



# PROCESSO E JUSTIÇA

Considerações sobre o Direito Democrático

Carlos Henrique Soares  
Marcelo Antônio Rocha

Thiago Loures Monteiro  
Vinícius Lott Thibau

(ORGANIZADORES)

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

**PROCESSO E JUSTIÇA**  
**Considerações sobre o Direito Democrático**

**Editora Dom Helder**  
**Belo Horizonte**  
**2021**

Processo e Justiça: Considerações sobre o Direito Democrático

Copyright © 2021 by Marcelo Antônio Rocha

Capa: *Alegoria da Justiça Punindo Injustiça*, Jean-Marc Nattier

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Estevão D'Ávila de Freitas

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

R672p. Rocha, Marcelo Antônio.

Rocha, Marcelo Antônio (org.) *et. al.* Processo e Justiça: considerações sobre o Direito Democrático / Marcelo Antônio Rocha. – Belo Horizonte: Dom Helder 2021.

183 p.

Outros organizadores

ISBN: 978-65-991904-8-3

Escola Superior Dom Helder Câmara

1. Processo 2. Justiça 3. Estado democrático 4. Direito 5. Democracia

I. Título. II Rocha, Marcelo Antônio III. Soares, Carlos Henrique

IV Monteiro, Thiago Loures, V Thibau, Vinicius Lott

CDU: 342.537

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

## Sumário

Apresentação <i>Os organizadores</i>	6
Prefácio <i>André Cordeiro Leal</i>	8
1. (Des)inteligência artificial e inconstitucionalidade do juiz-robô <i>Carlos Henrique Soares</i> <i>Lucélia de Sena Alves</i>	11
2. Justiça normativa e processualidade democrática <i>Vinícius Lott Thibau</i>	33
3. Processo e justiça no Tribunal Penal Internacional <i>Marcelo Antônio Rocha</i>	46
4. A justiça como objetivo do direito processual civil brasileiro <i>Thiago Loures Machado Moura Monteiro</i>	61
5. Racismo recreativo e o dano moral no ordenamento jurídico brasileiro <i>Jéssica Wrarne de Oliveira Coelho</i>	71
6. (Re)pensando a posição do juiz no direito processual do trabalho: do monólogo ao diálogo complexo <i>Lucas Tabanez Murta de Souza</i>	81
7. A relação entre o garantismo e o intervencionismo judicial dentro do processo civil <i>Ana Clara dos Reis Trindade Ferrer Monteiro</i>	93
8. Escopo social: pilar dos escopos da jurisdição? <i>Clara de Freitas Barbosa</i> <i>João Pedro Gonçalves Ituassú</i>	101
9. Processo e tecnologia: o atual cenário de desvalorização da advocacia no Estado Democrático de Direito <i>Giovanna Nogueira Rodrigues</i>	113
10. A principiologia da Lei nº 14.133/2021: reflexões à luz da teoria de Oskar von Bülow e do Estado Democrático de Direito <i>Luiz Felipe Radic</i>	123

11. Ativismo judicial: medidas estruturantes para garantia da integridade do processo 132  
*Sofia Campolina Fonseca*
12. Julgamento dos séculos: as concepções acerca do julgamento do marco temporal indígena 141  
*Lívia Avelar da Silva*
13. A utilização das provas ilícitas no Processo Civil 153  
*Rafaella Ferreira Pacheco*  
*Raquel dos Reis Trindade Ferrer Monteiro*
14. Excesso de pronomes de tratamento e sua contribuição para o desequilíbrio da relação jurídica processual 165  
*Lorena Diniz Moraes*
15. A participação no processo decisório: uma análise à luz dos princípios processuais 172  
*Guilherme Leles Vieira*  
*Vitor Gomes Carvalho*

## Apresentação

Este livro é resultado das pesquisas desenvolvidas no decorrer do ano de 2021 pelos seguintes Grupos de Iniciação Científica da Escola Superior Dom Helder Câmara: “Direito, Democracia e Justiça: uma análise das repercussões jurídicas e sociais da Teoria da Justiça como Reconhecimento”, coordenado pelos professores Dr. Carlos Henrique Soares e Ms. Marcelo Antônio Rocha; “Processo e Democracia”, coordenado pelos professores Dr. Vinícius Lott Thibau e Ms. Thiago Loures Monteiro.

O GIC “Direito, Democracia e Justiça” tem como objetivo geral de sua pesquisa a análise, a partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito, das possibilidades de fundamentação de uma teoria da justiça como reconhecimento de direitos intersubjetivos, liberdades, projetos e visões de mundo distintos, bem como os impactos que ela acarreta na prática jurídica, nas decisões judiciais, no meio ambiente e na sociedade. O reconhecimento, juridicamente sustentado, passa pela valorização e admissão da ideia de que todos, sem qualquer forma de discriminação, devem ser tratados com igual consideração e respeito. Tendo como fundamento a interdisciplinaridade que permeia o Direito, o grupo adota a Teoria da Constituição, a Hermenêutica Jurídica e o Direito Processual como ferramentas para alcançar esse objetivo.

O GIC “Processo e Democracia” objetiva aferir qual é o conceito de processo alinhado às bases normativas do paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como testificar institutos e técnicas relativos ao direito processual que, por reproduzirem os fundamentos dos paradigmas jurídicos do Estado Liberal e do Estado Social, erigem-se inacolhíveis na contemporaneidade. Para tanto, o grupo incursiona pelos conteúdos normativos dos paradigmas jurídicos instalados após a constitucionalização, almejando identificar os contornos prático-teóricos dos conceitos de processo como coisa das partes (*sache der parteien*) e como relação jurídica de direito público, bem como os riscos gerados pela recepção dessas teorizações no Brasil. Examina, por fim, disposições legais, sumulares e precedenciais que explicitam os impactos nefastos da adoção de significados já ultrapassados de processo pelo direito brasileiro.

Os trabalhos dos GICs são fundados na crença de que a iniciação científica é um importante passo para a formação de um profissional do Direito que seja reflexivo e consciente no que diz respeito aos problemas de seu tempo. Além disso, ela é o principal meio de promoção do protagonismo discente rumo a uma docência moderna e consciente, pois vemos na iniciação

científica a oportunidade de formarmos profissionais do Direito que sejam capazes de criar, pensar, julgar e, sobretudo, propor soluções para os problemas que surgem na atualidade.

Os textos que compõem o livro analisam, sob diversos fundamentos e perspectivas, a problemática e instigante relação entre Processo e Justiça no Brasil.

Agradecemos o apoio do professor Dr. André Cordeiro Leal, que nos honra com seu precioso prefácio, e também agradecemos o apoio incondicional dos alunos, professores, funcionários e direção da Escola Superior Dom Helder Câmara, instituição que nos une e nos inspira!

Boa leitura!

Belo Horizonte, novembro de 2021.

Os Organizadores

## Prefácio

A justiça costuma ser abordada, não raro, nos escritos dogmáticos de diversos segmentos do direito, com uma espécie de guia infalível para a produção e para a interpretação do direito. Mediante reiterados apelos a que o direito seja sempre um espelho da justiça viabilizadora da almejada paz social, cunham-se expressões que reforçam idealidades aí presentes, tais como “*acesso à justiça*”, “*justiça das decisões*” e “*justo processo*”, as quais passam a se estampar insistente e irrefletidamente em lições dos especialistas do direito.

Não bastasse a opacidade de afirmações e expressões dessa espécie, a repetição de tais discursos, em face da truculência da realidade instalada, acaba seduzindo muitos daqueles que se ocupam do estudo do direito, em especial os incontáveis bacharelados que, esperançosos de que a paz logo se instale, não se apercebem do caráter retórico da justiça pela qual aguardam. Pressupõem, sem que muitas vezes disso desconfiem, que haverá, diante do caos social que presenciam e da solução que reiteradamente lhes oferecem os manuais destinados ao ensino jurídico, alguém confiável que conheça intimamente essa justiça de diretrizes curativas da sociedade enferma, ou que ao menos saiba onde ela pode ser encontrada. Aguardam por homens justos que estejam a serviço da justiça e que estejam também aptos a traduzi-la em enunciados normativos acessíveis à sociedade.

Claro que pressupostos dessa espécie, ocultos há séculos em sedutoras lições da dogmática, nenhum apoio epistemológico ofertam à reflexão democrática, porque, como se percebe, induzem os desesperados a aceitar, com absoluta docilidade, os privilégios da autoridade justa na condução dos destinos da coletividade, enquanto, simultaneamente, levam-nos a reservar para si próprios apenas o lugar de meros destinatários das revelações que lhes serão feitas pelos homens da justiça: a submissão à justiça é, sempre e silenciosamente, uma submissão aos dizeres de uma autoridade justa.

*Processo e Justiça: Considerações sobre o Direito democrático* resulta de um importante esforço coletivo de professores pesquisadores e alunos do bacharelado em Direito da Dom Helder Câmara no sentido de interrogar exatamente essas idealidades do discurso dogmático – o que se fez pela atuação de dois grupos de iniciação científica, dos quais participam, além de professores, alunos da graduação: *Processo e Democracia*, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo prof. Thiago Loures, e *Direito, Democracia e Justiça: uma análise das repercussões jurídicas e sociais da Teoria da Justiça*

como *Reconhecimento*, liderado pelo Professor Doutor Carlos Henrique Soares e secretariado pelo Professor Marcelo Rocha.

Os títulos dos artigos deixam patente a proposta de colocar a descoberto os impasses a que concepções irrefletidas de justiça podem, direta ou indiretamente, levar. Apesar da pluralidade dos temas que são abordados pelos diversos textos, a leitura do sumário deixa entrever aquilo que dá unidade à obra: a persistência da crítica à insuficiência democrática das abordagens tradicionais sobre a justiça e sobre o papel de decisores privilegiados.

Passando pelas relações entre tecnologia e direito, como se vê dos artigos *(Des)inteligência artificial e inconstitucionalidade do juiz-robô* e *Processo e tecnologia: o atual cenário de desvalorização da advocacia no estado democrático de direito*, pelo tema do garantismo e de sua relação com a processualidade democrática, como se colhe dos artigos intitulados *A participação no processo decisório: uma análise à luz dos princípios processuais*, *A relação entre o garantismo e o intervencionismo judicial dentro do processo civil*, e *Ativismo judicial: medidas estruturantes para garantia da integridade do processo*, transitando por considerações sobre as origens históricas do direito processual ou por suas repercussões no cenário jurídico brasileiro, como se colhe de *A principiologia da Lei nº 14.133/2021: reflexões à luz da teoria de Oskar von Bülow e do Estado Democrático de Direito*, em *Excesso de pronomes de tratamento e sua contribuição para o desequilíbrio da relação jurídica processual*, de *(Re)pensando a posição do juiz no direito processual do trabalho: do monólogo ao diálogo complexo*, de *Escopo social: pilar dos escopos da jurisdição?* e também de *A utilização das provas ilícitas no Processo Civil*, interrogando, diretamente ou indiretamente, as interfaces entre processo, justiça e democracia, como se infere de *Justiça normativa e processualidade democrática*, e se vê em *Processo e justiça no Tribunal Penal Internacional*, *A justiça como objetivo do direito processual civil brasileiro*, e abordando temas sensíveis e atuais como os que se estampam em *Julgamento dos séculos: as concepções acerca do julgamento do marco temporal indígena* e em *Racismo recreativo e o dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*, a obra ora prefaciada reforça, a todo instante, a necessidade de pensar a legitimidade do direito a partir de fundamentos democrático-constitucionais, insistindo, assim, em que a pesquisa jurídica esteja comprometida, já no plano de formação do bacharel em direito, com a atividade crítica que (de)marca a ciência voltada ao questionamento do imaginário estrategicamente construído em prol das autoridades ao longo da história do direito.

Também em vista dos compromissos acadêmicos permanentes dos organizadores com a reflexão democrática, recomenda-se a leitura da obra não só por bacharelados, mas por bacharéis, estudiosos e técnicos do direito em geral, porque ela nos mostra como é possível, já nos estágios iniciais da formação jurídica acadêmica e profissional, evitar as armadilhas da dogmática tradicional, proporcionando condições, portanto, à evolucionariedade conjectural necessária à tomada democrática de decisões, de molde a tornar possível uma irrestrita fiscalidade (controle democrático) sobre atividade jurídico-decisória .

Aos Organizadores deixo meu sincero agradecimento pela oportunidade ímpar de prefaciar uma coletânea que leva a público o resultado de tão importante esforço coletivo.

André Cordeiro Leal  
Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas  
Professor Adjunto IV da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas  
Professor Titular dos Cursos de Mestrado e Bacharelado  
em Direito da Universidade FUMEC  
Advogado  
Economista

# 1

## (DES)INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E INCONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ-ROBÔ

Carlos Henrique Soares<sup>1</sup>

Lucélia de Sena Alves<sup>2</sup>

### 1 Introdução

Muito se fala sobre “inteligência artificial” no universo das ciências computacionais e sua capacidade de processamento e resolução de problemas da vida cotidiana. É inegável o avanço da tecnologia e da automatização de procedimentos, dispensando a participação humana em inúmeros processos produtivos de produtos e serviços<sup>3</sup>.

Antes adentrar sob uma análise mais detida sobre a possibilidade de as máquinas julgarem tem-se necessidade de explicar o título do texto, pois quase todos os artigos e livros jurídicos que trabalham com o tema “inteligência artificial”, o fazem em uma apologia sobre as vantagens e desvantagens dos recursos tecnológicos junto aos processos jurisdicionais sem reflexão sobre o termo “inteligência” e sem uma reflexão sobre a possibilidade sobre de julgamento realizados pelo “juiz-robô”. Partiremos da ideia de que não há, por óbvio a

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Processual (PUCMinas). Professor de graduação e pós-graduação em direito processual civil (PUCMinas e ESDHC). Presidente da ACADEPRO. Advogado militante na PDSC Sociedade de Advogados. Coordenador do Grupo de Iniciação Científica “Direito, Democracia e Justiça: uma análise das repercussões jurídicas e sociais da Teoria da Justiça como Reconhecimento” na Dom Helder. Cidade: Belo Horizonte – MG. e-mail: carlos@pdsc.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Direitos Fundamentais, da linha de Direito Processual Coletivo, pela Universidade de Itaúna (2014). Possui experiência em pesquisa empírica em Direito. Ex-Professora de Direito Processual Civil das Faculdades Kennedy de Minas Gerais e da Faculdade Promove. Ex-Coordenadora do curso de Pós-graduação em Advocacia Cível e Tecnologias Aplicadas à Advocacia da Faculdade Promove. Professora da Escola Superior da Advocacia de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada no escritório Sena & Alves Advocacia. Belo Horizonte – MG. E-mail: luceliasenalves@gmail.com

<sup>3</sup> Desde a Conferência de Dartmouth de 1956, a inteligência artificial tem desenvolvido, de acordo com os períodos de entusiasmo e desilusão que sucessores, sempre ultrapassando os limites do que acreditamos só pode ser feito por humanos. Continuando seu projeto inicial, A pesquisa de IA deu origem a sucessos reais (vitória no xadrez, o jogo “go”, entendendo a linguagem natural ...) e tem alimentado amplamente a história da matemática e da ciência da computação: quantos dispositivos que agora consideramos trivial era originalmente um grande avanço em IA - um aplicativo de xadrez, um programa tradução online ...? (VILLANI, Cédric. Donner uns sens à li’intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne. 2018. Disponível em: <https://www.aiforhumanity.fr>).

