso quanto no curso desta relação; [...]. A empresa deverá comprovar nos autos as providências adotadas para o cumprimento da presente notificação, no prazo de 10 (dez) dias a partir do recebimento, no que tange às medidas adotadas em relação à participação de atores e atrizes negros e negras na novela “Segundo Sol”, e de 45 (quarenta e cinco) dias, no que concerne aos demais tópicos, com a apresentação de cronograma de trabalho, inclusive informando as grades de horários para veiculação das campanhas institucionais pertinentes. [...]. O descumprimento da recomendação poderá caracterizar inobservância de norma de ordem pública, cabendo ao Ministério Público convocar a empresa recalcitrante para prestar esclarecimentos em audiência. (RIO DE JANEIRO, 2018)

Nesta recomendação do Ministério Público, destinada especificamente a Emissora Rede Globo busca promover a inclusão de atores negros no elenco da novela “Segundo Sol” uma vez que ela se passava no Estado da Bahia nos quais a população majoritariamente é negra,

composto 78,8% por cidadãos negros (IBGE, 2005). Nesse sentido, o Ministério Público atuou com o objetivo de garantir o direito trabalhista e de identidade da comunidade negra, baseando-se em preceitos constitucionais e emitindo a recomendação n. 163.181 de 2018. Ainda que recaia sobre as recomendações as mesmas críticas que nos precedentes judiciais, estas se dão com mais força. Dessa forma, a segunda e mais debatida forma de judicialização dos direitos se dá por meio dos precedentes.

Em primeiro lugar, retomando a ideia dos precedentes, entende-se como precedente os julgamentos utilizados como fundamento para decidir acerca de outra causa, quando vinculantes, o Código de Processo Civil impõe de maneira expressa a obrigação de julgar conforme o precedente sob o argumento da celeridade processual, isonomia e segurança jurídica.

DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 04.11.2004. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF - RE: 628159 MA, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 25/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 14-08-2013 PUBLIC 15-08-2013)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA MORADORES DE RUA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF). Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (STF - RE: 634643 RJ, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 26/06/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 10-08-2012 PUBLIC 13-08-2012)

Neste sentido, observa-se como o STF assumiu uma posição ativa na proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Ainda para além dos precedentes, o judiciário está funcionando muitas vezes não só como garantido mas também como criador dos novos direitos, como a união estável homoafetiva que foi reconhecida pelo STF.

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. EQUIPARAÇÃO A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. 1. Relações estáveis homoafetivas. Decisão que fez coisa julgada formal, reconhecendo a existência de "sociedade de fato" e não de "união estável". 2. Nessa hipótese, os reflexos patrimoniais são os mesmos do período anterior à legislação que estabeleceu a união estável no direito pátrio. 3. A partilha dos bens restringe-se àqueles

que foram adquiridos pelo esforço comum, durante o período em que vigorou a sociedade. 4. Recurso especial conhecido e provido em parte. (STJ - REsp: 1284566 RS 2011/0232543-3, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 23/06/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/06/2015)

Assim, visto essa posição ativa do judiciário na proteção e criação dos novos direitos que surgem com essas novas relações sociais, surge o debate da legitimidade do magistrado para fazê-lo e a afronta dessas decisões à democracia. A questão democrática é colocada em xeque frente ao ativismo judicial uma vez que ainda que materialmente as decisões judiciais tratadas tem o objetivo de promover a inclusão, e isto está de acordo com o modelo democrático e social, no quesito formal é mostrada uma discricionariedade do magistrado. O poder dado ao juiz de “criar leis” sem passar pelo processo legislativo previsto constitucionalmente, atuando em uma função que não tem competência e concentrando em si os poderes de legislar e julgar, mostra-se a incompatibilidade com o modelo democrático.

4 Decisões judiciais com força de lei: a nefasta contribuição de Oskar von Bülow ao Estado Democrático de Direito

Em 1868, por meio da obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Process Voraussetzungen* (1868) (*Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*), o jurista alemão Oskar von Bülow cunhou a teoria do instrumentalismo processual, segundo a qual o processo consiste em uma relação jurídica de direito público, em que as partes autora e ré estão submetidas ao magistrado, que possui o dever de implementar os direitos sociais. Por conseguinte, na perspectiva bülowiana, além de ser tido como o representante do público no processo, deste o juiz é também o protagonista.

Nas palavras do professor doutor Vinícius Lott Thibau (2001), “Oskar von Bülow deferiu ao juiz que representa o público o poder de controlar a relação jurídica processual que possibilita a prolação de um pronunciamento judicial solitário” (p. 48). Nesse sentido, ao lado do Doutor em Direito Processual André Cordeiro Leal (2015), Thibau (2015) escreve:

O que incomodava o jurista, portanto, não era o fato de que a exceção (*exceptio*) pudesse se destinar ao controle da aplicabilidade do chamado direito material pelo juiz, mas, exclusivamente, a exigência encaminhada pela expressão exceção processual de que, quanto à análise de eventual defeito na relação processual (processo), a atuação do julgador estivesse condicionada à provocação.

Para Oskar von Bülow, a existência da relação jurídica subordinante das partes aos tribunais deve ser certificada pelo próprio juiz, independentemente de suscitação por qualquer interessado. Exatamente para negar esse condicionamento, aliás, é que o

estudioso alemão oferta aos requisitos de formação do processo o rótulo de pressupostos processuais.

Destarte, é notório que Bülow eleva o magistrado à “figura mítica de um descobridor-decisor, cujo cérebro sensitivo e talentoso fosse capaz de reduzir as partes do processo a um *status* (espaço) não democrático e processualmente constitucionalizado” (DEL NEGRI, 1988, p. 162).

Por sua vez, no livro *Gesetz und Richteramt* (2003) (*Lei e magistratura*), Bülow discorre acerca do “papel do juiz na interpretação e na operacionalização de todo o direito” (LEAL, THIBAU, 2015), atribuindo ao magistrado as funções de “interpretar, complementar, atualizar, afastar e produzir a normatividade jurídica valendo-se, para isso, de sua sensibilidade, vontade e intuição” (THIBAU, 2021, p.39). Em outros termos, Bülow afirma que “o magistrado está autorizado a suspender a legislação vigente, por via decisória, sempre que entendê-la como injusta” (THIBAU, 2021, p. 39).

Em síntese, na obra em questão, Bülow “libertou o juiz das amarras de uma legislação estatal que seja considerada, pelo próprio julgador, insatisfatória à regência dos anseios do povo” (THIBAU, 2021, p. 48). Dessa forma, para o jurista alemão, o magistrado é detentor do poder de decidir até mesmo de forma contrária à lei, o que deve ser, simplesmente, aceito, não questionado. Nas palavras do próprio autor:

Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências sobre as decisões judiciais de dispositivos legais serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa além de que o juiz deve ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas! (BÜLOW, 2003, p. 37)

Assim, o juiz-decisor poderia, “até mesmo, confrontar o que reza a lei. O juiz não estaria lançando mão apenas do seu poder decisório, mas mais do que isso, a sua função de legislador, seu poder legiferante para encontrar aquilo que ele, juiz, percebe como o justo” (STRECK, 2015). Na visão bülowiana o juiz, então, seria um “intérprete magno, monopolista hermenêutico e jurisdicional e pensador legal e extrajurídico do DIREITO e que pode, em fontes de

conhecimento subjetivo, *extra, ultra* ou *citra lege*, produzir decisões justas” (LEAL, 2001, p. 20).

Dessa forma, “o magistrado poderia relativizar até mesmo o princípio da legalidade, em busca de seu conceito subjetivo de justiça” (MONTEIRO, 2022, p. 26). Isto porque, nas palavras de Oskar von Bülow, não “a espada, mas sim a balança da Justiça, foi colocada nas mãos do juiz. Ele deve ponderar e decidir o que é o Direito” (BÜLOW, 2003, p. 9).

Posto isso, é perceptível que o jurista alemão legitima e incentiva que as decisões do magistrado ultrapassem os limites da legalidade, uma vez que dá a elas força de lei, embora dela não sejam originadas. Dessa maneira, “o que o julgador magnânimo decide por seu desejo e por sua criação é direito, mesmo que não oriundo da legalidade e/ou da ordem vigente. É nesse momento que vida e o direito se tornam indistintos” (LEAL, THIBAU, 2015).

Sob essa ótica, a concepção bülowiana mostra-se completamente nefasta ao Estado Democrático de Direito. Isto porque, enquanto no Estado Liberal o processo era caracterizado “pela atuação do magistrado de maneira passiva, complacente e rigorosamente restrita, sem que houvesse influência às partes” (BARBOSA, ITUASSÚ, 2022, p. 63); e, no Estado Social, “foi caracterizado pela significativa intervenção do juiz no processo, de modo a garantir a busca pela justiça, fundada na receptação dos direitos sociais indispensáveis ao indivíduo” (BARBOSA, ITUASSÚ, 2022, p. 63),

Esse é o grande avanço teórico proporcionado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, em que a relevância da pessoa que decide cede à importância de como se decide. O Estado Democrático de Direito é democrático exatamente por não acolher a possibilidade de que o direito seja produzido, interpretado, aplicado, modificado ou extinto, de modo solipsista, por uma autoridade estatal (THIBAU, 2020, p. 11).