“inteligência artificial” e pode haver no máximo “desinteligência natural”. Falar em “desinteligência natural” significa uma opção da humanidade pela ignorância, pela ausência de criticidade, pela ausência de reflexão sobre a vida e sobre viver ético-moral.

Partindo do ponto de que há apenas “inteligência natural” e nunca “artificial”, a inteligência pode propor “hipóteses”, resolver “problemas”, apresentar “teorias” e desenvolver “técnicas” para dar resposta aos questionamentos humanos. A “ciência” é fruto da “inteligência natural”. Ademais, é somente com a inteligência que conseguimos desenvolver atividades, como: ensinar, transferir conhecimento, pesquisar, criticar, corrigir problemas, repensar os resultados, analisar novas perspectivas, aprender com os erros e pensar ético e moralmente. Obviamente, nem todo ser humano utiliza-se de sua “inteligência”. Opção pela “desinteligência” é possível. A opção por viver sem crítica é uma liberdade humana. No entanto, a vida sem reflexão, crítica, ética e moral não nos permite diferenciar os animais humanos dos demais animais não humanos. E nesse sentido, poderia justificar a possibilidade de confusão entre a “inteligência natural” e o trabalho exercido pelas máquinas e programas de computador.

A tendência de personificar as máquinas ou atribuir características humanas às “coisas” é muito comum na ser-humano. Esse fenômeno é chamado de “humanização das coisas”. O humano (cérebro) procura sempre características humanas em todas as coisas pois o cérebro tem uma capacidade nata de reconhecer seus semelhantes.

Nesse contexto, é que se tece críticas a utilização do termo “inteligência artificial”. O termo “inteligência artificial” nada mais é do que uma tentativa de humanizar às “máquinas” e “programas” de computador. “Inteligência” não pode ser “artificial” pois “inteligência” é um dado que pertence ao ser humano. Chamar de “inteligência artificial” a qualidade das máquinas ou “programas de computador” em imitar o pensamento humano é um equívoco. Atribuir a qualidade de “inteligente” a uma máquina é humanizar uma “coisa”.

Inúmeras pessoas têm se debruçado nos estudos da “inteligência artificial” e refletindo sobre qual será, no futuro o comportamento humano, as relações de trabalho, as relações interpessoais e também sobre a forma em que resolveremos os conflitos através das máquinas e programas de computador. Inúmeros processualistas defendem a aplicação da “inteligência artificial” como forma de otimizar o processo, o procedimento e a decisão judicial. Chegam a informar que seria uma nova revolução processual a utilização da “inteligência artificial” e traria resolução célere para inúmeros problemas que, infelizmente, hoje, no Brasil, são demorados.

Ressalta Antônio Enrique Pérez Luño que:

o início do novo século, que coincidiu também com o início de um novo milênio, tem-se caracterizado por um protagonismo avassalador das novas tecnologias (NT) e das tecnologias da informação e da Comunicação (TIC), em todos os âmbitos da vida humana. Este fenômeno contribuiu que desde determinados enfoques tecnocientíficos, se considere que a humanidade atual e seus valores consagrados pelo humanismo, devem ser superados, já que falamos de um amanhecer de uma nova etapa protagonizada pelos avanços da inteligência artificial (IA). Assim, James Barrat<sup>4</sup>, sustenta o fim da era humana e o início de uma nova era presidida pela onipresença da IA. Por sua vez, Yural Nohah Harari<sup>5</sup>, afirma que se superou a era do homo sapiens, que foi superado pelo homo deus<sup>6</sup>. (tradução livre)

Ninguém pode negar que a tecnologia não possa ajudar no exercício laboral do desenvolvimento do processo, do julgamento do juiz, da argumentação do advogado e do ministério público e assim otimizar o trabalho. No entanto, a defesa de um futuro jurídico relacionado diretamente com a suposta “inteligência artificial” ainda não se mostra uma realidade. Ninguém duvida da capacidade da ciência computacional e do desenvolvimento dos sistemas e programas de computadores e de sua capacidade de resolver problemas mais rápidos do que o ser humano, mas se tem uma coisa que o ser humano pode e deve dirigir: é o futuro. O futuro não está escrito e deve ser direcionado de forma crítica. Precisamos ponderar sobre quais os limites para a atuação das “máquinas” e dos “programas de computador” na atividade jurisdicional.

## **2 O que é inteligência artificial?**

Segundo Jordi Nieva Fenoll, a “inteligência artificial” significa que as máquinas pensam, ou melhor, “imitam”, o pensamento humano. A base é aprender utilizando-se generalizações que as pessoas empregam para tomar decisões habituais<sup>7</sup>. Sustenta o autor que “a palavra-chave em inteligência artificial é ‘algoritmo’, que seria o esquema executivo da máquina armazenando todas as opções de decisão em função dos dados que se vai conhecendo<sup>8</sup>”.

---

<sup>4</sup> BARRAT, J. Nuestra invencion final: La inteligencia artificial y el fin de la Era humana. Trad. Cast., de S. Rodriguez. Paido: Mexico, 2017.

<sup>5</sup> HARARI, Y. N. Homo Deus : Breve história del mañana. Trad. R. Joandomènec. Debate: Madrid, 2016.

<sup>6</sup> LUÑO, Antônio Enrique Pérez. Inteligencia Artificial y Posthumanismo. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES Carus Jefferson; CÉSAR, Joaqui Portes de Cerqueira. Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões. 1ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido. 2020. p.33.

<sup>7</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Inteligencia Artificial y Proceso Judicial. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 20.

<sup>8</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Inteligencia Artificial y Proceso Judicial. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 20.

Importa lembrar que o conceito de autônomo não está ligado ao conceito de tecnologia ou mecanização. Aristóteles, em sua obra *Metafísica*, já afirmava: “*ta automata tôn thaumatôn*”<sup>9</sup> (autômato como nos fantoches). Aristóteles afirmava que a automação era uma imitação do real, uma maravilha para entreter as crianças e deslumbrar aqueles que não possuíam ainda uma compreensão do mundo e da vida<sup>10</sup>. Assim, podemos estar agora, acreditando que estamos vendo a possibilidade de autonomia nos julgamentos judiciais, mas de fato poderemos estar sendo manipulados, enganados, no intuito de informar que quem está julgando é a máquina e que os homens, por meios de algoritmos estão controlando as decisões e seus resultados.

René Descartes também enfrentou o tema da automação e fez a seguinte pergunta: como podemos distinguir um “indivíduo real” de um autômato com forma humana<sup>11</sup>? Ele responde que deveríamos utilizar testes para identificar a presença de um “indivíduo real”. O primeiro teste seria o uso da linguagem, a capacidade de resposta articulada, como ele consegue declarar com competência seus pensamentos<sup>12</sup>. E caso ultrapassasse esse primeiro teste, Descartes propõe um segundo teste que seria a incapacidade dos autômatos de terem conhecimento prático ou abrangente. A ideia de Descartes era de que o conhecimento humano seria exclusivo e muito fino, sendo impossível sua automação.

Alan Turing, teórico da matemática e da ciência da computação (1912-1954) idealizou a teoria dos autômatos (*Automaton Theory*). No artigo intitulado “*Computing machinery and intelligence*”<sup>13</sup> ele busca responder ao questionamento: Podem as máquinas pensar? (*Can machines think?*). Para responder tal indagação, Turing sugere um artifício denominado “jogo da imitação”. Um entrevistador precisa adivinhar quem seria o humano em uma entrevista às cegas. Em algum momento, a máquina poderia ter êxito em imitar o comportamento humano com tamanha perfeição que levaria à confusão um observador imparcial. Isso foi chamado de “teste de Turing” (TT). As ideias de Turing e sobre seu teste, geraram uma grande discussão sobre a inteligência artificial.

John Searle, em 1932, elaborou a mais importante objeção ao Teste de Turing. O autor distinguiu, corretamente, entre “Inteligência Artificial Forte” (*strong*) e “Inteligência Artificial

---

<sup>9</sup> Tradução a partir do trecho disponível em <http://hypnos.org.br/revista/index.php/hypnos/article/viewFile/47/47>.

<sup>10</sup> ARISTOTELE. *Metafísica – Saggio introduttivo, testo greco con traduzione*. Disponível em: [https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1332285/mod\\_resource/content/1/Aristoteles-Metafisica-Edicoes%20Loyola%20%282002%29.pdf](https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1332285/mod_resource/content/1/Aristoteles-Metafisica-Edicoes%20Loyola%20%282002%29.pdf). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>11</sup> KANG, Minsoo. The mechanical daughter of Rene Descartes: the origin and history of an intellectual fable. *Modern Intellectual History*, v. 14, n. 3, p. 633-660.

<sup>12</sup> DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 63.

<sup>13</sup> TURING, A. M. *Computing Machinery and Intelligence*. *Mind*, v. 49, p. 433-460, 1950.

fraca” (*weak*), conforme as suas funções. A “I.A.” fraca seria aquele campo em que as máquinas conseguem passar no “Teste de Turing”, performando competências linguísticas indiscerníveis de um ser humano. A “I.A.” forte sugere a possibilidade de máquinas que performam competências próprias de um ser humano, ou seja, não apenas aparentam como possuem igualmente todas as competências humanas, inclusive a consciência<sup>14</sup>.

Uma versão ampliada ou forte do Teste de Turing seria objeto de John Searle, que irá analisar e criticar a intuição comum de que o cérebro é um computador (*hardware*) e a mente, um programa (*software*). Searle retoma o problema de Turing no famoso artigo “*Uma máquina poderia pensar?*” (*Could a machine think?*) e responde que somente uma máquina especial, com poderes causais (*internal causal powers*) semelhantes aos cérebros poderia pensar. O autor dirá que a I.A. forte trata do pensamento e esse possui relação com o programa, contudo, apenas o programa não é suficiente para o pensar. Searle não estaria somente objetando Descartes, porém igualmente a posição dominante entre os teóricos da computação, para os quais a I.A. forte fundar-se-ia na ideia de que a mente e a consciência não são processos concretos, físicos ou biológicos, mas formais e abstratos. Para demonstrar a sua proposição, Searle irá formular o célebre argumento denominado de Sala Chinesa (*chinese room argument*), que irá orientar praticamente todos os debates filosóficos sobre Inteligência Artificial a partir de então. Há três elementos no experimento da Sala Chinesa, um agente externo que envia caracteres chineses, uma pessoa dentro da sala que não sabe o significado desses símbolos, mas possui um livro que indica o caractere correspondente e um agente externo que recebe os símbolos correspondentes. O experimento apresenta uma estrutura sintática ao descrever somente o uso de regras para a manipulação de símbolos. O computador atuaria de mesmo modo. Ele sabe como manipular símbolos, conforme um procedimento previamente determinado, porém não conhece o que está sendo processado, ou seja, não consegue atuar no nível semântico da comunicação. Para Searle a máquina falha em determinar a tematicidade (*aboutness*) ou entendimento dos símbolos manipulados<sup>15</sup>.

De todo modo, sabendo-se que a definição de “inteligência humana” e “inteligência artificial” são conceitos distintos e absolutamente incomparáveis, podemos afirmar que enquanto a “inteligência humana” tem capacidade crítica e um poder de superar dogmas e criar novas fórmulas de resolução de problemas, tal capacidade ainda não é percebida junto à “inteligência artificial”. Os “algoritmos” definidores dos padrões de agir e executar atos não

---

<sup>14</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Ética e Inteligência Artificial: da possibilidade filosófica de Agentes Morais Artificiais* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. p. 43.

<sup>15</sup> Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira, 2021. p. 43/45.

conseguem desenvolver crítica (ética e moral) sobre funções decisórias e de capacidade de executar tarefas e por isso não conseguem melhorar suas decisões para quais elas não estão programadas.

Não é possível ainda, falar em “inteligência artificial” pois essa palavra pressupõe a existência e o desenvolvimento de crítica e que ainda é inconcebível nas atividades robotizadas. A crítica é uma capacidade humana e que permite reavaliar atos e corrigi-los e não apenas reproduzir um conjunto de atos preconcebidos e programáveis existentes nos “*software*”. Como assevera Jordi Nieva Fenoll: “Aprender supõe assumir, interiorizar e criar novas ideias a partir da aprendizagem<sup>16</sup>”. As decisões tomadas pelos robôs dependem sempre de suas programações e não se vislumbra, ainda que se queira humanizar, qualquer possibilidade de tratar o humano com inferioridade as máquinas.

O uso de “inteligência artificial” no processo jurisdicional ainda é bastante incipiente. Em que pese o avanço tecnológico, não se sabe, além de poucas notícias e resultados, de qualquer relevância ou utilização de inteligência artificial que tenha tido um resultado relevante no processo jurisdicional brasileiro. Pelo contrário, todos os estudos ainda são inconclusivos e sem os avanços alardeados por inúmeros processualistas e estudiosos do direito. No máximo, com a informatização processual, temos uma “jurimetria” mais avançada e que facilita a obtenção de dados e sua análise de forma mais precisa e rápida. Ressaltamos, é preciso ter calma, pois a imaginação dos estudiosos ainda está mais adiantada do que os resultados concretos entre a relação do processo jurisdicional com a “inteligência artificial”. Fernanda Bragança e Laurinha Bragança ressaltam que:

atualmente, o que existe de mais avançado e que está sendo empregado no contencioso de alguns escritórios de advocacia não está relacionado à formulação de petições, como facilmente se poderia cogitar. Isto pode ser feito por simples recursos de automação. Hoje, o que há de mais sofisticado são os softwares que melhoram a pesquisa jurídica, identificam o assunto, as partes e os pedidos do processo e separam as decisões de maneira a facilitar o trabalho dos advogados, promotores e juízes<sup>17</sup>.

Mesmo que consigamos ultrapassar as barreiras técnicas que impeçam as “máquinas” de tecer críticas e resolver problemas sem a ajuda do homem, ainda teríamos uma questão ética para ser enfrentada. Quais seriam os limites ético-morais da atuação de uma “máquina” no processo de tomada de uma decisão judicial?

---

<sup>16</sup> FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 22.

<sup>17</sup> BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F.P.G. *Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros*. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, jul./out. 2019. p. 67.

### 3 Ética, moral e “inteligência artificial”

Respondendo à questão proposta no último parágrafo do tópico anterior, sobre quais seriam os limites ético-morais da atuação de uma “máquina” no processo de tomada de decisão judicial, é conveniente citar a proposta de Isaac Asimov<sup>18</sup>, sobre as três leis da robótica:

Primeira Lei - Um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano sofra algum dano. Segunda Lei - Um robô deve obedecer às ordens dadas por seres humanos, exceto onde tais ordens entrariam em conflito com a Primeira Lei. Terceira Lei - Um robô deve proteger sua própria existência se tal proteção não estiver em conflito com a Primeira ou Segunda Lei.

Essas leis, segundo Paulo Antônio Caliendo Velloso Silveira não impediria dilemas éticos. E tece algumas perguntas:

E se um, robô para proteger um humano, tivesse de causar mal a outro humano? E se o humano causasse mal a si mesmo? Poderia o sistema agir para impedir? Haveria conflito entre o livre-arbítrio humano e o paternalismo artificial? O que significaria “causar dano”? Alimentar-se mal? Qual a extensão desse dever de cuidado ou tutela? As perguntas poderiam suceder em número infinito. Poder-se-ia ainda questionar se seria consistente tratar um robô superinteligente como um mero escravo ou objeto e não como um sujeito de direitos?<sup>19</sup>.

De toda sorte, antes de discutir os dilemas ético-morais que podem advir da “inteligência artificial” e do relacionamento entre humanos e “máquinas” é preciso saber se as “máquinas” possuem moral? Se considerarmos as “máquinas” como objetos, elas seriam coisas destituídas de moral, meros artefatos, utilizados por seres humanos<sup>20</sup>. Sua utilização pode tender ao bem ou ao mal. Assim, a discussão, está apenas no uso consciente e responsável das máquinas. Na maioria dos casos, o que vemos de “inteligência artificial” e do “agir ético” das “máquinas” é justamente uma programação ampla de ações a serem tomadas e programadas pelos robôs. Paulo Antônio Velloso da Silveira afirma que:

o fato de o programa possuir uma biblioteca ampla de ações a serem tomadas, um algoritmo eficiente para determinar o curso de ação mais adequado perante determinada situação, não caracteriza uma máquina como sendo um agente ético. (...) um agente ético deve sê-lo por características próprias e não agir conforme uma programação externa predeterminada. A ética deve ser interna e não externa ao autômato. Ela deve ser fruto de um agir em primeira pessoa e nunca como instrumento de um terceiro, ou seja, deve garantir a sua natureza subjetiva e não ser objeto da ação

---

<sup>18</sup> ASIMOV, I. Eu, Robô. 2. ed. em português. Tradução de Luiz Horácio da Matta, 1969. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Isaac%20Asimov-2.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>19</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da., 2021. p. 52.

<sup>20</sup> DIGNUM, Virginia. Artificial intelligence: foundations, theory, and algorithms. Cham: Springer, 2019, p. v.

de outrem. Essa é a diferença entre uma máquina lógica e uma máquina moral. Uma possui autonomia mecânica e a outra, autonomia moral<sup>21</sup>”.

É intrigante a possibilidade de termos uma “máquina” com algoritmos que possa agir moralmente, como uma “calculadora moral”, capaz de indicar o melhor caminho a ser seguido. Tal perspectiva, seria admitir a possibilidade recriar o cérebro humano e sua forma de atuação (*design moral*). Um sistema de Inteligência Artificial deveria ter a capacidade de processar em tempo real toda a informação necessária, com todos os dados disponíveis sobre as melhores consequências para dada ação (...) um algoritmo capaz de *scannear* todos os fatos do mundo, relevantes para a decisão e com capacidade de prever todas as consequências para cada conduta imaginada<sup>22</sup>.

De fato, ainda não temos, em realidade, nenhuma máquina com o “agir moralmente” aceitável. Suas programações sempre fazem o que se esperam dela, mas não conseguem resolver dilemas para os quais seus algoritmos não estão pré-instalados e em pleno funcionamento. Se estamos certo, poderíamos inserir o comando em uma máquina com a seguinte agir : “não pise na grama”. Também poderíamos inserir outro comando (*input*) “ajude os seres humanos em perigo”. Se um ser humano estiver em perigo em cima da grama, a máquina não conseguirá resolver o dilema proposto sobre o que seria mais importante, a “vida” ou a “grama”. Para resolver esse dilema, somente um novo “*input*” seria necessário. O homem teria que inserir novo algoritmo, qual seja, “em caso de perigo de um ser humano em cima da grama, pode pisar na grama para salvar uma vida do ser humano”. Sem esse comando, a máquina não agirá ou terá um sobreaquecimento que a levará a um mal funcionamento ou a autodestruição. O agir ético-moral, em alguns casos, pode ser previsto, e quando a máquina assim age, está agindo respeitando seus algoritmos. Na ausência de algoritmos percebemos que as máquinas não agem, paralisam, sobreaquecem pois não conseguem superar sua própria existência e programação.

#### **4 Utilização da “inteligência artificial” no processo jurisdicional brasileiro**

Diante da afirmação de que “inteligência” é uma capacidade que ainda não se pode atribuir as “máquinas”, uma vez que elas “imitam” o pensamento humano, mas não possuem capacidade crítica e juízo valorativo, chegamos no momento de em que vamos analisar a

---

<sup>21</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da., 2021. p. 61.

<sup>22</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da., 2021. p. 97.

“relação entre a atividade de processamento de dados (automatização de procedimentos) e o processo jurisdicional”.

Há mais de 30 anos, no judiciário brasileiro, os computadores fazem parte do cotidiano dos trabalhos forenses. Num primeiro momento, os computadores vieram como substitutos das máquinas de escrever, bem como, com memória necessária para fazer serviços repetitivos que ficariam mais otimizados.

Com o avanço dos computadores e da capacidade de processamento de dados, bem como, do avanço da rede mundial de computadores (*internet*) passou a ser possível o controle dos andamentos processuais por simples acesso ao sistema dos tribunais, permitindo aos tribunais ingressarem na era da informática, da jurimetria e da completa virtualização dos processos judiciais.

A virtualização dos processos judiciais não foi somente um ato de transformar o papel em “*bits*”, nem mesmo uma apenas uma automatização dos procedimentos internos do judiciário, mas sobretudo, permitiu uma troca de informações importantes com a sociedade sobre os tipos de demandas existentes, a quantidade de decisões proferidas, o número de atos processuais praticados, as matérias mais demandas no judiciário, o valor médio das ações, dentre outros dados.

Diante da crescente demanda pela atuação do Estado-jurisdicional, a utilização da “inteligência artificial” passou a ser utilizado pelo Brasil no intuito de otimizar os serviços públicos, reduzir encargos administrativos, ajudar a resolver os problemas de alocação de recursos e assumir tarefas significativamente complexas<sup>23</sup>.

Infelizmente, mesmo com os avanços tecnológicos que o Brasil vem passando junto ao judiciário, com uma crescente virtualização dos processos judiciais e automatização de procedimentos ainda não foi capaz de reduzir uma enorme quantidade de processos pendentes de resolução<sup>24</sup>. Segundo Mamede Said Mais Filho e Tainá Aguiar Junquillo:

os investimentos com tecnologia e inovação, embora venham apresentando tendência de crescimento, giram em torno de apenas 2,7% do montante total do Judiciário (CNJ,

---

<sup>23</sup> MEHR, H. Artificial Intelligence for Citizen Services and Government. [S.l], 2017. Disponível em: <[https://ash.harvard.edu/files/files/artificial\\_intelligence\\_for\\_citizen\\_services.pdf](https://ash.harvard.edu/files/files/artificial_intelligence_for_citizen_services.pdf)>. Acesso em: 5 ago. 2018.

<sup>24</sup> O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, através de sua diretoria de informática, projetou o Radar, uma I.A. com capacidade para identificar e separar recursos com pedidos idênticos. Após esta separação, os desembargadores elaboram um voto padrão a partir de teses das Cortes Superiores e do próprio TJMG, o qual é então utilizado pela máquina para proceder a julgamentos em conjunto dos casos similares. Na primeira oportunidade em que foi empregado, o Radar julgou de uma só vez duzentos e oitenta processos. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. Portal TJMG, Notícias, Belo Horizonte, 7 nov. 2018. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-rtificialem-julgamento-virtual.htm#.XcChotVKiUk>. Acesso em: 17 mai. 2021.

2017, p. 37) e, mesmo que a tramitação de processos judiciais por meio eletrônico tenha experimentado um expressivo crescimento, o número de tribunais que utilizam essa prática ainda é pequeno. Os avanços ocorridos em Tecnologia da Informação (TI) não têm sido capazes de superar os gargalos existentes, como a demora na fase de execução, os baixos índices de conciliação e o constante congestionamento processual. E isso porque a mera existência de um banco de dados que permite a distribuição de informações às partes interessadas, por meio da internet, sobre o andamento de processos e o conteúdo de decisões judiciais, não é capaz, por si só, de incrementar de maneira significativa os índices de desempenho e produtividade <sup>25</sup>.

O projeto mais ambicioso, que ainda não é uma realidade no ano de 2021, é a parceria entre o Supremo Tribunal Federal e a Universidade de Brasília, denominado VICTOR, em homenagem ao ex-Ministro Victor Nunes Leal. Segundo Mamede Said Maia Filho:

A nova ferramenta que está sendo desenvolvida tem a finalidade de realizar o juízo acerca da repercussão geral no STF, avaliando a totalidade dos recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários que chegam à Corte, e investigar se cumprem o requisito determinado pelo art. 102, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, se se vinculam a algum tema de repercussão geral. Nesse sentido, o projeto do STF pode vir a se constituir em poderosa ferramenta de utilização de IA que afetará positivamente o desenvolvimento do controle de constitucionalidade difuso realizado pela Corte<sup>26</sup>.

Segundo o portal institucional do STF, o Victor não irá ocupar o lugar dos juízes. O mesmo não decide ou julga; ele está sendo treinado tão somente para atuar na organização dos processos visando o aumento da eficiência e da velocidade da avaliação judicial<sup>27</sup>. Nesse aspecto, é diretriz forte dos tribunais brasileiros e principalmente do Supremo Tribunal Federal a inexistência de autorização para haver uma decisão robotizada.

Não temos o objetivo de desenvolver uma análise aprofundada sobre o funcionamento do programa VICTOR do STF. O objetivo fazer é pensar mais além, e considerar que o VICTOR, que ainda se encontra em modo experimental, não tem capacidade de julgamento, sendo apenas um identificador de demandas e um separador de recursos e temas para facilitar as decisões pelos Ministros do STF.

---

<sup>25</sup> MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Vitor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. Rev. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, set./dez. 2018, p. 221.

<sup>26</sup> MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Vitor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. Rev. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, set./dez. 2018, p. 222.

<sup>27</sup> BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F.P.G. Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, jul./out. 2019, p. 71.

## 5 Inconstitucionalidades e impossibilidade jurídica do “juiz-robô”

No inciso I do art. 93 do CR/88, verificamos que para ser juiz, é necessário que uma pessoa natural, que tenha formação em direito, exercício de no mínimo 3 anos de atividades jurídicas após a formatura e passe em concurso público de provas e títulos. Tal requisito seria intransponível para uma “máquina”, que não pode cursar faculdade, não tem como provar o efetivo exercício jurídico após a formatura e nem pode fazer concurso público de provas e títulos. A constituição brasileira não aceita “juiz-robô”. Por óbvio, não se nega que também é possível ser juiz no Brasil através do quinto constitucional, onde advogados e membros do ministério público com mais de 10 anos de exercício da carreira, pleiteiam por meio de voto entre seus pares (lista sêxtupla), após votos entre os desembargadores (lista tríplice) e após, a escolha do Governador do Estado dentro os três mais votados pelo tribunal (art. 94, CR/88) e para os Ministros dos Tribunais Superiores, há a necessidade de indicação pelo Presidente da República, de pessoas com mais de 35 anos de idade, reputação ilibada e notório saber jurídica, nos termos do art. 101, CR/88.

A atividade jurisdicional é indelegável e somente pode ser exercida por juízes devidamente investidos no cargo. Veja, em nenhum dos artigos supracitados da Constituição considera que a atividade jurisdicional seja realizada por uma “máquina” ou que a atividade do juiz seja auxiliado por uma “máquina”. Em regra, não se admite “juiz-robô” e nem “assessor-robô”.

Paralelo as normas constitucionais que não admitem a função de um juiz-robô, percebendo que o Código de Processo Civil, em seu artigo 16, estabelece que “A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código”. Veja, na infraconstitucionalmente, o comando é que a atividade jurisdicional deve ser desenvolvida por juízes (pessoas naturais) e não por “juiz-robô”.

Acrescente-se, ainda, que a lei complementar n. 35, que estabelece sobre a organização da magistratura nacional estabelece em seu art. 1º que o poder judiciário é exercido pelos juízes, dentro dos limites de sua competência. Essa recomendação, trata-se de outro empecilho para a adoção do “juiz-robô” no judiciário brasileiro, seja como titular da decisão, seja como assessor do juiz.

Ao admitir o “juiz-robô” todo o judiciário brasileiro entraria em colapso, uma vez que o juiz deixaria de ser fundamental na estrutura de prestação da atividade jurisdicional para ser um simples alimentador de informações para que a “máquina” pudesse fazer todo o serviço.

Além disso, a responsabilidade pela função jurisdicional seria dos programadores o que violaria toda a normatividade existente constitucionalmente ou infraconstitucional do Brasil. Isso sem falar na falar que os programadores não revelariam os desvios cognitivos existentes nos programas e poderiam manipular sistemas e resultados. Há um claro perigo de que os algoritmos utilizados para formatar os padrões decisórios não consigam garantir imparcialidade necessária e contribuir ou agravar ainda mais o desajuste social.

Há, de fato, um perigo enorme na utilização do “juiz-robô” não só para humanidade como também para toda a estrutura jurisdicional. A pretensa isenção dos que sustentam a possibilidade de um juiz-robô frente ao juiz-humano não se verifica na prática em razão da existência de enviesamento cognitivo dos algoritmos e que podem validar decisões por uma suposta matemática da exclusão social ou de preconceitos estruturais da sociedade.

## **6 Responsabilidade do Estado pela função do “juiz-robô”**

A segunda questão para justificar a impossibilidade ou inconstitucionalidade da utilização de um “juiz-robô” seria, justamente, a responsabilidade do Estado pela em razão da atuação do juiz-robô. Em sendo possível tecnicamente a operacionalização do “juiz-robô” quem seria o responsável pelos erros jurisdicionais robotizados?