Em outros termos, no Estado Democrático de Direito, há isonomia e igualdade perante a lei (BRASIL, 1988). Portanto, não há espaço para o ativismo judicial, como defende o movimento do direito livre que, assim como Bülow, busca conferir ao juiz maior liberdade para decidir dentro ou fora do ordenamento jurídico. Conforme salienta Luís Gustavo Reis Mundim, “o principal traço e aspecto do Direito Livre é o de que o direito não se resumiria à lei escrita ou aplicada, mas seria o resultado da decisão judicial realizada por critérios metajurídicos, extraídos apenas e tão somente da consciência do juiz” (MUNDIM, 2015, p. 321).

Portanto, atribuir força de lei à decisão do magistrado, conforme propôs Oskar von Bülow, é fomentar o ativismo judicial. Isto porque o juiz assumiria a posição de legislador, criando direitos e decidindo de forma subjetiva, a partir de sua vontade própria, dentro ou fora

da lei. Dessa maneira, o magistrado estaria acima da lei, ferindo o princípio da legalidade, a proposta do Estado Democrático de Direito e a Constituição.

Conclusão

A partir do exposto neste trabalho, pode-se entender que a teoria dos precedentes positivada no Código de Processo Civil de 2015, em diversos artigos citados durante o texto, visa garantir a estabilidade das decisões dos tribunais, efetivar a hierarquia dos tribunais e implementar a isonomia processual formal aos casos posteriores ao paradigma. Além disso, é compreendido que os precedentes não são uma técnica criada em 2015, mas sim está presente na normatividade brasileira desde os remotos da história, de forma que as decisões senhoriais também eram pautadas caso a caso utilizando-se de decisões senhoriais anteriores. Entretanto, foi possível perceber que a aplicação irrestrita dessa teoria, como fonte criadora e implementadora de direitos, tem o efeito contrário à sua proposta, uma vez que trata de forma igual situações diversas, promovendo o aumento das desigualdades e não garantindo a efetiva justiça.

Para mais, mostrou-se a partir das jurisprudências e das recomendações o ativismo do magistrado em “legislar” sobre as garantias constitucionais e os novos direitos surgidos com as novas relações em uma sociedade globalizada. Percebe-se que estas decisões, ainda que materialmente democráticas e inclusivas, no sentido formal, percebe-se a incompatibilidade dessas práticas com o modelo democrático brasileiro, analisando a seguir os graves problemas do protagonismo judicial no Estado democrático.

Finalmente, a partir das obras *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Process Voraussetzunge* e *Gesetz und Richteramt*, de Oskar von Bülow, foi possível inferir que as contribuições do jurista alemão com o direito processual são nefastas à proposta do Estado Democrático de Direito. Isso se justifica, porque Bülow eleva o juiz ao patamar de protagonista do processo como relação jurídica de direito público, conferindo a ele legitimidade para decidir até mesmo contra a lei.

Destarte, na visão bülowiana, as decisões judiciais têm força de lei, uma vez que o magistrado deve colmatar as lacunas na norma, interpretando, complementando, atualizando, afastando e criando o direito. Em consonância, o movimento do direito livre reforça a ideia de que o direito não consiste apenas na lei escrita, pois deveria ser resultado das decisões dos juízes. Sendo assim, conclui-se que as decisões judiciais como criadoras de direitos ferem o

princípio da legalidade e o paradigma do Estado Democrático de Direito, além de fomentarem o ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Clara de Freitas. ITUASSÚ, João Pedro Gonçalves. O ativismo judicial e a busca pela efetividade. In: Vinícius Lott Thibau (org.) et. al. **Democracia, justiça e instrumentalidade do processo**. Belo Horizonte, MG: Dom Helder, 2022. p. 62-71.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 08 out. 2022.

BÜLOW, Oskar von. **Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen**. Giesen: Emil Roth, 1868.

BÜLOW, Oskar von. Gesetz und Richteramt. In: BÜLOW, Oskar von. **Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte**. Berlin: Berliner WissenschaftsVerlag GmbH, 2003. v. 10.

CARON, Déborah. Teoria dos Precedentes Judiciais e sua Eficácia para Garantia da Segurança Jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, 2014.

DEL NEGRI, André. A inconstitucionalidade de vedação de fiscalidade jurisdicional no processo legislativo brasileiro. **Revista Jurídica UNIJUS**. Vol. 1, n.1, p. 161-166. Uberaba, MG: UNIUBE, 1988.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. **Revista da AGU**, Brasília, 2016.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio - **PNAD**, 2005. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/idr/download/populacao.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239188>. Acesso em: 8 nov. 2022.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2. p. 13-25.

MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura. Déficit democráticos do instrumentalismo na justiça do trabalho. In: THIBAU, Vinícius Lott (org.) et. al. **Democracia, justiça e instrumentalidade do processo**. Belo Horizonte, MG: Dom Helder, 2022. p. 18-32.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Autoritarismo decisório no código de processo civil: As ressonâncias do movimento do direito livre. In: ALVES, Lucélia de Sena; BORGES, Fernanda Gomes e Souza (orgs). **5 anos de vigência do Código de Processo de 2015**. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Palácio, 2021. p. 317-347

RIO DE JANEIRO, Ministério Público do Trabalho. **Notificação Recomendatória n. 163.181**. Rio de Janeiro: Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª região, 2018.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! **ConJur** – 25 jun. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei#:~:text=Aqui%2C%20fico%20com%20uma%20delas,o%20que%20reza%20a%20lei>. Acesso em 10 nov. 2022.

THIBAU, Vinícius Lott. Instrumentalidade do processo ambiental e a devastação democrática. In: ROCHA, Marcelo Antônio (org.) et. al. **Democracia, direitos humanos e justiça socioambiental: Reflexões sobre as repercussões sociais da destruição da natureza**. Belo Horizonte, MG: Dom Helder, 2020. p. 12-19.

THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e o nazismo. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 38-50, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8518>.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tradição Luso-Brasileira dos Assentos da Casa da Suplicação**. São Paulo: Atlas, 2012.

VIVEIROS, Mauro. O Precedente no Controle de Constitucionalidade Brasileiro: visita ao modelo Norte Americano. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Cuiabá, jan./jun. 2009.

9

OS TIPOS RECURSAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DEMOCRACIA PROCESSUAL: ANÁLISE DE CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Gabriel Fernandes dos Santos⁵⁴

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13105/105), sancionado no dia 16 de março de 2015, foi essencial para o ordenamento jurídico brasileiro, ao fixar novas normas processuais no Brasil. O referido código considerou em sua redação as mudanças sociais e tecnológicas ocorridas na sociedade brasileira, buscando adaptar a realidade processual brasileira a tais mutações. Nesse sentido, propôs o entendimento do processo como um instrumento de resolução de conflitos e uma expressão da via democrática para a litigação no Brasil, para possibilitar o maior acesso à justiça.

Dentre as alterações expressas pelo NCCP, foram firmados tipo recursais que possibilitam recorrer às decisões judiciais prolatadas em diferentes instâncias. Na redação do art. 994 do Código, são cabíveis os recursos de apelação, agravo interno, agravo de instrumento, embargo de declaração, embargo de divergência, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, além do agravo em recurso especial e extraordinário, sendo tais mecanismos de recursos possíveis em diferentes instâncias.

Os recursos são remédios legais de suma relevância ao ordenamento jurídico brasileiro, ao possibilitar, sobretudo, a questionabilidade da decisão proferida pelo órgão julgador, por uma das partes litigantes. Assim, são instrumentos que distanciam de uma noção de poder absoluto do órgão judicial, e concebem uma evidente democracia processual, por ser instrumento conferido de maneira ampla as partes, bem como, possibilita a reivindicação de direitos por parte dos indivíduos, quando esses julgarem que tais direitos foram feridos pelo aplicador do direito.

⁵⁴ Graduando em Direito Pela Escola Superior Dom Helder Câmara, modalidade integral e integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito e Democracia, de orientação do Professor Doutor Carlos Henrique Soares e Professor Mestre Marcelo Antônio Rocha.

Nesse sentido, o recurso é uma instituição jurídica essencial para a promoção da justiça processual, ao possibilitar que as decisões judiciais enunciadas não sejam incabíveis de indagação. Tendo por base esse elemento, o presente artigo se propõe analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no ano de 2021 (, visando analisar os tipos recursais mais provocados. A partir dos dados coletados, almeja-se verificar se há um quadro de democracia processual no estado de Minas Gerais, analisando os elementos que integram toda a dimensão processual e recursal, comparando com os anos anteriores. Desse modo, buscar-se-á analisar os elementos que motivam e influenciam os dados especificamente coletados.

Desse modo, o problema que norteia a referida pesquisa é o quadro atual dos tipos recursais no tribunal mineiro, analisando as amplitudes da realidade processual (hipóteses previstas de recurso na codificação processual, custos processuais, entre outros). Para tanto, adotar-se-á metodologicamente o raciocínio indutivo, em uma vertente jurídico-sociológica. Acerca do tipo de investigação, esse será jurídico projetivo. Os dados utilizados serão baseados em doutrinas, leis, além daqueles fornecidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca dos processos e respectivos recursos.