Um dos textos mais importantes sobre a responsabilidade do Estado pela função jurisdicional foi escrito por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>28</sup>, fruto de sua tese de doutoramento junto da Universidade Federal de Minas Gerais. Nesta obra, sustenta o autor que a possibilidade do juiz responder direta e pessoalmente pela função jurisdicional quando o mesmo proceder com dolo ou fraude ou quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Sustenta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que o direito brasileiro, seguindo os cânones do direito moderno, consagrou o princípio da responsabilidade do Estado pelos atos ilícitos e danosos causados aos particulares pelos seus agentes públicos. Isto está regulado na Constituição, no art. 37, §6º e no art. 43 do Código Civil. Sustenta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que :

Portanto, se o juiz, no exercício das suas funções, age com dolo ou fraude, causando prejuízos a alguém, comete ato ilícito comissivo e a responsabilidade do Estado é objetiva, fundada na teoria do risco. Por outro lado, se o agente público julgador atua

---

<sup>28</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

culposamente, deixando de determinar providências que o ordenamento jurídico lhe impõe, disto resultando prejuízos às partes, pratica ato ilícito omissivo e a responsabilidade do Estado é subjetiva, lastrada na culpa anônima do serviço público. Em qualquer das hipóteses, portanto, tratando-se de ato ilícito praticado pelo agente público julgador, do qual resulte dano ao particular, haverá responsabilidade do Estado, que terá direito de regresso em relação ao juiz<sup>29</sup>.

Com bases nessas informações, não seria possível, o exercício e responsabilização do “juiz-robô”, de forma regressiva, conforme prevê o art. 37, §6º da CR/88, em razão de que o mesmo não poderia ser responsabilizado pessoal e diretamente pelos seus atos e isso poderia ser uma forma de retirar a responsabilidade dos agentes públicos. O Estado é uma criação jurídica, sua atuação é regida pela legalidade, e se houver erros por desvios de conduta, os funcionários são responsáveis, e se tivermos um “juiz-robô”, estaremos institucionalizando a irresponsabilidade dos juízes.

Luiz Greco sustenta que:

a barreira decisiva e intransponível ao juiz-robô: diferentemente do juiz humano, o robô não responde pelo que ele decide, porque esse **ele**, a rigor, inexistente. O robô não presta contas de sua decisão, muito menos de suas razões. Ele não pode olhar nos olhos de quem é afetado pelo exercício do poder, não pode com ele travar qualquer diálogo humano, nem compreendê-lo, porque a máquina nada compreende, e muito menos manifestar-lhe respeito, mas unicamente simular todas essas atitudes, porque a black box (3.0?) não é apenas opaca, e sim vazia. (...) O juiz-robô sempre será um estranho diante do cidadão; como pode o robô decidir sobre a vida de um alguém, se ele literalmente não faz ideia de que o que é viver? O juiz-robô significa poder de julgar sem responsabilidade<sup>30</sup>.

Diante dessa situação de ausência de responsabilidade do “juiz-robô”, concluímos que sua atuação no direito processual brasileiro, mesmo a luz do art. 37, §6º da CR (responsabilidade objetiva) e direito de regressivo em caso de culpa, são questões impeditivas para que se possa utilizá-lo como um instrumento de manifestação da atividade jurisdicional.

O erro na função jurisdicional praticado pelo Estado (decisão interlocutória, sentença e acórdão) é passível de ensejar a responsabilidade do Estado. Pode ocorrer o erro em qualquer processo (civil, penal, trabalhista) abrangendo o erro de fato ou o erro de direito, o erro em relação ao encaminhamento do procedimento (*error in procedimento*) ou o erro relativo ao julgamento do mérito (*error in iudicando*). Sustenta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que os erros judiciários têm origens em múltiplas situações apreendidas em razão do que ordinariamente acontece na conturbada atividade forense, assim resumidas: a) dolo do agente público julgador

<sup>29</sup>Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional. p. 175.

<sup>30</sup> GRECO, Luís. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 45-47.

(juiz), provocando o erro judiciário de forma consciente, com o objetivo de prejudicar alguém (...),b) culpa do agente público julgador, nas situações em que há imperícia, negligência ou ambas (...), c) dolo ou culpa dos agentes auxiliares dos órgãos jurisdicionais, como a autoridade judicial, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o administrador judicial, o avaliador, o depositário público, quando estes apresentam informes ou elementos mentirosos, errôneos, deturpados, deficientes ou falsos (...) d) surgimento posterior de fatos relevantes e comprovados que possam contradizer ou anular provas ou quaisquer elementos considerados no processo onde o ato jurisdicional eivado de erro foi praticado<sup>31</sup>.

Posto isto, sendo o erro cometido por um robô, quem será responsável por tal ato?

O primeiro candidato a ser responsável pelo ato do juiz-robô, segundo Luis Greco, poderia ser os programadores do “juiz-robô”. Luis Greco entende que:

a sugestão de que o programador pudesse ser o responsável desconhece, de uma perspectiva fática, que os complexos programas de computador não são obra de um único técnico, mas de equipes, cuja composição é flutuante. Isso acaba tendo por consequência que não existe mais ninguém que tenha uma visão global total sobre o programa e o possa compreender de forma completa. (...) Mas também e principalmente de uma perspectiva jurídica mostra-se uma adicional dificuldade. Mesmo que houvesse, faticamente, um programador responsável, ele não é juiz, a quem a lei fundamental confia, com exclusividade, o poder judicial<sup>32</sup>.

O segundo candidato a ser responsável pelos erros do “juiz-robô” nas prestações da atividade jurisdicional seriam as empresas contratadas para o desenvolvimento dos *softwares*. Aqui, verifica-se apenas uma atribuição do dolo na pessoa jurídica e não na pessoa natural.

O terceiro candidato a ser responsabilizado pelo erro judiciário quando envolver o “juiz-robô” seria o próprio afetado como responsável. Nesse sentido, seria ofertado ao afetado pela decisão a escolha em ser julgado por uma pessoa ou por uma máquina. Se a escolha do afetado for pela máquina, a responsabilidade pelo resultado seria absolutamente sua. Trata-se de dar uma chance ao afetado pelo julgamento de ter uma decisão desprovidas de preconceitos e mais imparcial. Infelizmente, atribuir ao afetado a responsabilidade por qualquer erro que ocorrer em seu julgamento, nas considerações de Luis Greco seria absurdo, pois “o cidadão não tem qualquer opção: ele se entrega às mãos da máquina da mesma forma que a vítima entrega o brilhante a quem a extorque<sup>33</sup>”.

---

<sup>31</sup> Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional. p. 188-189.

<sup>32</sup> Luís Greco. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. p. 47-48.

<sup>33</sup> Luís Greco. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. p. 52.

O quarto candidato a ser responsabilizado pelo erro judiciário quando envolver o juiz-robô seria o próprio robô. A responsabilização das máquinas pelos julgamentos equivocados é o contrassenso da humanidade. Atribuir as máquinas tal responsabilidade é reduzir em muito a condição humana e sobrevalorizar a condição das máquinas. Ocorre que tal responsabilização penal ou civil das máquinas por prejuízos causados em razão dos erros judiciários não tem o menor sentido de existir. Elas (máquinas) não conseguem ter criticidade sobre seus atos e não podem ser punidas, nem civilmente ou penalmente. Se buscamos responsabilizar as máquinas pelos erros judiciários estaremos subvertendo todo o nosso direito constitucional e uma perspectiva humanista existente. Haverá com a responsabilização das máquinas ou dos “juizes-robôs” a violação direta da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III CR/88), bem como, o direito de “acesso ao judiciário” e de ser ouvido por um juiz (art. 5º, XXXV da CR/88). “Uma máquina não ouve, nem nada aprecia, pelo simples fato de ela nada compreende. Não há direito real ao contraditório (art. 5º. LV, CF) diante de uma máquina<sup>34</sup>”.

O quinto candidato a ser responsabilizado pelo erro judiciário que envolver o juiz-robô seria o Estado e, portanto, a aplicação da norma prevista no art. 37, §6º da CR/88. Ocorre que, a constituição da república brasileira não consagrou apenas o direito de indenização para a atividade jurisdicional que causa danos a alguém, mas sobretudo, o direito de regresso, do Estado ao funcionário público que age de forma a causar dano a um cidadão. Assim, ao atribuímos responsabilidade para o Estado exclusivamente para pagar uma indenização em favor do cidadão lesado estaríamos admitindo a completa irresponsabilidade subjetiva, não havendo mais a quem punir pelo erro judiciário. Não haveria um sujeito responsável pelo dano e o próprio Estado estaria assumindo a irresponsabilidade completa dos seus serventuários, o que de fato, estar-se-ia, na contramão do direito a reparação integral do dano.

Diante dessas questões, é inadmissível e inconstitucional a atribuição de julgar a um “juiz-robô”.

## **7 Decisões padronizadas e decisões robotizadas**

Muitas pessoas admitem a possibilidade da atuação do juiz-robô sob o argumento que muitos juízes naturais dão decisões de modo automatizados, utilizando o critério “*copia-cola*” para fundamentar suas decisões e isso seria uma forma rudimentar de automatização que justifica a robotização das decisões judiciais.

---

<sup>34</sup> Luís Greco. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. p. 59.

Ocorre que precisamos fazer uma importante distinção entre decisões padronizadas (iguais em fundamentação) e decisões robotizadas. As decisões padronizadas são elaboradas pelos juízes naturais, buscando fundamentos em artigos e argumentos e provas dos autos que são semelhantes em outras decisões já proferidas. Já as decisões robotizadas são decisões que são construídas integralmente pelo juiz-robô e possuem a função de substituir integralmente as decisões dadas pelos juízes naturais. Nas decisões robotizadas, os fundamentos de fato e de direitos são dados por programas de computadores, de forma autônoma e reproduzindo, pelo menos no plano formal, as mesmas argumentações dadas pelos juízes naturais.

As decisões padronizadas não são admitidas em direito e nem mesmo as decisões robotizadas. Pela leitura do art. 93, IX da CR/88, indica que todas as decisões judiciais serão públicas e devidamente fundamentadas. Some-se a isso, o que determina o art. 489, §1º do CPC, em seu inciso III, que se considera não fundamentada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”. Isso é uma decisão genérica. Apresentar argumentos de direito e de fato como arremedo de uma suposta decisão fundamentada é enaltecer o fingimento processual. As fundamentações jurídicas genéricas, sem valorar as provas, apresentando apenas argumentos de direito não podem ser consideradas decisões fundamentadas. Isso tanto vale para as decisões padronizadas, quando para as decisões robotizadas.

A determinação para que todas as decisões sejam devidamente fundamentadas não é apenas um critério formal, para garantir validade às decisões jurídicas. Sustenta Carlos H. Soares, que:

a determinação para que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas decorre da necessidade de se evitar a discricionariedade e o autoritarismo judicial. A fundamentação das decisões permite a fiscalização das decisões pelas partes, por outros juízes, em grau de jurisdição e por terceiro interessado em rever a decisão em algum aspecto que pode lhe prejudicar. A fundamentação das decisões é um importante instrumento de democracia e cidadania pois permite compreender o raciocínio lógico desenvolvido pelo julgador com base nas argumentações das partes e das provas produzidas nos autos<sup>35</sup>.

O juiz-robô, por mais que imite uma decisão judicial em seus fundamentos, ainda sim será uma imitação. Fundamentar é enfrentar argumentos de fato e de direito apresentados pelas partes. A imitação feita pelo juiz-robô é deficiente nesse sentido. Assim também, como é deficiente a decisão que reproduz decisões idênticas utilizando o sistema “copia-cola”

---

<sup>35</sup> SOARES, Carlos Henrique. Lições de direito processual civil. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 121-122.

permitidos nos computadores. Ambos são imitações de fundamentos e imitam decisões. A fundamentação é a exteriorização dos argumentos lógicos que explicam a opção por um dos sentidos da norma e também a rejeição por outros. A fundamentação serve como controle da arbitrariedade nas sentenças, por se revelar o caminho lógico que levou o magistrado a decidir

Uma decisão robotizada sempre será uma decisão com uma certa deficiência de fundamentação. Os algoritmos colocados como padrões para decidir não são autoexecutáveis.

O juiz-robô obedece a padrões de decisões binárias no qual em uma situação hipotética A, deve ser aplicado a norma B, caso houver a prova C, proferindo o resultado ABC. Qualquer variação da hipótese, da norma ou da prova levará ao não reconhecimento do direito. A lógica binária e a linguagem de computador é sempre assim. O modelo matemático das decisões judiciais dadas pelo juiz-robô não possui nenhuma flexibilização decisional. Situações atípicas (não previstas em seu banco de dados) serão avaliadas pelas máquinas como situações fora do modelo (padrão) e serão rejeitadas por ausência de enquadramento dentro das hipóteses possíveis e previsíveis em seu banco de dados. As máquinas possuem uma limitação em seus fundamentos, e a lógica jurídica não pode ser reduzida a modelos matemáticos.

Também não conseguimos verificar, pelos estudos feitos, a possibilidade das máquinas de “ponderar as decisões judiciais” resolvendo qual princípio seria aplicável ao caso concreto (art. 489, §2º, CPC). Diante de um conflito aparente de normas jurídicas principiológicas as máquinas não terão legitimidade para decidir sobre qual o princípio deve ser aplicado ao caso concreto. O dilema entre o direito a vida e o direito à saúde para as máquinas seriam um fator de *bug* (defeito na resposta a ser dada pela máquina). Não seria possível uma decisão por um juiz-robô para a escolha entre um princípio ou outro em razão do fato de que ambos os direitos deveriam ser protegidos e não se concebe o afastamento pontual de um para a aplicação do outro princípio. Esse raciocínio pelas máquinas, se for possível do ponto de vista da programação, seria ausente de legitimidade, pois as máquinas não sabem o que é uma vida e nem o que é a saúde. A ponderação das decisões judiciais somente é possível diante do caso concreto, das provas e argumentações apresentadas, e as máquinas infelizmente nesse ponto ainda não teriam condições de decidir sobre os destinos da humanidade.

## **8 Juiz-robô e a valoração e valorização das provas**

Outro aspecto importante sobre a atuação do juiz-robô no processo judicial é justamente a produção de provas e sua valoração.

Se mostra ainda, impossível, que um juiz-robô possa participar de uma audiência de instrução, inquirir as partes e testemunhas e fazer um juízo de valor sobre os depoimentos apresentados em uma audiência de instrução. Essa é uma constatação empírica. Até o ano de 2021, mesmo com todos os avanços tecnológicos não se viu, nem mesmo em caráter experimental, a participação de um juiz-robô na audiência de instrução. Também não temos notícias de que um juiz-robô acompanhou qualquer diligência fora do fórum, em uma clara realização de inspeção judicial.