Portanto, reforça-se que, a democracia no quadro litigante é essencial para a construção de um quadro social justo e democrático lato senso no Brasil. Os tipos recursais são um mecanismo de manifestação dessa democratização, e, devem ser analisados de maneira ampla, cabendo o entendimento de como são essenciais à tutela do indivíduo diante do Estado.

2 NOÇÕES BÁSICAS DE DEMOCRACIA PROCESSUAL E O ORDENAMENTO BRASILEIRO

Em uma perspectiva epistemológica, entende-se por democracia o governo (cracia, do grego *kratus*) do povo (demo, do grego *demos*). Em uma noção técnica-conceitual, democracia pode ser entendida como uma realidade ampla e multidimensional, que supera o mero espectro político. Assim, democracia abarca consigo diversos conceitos, sendo grande parte deles relacionados ao Direito.

Tendo por base o Estado Democrático de Direito brasileiro, o ordenamento jurídico instituído com a promulgação da Constituição da República de 1988 reforçou a relação da democracia com diversos institutos jurídicos. Nesse sentido, destaca-se o Direito Processual como uma das inúmeras ferramentas de construção da democracia.

Acerca do tópico, tem-se que:

Não podemos mais conceber que o processo ainda conserve resquícios de autoritarismo, já que estamos sob a égide do Estado Democrático de Direito, e a democracia participativa deve quebrar as amarras do conservadorismo no emprego da relação processual. Dado o dinamismo das atividades humanas, o processo tem obrigatoriamente que acompanhar as relações de direito material, não mais sendo triangular e sim um conjunto de relações jurídicas complexas. Somente com um diálogo humano e propenso à compreensão dos fatos postos em Juízo, atingiremos o ideal de processo justo, estando disponibilizados eficazmente todos os instrumentos para que a tutela jurisdicional seja efetiva e se traduza em credibilidade junto aos jurisdicionados (FILARDI, 2004)

Assim, a democracia processual não se reduz somente a igual possibilidade de provocação do poder judiciário ao litígio interpartes, mas também estabelecer limites à atuação do próprio poder judiciário, em conformidade ao devido processo legal. Portanto, a concepção de democracia processual defendida no presente trabalho perpassa pelo amplo acesso facultade de incitar um processo na esfera judicial, respeitando o procedimento estabelecimento, possibilitando aos litigantes reivindicar as defesas de seus direitos quando julgar-lhe necessária, limitando a atuação do órgão julgador a sua estrita competência.

A Constituição de fato da democracia processual supera a perspectiva intraprocessual (elementos objetivos que integram esse instituto jurídico). Os elementos externos ao processo, mas que ainda sejam relevantes para a sua efetivação, devem plenamente ser considerados para a construção da justiça processual. Logo, analisa-se também aspectos como o custo processual e aspectos onerosos relacionados a um processo.

No caminho para a promoção da democracia processual no contexto brasileiro, é imprescindível a constitucionalização do direito processual civil brasileiro, e a conseqüente promoção de uma ordem jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. Esse processo deve ser marcado por abranger as múltiplas facetas da realidade, para possibilitar ao cidadão um processo isonômico e imparcial (FUX, 2022). Enfim, como já presente na Codificação de 1973, o NCP abrangiu de maneira aperfeiçoada os recursos cabíveis no processo civil brasileiro, instrumento indubitável de construção da democracia processual.

Em via conclusiva, ressalva-se o brilhante introito firmado na exposição de motivos do CPC que representa a essência da nova codificação:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade (BRASIL, 2015).

O legislador foi plausivelmente expresso ao relacionar a justiça processual com a construção de um Estado Democrático de Direito. De tal modo, são matérias que, a priori autônomas, mas que se entrelaçam em uma perspectiva efetivamente ampla: a afirmação da democracia no Brasil, respeitando os preceitos emanados pela Constituição de 1988.

3 OS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DEMOCRACIA PROCESSUAL

Na lição de Humberto Theodoro Junior (2019), os recursos na linguagem jurídica têm uma significação jurídica *lato sensu e stricto sensu*. Em uma noção ampla, é um mecanismo empregado pela parte litigante visando resguardar seu próprio direito. Por outro lado, em uma conceituação estrita e técnica, entende-se por recurso:

O meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração (THEODORO JUNIOR, 2019, p.1017).

Acerca do recurso, deve-se diferenciá-lo de outros meios impugnativos de decisão judicial. O recurso caracteriza-se como mecanismo que objetiva reexame de decisão proferida por órgão jurisdicional competente dentro do mesmo processo, de maneira prévia a formação da coisa julgada. Assim, difere-se das ações autônomas de impugnação, visto que essas propõe a formação de uma nova relação jurídica processual.

Os recursos possuem em sua essência três finalidades que lhes são características: de reforma (modificação da decisão impugnada, buscando nova decisão favorável ao recorrente), de invalidação (busca a mera cassação da decisão, objetivando julgamento posterior da matéria) e de esclarecimento ou integração (visa o aperfeiçoamento da decisão, suprindo eventuais faltas de clareza ou contradições).

Assim, o recurso se manifesta como ferramenta a evitar arbítrios do juiz ou órgão julgador, e combater abuso de poder por parte do órgão judicial. Nesse sentido, o recurso se relacionada com um direito fundamental emanado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, inciso LV, que dispõe 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” (BRASIL, 1988).

Em conformidade a grande parte da doutrina, os recursos podem ter como motivação matérias que não possuem vinculação legal ou, por outro lado, temas que se adequam a previsão legal. Tais hipóteses garantem que a parte acione a revisão da decisão quando julgar-se prejudicada, desde que adequada formalmente (aspectos procedimentais), então provocando à jurisdição competente (igual hierarquia ou superior a depender do recurso).

Cabe, na análise dos recursos, analisar de maneira específica cada hipótese prevista no artigo 994 do Novo Código de Processo Civil. Busca-se o entendimento dos tipos recursais isoladamente para analisar, como atuam conjuntamente na construção da democracia processual.

Em primeira análise, apelação cível é o recurso cabível as sentenças proferidas por juízes de primeiro grau, buscando o reexame em instância superior pelos tribunais de segundo grau, almejando reforma total ou parcial da decisão, ou ainda, segundo Humberto Theodoro Junior (2019), sua invalidação.

Ademais, agravos de instrumento são possíveis em decisões interlocutórias tomadas pelo juiz, isso é, anteriores a sentença, durante o curso do processo. Nesse sentido, o art. 1015, CPC, estabelece o rol decisões interlocutórias e seus respectivos versamentos que são cabíveis o referido recurso. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, no RE 1.704.520, que tal rol é de taxatividade mitigada, já que segundo voto proferido pela ministra Nancy Andrigui, existem questões urgentes além do rol previsto no dispositivo que “tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo”.

De maneira análoga, o agravo interno também afeta as decisões interlocutórias proferidas monocraticamente pelos relatores em tribunal. Como é característico da natureza do agravo, busca afetar as decisões incidentais, preservando a lide do processo, sem a essa dar fim (DIDIER JR; CUNHA, 2019). Ademais, conforme legislação especial, tal recurso é cabível a decisões emanadas dos Presidente ou Vice-presidente do tribunal.

Ainda segundo a disposição do CDC, são também possíveis os embargos de declaração. Esses recursos não se atentam obrigatoriamente ao mérito da decisão, pois objetiva afastar a obscuridade, omissão, contradição ou erro material. Assim, são cabíveis a quaisquer decisões, pois é inadmissível que esses vícios na decisão sejam impassíveis de remédio legal, independente de qual seja o teor da decisão (BARBOSA, 2003).

O recurso ordinário trata-se de tipos recursais previstos para provocação dos tribunais superiores do Poder Judiciário brasileiro: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de justiça. Assim, possuem previsão constitucional, de forma que esses recursos não possuem

limitação fática, porém, possuem um regime jurídico próprio. As competências de atuação do STF e STJ, estão dispostas respectivamente nos art. 102, II e art. 105, II, ambos da constituição.

Ainda dentro do gênero recurso, há a espécie do recurso extraordinário. Tais recursos são cabíveis perante o STF, tendo como fim manter a autoridade e jurisdição unitária da constituição, ainda que em um cenário de descentralização do poder judiciário. Assim, possibilitam o questionamento de decisão proferida por tribunal perante a corte excelsa.

O recurso especial é aquele que possibilita contestação no STJ, diante de decisões proferidas exclusivamente por tribunais, excluídos inclusive Juizados Federais, conforme entendimento firmado por súmulas das duas cortes superiores brasileiras (Súmula 203, STJ e Súmula 640, STF). Nesse espectro:

A função do recurso especial, que antes era desempenhada pelo recurso extraordinário, é a manutenção da autoridade e unidade da lei federal, tendo em vista que na Federação existem múltiplos organismos judiciários encarregados de aplicar o direito positivo elaborado pela União (THEODORO JUNIOR, 2019, p. 1212).

O CPC ainda cita a possibilidade de agravo em recurso extraordinário ou especial, e também, os embargos de divergência como forma pacificar a jurisprudência que seja divergente acerca de uma matéria.

Assim, percebe-se que os tipos recursais previstos no CPC são essenciais para combater vícios nas decisões proferidas em diferentes jurisdições. Nesse sentido, é essencial para que o litigante possa requerer a proteção de seus direitos subjetivos dentro da própria estrutura processual, além do julgamento linear do processo. Portanto, os recursos são um elemento essencial para a promoção da democracia processual.

Com exemplar posicionamento nesse sentido, Rezende Filho (1959, p. 877), cita que os recursos se originam “na possibilidade de má-fé ou erro do julgador”. Nesse sentido, o processualista afirma que, por promover a proteção do indivíduo diante do poder judiciário, o recurso não somente protege os direitos e garantias fundamentais, mas também erigem-se como tais, como previsto na CFRB/88.

Portanto, os recursos são essenciais para a instituição de um Estado Democrático de Direito, ao possibilitar que o indivíduo possa reivindicar a proteção de seus direitos em desfavor de uma decisão judicial proferida. A construção de um Estado democrática na modernidade não ocorre somente com a afirmação de direitos ao particular, sobretudo os políticos, mas também garantir ao indivíduo garantias contra a atuação indevida do próprio Estado (ABREU, 2016).

4 DEMOCRACIA PROCESSUAL E O TJMG: ANÁLISE DOS TIPOS RECURSAIS E CUSTAS PROCESSUAIS

A dimensão da democracia processual é extremamente ampla. Nesse sentido, buscar-se-á analisar os dados dos tipos recursais (exclusos os agravos em recursos especiais e extraordinários, bem como os embargos de divergência), e as custas processuais dos recursos no TJMG.

Conforme dados coletados referentes ao período de 2021, foram julgados no TJMG, 862 agravos internos, 14607 agravos de instrumento, 2794 apelações cíveis e 2643 embargos de declaração. Ademais, no mesmo período, foram interpostos perante o STF 48 recursos extraordinários oriundos do tribunal mineiro, bem 146 recursos especiais perante o STJ.

A partir dos dados analisados, é evidente a discrepância entre o tipo recursal agravo de instrumento (maior incidência desde a aprovação do NCPC) e os outros recursos previstos no CPC. Assim, retoma-se ao entendimento firmado pelo STJ no Tema 988, em que “O rol do artigo 1.015 do CPC/15 é de taxatividade mitigada, admitindo a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

Nesse sentido, não se admitiu a interpretação extensiva do rol, sendo ampliável esse recurso na hipótese de urgência, isto é, em situações que “a decisão interlocutória não agravável produzir os seus efeitos de imediato e a espera por sua eventual reforma no julgamento da apelação impossibilitar ou de difícil ocorrência o retorno ao estado anterior, é cabível a interposição de agravo de instrumento (CARDOSO, 2021).”

Em decorrência da decisão do STJ, houve um evidente aumento da interposição do referido recurso não somente no TJMG, mas também em todos os Tribunais de Justiça do Brasil. Diante dos dados numéricos, é natural interpretar que o tribunal mineiro ampliou o cabimento de admissibilidade conforme a decisão da referida corte, e nesse sentido, expressam uma evidente democracia processual. No entanto:

Observa-se que, apesar de decorridos mais de 06 anos da vigência do Código de Processo Civil e quase 04 anos desde a fixação da tese da "taxatividade mitigada" no tema 988, a questão atinente à recorribilidade das interlocutórias por intermédio de Agravo de Instrumento ainda carece de uniformidade entre os Tribunais. Isto porque, para além da imputação ao interessado do ônus argumentativo de demonstrar o enquadramento do caso concreto ao que se espera de conceito de urgência, o respectivo reconhecimento de urgência aparentemente tem ficado ao crivo do julgador (ZAMBROTTA; SAMPIETRO, 2022).

Logo, o aumento de casos não é decorrente necessariamente de uma ampliação ao acesso da faculdade recursal, mas sim, da divergência jurisprudencial acerca do critério de urgência definido pelo STJ, havendo uma ampla admissibilidade de agravos instrumentais pelos tribunais em decorrência da falta de critério objetivo.

Em uma avaliação geral dos dados observados, é evidente o crescimento da incidência de todos os tipos recursais no TJMG com o decurso do tempo. Depreende-se, porém que, com a incidência da pandemia, houve uma natural redução nos números, afetando a tendência de crescimento dos dados. O ano de 2020, foi o ano com maior incidência de recursos no tribunal mineiro (com exceção do agravo de instrumento conforme análise prévia). Desse modo, os dados baixos de 2021 refletem os danos da provocação do judiciário mineiro na esfera recursal provocados pela pandemia de COVID-19.

De modo geral, ao buscar analisar a jurisprudência mineira, é expresso o natural crescimento com o decurso do tempo após a aprovação do CPC, respeitando o período de transição e adaptação à nova estrutura processual do Brasil. Assim, o ápice quantitativo dos recursos no TJMG, se deu em 2020. No entanto, houve uma redução dos números, havendo tipos que houveram uma redução menor (agravo de instrumento, por exemplo), enquanto outros, expressaram uma considerável redução (apelação cível).

Nessa perspectiva, as custas judiciais aplicáveis em 2021, seguiram a tendência de reajuste expressa pelo tribunal historicamente, conforme dados divulgados pelo próprio TJMG. Portanto, não é plausível estabelecer nenhuma relação direta entre a incidência dos tipos recursais e as custas processuais.

Por fim, cabe analisar os dados de provocação à Suprema Corte. Acerca do STF, o TJMG foi, dentre os tribunais brasileiros, o quinto com mais casos originados que couberam recurso extraordinário no STF. Em relação ao STJ, o tribunal de Minas Gerais, foi o sétimo com mais casos originários com recursos especiais analisados.

CONCLUSÃO

Conforme verificado, é indescutível o papel do Código de Processo Civil de 2015 no sistema jurídico brasileiro. A proposição de uma nova realidade processual ao ordenamento jurídico brasileiro é de inegável relevância. Retomando ao próprio intuito do legislador ao redigir o CPC, visava-se em última instância a defesa do Estado Democrática de Direito. Nessa perspectiva, os tipos recursais firmados no CPC estão dentre os diversos institutos jurídicos

processuais essenciais para a firmação da democracia processual, ao passo que garantem a tutela do indivíduo perante o próprio órgão aplicador do direito.

Assim, visou-se estudar a aplicação dos recursos no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, interpretando-a à luz de uma objetivação de construção de um cenário de democracia processual. Observou-se que, do período de 2015 a 2020, houve um esperado aumento dos diferentes tipos recursais no tribunal mineiro. Há, portanto, a efetivação da proposta do NCPD ao dispor dos tipos recursais, em que visa que esses atuem como remédio impugnativo às decisões judiciais viciadas. Permite-se, então, concluir que, ao passo que se integrou de forma efetiva ao ordenamento jurídico brasileiro e efetivou-se entre os operadores do direito, os recursos do CPC/15 tiveram maior acessibilidade, e conseqüente aplicabilidade.

Em sentido oposto, no ano de 2021, há uma ruptura dessa tendência de crescimento. A depender do tipo recursal houve uma tendência estabilizadora de sua incidência, mas, por outro lado, houve recursos com uma tendência decadente. Indissociavelmente, destaca-se a pandemia como motora dessa disfunção observada.

Excepcionalmente, deve-se analisar a evolução demonstrada pelos agravos de instrumentos. Após a decisão do Tema 988 pelo STJ, seu crescimento de julgados no TJMG foi desproporcional aos outros tipos recursais, expressando essa tendência inclusive em 2021, com a pandemia. Retomando ao exposto, há uma dubiedade de hipóteses acerca desse mesmo evento: uma potencialização do acesso ao recurso pela decisão do STJ ou uma incerteza do critério estabelecido.

O presente artigo propõe o entendimento que o crescimento do referido recurso, mesmo em período de pandemia, se manifesta como um relevante quadro para a democratização da função de remédio impugnativo dos recursos, mas há de atentar-se para a necessidade de estabelecimento de um critério mais objetivo para a pacificação jurisprudencial, visando respeitar a esfera de atuação de cada recurso.

Os dados obtidos, especificamente os relacionados as cortes supremas (STF e STJ), reforçam que o histórico protagonismo judicial de Minas Gerais –decorrentes naturalmente de sua relevância política e jurídica- nos tribunais supremos foram expressos no ano de 2021, com uma pequena variação negativa.

A partir do exposto, é evidente que, o TJMG como um dos tribunais de maior protagonismo do país obtenha dados relevantes ao que se propôs a presente pesquisa. Logo, os recursos representam no tribunal mineiro um instrumento jurídico de grande admissibilidade, apesar dos dados justificadamente inferiores em 2021. Com o fim de afirmar se há efetivamente

a construção de uma democracia processual, o que se mostra a tendência com a análise do presente artigo, deve-se analisar os dados futuros, para uma efetiva conclusão acerca do tópico discutido. Ademais, a construção desse cenário não possui relação com as custas processuais do tribunal, visto que, os reajustes são naturais, e não provocam a diminuição da incidência dos recursos. É salutar o destaque que, a dimensão da justiça processual não é expressa somente pela esfera dos recursos cíveis, no entanto, adotou-se esse parâmetro para o estudo apresentado. A democracia processual é uma realidade multidimensional, composta de elementos que superam a própria esfera jurídica, estando diretamente relacionada à aspectos políticos e sociais.

Enfim, além da previsão legal de institutos jurídicos que prescrevam meios de proteção do cidadão diante de vícios jurídicos em decisões do judiciário, a efetiva democracia processual é construída com a capacitação dos operadores do direito, combate aos abusos de poder do judiciário, e o enfrentamento da morosidade do judiciário. Os recursos são elementos microscópicos de uma macrorealidade, que deve ser analisada visando a defesa e a promoção das pretensões constitucionais e perpetuação da democracia.