No entanto, não é possível duvidar, que em futuro próximo, uma máquina filme os depoimentos pessoais das partes ou das testemunhas, e diante de parâmetros de informações sobre a voz e expressão corporal seja possível, em dados matemáticos, analisar se as informações são verdadeiras ou não. De fato, nossas reflexões beiram à ficção científica, por enquanto e trata-se apenas de um exercício mental de como seria a atividade jurisdicional robotizada e que não se resume exclusivamente as questões de direito, mas também as questões de fato, a inquirição de testemunhas, os depoimentos pessoais das partes e a inspeção judicial.

O “juiz-robô” e suas decisões não podem apenas julgar causas em segundo grau de jurisdição, e tratar somente sobre matérias de direito, e deixar para o juiz-homem o julgamento das matérias de fato. Se quisermos um julgamento por uma máquina será preciso vencer todos os obstáculos que ainda existe para a decisão judicial robotizada. Enfrentar as provas e valorar e valorizar as provas ainda não é possível pelos robôs e não temos notícia alguma de êxito nesse sentido pelos “programadores” que estão se debruçando sobre tais atividades jurisdicionais.

É bom que se diga que não queremos um “juiz-robô” apenas como uma evolução do “detetor de mentiras”. A atividade jurisdicional robotizada tem que substituir todas as funções do juiz, quais sejam, controlar o procedimento e garantir o contraditório para partes, participar das audiências e inquirir partes, testemunhas, receber alegações finais e proceder o julgamento.

E aí, como não há diferenças entre as atividades entre o juiz-robô e os demais atores do processo, como o advogado e o ministério público, seria possível permitir e admitir que também poderiam existir “advogados-robôs” e “ministério público-robôs”, garantindo-se a participação das partes por meio de um assistente robotizado.

Essa reflexão sobre o “juiz-robô” é muito mais complexa do que apenas utilizar programas de computador junto aos tribunais para se identificar causas idênticas e assim resolver sobre elas. Pelo que expomos, abre-se uma grande frente de discussão sobre a substituição dos atores principais dos processos (juiz, advogado, ministério público) para um processo robotizado em todos os seus sentidos, sem mais nenhuma intervenção humana e

podendo chegar em decisões sem a observância da ética e da moral, muito importantes para o agir deliberativo e para a restrição de direitos dos cidadãos.

Por isso, mesmo com todos os avanços tecnológicos até hoje existentes, é temerário que se troque o juiz natural pelo juiz-robô. As portas que se abrem são realmente perigosas e vamos acabar transferindo a responsabilidade de julgar para máquinas e retirar tal atividade dos homens, o que sem sombra de dúvidas será um caminho sem volta para a não proteção dos direitos fundamentais e da proteção das liberdades individuais.

## 9 Conclusões

A “inteligência artificial”, como afirmado, significa que as máquinas “imitam”, o pensamento humano. Não é possível ainda, falar em “inteligência artificial” pois essa palavra pressupõe a existência e o desenvolvimento de crítica e que ainda é inconcebível nas atividades robotizadas. A crítica é uma capacidade humana e que permite reavaliar atos e corrigi-los e não apenas reproduzir um conjunto de atos preconcebidos e programáveis existentes nos “*software*”.

O agir ético-moral, em alguns casos, pode ser previsto, e quando a máquina assim age, está agindo respeitando seus algoritmos. Na ausência de algoritmos percebemos que as máquinas não agem, paralisam, sobreaquecem, pois não conseguem superar sua própria existência e programação.

Ao admitir o “juiz-robô” todo o judiciário brasileiro entraria em colapso, uma vez que o juiz deixaria de ser fundamental na estrutura de prestação da atividade jurisdicional para ser um simples alimentador de informações para que a “máquina” pudesse fazer todo o serviço. Há, de fato, um perigo enorme na utilização do “juiz-robô” não só para humanidade como também para toda a estrutura jurisdicional. A pretensa isenção dos que sustentam a possibilidade de um juiz-robô frente ao juiz-humano não se verifica na prática em razão da existência de enviesamento cognitivo dos algoritmos e que podem validar decisões por uma suposta matemática da exclusão social ou de preconceitos estruturais da sociedade.

Concluindo, também não seria possível, o exercício e responsabilização do “juiz-robô”, de forma regressiva, conforme prevê o art. 37, §6º da CR/88, em razão de que o mesmo não poderia ser responsabilizado pessoal e diretamente pelos seus atos e isso poderia ser uma forma de retirar a responsabilidade dos agentes públicos. O Estado é uma criação jurídica, sua atuação é regida pela legalidade, e se houver erros por desvios de conduta, os funcionários são

responsáveis, e se tivermos um “juiz-robô”, estaremos institucionalizando a irresponsabilidade dos juizes. Diante dessa situação de ausência de responsabilidade do “juiz-robô”, concluímos que sua atuação no direito processual brasileiro, mesmo a luz do art. 37, §6º da CR (responsabilidade objetiva) e direito de regressivo em caso de culpa, são questões impeditivas para que se possa utilizá-lo como um instrumento de manifestação da atividade jurisdicional.

As decisões robotizadas não são validas juridicamente pois a fundamentação não é um aspecto eminentemente formal. A obrigatoriedade das decisões fundamentadas existe em razão da necessidade de se evitar a discricionariedade e o autoritarismo judicial. A fundamentação das decisões permite a fiscalização das decisões pelas partes, por outros juízos, em grau de jurisdição e por terceiro interessado em rever a decisão em algum aspecto que pode lhe prejudicar. A fundamentação das decisões é um importante instrumento de democracia e cidadania pois permite compreender o raciocínio lógico desenvolvido pelo julgador com base nas argumentações das partes e das provas produzidas nos autos.

Uma decisão robotizada sempre será uma decisão com uma certa deficiência de fundamentação. Os algoritmos colocados como padrões para decidir não são autoexecutáveis.

O “juiz-robô” e suas decisões não podem apenas julgar causas em segundo grau de jurisdição, e tratar somente sobre matérias de direito, e deixar para o juiz-homem o julgamento das matérias de fato. Se quisermos um julgamento por uma máquina será preciso vencer todos os obstáculos que ainda existe para a decisão judicial robotizada. Enfrentar as provas e valorar e valorizar as provas ainda não é possível pelos robôs e não temos notícia alguma de êxito nesse sentido pelos “programadores” que estão se debruçando sobre tais atividades jurisdicionais.

Nesse sentido, apresentamos os principais argumentos constitucionais e legais, bem como, ético-morais para não se utilizar os julgamentos robotizados.

## REFERÊNCIAS

ARISTOTELE. *Metafísica* – Saggio introduttivo, testo greco con traduzione. Disponível em: [https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1332285/mod\\_resource/content/1/Aristoteles-Metafisica-Edicoes%20Loyola%20%282002%29.pdf](https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1332285/mod_resource/content/1/Aristoteles-Metafisica-Edicoes%20Loyola%20%282002%29.pdf). Acesso em: 15 dez. 2020 às 00:08.

ASIMOV, I. *Eu, Robô*. 2. ed. em português. Tradução de Luiz Horácio da Matta, 1969. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Isaac%20Asimov-2.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BARRAT. J. *Nuestra invencion final: La inteligencia artificial y el fin de la Era humana*. Trad. Cast., de S. Rodriguez. Paido: Mexico, 2017.

BOSTROM, Nick; YUDKOWSKY, Eliezer. *The ethics of artificial intelligence*. In: FRANKISH, Keith;

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F.P.G. *Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros*. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, jul./out. 2019.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIGNUM, Virginia. *Artificial intelligence: foundations, theory, and algorithms*. Cham: Springer, 2019.

DRUMMOND, Marcílio Henrique Guedes. *O direito dataísta*. In: FONSECA, Isabella *et al.* *Inteligência artificial e processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

GRECO, luís. *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*. São Paulo: Marcial Pons, 2020,

HARARI, Y. N. *Homo Deus : Breve história del mañana*. Trad. R. Joandomènec. Debate: Madrid, 2016.

KANG, Minsoo. *The mechanical daughter of Rene Descartes: the origin and history of an intellectual fable*. *Modern Intellectual History*, v. 14, n. 3.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Inteligencia Artificial y Posthumanismo*. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES Carus Jefferson; CÉSAR, Joaqui Portes de Cerqueira. *Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. 1ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido. 2020.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. *Projeto Vitor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito*. Rev. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, set./dez. 2018.

MEHR, H. *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*. [S.l.], 2017. Disponível em: <[https://ash.harvard.edu/files/files/artificial\\_intelligence\\_for\\_citizen\\_services.pdf](https://ash.harvard.edu/files/files/artificial_intelligence_for_citizen_services.pdf)>. Acesso em: 5 ago. 2018.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisórias às máquinas*. Revista de Processo, São Paulo, v. 285, nov. 2018.

RAMSEY, William M. (ed.). *The Cambridge Handbook of artificial intelligence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 316-334. Disponível em: <https://intelligence.org/files/EthicsofAI.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020 às 22:54, na p. 6 (versão com pequenas alterações em relação à versão impressa).

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Ética e Inteligência Artificial: da possibilidade filosófica de Agentes Morais Artificiais* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

SOARES, Carlos Henrique. *Lições de direito processual civil*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021,

TURING, A. M. Computing Machinery and Intelligence. *Mind*, v. 49, p. 433-460, 1950.

VILLANI, Cédric. Donner uns sens à li'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne. 2018. Disponível em: <https://www.aiforhumanity.fr>).

## 2

### **JUSTIÇA NORMATIVA E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA**

**Vinícius Lott Thibau<sup>36</sup>**

#### **1 Introdução**

Na teoria geral do direito e no direito processual, é destacado o tema da lacuna, que é, frequentemente, conceituada como a ausência de norma. O vazio jurídico analisado pela literatura especializada, no entanto, não é somente o que se configura pela inexistência de uma norma que integre o ordenamento jurídico e que regule determinada situação, mas, igualmente, o que se estabelece pela ausência de uma norma que contemple os fatos sociais do tempo presente e, ainda, o que se impõe pela inexistência de uma norma justa.

É, nesse sentido, que, por estudos brasileiros, a lacuna é, usualmente, classificada como normativa, ontológica e axiológica ou ideológica. Uma taxionomia que será considerada por este escrito, que, adotando a proposição neoinstitucionalista do processo como marco teórico (LEAL, 2013, 2016, 2017, 2018), objetiva examinar, de modo mais detido, a denominada lacuna axiológica ou ideológica e os expedientes empregados para a sua colmatação.

Isso porque, nas publicações de teoria geral do direito e de direito processual, quando é abordada a colmatação da lacuna axiológica ou ideológica, discute-se se o preenchimento do vazio jurídico deve ser incrementado pela decisão de um juiz ou por uma norma nova produzida pelo legislador. Pelo ensino dos autores que se dedicam à análise da temática, a justiça normativa pode decorrer da atuação solipsista de uma autoridade estatal, a quem cabe, no exercício da atividade judicial ou legislativa, criar o direito para substituir uma norma que, apesar de vigente e aplicável à situação examinada, é afirmada como insatisfatória por não acolher os valores sociais que estariam a vigorar na realidade.

---

<sup>36</sup> 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.

O problema mais relevante que daí se extrai é que as teses da indispensabilidade da colmatação da lacuna axiológica por decisão judicial e da obrigatoriedade da colmatação da lacuna ideológica pelo legislador deixam de considerar que, com o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, a operacionalização fático-normativa não pode se desenvolver de modo desprocessualizado, pois o *devido processo* é o referente lógico-jurídico que habilita o povo total a construir o seu próprio destino jurídico.

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.

## **2 Ausência de norma justa como lacuna e a colmatação desprocessualizada do vazio jurídico**

O vazio jurídico é examinado, com intensidade, pela teoria geral do direito, que, por uma abordagem inicial, ainda adstrita ao liberalismo, preocupou-se com a lacuna normativa e, principalmente, com os métodos destinados à sua integração.

Com o advento do paradigma do Estado Social de Direito, e, por consequência, pelos novos perfis atribuídos ao debate relativo ao “domínio sistemático da produção de normas, bem como da onipresença do legislador em relação a todos os comportamentos socialmente possíveis” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 215), a teoria geral do direito ampliou a sua análise e, desde então, também investiga outras espécies de lacuna, que, com base em uma redução taxionômica proposta por Maria Helena Diniz, pode ser rotulada como:

1ª) *normativa*, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) *ontológica*, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o anciloseamento da norma positiva; 3ª) *axiológica*, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta. (2009, p. 95)

Considerando essa classificação, é a lacuna axiológica que mais interessa à pesquisa formalizada. É que, embora não tenha recebido muita atenção nos escritos de teoria geral do direito, que examinam, com mais cuidado, as lacunas normativa e ontológica, uma abordagem da lacuna axiológica apresenta-se contributiva para o Estado Democrático de Direito, que é

democrático exatamente por não acolher a possibilidade de que o direito seja operacionalizado pelas autoridades estatais, de modo desprocessualizado.

O estudo é relevante porque, além das dificuldades impostas à adjetivação de uma norma como injusta, no final do século XIX, a dogmática processual de índole bülowiana integrou ao seu conteúdo programático o tema da lacunosidade axiológica, atribuindo ao julgador o dever de identificar e colmatar essa lacuna por via decisória.

Fundada na arcaica concepção de processo como relação jurídica de direito público (BÜLOW, 1868), que, ainda hoje, é majoritariamente acolhida por renomados estudiosos do direito processual (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004), a literatura especializada anuncia, repetidamente, que, no recinto de operacionalização do direito, o magistrado não deve somente aplicar as leis, mas, também, ajustá-las por decisão judicial, sempre que aferir um desacordo normativo com os valores sociais vigorantes em uma ainda não suficientemente esclarecida realidade.

É, nesse sentido, aliás, que a lacuna axiológica aludida por Maria Helena Diniz apenas se aproxima da lacuna que foi denominada ideológica por Norberto Bobbio. Não se trata apenas de uma divergência vocabular, já que, a despeito da identidade conceitual das lacunas axiológica e ideológica, enquanto a autora brasileira e outros diversos juristas sustentam a necessidade de que a lacuna axiológica seja colmatada por um pronunciamento judicial decisório, o autor italiano nega essa possibilidade quanto à lacuna ideológica.

Ao se pronunciar sobre o tema, Norberto Bobbio acentua que, após os estudos desenvolvidos por Giovanni Brunetti:

Entende-se também por “lacuna” a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas de *iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são *de iure condito* (do direito já estabelecido).