REFERÊNCIAS

ABREU, Dalmo Dallari de. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARBOSA, José Carlos Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

BRASIL. **Lei 13105 – Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13. Nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13. Nov. 2022.

CARDOSO, Oscar Valente. O agravo de instrumento na interpretação do Superior Tribunal de Justiça: taxatividade mitigada e hipóteses de cabimento. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2137. Disponível em: 14. Nov. 2022.

FILARDI, Hugo. Democracia processual e a necessidade de motivação dos provimentos jurisdicionais. **Portal Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/5533/democracia-processual-e-a-necessidade-de-motivacao-dos-provimentos-jurisdicionais>. Acesso em: 13. Nov. 2022.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 1**. Barueri: Editora Forense, 2022.

JUNIOR DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

JUNIOR THEODORO, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Volume III**. Barueri: Editora Forense, 2019.

REZENDE FILHO, Gabriel. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1959.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 203**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula203alteradapdf.pdf. Acesso em: 14. Nov. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Tema repetitivo 988. REsp 1.696.396 / MT e REsp 1704520/MT, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Julgados em 05/12/2018, Acórdãos publicados em 19/12/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula 640*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2787#:~:text=%C3%89%20cab%C3%ADvel%20recurso%20extraordin%C3%A1rio%20contra,juizado%20especial%20c%C3%ADvel%20e%20criminal>. Acesso: 14. Nov. 2022

ZAMBROTTA, Fernanda; SAMPIETRO, Luis Felipe Hijo. O agravo de instrumento e a taxatividade mitigada após cinco anos da fixação do Tema 988. **Portal Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/368072/o-agravo-de-instrumento-e-a-taxatividade-mitigada-apos-a-tese-988>. Acesso em: 14. Nov. 2022

**O USO DE MEDIDAS ATÍPICAS COMO FORMA DE EXCEÇÃO
COTIDIANA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA**

**Clara Santos Furbino⁵⁵
Erick Mateus Silva⁵⁶**

1 Introdução

Objetiva-se, neste ensaio, o estudo de como as o uso de medidas atípicas no cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa e no processo autônomo de execução por quantia certa, baseado no poder geral de cautela, se configuram como um exemplo de exceção, entendida como a suspensão arbitrária da ordem jurídica por práticas decisórias judiciais, que se torna cotidiana.

Desse modo, primeiramente, buscar-se-á entender como a exceção se tornou presente no ordenamento jurídico brasileiro, como já também o fizeram André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau na obra "A dogmática processual e a exceção cotidiana" (LEAL; THIBAU, 2015). Assim, analisar-se-á como as obras de Oskar von Bülow legitimaram, paulatinamente, o citado estado de exceção. Ademais, será necessária a análise dos termos *auctoritas* e *potestas*, originados do direito romano, como já também a fez Giorgio Agamben (AGAMBEN, 2004).

Posteriormente, será feito um estudo de caso nas decisões mais emblemáticas que envolvam o uso de medidas atípicas de formas que desrespeitam a legislação, ferindo princípios e direitos. Ato contínuo, analisar-se-á como a jurisprudência dos tribunais superiores vem tentando limitar o uso destas medidas atípicas, seja colocando requisitos para sua aplicação ou até mesmo contestando sua constitucionalidade.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-normativa. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-interpretativo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente indutivo. Quanto à natureza dos dados, serão fontes secundárias.

⁵⁵ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

⁵⁶ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

2 Desenvolvimento

2.1 O Uso De Medidas Atípicas Como Forma De Exceção Cotidiana

O uso de medidas atípicas no cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, baseado no poder geral de cautela, é uma explicitação clara de como o direito processual mantém-se como forma de legitimação da suspensão, que se torna cotidiana, do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, urge entender melhor o estado de exceção. Para isto, é necessário analisar dois termos: *auctoritas e potestas*, como já também o fizeram André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau (LEAL; THIBAU, 2015, p. 2), por cogitações de Giorgio Agamben (AGAMBEN, 2004). Termos estes que são derivados do direito e da cultura romana, que muito influenciou o direito constitucional da modernidade, como já expôs Giorgio Agamben em sua obra Estado de exceção.

Em se tratando da *auctoritas*, Giorgio Agamben encontra dois significados, um relacionado ao direito privado romano e outro relacionado ao direito público. No primeiro caso, o termo estaria ligado ao *pater familias*, assim, quem detinha a *auctoritas* poderia validar o ato de outrem, que, sozinho, não teria poder para praticá-lo (AGAMBEN, 2004, p. 117).

Já quanto ao significado no direito público romano, “o titular da *auctoritas* só poderia se reportar (homologar ou dar pareceres) a atos de outrem, como os magistrados”(LEAL; THIBAU, 2015, p. 3). Nota-se, portanto, uma semelhança entre os sentidos apresentados, que é o poder de cancelar ato alheio, poder este que só é ocupado por detentores de prestígio na sociedade, isto é, pessoas tidas como iluminadas, como o *pater* ou os magistrados.

De outro modo, o termo *potestas* está ligado à aplicação do direito em condições de normalidade social. Assim, o magistrado se assemelharia a um servidor público, que apenas aplica a lei. Desse modo, como exposto por André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau:

Assim é que, sempre que necessário, e consideradas certas contingências ou urgencialidades, os titulares da *auctoritas* teriam a possibilidade de suspender a ordem jurídica vigente. No limite, a *auctoritas* se exerceria inclusive para instituir novos poderes e titulares da *potestas*, de modo a permitir aos patres um acompanhamento atento da normalidade do ambiente social dentro da qual a vigência do direito criado pela sociedade seria possível (LEAL; THIBAU, 2015. p. 4).

Ademais, para entender como a dogmática processual legitima a exceção nos ordenamentos jurídicos vigentes, como do uso de medidas atípicas, o qual é analisado neste

ensaio, urge analisar como as obras de Oskar von Bülow legitimaram, paulatinamente, o citado estado de exceção.

Em sua primeira obra, "*teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*", o autor apresenta o conceito de processo como relação jurídica de direito público entre juiz, autor e réu. Ademais, Oskar von Bülow se preocupa no que concerne às atuações *ex officio* por parte do magistrado, apenas, na crítica ao fato de que a exceções (entendidas por ele como pressupostos processuais da ação) só pudessem ser objetivo de análise se houvesse provocação da parte (BÜLOW, 1964. p. 11).

É desta forma que para André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau:

O que incomodava o jurista, portanto, não era o fato de que a exceção (*exceptio*) pudesse se destinar ao controle da aplicabilidade do chamado direito material pelo juiz, mas, exclusivamente, a exigência encaminhada pela expressão exceção processual de que, quanto à análise de eventual defeito na relação processual (processo), a atuação do julgador estivesse condicionada à provocação (LEAL; THIBAU, 2015, p. 6).

Observa-se, portanto, que neste primeiro livro de Oskar von Bülow, o magistrado está ligado à *potestas*. Isto é, ele é mero funcionário público que deve cumprir a lei e observar os pressupostos de existência e validade do processo, não adentrando em qualquer exceção quanto à legislação do direito material. Ele é “um juiz que se impõe como mero reproduzidor da ordem que o reconhece como aplicador do direito” (LEAL; THIBAU, 2015, p. 6).

Já no livro “lei e magistratura”, publicado posteriormente, Oskar von Bülow se preocupa com o papel do juiz na interpretação e operacionalização do direito, isto é, com a metodologia jurídica (BÜLOW, 2003). Aqui, há a preocupação com o direito material e não mais com o direito processual. Assim, há um ataque ao legalismo, já que, segundo o autor, não haveria determinação legal para cada problema concreto.

Quanto à relação com os termos mencionados, observa-se que:

[...] o julgador se apresenta como o titular necessário da *auctoritas* que garante a coerência do direito, tal como se vê, inclusive, nos procedimentos judiciais atuais, quando, uma vez ultrapassado o seu momento inicial, em que o juiz certifica a existência da relação processual, está ele autorizado a decidir conflitos por práticas excepcionantes (LEAL; THIBAU, 2015, p. 8)

O magistrado, antes tratado como mero funcionário público, detentor da *potestas* e mero aplicador da lei, é tratado agora como um ser iluminado, capaz de suspender a ordem jurídica vigente para aplicar o que ele acha justo em cada caso concreto, já que detém a *auctoritas*. Desse modo,

O juiz pode proferir decisões para além da legalidade que, no entanto, recebem a força de lei, mesmo dela não derivando. O que o julgador magnânimo decide por seu desejo e por sua criação é direito, mesmo que não oriundo da legalidade e/ou da ordem vigente. É nesse momento que vida e o direito se tornam indistintos, como demonstra Giorgio Agamben. Aí está a exceção: vida e direito se confundem e o inédito torna-se jurídico (LEAL; THIBAU, 2015, p. 8).