E continua:

Que existem lacunas ideológicas em cada sistema jurídico é tão óbvio que não precisamos nem insistir. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito, pelo menos nenhum ordenamento jurídico positivo. Somente o ordenamento jurídico natural não deveria ter lacunas ideológicas; aliás, uma possível definição do Direito natural poderia ser aquela que o define como um Direito sem lacunas ideológicas, no sentido

de que ele é aquilo que deveria ser. Mas um sistema de Direito natural ninguém nunca formulou. A nós interessa o Direito positivo. Ora, com respeito ao Direito positivo, se é óbvio que cada ordenamento tem lacunas ideológicas, é igualmente óbvio que as lacunas com as quais deve se preocupar aquele que é chamado a aplicar o Direito não são as ideológicas, mas as reais. Quando os juristas sustentam, em nossa opinião, sem razão, que o ordenamento jurídico é completo, isto é, não tem lacunas, referem-se às lacunas reais e não às ideológicas. (1999, p. 140)

De conseguinte, para Norberto Bobbio (1999), quando se mira a colmatação da lacuna imprópria, que corresponde à lacuna ideológica, é de se considerar que essa somente pode ser preenchida através de normas novas produzidas pelo legislador, ao contrário do que ocorre com a lacuna imprópria ou real, que deve ser colmatada pelo intérprete. A teorização bobbiana não se alinha à proposição que se formula, habitualmente, na teoria geral do direito e na dogmática processual tradicional, segundo a qual:

[...] a função jurisdicional, quer seja ela de “subsunção” do fato à norma, quer seja ela de “integração” de lacuna normativa, ontológica ou axiológica, não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão, nitidamente, criadora, uma vez que os juízes dispõem, se for necessário, os tesouros de engenhosidade, para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os limites de sua jurisdição. Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se realizaria, seria amputado no seu próprio dinamismo ou movimento, ou seja, não estaria em condições de sofrer o impacto da realidade, que nunca é plena e acabada, por estar sofrendo injunções de modificações sociais e valorativas, estando, portanto, sempre se perfazendo. (DINIZ, 2009, p. 302-303)

De acordo com os autores que acolhem a necessidade de que a lacuna axiológica seja colmatada por decisão judicial, logo, é o magistrado que deverá garantir que a lei não se sobreponha aos valores sociais que afirma vigorar na realidade. No recinto de operacionalização do direito, é dever do julgador combater a legislação injusta com a prolação de decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos que se imponham como atos de poder corretivos da normatividade estatal deficiente estabelecida pelo legislador.

Trata-se de uma asserção que é apontada como equivocada por Aroldo Plínio Gonçalves, que, ao examinar a lacuna ideológica, presta adesão às lições de Norberto Bobbio. Para Aroldo Plínio Gonçalves (2014), se a lacuna ideológica surge quando há solução para o conflito, mas esta é considerada inexistente porque tida como injusta pelo juiz, é possível afirmar, então, que, no direito positivo, nenhuma lacuna existe, afastando-se, assim, a necessidade de intervenção do magistrado.

Segundo afirma Aroldo Plínio Gonçalves (2014), como a lacuna que se pretende colmatar não é normativa, mas extraída da comparação do ordenamento jurídico vigente com um ordenamento jurídico ideal, somente o legislador está apto a realizar o preenchimento do vazio jurídico, tendo em vista que a lacuna diz respeito ao direito que deve ser estabelecido e não ao direito que vigora.

Com efeito, é possível afirmar que, para alguns estudiosos da lacunosidade, a justiça normativa decorre da atuação do juiz e, para outros, do legislador. Um debate que, a partir da teoria neoinstitucionalista do processo, desenvolve-se por proposições que se apresentam frágeis no Estado Democrático de Direito, já que:

[...] o que vai designar a existência do *status* democrático de direito é a autoabertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da racionalidade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, concretização, atuação e aplicação do direito vigorante. [...] A teoria neoinstitucionalista do processo como *medium* hermenêutico da procedimentalidade realizadora do direito democrático é devolutiva ao *povo*, por habilitações de todos ao *devido processo* [...], da fiscalidade soberana, direta e simultânea, das esferas de produção e aplicação do direito pela plebiscitarização processual (legitimidade plenária *ad processum* e *ad causam*) do controle irrestrito e incessante de democraticidade jurídico-sistêmica. (LEAL, 2016, p. 147)

Pelo marco teórico adotado por este escrito, portanto, as teses da indispensabilidade da colmatação da lacuna axiológica por decisão judicial e da obrigatoriedade da colmatação da lacuna ideológica pelo legislador não são compatíveis com a democracia processual, uma vez que, por essas, a normatividade justa pode decorrer da atuação solipsista de uma autoridade estatal.

Conjectura-se, contudo, que a tese da indispensabilidade da colmatação da lacuna axiológica por decisão judicial erige-se como a mais nefasta ao direito processual democrático, pois, além de enunciar, pelos seus fundamentos, a violação da isocrítica – o que também ocorrerá, caso a colmatação da lacuna ideológica incremente-se por uma atuação legislativa que não se atente ao *devido processo* –, viabiliza a instalação da tirania da vontade legífera do judiciário.

### **3 Normatividade justa e a tirania da vontade legífera do judiciário**

A proposição neoinstitucionalista do processo não se alinha às ofertas teóricas que afirmam a possibilidade de justiça mediante aplicação de uma norma situada fora do discurso legal (LEAL, 2001, v. 2). Daí, seria mesmo esperado que, pelos seus conteúdos informativos,

não se recepcionasse a tese da imprescindibilidade da colmatação da lacuna axiológica pela decisão proferida por um juiz que não esgota o seu ofício pela “simples aplicação das leis. Precisa aplicá-las de modo a encontrar o justo no caso concreto, razão por que resulta inegável o papel criador da jurisprudência” (AZEVEDO, 2014, p. 154-155).

Pela perspectiva judicial-ativista, deixa-se de se considerar que, na democracia de cunho não liberal ou social, é vedada a tirania da vontade legífera do judiciário (LEAL, 2012), pois, pelo paradigma da constitucionalidade brasileira, o *devido processo* “é que cria e rege a *dicção* procedimental do direito, cabendo ao juízo ditar o direito pela escritura da lei no provimento judicial” (LEAL, 2001, p. 17. v. 2) e não produzir, por decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, normas destinadas a ocupar um vazio jurídico que se estabelece pela cogitação de um ordenamento jurídico ideal.

A tese da indispensabilidade da colmatação da lacuna axiológica por decisão judicial baseia-se na equivocada premissa de que, por suas qualidades, o juiz estaria habilitado a devassar a denominada realidade social para aferir quais são os valores ali predominantes e, em seguida, criar uma norma – justa – que deve ocupar o lugar daquela que é por ele afirmada como insatisfatória à solução do conflito.

A crença desenvolvida pelos juristas que sustentam a indispensabilidade da colmatação da lacuna axiológica por decisão judicial abona a asserção de que o juiz somente bem cumprirá o seu ofício se acessar, por via mental, a realidade social que não foi adequadamente percebida pelo legislador. A criação judicial da norma é qualificada como medida de justiça, pois, pela via decisória, estarão respeitados os valores sociais vigorantes ao tempo da atuação fático-normativa, como se lê, por amostragem, nos escritos de Jair Eduardo Santana (1998), Álvaro Henrique Teixeira de Almeida (1999), Cândido Rangel Dinamarco (2004, 2013), Carlos Henrique Bezerra Leite (2007), Maria Helena de Diniz (2009), Plauto Faraco de Azevedo (2014) e Carlos Maximiliano (2017).

É, nesse sentido, que é possível afirmar que a colmatação da lacuna axiológica por decisão judicial apenas se incrementa mediante a instalação de uma exceção cotidiana inauguradora do incontornável paradoxo de se teorizar o juiz como “um garante da normalidade do direito vigente, sempre que for necessário, pela sua suspensão” (LEAL; THIBAU, 2015, p. 26).

Conforme enunciado em outro escrito (LEAL; THIBAU, 2015), desde a publicação de *Gesetz und Richteramt* (BÜLOW, 2003), a dogmática processual tradicional passou a admitir a suspensão da ordem jurídica por práticas decisórias judiciais diárias, a pretexto de, com isso,

estar afastando a legalidade faltosa e acatando as exigências da realidade da vida, as quais somente seriam acessíveis ao julgador, a quem cabe preencher o vazio jurídico instaurado pela alegada injustiça normativa.

É o que se propõe pela tese da indispensabilidade da colmatação da lacuna axiológica por decisão judicial. O magistrado tem a missão de criar uma norma justa com o objetivo de livrar o povo total de uma legislação que é tida como deficiente, sem valorizar 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 *contra lege*, produzir decisões justas (vangloriosas) ou compor, por sentenças legiferantes ou *de lege ferenda*, soluções magníficas, justas (clarividentes), para os conflitos [...]. (LEAL, 2001, p. 20-21, v. 2)

Como afirma Rosemiro Pereira Leal, no Estado Democrático de Direito, o julgador “não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do *discurso estrutural* do procedimento processualizado pelo *due process* democrático” (2001, p. 16, v. 2). Por isso, o judiciário não pode ser compreendido como “o espaço encantado (reificado) de julgamento de casos para revelação da *JUSTIÇA*” (LEAL, 2001, v. 2), tal qual ocorria quando ainda não estava superado o paradigma do Estado Social de Direito.

#### **4 Justiça como direito fundamental de desconstrutividade normativa e a isocrítica**

Pelo marco teórico adotado neste escrito, a fragilidade da tese da indispensabilidade da colmatação da lacuna axiológica por decisão judicial não propicia o acolhimento da oferta teórica que delega o dever de colmatar a lacuna ideológica ao legislador estatal.

É que, pela teoria neoinstitucionalista do processo, a justiça é conjecturada como o direito fundamental de desconstrutividade (LEAL, 2017). A expressão é extraída, parcialmente, das lições de Jacques Derrida (2010), que afirma, em *Força de Lei*: o fundamento místico da autoridade, que o direito é essencialmente desconstrutível, seja porque é fundado, isto é, baseado no que denomina camadas textuais interpretáveis e transformáveis, seja porque é infundado. Para o filósofo argelino, em qualquer das hipóteses, a desconstrutividade viabiliza

o progresso, motivo pelo qual a afirmação de que o direito é desconstrutível não deve ser compreendida como uma alusão negativa.

Para Rosemiro Pereira Leal (2017), o magistério derridariano não merece integral acolhimento, pois nele constam as tormentosas expressões essencialmente e progresso. Feitas essas ressalvas, no entanto, é aproveitável o ensinamento de Jacques Derrida, já que o direito sem o conceito de justiça não pode ser qualificado como o direito democrático referido pela proposição neoinstitucionalista do processo.

Se Jacques Derrida destacou-se por enunciar a justiça como possibilidade de desconstrução do próprio direito, para Rosemiro Pereira Leal, “um ‘direito justo’ só seria concebível pelo *Processo*” (2017, p. 118-119). Pelos avanços teóricos que resultam do estudo do processo na contemporaneidade, “o *sistema jurídico* só é configurativo de direito democrático se suscetível de recriação e fiscalização permanente pelo DEVIDO PROCESSO aberto a todos os integrantes da Comunidade Jurídica [...]” (LEAL, 2016, p. 103-104), motivo pelo qual qualquer pretensão de justiça normativa que se formule pela exclusão do povo total deve ser caracterizada como paradigmaticamente desajustada.

É o que ocorre em relação à oferta teórica de Norberto Bobbio. A tese formulada pelo jurista italiano é obsoleta sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito porque deixa de considerar que a atividade produtora da lei por via da instalação da procedimentalidade legislativa, *per se*, não é suficiente ao asseguramento da isocritica, que, segundo a teoria neoinstitucionalista do processo, é um dos conteúdos da isonomia, que também é integrada pela isotopia e isomenia (LEAL, 2001, v. 2, 2016).

A isocritica é a “igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei” (LEAL, 2001, p. 23, v. 2) ao constante aprimoramento do ordenamento jurídico. Para que não seja violada no âmbito da produção legislativa, portanto, é indispensável que a lei erija-se como o ato final de um procedimento legiferante processualizado, sob pena de se vedar o exercício do direito fundamental de desconstrutividade pelo conjunto de legitimados ao processo.

Em outros termos: sendo o procedimento uma estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais que se desenvolvem segundo o modelo legalmente instituído e em uma relação espaço-temporal na qual o ato anterior é pressuposto do ato posterior e este extensão do ato antecedente até o ato final (LEAL, 2018), bem como o processo um “referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos) de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na comunidade jurídica constitucionalizada” (LEAL,

2018, p. 142), é possível afirmar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a atuação do legislador estatal, ainda que procedimentalizada, não basta à construção de uma norma justa.

Isso porque, se, por um lado, são vários os *deficits* de democraticidade processual advindos da teoria no sentido de que não “há como vedar a criação limitada e responsável do direito pelo juiz como forma de diminuir essa perigosa distância entre as leis e os fatos sociais” (AZEVEDO, 2014, p. 153), por outro lado, também são diversos os riscos que decorrem da afirmação de que o legislador estatal deve colmatar a lacuna ideológica.

Pesquisa realizada por André Del Negri (2017), fundada nos conteúdos informativos da teoria neoinstitucionalista do processo e com foco no direito brasileiro, anuncia que, no âmbito da produção da lei, a procedimentalidade nem sempre é processualizada. A admissão de decisões terminativas nas comissões temáticas do Congresso Nacional, a possibilidade de proferimento do voto de liderança, a legitimidade restrita para a instauração de mandado de segurança ao incremento de um controle de constitucionalidade dos projetos de lei, a ausência de isonomia entre os partidos políticos, o *lobby* e a deficiência técnico-científica dos legisladores explicitam que o *devido processo* não atua de modo pleno, incessante e irrestrito na regência da procedimentalidade legiferante, assim como fundamentam o magistério de que “não é qualquer parlamentarização que torna democrática a produção da lei e nessa asserção é que se destaca o *modus instituente* da lei como tema de insuperável relevância na atualidade dos estudos jurídicos” (LEAL, 2017, p. 123).

Com efeito, para o direito democrático, erige-se modesta a contribuição que decorre da lição de Aroldo Plínio Gonçalves, no sentido de que as lacunas ideológicas “só podem ser eliminadas por meio da formulação de novas normas, tarefa que compete ao legislador” (2014, p. 727). A despeito de o escólio afastar, expressamente, a possibilidade de colmatação da lacuna axiológica por decisão judicial, é de se considerar que essas novas normas podem ser produzidas, de modo desprocessualizado, à homologação de pretensões impeditivas do implemento do direito à vida livre e digna do povo total.

Dessa forma, também a tese da obrigatoriedade da colmatação da lacuna ideológica pelo legislador apresenta-se pouco consistente, porque não valoriza que:

A liberdade decisória, para adquirir legitimidade e ser exercida em qualquer atividade da administração-governativa pelas funções legislativa, executiva e judiciária (e não mais por poderes de um Estado instrumental-mítico-utópico), há de sofrer uma fiscalidade incessante, aberta, continuada, pelo legislador originário que é o destinatário do ordenamento jurídico como povo total de **legitimados ao processo** de atuação das co-instituições integrantes da rede normativa da comunidade jurídica

constitucionalizada. Esse é o direito democrático-proposicional-enunciativo que, à sua explicitação, exige uma processualidade legiferativo-provimental nos níveis instituinte, constituinte e constituído da legalidade [...]. (LEAL, 2017, p. 101)

Assim é que, se, pela teoria neoinstitucionalista do processo, a justiça está adstrita à atuação do *devido processo* na regência da espacialidade procedimental legiferante, sempre que, no recinto de produção da lei, não atuarem os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, a norma haurida da lei construída não poderá ser caracterizada como justa. Afinal, no direito democrático, nenhuma norma constante de lei criada pelo legislador eleito pode ser considerada justa, se não for instalada a possibilidade do legislador político fiscalizar a atividade produtora da lei.

Essa é uma conjectura não enfrentada pelos estudos tradicionais de teoria geral do direito e de direito processual, já que, por esses, a falibilidade normativa não é compreendida como o “espaço jurídico de liberdade processual *isocrítica* e não um defeito caótico do direito escrito” (LEAL, 2016, p. 39). Por uma perspectiva desgarrada da processualidade democrática, a lacuna – normativa, ontológica e, sobretudo, axiológica ou ideológica – não é concebida como o “ponto político de liberdade processual criativa e recriativa de direito formulado” (LEAL, 2016, p. 39) pela comunidade jurídica de legitimados ao processo, mas como o vazio jurídico que pode ser preenchido pela atuação solipsista de uma autoridade estatal.

Não é por mero acaso, logo, que diversos escritos de teoria geral do direito e de direito processual examinam a disputa que é travada entre o juiz e o legislador estatal em prol da normatividade justa e deixam de enfrentar um problema que é muito mais importante para o direito democrático: o que diz respeito à impossibilidade de produção, aplicação, interpretação, modificação ou extinção de uma norma sem a observância do *devido processo*.

## **5 Conclusão**

O significado de normatividade justa adotado pela proposição neoinstitucionalista do processo é diverso do que é, usualmente, divulgado pelos escritos de teoria geral do direito e de direito processual. Ao conjecturar a justiça como o direito fundamental de desconstrutividade, Rosemiro Pereira Leal viabiliza uma abordagem da norma justa que não reproduz asserções que, embora sejam bastante festejadas pela literatura especializada, não se apresentam alinhadas às bases normativas do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Pelos conteúdos informativos da teoria neoinstitucionalista do processo, nega-se acolhimento a uma justiça normativa que decorra da possibilidade de colmatação da lacuna

axiológica pela decisão de um juiz que deve criar o direito à correção da legalidade que é afirmada insatisfatória por não acolher os valores dominantes na sociedade que o julgador deve tutelar.

De acordo com os fundamentos da proposição neoinstitucionalista do processo, também não se apresenta recepcionável a teorização de que a justiça normativa emana da colmatação da lacuna ideológica pelo legislador estatal, que deve se valer da procedimentalidade legiferativa para a criação de uma norma nova ao ajuste da legalidade que, a despeito de vigente, não é considerada ideal para a sociedade que representa no âmbito parlamentar.

A partir da teoria neoinstitucionalista do processo, a tese da indispensabilidade da colmatação da lacuna axiológica por decisão judicial apresenta-se como a mais nefasta ao direito democrático, porque, por suas asserções, além de ser enunciada a violação da isocrítica – o que, igualmente, ocorre pela colmatação da lacuna ideológica por uma atuação solipsista do legislador – é viabilizada a instalação da tirania da vontade legífera do judiciário.

Tendo em vista que, para o marco teórico adotado nesta pesquisa, o direito fundamental de desconstrutividade somente pode ser incrementado mediante atuação do *devido processo*, é possível concluir que, para a oferta proposicional neoinstitucionalista do processo, não há normatividade justa se a lacuna axiológica ou ideológica não foi colmatada por uma norma constante de lei produzida em um procedimento processualizado, a qual, após criada, deve se submeter à plena, constante e irrestrita problematização, também pelo *devido processo*.

## REFERÊNCIAS

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

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BEZZERA LEITE, Carlos Henrique. As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho: necessidade de heterointegração do sistema processual não-penal brasileiro. **Revista do TST**, Brasília, vol. 73, n. 1, p. 98-106, jan./mar. 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

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

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.

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

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o “fundamento místico da autoridade”. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Biblioteca do pensamento moderno).

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

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.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Processo civil e processo do trabalho: possibilidades e limites da aplicação subsidiária. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 65, p. 711-733, jul./dez. 2014.

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. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). **Direito processual**: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: PUC Minas – Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 185-190.

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

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.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. (Coleção Direito e Justiça).

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2017. (Coleção Fora de Série).

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

# 3

## **PROCESSO E JUSTIÇA NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

**Marcelo Antônio Rocha<sup>37</sup>**

### **1 ORIGEM, JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

O Tribunal Penal Internacional foi estabelecido de fato em 02 de julho de 2002, data em que entrou em vigor o Estatuto de Roma<sup>38</sup>, documento que lhe deu origem. O Estatuto foi aprovado e concluído na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, em 17 de julho de 1998, com o propósito de criação de um tribunal penal de jurisdição internacional, permanente e independente, dotado de personalidade jurídica própria, com sede em Haia, Países Baixos. Ao longo do século XX e diante da internacionalização dos direitos humanos, das relações políticas e também dos conflitos armados e das inúmeras atrocidades cometidas contra as pessoas, surgiu a necessidade de criação de um organismo internacional capaz de fazer frente e punir os criminosos responsabilizados por crimes que aviltam e afetam toda a humanidade. Longe de ter apenas uma pretensão punitiva, o Tribunal tem como prerrogativa evitar que a barbárie seja a tópica no relacionamento entre Estados e seus cidadãos. A partir da possibilidade da responsabilização penal individual dos líderes de grupos ou Estados responsáveis por crimes contra a humanidade em geral, pretende-se construir no plano internacional um ambiente de paz e respeito aos direitos humanos. De acordo com Fábio Konder Comparato:

---

<sup>37</sup> Bacharel em Direito (Dom Helder), Bacharel e Mestre (UFMG) em Filosofia e Professor na Escola Superior Dom Helder Câmara, onde coordena, junto com o Prof. Dr. Carlos Henrique Soares, o GIC “Direito, Democracia e Justiça: uma análise das repercussões jurídicas e sociais da Teoria da Justiça como Reconhecimento”. E-mail: marcelo.fil@gmail.com

<sup>38</sup> O Estatuto de Roma foi concluído na cidade italiana de Roma, em 17 de julho de 1998. Foi assinado pelo Brasil em 07 de fevereiro de 2000, tendo sido aprovado por meio do Decreto Legislativo 112, de 06 de junho de 2002, com depósito da Carta de Ratificação brasileira em 20 de junho de 2002. Foi promulgado internamente pelo Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002. Entrou em vigor internacional em 01 de julho de 2002. Em 11 de abril de 2002, as 60 ratificações exigidas para a entrada em vigor do Estatuto foram atingidas.

A instituição de um regime de autêntica cidadania mundial, em que todas as pessoas, naturais ou jurídicas, de qualquer nacionalidade, tenham direitos e deveres em relação à humanidade como um todo, e não apenas umas em relação às outras pela intermediação dos respectivos Estados, supõe, entre outras providências, a fixação de regras de responsabilidade penal em escala planetária, para sancionar a prática de atos que lesam a dignidade humana. Em tais casos, a definição do ato como criminoso, bem como o julgamento e a punição do agente responsável, não constituem matéria adstrita à soberania nacional de cada Estado; tanto mais que, na quase-totalidade dos casos, os agentes criminosos são autoridades estatais, ou pessoas que gozaram de proteção destas para a prática dos atos criminosos. (COMPARATO, 2007, p. 446)

O Tribunal Penal Internacional surge então com competência para julgar os crimes em geral contra a humanidade<sup>39</sup> previstos no Estatuto de Roma. Porém, a sua competência é relativa às pessoas responsabilizadas pelo cometimento desses crimes, não sendo, portanto, de sua competência responsabilizar e julgar crimes atribuídos à Estados nacionais. Além disso, a sua competência subsidiária tem caráter de complementariedade, cabendo-lhe julgar apenas aqueles casos em que houver omissão ou mesmo incapacidade por parte do Estado de origem do acusado de puni-lo pelos crimes praticados. Somente serão julgados pelo Tribunal aqueles crimes contra a humanidade praticados após a entrada em vigor do Estatuto de Roma e o início de suas investigações será notificado, de antemão, ao Estado com jurisdição sobre o caso a ser investigado, de modo a dar-lhe a possibilidade de se manifestar sobre o seu interesse de promover por si mesmo as investigações suscitadas pelo Tribunal ou transferir a este a competência para investigar o caso em questão, de modo que, a ação do Tribunal fica limitada àqueles casos em que a repressão interna não funcione. De acordo com Mazzuoli:

Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. Sendo pessoa jurídica de Direito Internacional o TPI passa a ter personalidade jurídica distinta da dos seus membros. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do seu Estatuto, no território de qualquer Estado-parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado. Sua jurisdição, obviamente, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas, no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas. (MAZZUOLI, 2009, p.46)

Os Estados signatários do Estatuto de Roma deverão cooperar plenamente com o Tribunal de modo a lhe facilitar o inquérito e os procedimentos de detenção e julgamento dos acusados. Para isso, “os Estados-parte deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação” (Estatuto de Roma,

---

<sup>39</sup> De acordo com Mazzuoli, “a expressão 'crimes contra a humanidade' geralmente conota quaisquer atrocidades e violações de direitos humanos perpetrados no Planeta em larga escala, para cuja punição é possível aplicar-se o princípio da jurisdição universal.” (MAZZUOLI, 2009, p.58)

artigo88). Nesse sentido, espera-se que cada Estado esteja em condições de fazer comparecer perante o Tribunal o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários (Estatuto de Roma, artigo 17). As decisões do Tribunal farão coisa julgada para si e para os tribunais de todos os Estados signatários, ficando também, em contrapartida, o Tribunal obrigado a aceitar as decisões dos tribunais dos Estados.

A ONU (Organização das Nações Unidas) também poderá, por meio de resolução aprovada por seu Conselho de Segurança, solicitar ao Tribunal que seja iniciada ou suspensa investigação ou outro procedimento, ficando as atividades do Tribunal dependentes de tal solicitação. Sendo o Tribunal mantido graças aos recursos dos Estados e da ONU, compreende-se que a sua atuação independente pode vir a ser comprometida diante dos interesses daqueles que o mantêm financeiramente.

## **2 CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

O Estatuto de Roma, em seu Capítulo II, estabelece os crimes que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, por constituírem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade e que, por isso, o Tribunal Penal Internacional tem competência para julgá-los. O crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão<sup>40</sup> são considerados de crimes de repercussão internacional pois afetam a toda a humanidade.

O crime de genocídio foi caracterizado pela primeira vez na Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (Resolução 260-A, III, da ONU), em 09 de dezembro de 1948. Tal crime é considerado o crime contra a humanidade de maior gravidade pois caracteriza o extermínio deliberado de um determinado tipo humano por outro e viola o direito de cada grupo humano viver de acordo com seus costumes e religião. O crime de genocídio é apresentado no artigo 6 do Estatuto nos seguintes termos:

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;

---

<sup>40</sup> O crime de agressão não será objeto de análise uma vez que não existe uma definição precisa de "agressão" e o Estatuto não tipifica tal crime, apesar de listá-lo entre os crimes de sua competência.

e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Os crimes contra a humanidade são aqueles que violam os direitos humanos mais básicos e que estão conexos aos crimes de guerra e contra a paz. São cometidos contra a população civil de modo organizado e sistemático visando o seu extermínio ou dificultar-lhe de tal modo a sobrevivência tornando, mesmo que de modo indireto, incerta a sua existência. Por crimes contra a humanidade, o Estatuto contempla, em seu artigo 7:

(...) qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de *apartheid*;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Os crimes de guerra são aqueles cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política em larga escala, em tempos de guerra, que visam afetar gravemente a população civil usando-a, por meio do terror, como instrumento para que os objetivos bélicos sejam alcançados. Tais crimes, que violam as regras do direito internacional humanitário, estão listados no artigo 8, 1a, do Estatuto:

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

- i) Homicídio doloso;
- ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;
- iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;
- iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;
- v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;

- vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;
- vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade;
- viii) Tomada de reféns;

Também são conhecidos como crimes de guerra as violações graves contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados no âmbito do Direito Internacional, de acordo com o artigo 8, 1b, do Estatuto. Ressalta-se que ainda no artigo 8, parágrafo 2o., alíneas *d* e *f*, são incluídos no rol dos crimes de guerra os conflitos armados não internacionais que representam uma ameaça à segurança e à paz internacionais. Crimes dessa natureza são cometidos pela atuação violenta e arbitrária de um Estado contra o seu próprio povo, por exemplo:

- c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:
  - i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura;
  - ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;
  - iii) A tomada de reféns;
  - iv) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.
- d) A alínea c) do parágrafo 2º do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante;
- e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional (...);
- f) A alínea e) do parágrafo 2º do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

### **3 A RESPONSABILIDADE PENAL INTERNACIONAL DOS INDIVÍDUOS**

O Estatuto de Roma prevê em seu artigo 25 a responsabilidade criminal internacional de indivíduos responsáveis pelos crimes sob sua jurisdição, negando-lhes quaisquer imunidades ou privilégios decorrentes dos cargos que porventura ocupavam no momento de seu envolvimento nos crimes dos quais são acusados. Segundo Mazzuoli, “consagrou-se o princípio

da responsabilidade dos agentes públicos, juntamente com o princípio da igualdade, onde a qualidade oficial dos acusados não pode servir para eximir a pessoa em causa de responsabilidade criminal, nem diminuição de pena” (2009, p.69). Uma vez que o Tribunal vai se ocupar de crimes que são promovidos por indivíduos com algum tipo de liderança sobre as demais pessoas, é imprescindível que esses líderes não tenham qualquer tipo de imunidade ou que possam se escusar de suas práticas alegando estar cumprindo ordens<sup>41</sup> ou zelando pelo bem do interesse público. Ressalte-se que os crimes em geral contra a humanidade são cometidos por indivíduos, não por Estados ou quaisquer formas de pessoas jurídicas, e, por isso, a responsabilização individual contemplada pelo Estatuto constitui um avanço no âmbito do Direito Internacional. Antes da vigência do Estatuto não havia a possibilidade de julgamento e condenação por crimes internacionais pois não havia um órgão competente para tal<sup>42</sup>. De acordo com o texto do artigo 25:

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.
2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.
3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:
  - a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;
  - b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;
  - c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;
  - d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:
    - i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou
    - ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;
  - e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;
  - f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.
4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

Poderá o Promotor do Tribunal, a qualquer momento, após aberto o inquérito, emitir

---

<sup>41</sup> De acordo com o artigo 28 do Estatuto, os chefes militares e outros superiores hierárquicos serão responsabilizados por crimes da competência do Tribunal.