O que se analisou neste tópico é o que legitima que o juiz deixe de aplicar, no cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, as medidas típicas sub-rogatórias ou coercitivas, expressas no Código de Processo Civil, para aplicar medidas atípicas, cuja limitação é a imaginação do magistrado. Ou seja, o juiz age dentro da lei, mas pode a qualquer momento deixar de aplicá-la. Nesse sentido, para André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau:

Essa construção legitimadora que se construiu, paulatinamente, ao longo da obra de Oskar von Bülow criou, no fim das contas, uma especial relação entre potestas e auctoritas, que dá aparência de legalidade à paradoxal possibilidade de suspensão da lei. O juiz age dentro da lei, embora possa deixar de aplicá-la (LEAL; THIBAU, 2015, p. 10).

São emblemáticas as decisões que mostram como essa interpretação extensiva do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, que legitimam a aplicação de medidas atípicas nos casos em questão, trazem grande insegurança jurídica e o desrespeito de princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade e direitos, como a própria dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2015).

A jurisprudência vem, desse modo, tentando limitar a própria aplicação indiscriminada e desregulada das medidas atípicas. O que se mostra paradoxal, já que os detentores da *auctoritas* (neste caso, os tribunais superiores) são obrigados limitar o uso da exceção por parte de outros, que também detém o poder da *auctoritas*. Ou seja, é o discricionário limitando o discricionário.

2.2 As Medidas Executivas Atípicas “Assentadas” pela Jurisprudência e o Ativismo Judicial

Diante do apresentado, se mostra evidente o uso exacerbado de medidas executivas atípicas pela jurisprudência brasileira nos casos de cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, que vêm aumentando ano após ano. Atualmente, o uso é tão reiterado que se discute no STJ um recurso repetitivo sobre a

aplicação de medidas atípicas de forma subsidiária às típicas. Nesse sentido, a Comissão Gestora de Precedentes e Ações Coletivas do STJ verificou a existência de 76 acórdãos e 2.168 decisões monocráticas acerca do assunto (STJ, 2022).

De início, é importante entender a razão pela qual essas medidas são aplicadas. Nessa conjuntura, toda a discussão tem início no artigo 139, IV do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (BRASIL, 2015).

Desse modo, o dispositivo legal é uma margem aberta para diversas interpretações, já que é totalmente discricionário, ou seja, não sinaliza quais seriam as medidas necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial. Uma vez não sinalizadas, se torna uma tarefa difícil entender os limites que tal dispositivo abrange, isto é, se sequer existem limites. Ao colocar o poder de determinar não medidas atípicas que recaiam sobre assuntos de espécies limitadas, pelo contrário, utilizar do trecho “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias...”, o legislador transfere ao juiz um poder que ultrapassa a tomada de decisões: o poder de criar direito.

Em regra, a aplicação de medidas executivas atípicas só ocorre quando as medidas típicas são exauridas. Acerca desse tema, dispõe o Acórdão 1.299.209 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

II. As medidas atípicas de que cuida o inciso IV do artigo 139 do Código de Processo Civil só podem ser adotadas, no contexto da execução por quantia certa, quando se revelarem necessárias e adequadas, sob pena de desvestir o processo executivo do seu caráter estritamente patrimonial (TJDFT, 2021).

Tendo sido q contexto esclarecido, parte-se, agora, para o efeito que naturalmente ocorreu a partir da interpretação extensiva, para não dizer desmedida, desse dispositivo: inúmeras decisões que ferem os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade e até mesmo da dignidade humana.

Em primeiro lugar, apesar de minoritária na jurisprudência, algumas decisões estabelecem a penhora de aparelhos eletrônicos ou eletrodomésticos que tenham valor significativo em leilão. A exemplo dessa corrente, têm-se a seguinte decisão que tramita na comarca de Votuporanga, em São Paulo:

(...)DEFIRO a constatação de bens, com pronta penhora e avaliação daqueles encontrados e na residência do executado. Fica deferida já a penhora: de televisores salvo um de menor valor, aparelhos de som, computadores salvo um de menor valor, bens decorativos da residência e de qualquer tipo,aqueiros não utilizados no dia a dia, vídeo-games quaisquer, micro-ondas, máquina de lavar louça e outros congêneres. Declaro de antemão, impenhoráveis, a cama em que dorme o executado, um fogão e uma geladeira. Autorizo a penhora de celular do executado, se de alto valor e marca bem conceituada no mercado, retirando-se o chip com imediata devolução ao requerido. (TJ-SP, 2019)

Essa decisão se mostra completamente fora de razoabilidade pois, apesar de afirmar que esses bens não se constituem como indispensáveis para o executado, é de extrema importância a posse de eletrodomésticos e eletrônicos tais como computadores, tanto para executar tarefas do dia a dia quanto para se comunicar com o restante do mundo. A decisão mostra a problemática da aplicação de medidas executivas atípicas e, ainda, que jurisprudências como essa servem de embasamento para outras posteriores que sejam tão gravosas quanto.

Em segundo lugar, será apresentada uma corrente mais forte, que compreende o bloqueio de cartões de crédito do executado, como prevê a seguinte ementa:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Medidas coercitivas de pagamento - Decisão que indeferiu o bloqueio de cartões de crédito - Irresignação do banco exequente - Admissibilidade- Possibilidade de adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias deve ser determinada com base em elementos objetivos dos autos que justifiquem a sua imposição - Inteligência do art. 139, IV, do CPC/2015 - Caso concreto em que foram infrutíferas as demais tentativas de penhora - Execução que tramita desde 2011 - Devedor que não demonstra qualquer indicação do interesse de pagamento ao menos parcial do débito, nem indica outros bens à penhora - Bloqueio de cartões de crédito deferido, ressalvados aqueles destinados exclusivamente à compra de medicamentos e alimentos - Recurso provido (TJ-SP, 2021).

O que essa medida atípica visa é justificar a seguinte premissa: se o devedor tem os recursos patrimoniais para satisfazer a execução e não o faz, a justiça faz com que ele não possa utilizar desses recursos a fim de que um pagamento aconteça de pronto. Até então, essa medida segue uma intenção louvável (a de efetividade da execução) mas que implica fatores inconstitucionais. Um deles é a violação da honra e a imagem do executado, uma vez que este será coagido a pagar mediante constrangimento. Nesse sentido, a Constituição Federal reitera, em seu artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Portanto, o bloqueio de cartão de crédito ultrapassa qualquer noção de razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, parte-se para as mais usadas na jurisprudência atual: a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e de Passaporte.

Essas medidas são, mais uma vez, uma justificativa para a efetividade da execução, mas esbarram em preceitos muitos polêmicos: a liberdade de locomoção, posto que ambos os documentos são expedidos com essa funcionalidade. No caso da CNH, há uma redução de possibilidade de locomoção dentro e fora do território do brasileiro (principalmente por aqueles que possuem residência onde o transporte público não é ofertado, o que, infelizmente, ainda é muito recorrente no país). Por outro lado, o passaporte permite o acesso ao exterior pelo cidadão brasileiro.

Tendo esses conceitos em vista, várias decisões reconhecem a própria inconstitucionalidade dessas medidas atípicas, a exemplo do seguinte agravo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DA CNH. APREENSÃO DE PASSAPORTE. AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE. 1.É ilegal a determinação da suspensão da CNH, bem como a apreensão do passaporte do executado, para pagamento de dívida por representar medida punitiva que viola o direito de locomoção do devedor. 2.O cancelamento dos cartões de crédito não se mostra como medida razoável, uma vez que pode prejudicar a própria subsistência do devedor. 3.Negou-se provimento ao agravo de instrumento (TJDFT, 2020).

Nessa conjuntura, essa ilegalidade na qual trata o item 1 se dá a partir do inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988).

Ainda faz-se importante reiterar que o juiz, por força do 139, IV do Código de Processo Civil, não precisa escolher “apenas” uma medida atípica, e sim aplicar quantas julgar necessárias, até mesmo em concomitância. É o caso do seguinte, que foi indeferido por ausência de “necessidade e adequação” ao caso concreto:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO ÓRGÃO PAGADOR. PROVIDÊNCIA DESNECESSÁRIA. MEDIDAS ATÍPICAS. SUSPENSÃO DE CNH, PASSAPORTE E CARTÕES DE CRÉDITO. PRESSUPOSTOS NÃO ATENDIDOS. INDEFERIMENTO MANTIDO. I. Não se justifica a expedição de ofício ao órgão pagador para monitorar a margem consignável do executado quando já se decidiu pela penhora de parte da sua remuneração. II. As medidas atípicas de que cuida o inciso IV do artigo 139 do Código de Processo Civil só podem ser adotadas, no contexto da execução por quantia certa, quando se revelarem necessárias e adequadas, sob pena de desvestir o processo executivo do seu caráter estritamente patrimonial. III. A atipicidade dos meios executivos não pode dar respaldo a medidas dissociadas do perfil patrimonial da execução ou para provocar constrangimentos pessoais desprovidos de eficácia executiva [...] (TJDFT, 2020)

Diante do exposto, vale dizer que as medidas executivas atípicas, hoje, são organizadas e utilizadas de forma reiterada pelo judiciário. Mas, por que são sempre as mesmas? São as mesmas com o objetivo de disfarçar a inconstitucionalidade e, em uma visão mais radical, criar brechas para que o ilegal se torne parte legítima do ordenamento jurídico. Para o magistrado, os direitos fundamentais e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão longe de serem prioridade, uma vez que a satisfação da execução possui prioridade. Claro, é fulcral que a execução seja satisfeita, mas quando é feita de maneira ilegal e a qualquer custo, desafia o processo democrático, criando um “autoritarismo judicial”, através do ativismo dos magistrados que recorrem à essas medidas com pouco ou quase nenhum respaldo jurídico.

Essa ilegalidade se torna ainda mais evidente quando a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, em setembro deste ano, que as medidas coercitivas atípicas para forçar pagamento de dívida não devem ter limitação temporal, ou seja, haverá uma perpetuidade de violação de garantias fundamentais enquanto o executado não quitar sua dívida. Acerca do assunto, Nancy Andrichi afirma: "Não há nenhuma circunstância fática justificadora do desbloqueio do passaporte da paciente e que autorize, antes da quitação da dívida, a retomada de suas viagens internacionais" (STJ, 2022).

Portanto, é possível concluir, a partir de todos os argumentos aqui apresentados, que a possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas não deveria fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro, pois é mais uma maneira de legitimar o ativismo judicial e afastar a justiça brasileira do processo democrático.

Conclusão

A partir da exposição aqui apresentada, viu-se como o uso de medidas atípicas, baseado no poder geral de cautela, se configuram como um exemplo de exceção, entendida como a suspensão da ordem jurídica. Ademais, observou-se como as obras de Oskar von Bülow, legitimaram, paulatinamente, a presença e aceitação da exceção no ordenamento jurídico, o que a fez cotidiana. Desse modo, criou-se uma relação especial entre *auctoritas* e *potestas* na pessoa do magistrado, já que ele deve seguir a lei, mas pode, de acordo com sua discricionariedade, deixar de aplicá-la sob o pretexto de estar-se amoldando ao caso concreto.

Logo, esse ensaio conclui a necessidade de reconhecer não somente a ilegalidade das medidas coercitivas atípicas no processo civil de execução, como denunciar o exercício da *auctoritas* pelos magistrados brasileiros quanto às decisões acerca deste assunto. Ademais, é

fulcral perceber a crescente onda do ativismo judicial que se apoia no artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil, fazendo com que decisões que ultrapassam limites principiológicos básicos e direitos fundamentais sejam convalidadas pela norma legal em interpretação extensiva.

É urgente a essencialidade de não apenas estabelecer limites acerca da aplicação de medidas executivas atípicas, como proibir o estabelecimento delas. As decisões do juiz, de qualquer gênero que sejam (indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias), devem estar tuteladas de forma clara pelo ordenamento jurídico, de forma que a democracia possa reger o processo, ou seja, contrariamente ao ativismo atualmente institucionalizado.

Dessa maneira, essa “criação de direito” que o magistrado goza quando se trata do tema precisa, de pronto, ser cessada, para que os pilares da justiça sejam priorizados em detrimento das decisões monocráticas.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

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

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

BÜLOW, Oskar von. **Gesetz und richtertamt**. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. **A dogmática processual e a exceção cotidiana**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Medidas coercitivas atípicas para reforçar pagamento de dívida não devem ter limitação temporal**. Decisão de 13 de set. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/13092022-Medidas->

coercitivas-atipicas-para-forcar-pagamento-de-divida-nao-devem-ter-limitacao-temporal.aspx. Acesso em: 30 de out. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Repetitivo vai definir se o magistrado pode adotar, de modo subsidiário, meios executivos atípicos. Recurso Repetitivo de 11 de abr. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/11042022-Repetitivo-vai-definir-se-o-magistrado-pode-adotar--de-modo-subsidiario--meios-executivos-atipicos.aspx>. Acesso em: 22 de out. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Medida executiva atípica de suspensão da CNH e do passaporte. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/execucao-e-cumprimento-de-sentenca/porte-de-droga-para-consumo-pessoal-e-a-posteri-o-usuario-pratica-trafico-2013-reincidencia-descaracterizada#:~:text=Tema%20atualizado%20em%2012%2F2,do%20seu%20car%C3%A1ter%20estritamente%20patrimonial>. Acesso em: 22 de out. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão nº 1.299.209. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO ÓRGÃO PAGADOR. PROVIDÊNCIA DESNECESSÁRIA. MEDIDAS ATÍPICAS. SUSPENSÃO DE CNH, PASSAPORTE E CARTÕES DE CRÉDITO. PRESSUPOSTOS NÃO ATENDIDOS. INDEFERIMENTO MANTIDO. Relator James Eduardo Oliveira, 4ª Turma Cível. Distrito Federal, 05 de nov. 2020. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1299209. Acesso em: 25 de out. 2022

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão nº 1310754. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DA CNH. APREENSÃO DE PASSAPORTE. AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE. Relator Sérgio Rocha, 4ª Turma Cível. Distrito Federal, 12 de dez. 2020. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1310754. Acesso em: 25 de out. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO TJ-SP. Agravo de Instrumento nº 21922362-97.2020.8.26.0000. Execução de título extrajudicial - Medidas coercitivas de pagamento - Decisão que indeferiu o bloqueio de cartões de crédito - Irresignação do banco

exequente Admissibilidade- Possibilidade de adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias deve ser determinada com base em elementos objetivos dos autos que justifiquem a sua imposição. Relator Marco Fábio Morsello. São Paulo, 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_21923629720208260000_fb118.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1667182428&Signature=psOhkR%2B3Djt0I3NxbRTIJWfFOb4%3D, Acesso em: 22 de out. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO TJ-SP. **Comarca de Votuporanga, processo nº 0004974-77.2013.8.26.0664**. Execução de Título Extrajudicial - Espécies de Contratos. Juiz de Direito Dr. Sergio Martins Barbatto Junior, 11 jan. 2019. Disponível em: <https://portaldori.com.br/wp-content/uploads/2019/01/art20190121-17.pdf>. Acesso em: 30 de out. 2022.

WITKER, Jorge. **Como elaborar uma tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

LACUNAS AXIOLÓGICAS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Ana Clara dos Reis Trindade Ferrer Monteiro⁵⁷

1 INTRODUÇÃO

Por ser concebido como um sistema aberto e incompleto, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta diversas lacunas de espécies diferentes. Nesta concepção, a existência de lacunas não pode ser percebida como uma falha, pois é impossível tutelar todas as realidades fáticas, através de normas. Diferente da concepção de um ordenamento jurídico fechado, que, utilizando-se da premissa de que “tudo que não é proibido, é permitido”, não há espaços para lacunas e, ao mesmo tempo, não há espaços para uma decisão adequada ao caso concreto.

Partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico é um sistema aberto, no direito processual civil brasileiro, existem três espécies de lacunas: lacuna normativa, ontológica e axiológica. A primeira se refere à ausência de lei para o caso concreto. A segunda se refere aos casos em que há lei para o caso concreto, porém a norma está desligada da realidade social, de modo que não tem aplicação prática. E, por fim, a terceira, que é o objeto de presente texto, a lacuna axiológica, em que há lei para o caso concreto, porém sua aplicação se revela injusta ou insatisfatória.

A partir do momento em que se não há lei regulando o caso concreto, o magistrado é obrigado a recorrer para outras fontes do direito. As fontes do direito estão previstas no artigo 4.º Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Assim, o julgador, ao se deparar com a lacuna axiológica, em busca da decisão mais justa para o caso concreto, precisa utilizar outras fontes do direito.

Pelo fato de conceitos como “justiça” e “verdade”, presentes até mesmo no código de processo civil de 2015, por serem absolutamente subjetivos e também por serem conceitos já

⁵⁷ Graduanda em Direito (Integral) pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do GIC “Direito, Democracia e Justiça”, coordenado pelos Profs. Carlos Henrique Soares e Marcelo Antônio Rocha.

superados em diversas áreas do saber, trazem grandes problemas para a segurança jurídica, de modo que o julgador, no caso concreto, pode utilizar-se de tais termos para decidirem de forma contrária à lei e, no caso em questão, criarem novos precedentes que acabam por serem definitivos.

Com a criação de precedentes, o judiciário passa a regulamentar as lacunas axiológicas praticamente criando novas leis para o caso concreto e que, por uma questão não somente de celeridade processual, os magistrados e tribunais passam a acatar o precedente, que eles mesmo criaram, de modo quase absoluto, sendo extremamente árduo derrubar tais entendimentos.

Assim, em uma tentativa de preencher as lacunas axiológicas, o judiciário utiliza do ativismo judicial, criando entendimentos que ele mesmo aplica para os casos, retirando a segurança jurídica e inserindo a discricionariedade do magistrado e dos tribunais no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, quanto ao objetivo, presente trabalho usou a metodologia explicativa, já que se pretende analisar como a consequência do dano ambiental é percebida em diferentes níveis a depender da classe social.

Em relação ao método, esta pesquisa adotará o método hipotético-dedutivo, a partir da elaboração de proposições hipotéticas para a solução do problema, com a experimentação e verificação de seu alcance e consistência no decorrer da pesquisa. Por fim, quanto às técnicas, pretende-se realizar pesquisa bibliográfica, sendo “desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” (GIL, 2002, p. 44).

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 LACUNA AXIOLÓGICA E AS FONTES DO DIREITO

A palavra “lacuna” designa “falta”, “omissão”, “vácuo”, e também “falha”. Acontece que a lacuna é inevitável no ordenamento jurídico brasileiro concedido como um sistema aberto. Não é alcançável e nem viável que o direito regule todas as relações humanas, justamente por se tratar de uma atividade inglória, já que existem inúmeras possibilidades para serem reguladas. Logo, a palavra lacuna, neste ordenamento jurídico, não pode ser considerada como uma falha, mas sim como algo inevitável.

A lacuna axiológica já se diferencia da palavra lacuna, uma vez que não se trata da omissão da lei, mas sim o fato de que, se o magistrado aplicar a lei no caso concreto, não haverá a satisfação do direito, implicando em uma evidente injustiça, desviando da finalidade do código de processo civil de 2015. Assim, quando as normas processuais levam a uma solução

injusta ou insatisfatória. Existe a norma, mas sua aplicação leva a uma solução incompatível com os valores de justiça e equidade exigíveis para a eficácia da norma processual (SCHIAVI 2015, p.156).

Portanto, com o objetivo de realizar uma solução compatível com os princípios do direito, o magistrado recorre para a aplicação das fontes do direito, ainda que haja norma aplicável no caso concreto. De acordo com o artigo 4.º Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), o juiz deverá utilizar-se da analogia, os costumes e os princípios gerais de direito quando houver omissão legislativa.

No caso da lacuna axiológica, existe a norma, mas não é viável que ela seja aplicada, portanto, em interpretação análoga do art. 4º da referida lei, é necessário que o juiz busque tais fontes, a fim de encontrar a melhor solução para o caso concreto. De acordo com MACHADO (2000):

A fonte de uma coisa é o lugar de onde surge essa coisa. O lugar de onde ela nasce. Assim, a fonte do Direito é aquilo que o produz, é algo de onde nasce o Direito. Para que se possa dizer o que é fonte do Direito é necessário que se saiba de qual direito. Se cogitarmos do direito natural, devemos admitir que sua fonte é a natureza humana. Aliás, vale dizer, é a fonte primeira do Direito sob vários aspectos.

Assim, a fonte se traduz como a origem do direito e, portanto, é legítima para ser acionada, tanto nos casos de omissões legislativas, quanto no caso de aplicá-las para encontrar a melhor maneira de satisfazer os direitos de ambas as partes no caso que está sendo objeto de julgamento.

Ocorre que, ainda com a utilização das fontes do direito, o julgador do caso possui muita discricionariedade para decidir, podendo realizar interpretações subjetivas, confrontando diretamente o direito fundamental à segurança encontra-se previsto nos artigos 5º, caput, e 6º, Constituição de 1988. Problemática esta que será tratada em tópico específico.

2.2 JURISPRUDÊNCIAS

É possível encontrar lacunas axiológicas em diversos artigos, não só do código de processo civil, mas no ordenamento jurídico em geral. Por gerar muitas discussões doutrinárias e judiciais, os tribunais são muito acionados, criando jurisprudências e precedentes importantes que devem ser analisados. Um dos exemplos mais marcantes se encontra na justiça do trabalho, em que o art. 1º, V do Decreto-Lei nº 779 dispõe:

Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica: o recurso ordinário "ex officio" das decisões que lhe sejam totais ou parcialmente contrárias; (BRASIL, 1973)

Assim, existe lei expressa determinando o duplo grau de jurisdição obrigatório em sede de direito processual trabalhista. Porém, caso esta norma fosse aplicada, geraria um resultado injusto e insatisfatório, já que não são todos os casos em que a Fazenda Pública tem o interesse de recorrer e, com a obrigatoriedade desta norma, haveria um número excessivo e desnecessário de ações levadas aos Tribunais Trabalhistas, de modo a tornar inviável a prestação jurisdicional.

Deste modo, com finalidade de satisfazer um dos princípios basilares do direito do trabalho, que é a celeridade processual, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 303, que determina o uso do art. 475 do CPC e não o art. 1º, V do Decreto-Lei nº 779:

Súmula nº 303 do TST

FAZENDA PÚBLICA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 71, 72 e 73 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Em dissídio individual, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo na vigência da CF/1988, decisão contrária à Fazenda Pública, salvo:

a) quando a condenação não ultrapassar o valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos;

b) quando a decisão estiver em consonância com decisão plenária do Supremo Tribunal Federal ou com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho. (ex-Súmula nº 303 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

(...)

Assim, é evidente o preenchimento desta lacuna axiológica com a súmula supracitada, portanto, é um exemplo claro de como o judiciário pode criar novas orientações para o caso concreto, que são originárias da interpretação dos julgadores.

Ainda, no código de processo civil, o art. 1.015 é um dos mais emblemáticos a respeito do tema. Referido artigo determina um rol fechado para as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o que é extremamente prejudicial para o direito processual brasileiro, visto que, em várias situações que não estão inseridas no art. 1.015, é necessário aguardar até a sentença para ser possível recorrer de determinada decisão não atacada por agravo de instrumento.

Pelo fato de poder causar sérios danos com a impossibilidade de recorrer e imediato de algumas decisões, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, pelo recurso especial nº 1.696.269 e o 1.704.520, determinou que há uma mitigação deste rol, em prol da satisfação do direito. Assim, a partir destes precedentes criados por interpretação da referida Ministra, se preencheu a lacuna axiológica.

2.3 PROBLEMAS

Como exemplificado no tópico anterior, o judiciário, para tentar preencher, da melhor maneira, as lacunas axiológicas, acabam impondo certos entendimentos que vinculam outros tribunais a decidirem da mesma maneira. Na realidade fática, existe um processo “legislativo” que parte do judiciário, justamente para completarem o ordenamento jurídico.

Um dos problemas que isso causa, é que a segurança jurídica é totalmente comprometida. Não é possível que se tenha prévio conhecimento das decisões e entendimentos vinculantes, portanto, as partes podem ser surpreendidas a qualquer momento com uma decisão fundada em conceitos subjetivos, como a busca da justiça e que, eventualmente, pode haver prejuízo para a satisfação do direito.

Sobre a segurança jurídica é oportuno a transcrição da doutrina de Ramina de Lucca:

A segurança jurídica depende não só da estabilidade e da previsibilidade de normas jurídicas preestabelecidas, mas também, e talvez principalmente, da estabilidade e da previsibilidade da aplicação dessas normas jurídicas ao caso concreto. (LUCCA, 2015, p.251)

Assim, fica evidente como a decisões dos tribunais afeta diretamente a segurança jurídica, sendo elas totalmente imprevisíveis e fundadas em interpretações pessoais dos julgadores perante a lacuna axiológica.

Ademais, outro problema decorrente da atuação do judiciário, é justamente o ativismo judicial exacerbado, onde referido poder pega para si, atribuições típicas de outros poderes, como no caso em questão, do poder judiciário. Como a norma é injusta e sua aplicação causaria maiores problemas, é necessário que o legislativo edite nova lei, seja revogando, modificando ou alterando a já vigente sobre o assunto.

Como a edição da norma não ocorre, o judiciário acaba por realizar as funções de criar solução através de súmulas e outros precedentes. Para Marshall, o ativismo jurisdicional é conceituado, como a recusa dos Tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes. (MARSHALL,2002, p.37.). Isso se traduz na medida em que o judiciário passa a criar novas normas, sem que estas precisem passar pelo processo legislativo.

O ativismo judicial chega ao ponto de elaborar precedentes que são extremamente difíceis de ultrapassar e, assim, passam a vincular todos os tribunais e magistrados para que decidam de determinada forma no caso concreto. Ou seja, por interpretação pessoal, que não

precisa, necessariamente, ser fundada em outra lei, o judiciário passa por cima da legislação e começa a criar normas diversificadas, sem passarem pelo processo legislativo adequado.

CONCLUSÃO

Assim, a partir do que foi demonstrado ao longo do texto, é possível inferir como as lacunas axiológicas estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro e compreender que elas sempre existirão se concebermos referido ordenamento como aberto e incompleto em relação à tutela das ações humanas, pois não é possível que haja normatização para todos os atos do ser humano.

Como modo de preencher as lacunas axiológicas, o judiciário passa a criar precedentes para modificar a aplicação da norma existente, de modo a encontrar a solução mais justa para o caso concreto. A problemática em questão está justamente na busca por conceitos extremamente subjetivos, como “justiça”, “melhor solução” e “verdade”, que dão, para o julgador, uma margem gigantesca para interpretações.

Munido de grandes possibilidades de interpretações para o caso concreto, o judiciário passa a criar precedentes e vinculam todos os órgãos julgadores. Tais precedentes que são elaborados a partir de uma interpretação subjetiva dos julgadores e que passam a exercer a função de lei. Assim, o ativismo judicial ganha mais força, fazendo com que o judiciário pegue atribuições que não são típicas dele, como, no objeto da presente pesquisa, o preenchimento das lacunas axiológicas com a criação de precedentes.

REFERÊNCIAS

BRAÍLIA. **Decreto-lei 779/1969, art. 1º, V.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0779.htm>. Acesso em: 25/11/2022.

BRASÍLIA. **Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 303.** Disponível em: <https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2007/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 25/11/2022.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1- 57.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O deve de motivação das decisões judiciais.** Salvador: JusPodivm, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Dialética. 2000.

MARSHALL, William P. **Conservatives and Seven sins of judicial activism**. **University of Colorado. Law Review**. V. 73, set. 2002, p.37.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito processual do trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2015.