<sup>42</sup> Com exceção dos tribunais *ad hoc* instituídos para julgar os crimes cometidos na Segunda Guerra (Tribunal de Nuremberg e Tribunal de Tóquio, em 1945), na ex-Iugoslávia (1993) e no Ruanda (1994).

mandado de detenção contra pessoa considerada responsável pelos crimes de competência do Tribunal. O mandado de detenção deverá ser fundamentado com justa causa e provas suficientes do envolvimento daquele que será detido e visará garantir o seu comparecimento ao Tribunal, cessar a prática do crime e evitar que o mesmo obstrua de qualquer maneira o inquérito e o trabalho do Tribunal. Nesse sentido, a cooperação dos Estados é determinante, pois sem o cumprimento do mandado de detenção e a posterior entrega do acusado, não terá nenhuma eficácia o trabalho do Tribunal. Deverá ser considerado o princípio da celeridade no cumprimento do mandado de detenção uma vez que, por se tratar de crime contra humanidade, pode-se evitar que ofensas graves às pessoas sejam cometidas. Ressalte-se que os excessivos trâmites burocráticos favorecem apenas aqueles que serão alvos de condenação, nunca a população em geral<sup>43</sup>. Nesse sentido, de acordo com o espírito do Estatuto de Roma, há

(...) a convicção de que só devem ser declarados criminosos e, portanto, passíveis da mais severa punição os atos que a consciência ética da coletividade, e não a opinião pessoal dos juízes ou o interesse particular dos que detêm o poder político, assim considera. Ora, o pressuposto lógico desse raciocínio é que a lei penal – ou o tratado internacional que institui crimes e penas – seja, efetivamente, a expressão da consciência ética e coletiva, nacional ou internacional. Se em alguns países esse pressuposto lógico não corresponde à realidade, pois as leis simplesmente expressam a vontade e o interesse próprio dos governantes, no plano internacional pode-se dizer, hoje, que ele é largamente respeitado. (COMPARATO, 2002, p. 460)

#### **4 O CASO DO SUDÃO: ANÁLISE DAS REPERCUSSÕES DO MANDADO DE DETENÇÃO CONTRA O PRESIDENTE OMAR AL-BASHIR**

Em 04 de março de 2009, o Tribunal Penal Internacional emitiu ordem de detenção contra Omar Al-Bashir, Presidente do Sudão, por crimes de guerra e contra a humanidade, responsabilizando-o por diversas atrocidades cometidas contra a população de Darfur. A situação em Darfur havia sido remetida ao Tribunal Penal Internacional pela resolução 1593 do Conselho de Segurança da ONU, adotada a 31 de março de 2005. Foram emitidos, pelo 1º Juízo de Instrução do Tribunal, mandados de detenção contra Ahmad Harun, Ali Kushayb e o Presidente do Sudão, Omar al-Bashir. Em 14 de julho de 2008, o Procurador do Tribunal Penal Internacional, Luis Moreno-Ocampo, já havia solicitado ao Tribunal que al-Bashir fosse

---

<sup>43</sup> A história está repleta de exemplos nesse sentido. Muitas vidas se perderam, por exemplo, no Ruanda, porque a ONU, imobilizada por sua própria estrutura organizacional demorou demais a tomar uma atitude eficaz – ou que pelo menos tivesse um efeito psicológico de modo a interromper o genocídio que se seguia - ou a enviar forças de paz para o país.

responsabilizado pelos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra, porém o mandado de detenção emitido não faz menção ao crime de genocídio uma vez que o Tribunal entendeu não haver indícios suficientes da prática de tal delito na região de Darfur.

De acordo com o mandado de detenção emitido, Al-Bashir é considerado o autor indireto de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, pelo menos no período de março de 2003 até julho de 2008, e sua detenção se faz necessária tanto para que seus crimes sejam julgados quanto para que cessem os atos de violência que ainda hoje são perpetrados pelo seu governo contra a população de Darfur. O Tribunal, pelas provas apresentadas pelo Promotor, considera que al-Bashir é culpado pelos crimes contra a população de Darfur e responsabiliza diretamente o seu governo, desconsiderando a ação da milícia Janjaweed como única responsável pelos crimes, uma vez que a milícia agia na região de Darfur de acordo com a sua orientação. Considera ainda o Tribunal que a guerra na região trata-se de um conflito interno entre o governo do Sudão e grupos de insurgentes de Darfur, principalmente o SLA (Exército de Libertação Nacional) e o JEM (Movimento pela Justiça e Igualdade).

Nesse ponto, é importante frisar que o governo do Sudão sempre caracterizou os conflitos na região de Darfur como um conflito entre tribos e negou a sua participação ou relação com a milícia Janjaweed. Resta claro, entretanto, que o Tribunal considera a estreita relação entre o governo do Sudão e a milícia Janjaweed, inclusive tendo já emitido, em 27 de abril de 2007, mandado de detenção contra dois dos membros do alto escalão do governo sudanês suspeitos de crimes guerra e contra a humanidade. O primeiro deles contra Ahmad Harun, atual Ministro de Estado dos Assuntos Humanitários do Sudão, responsável por ter recrutado, mobilizado, fundado e armado a milícia Janjaweed com o objetivo de atacar a população de Darfur. O segundo mandado foi emitido contra Ali Kushayb, responsável pela liderança da milícia Janjaweed e organização dos ataques às diversas vilas e tribos em Darfur. Apesar de o Conselho de Segurança da ONU, através da Resolução 1593/2005, ter requerido ao governo do Sudão que detenha e entregue os dois suspeitos ao Tribunal, não houve até então nenhum movimento nesse sentido por parte do governo sudanês, que, inclusive nega qualquer responsabilidade por parte dos suspeitos em relação aos acontecimentos em Darfur.

Ainda, de acordo com o mandado contra al-Bashir, o governo sudanês mobilizou a milícia Janjaweed após o ataque rebelde contra o aeroporto de El Fasher em abril de 2003, com o objetivo de combater a ação desses grupos insurgentes na região de Darfur. Nesse sentido, foram mobilizados, além da milícia Janjaweed, as Forças Armadas Sudanesas, a Força de Polícia Sudanesa, o Serviço Nacional de Inteligência e Segurança e a Comissão de Ajuda

Humanitária.

O governo sudanês considera que os insurgentes são pertencentes às etnias Fur, Masalit e Zaghawa, que compõem a maior parte da população de Darfur e que a sua ajuda é fundamental para a manutenção dos grupos insurgentes, uma vez que esses grupos são mantidos com recursos da própria população. Por isso, de acordo com o Tribunal, o ataque aos civis pertencentes a essas etnias foi orquestrado com o objetivo de evitar que os insurgentes pudessem contar com qualquer tipo de ajuda por parte da população. Nesse sentido, vilas inteiras foram saqueadas, queimadas e completamente destruídas, obrigando os sobreviventes a se deslocarem rumo aos diversos campos de refugiados espalhados pela região ou aos países vizinhos, como o Chade, que conta atualmente com um grande número de refugiados sudaneses em seu território e cujo governo, cristão, se opõe ao governo muçulmano sudanês. Os ataques contra a população foram generalizados, afetando milhões de pessoas e obrigando-as a deixarem suas casas e a buscar um refúgio seguro, e sistemáticos, uma vez que os atos de violência, assassinato, extermínio, tortura e estupro repetiram-se em diversos lugares de modo análogo.

Por fim, considera o mandado de detenção que al-Bashir, sendo o Presidente da República e Comandante-em-Chefe das Forças Armadas Sudanesas, desempenhou um papel fundamental na coordenação dos ataques à população de Darfur, tendo, inclusive, total controle das ações da milícia Janjaweed. Assim, considera o Tribunal que existem motivos suficientes para crer que al-Bashir é penalmente responsável, na qualidade de autor indireto, de acordo com o artigo 25, parágrafos 2 e 3 do Estatuto de Roma, pelos seguintes crimes:

- 1) dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participaram diretamente das hostilidades contra posições do governo sudanês, de acordo com o artigo 8 (Crimes de guerra), parágrafo 2, inciso *i*;
- 2) saquear aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto, de acordo com o artigo 8 (Crimes de guerra), parágrafo 2, inciso *v*;
- 3) assassinar, no quadro de um ataque, generalizado e sistemático, população civil, de acordo com o artigo 7 (Crimes contra a humanidade), parágrafo 1, inciso *a*;
- 4) exterminar, no quadro de um ataque, generalizado e sistemático, sujeitando uma população civil a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população, de acordo com o artigo 7 (Crimes contra a humanidade), parágrafo 1, inciso *b*;
- 5) forçar o deslocamento da população civil, através da expulsão ou outro ato coercitivo,

da zona em que se encontram legalmente sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional, de acordo com o artigo 7 (Crimes contra a humanidade), parágrafo 1, inciso *d*;

6) torturar pessoas, causando-lhes intencionalmente dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, de acordo com o artigo 7 (Crimes contra a humanidade), parágrafo 1, inciso *f*;

7) agredir sexualmente mulheres, por meio de estupro, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada e esterilização, de acordo com o artigo 7 (Crimes contra a humanidade), parágrafo 1, inciso *g*;

O mandado de detenção ainda ressalta que a detenção de Omar al-Bashir é necessária para que o mesmo compareça perante o Tribunal para responder às acusações, que não obstrua e nem ponha em perigo a investigação dos crimes de que supostamente é responsável e que não continue cometendo os crimes mencionados.

De acordo com o artigo 27 do Estatuto de Roma, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal e nem constituirá motivo de redução da pena. Uma vez que as imunidades reconhecidas pelo direito internacional não obstam a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre a pessoa a ser julgada, espera o Tribunal, com base no artigo 59 do Estatuto, que os Estados partes que receberem o pedido de detenção e entrega de Omar al-Bashir adotem medidas necessárias para proceder a sua detenção e que o mesmo seja, o mais rápido possível, colocado a disposição do Tribunal.

#### **4.1 Recepção internacional do mandado de detenção de Omar al-Bashir**

A recepção do mandado de detenção de al-Bashir no plano internacional causa controvérsias uma vez que o próprio governo do Sudão e seus aliados árabes e africanos não reconhecem a legitimidade do Tribunal Penal Internacional para apurar e julgar os responsáveis pela guerra na região de Darfur. Há inclusive controvérsias sobre a responsabilidade do governo do Sudão em relação a essa guerra, pois, segundo a versão oficial o governo sudanês nada tem a ver com a ação das milícias na região de Darfur e que trata-se de um conflito tribal entre povos que disputam a posse de terras e poços de água na região e da ação de grupos insurgentes. O Partido do Congresso Nacional, ao qual al-Bashir é filiado, contesta inclusive o número de mortos no conflito, alegando que reconhece apenas cerca de 10.000 mortos e nega os mais de 400.000 mortos alegados pelas organizações internacionais que prestam ajuda humanitária na

região. O partido de al-Bashir nega também qualquer relação entre o governo sudanês e a milícia Janjaweed e garante que todos os esforços têm sido feitos para impedir a ação de milícias na região e que aqueles que forem acusados pelo cometimento de crimes contra a humanidade serão presos e julgados de acordo com os procedimentos da lei sudanesa.

A Liga Árabe, organização formada por vários estados árabes da África, do Oriente Médio e da Ásia, apoia totalmente o governo de al-Bashir e não considera que os eventos na região de Darfur sejam merecedores de atenção e atuação internacionais e, além do que, considera que o governo sudanês tem feito o possível para pôr fim aos conflitos na região. De acordo com a Liga, o interesse internacional pela região é apenas mais uma das agressões ocidentais contra os árabes e muçulmanos. De qualquer forma, mesmo não reconhecendo a legitimidade da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, a Liga tem feito vários esforços no sentido de negociar acordos de paz entre o governo sudanês e os insurgentes, além de patrocinar ajuda humanitária e a construção de vilas para abrigar refugiados, escolas, postos policiais e postos de abastecimento de água.

A União Africana, organização que conta atualmente com a participação de 53 estados africanos, também não reconhece a jurisdição do Tribunal Penal Internacional e considera que o mandado de detenção contra al-Bashir poderá comprometer todos os esforços que têm sido feitos na região no sentido de garantir a paz, a manutenção da ajuda humanitária e a reconstrução das áreas destruídas. A União considera ainda que a soberania dos países africanos deve ser repetida e que qualquer intervenção internacional a revelia dos interesses nas nações africanas terá como consequência uma maior desestabilização do fragilizado continente africano.

A China, importante parceiro comercial do Sudão e país com poder de veto no Conselho de Segurança da ONU, também não reconhece a legitimidade do mandado de detenção contra al-Bashir e pediu ao Tribunal que suspenda o caso. O governo chinês considera que o governo sudanês está empenhado em garantir a paz e a reconstrução das vilas destruídas e que o mandado de detenção apenas motiva o ódio na região de Darfur. Ressalte-se que o processo de paz entre o norte e sul do Sudão foi intermediado, com relativo sucesso, pelo governo chinês, que explora petróleo na região sul.

Apesar de um grande número de países árabes, muçulmanos, africanos e asiáticos apoiarem o governo de al-Bashir e se recusarem a cumprir o mandado de detenção emitido pelo Tribunal Penal Internacional, muitos outros países já se prontificaram a cumprir o mandado caso al-Bashir adentre em seus territórios. A União Européia e os Estados Unidos, por exemplo,

se manifestaram a favor da detenção e elogiaram a iniciativa do Tribunal. Nesse sentido, diversas organizações de defesa dos direitos humanos e de ajuda humanitária também se mostraram favoráveis a detenção e posterior condenação de al-Bashir. Porém, uma vez que al-Bashir dificilmente adentrará o território dos países que apoiam a decisão do Tribunal, o seu mandado de detenção, de fato, terá como eficácia apenas a condenação moral pelos atos de violência praticados contra a população de Darfur.

#### **4.2 Recepção do mandado de detenção de Omar al-Bashir pelo STF**

O mandado de detenção de Omar al-Bashir foi recepcionado e homologado pelo STF, órgão competente para tal, pelo Ministro Celso de Mello, em 17 de julho de 2009, de acordo com o despacho “PET 4.625-1/República do Sudão”, o qual, após detalhada análise, foi encaminhado para a prévia manifestação da Procuradoria-Geral da República sobre as questões suscitadas no despacho, uma vez que o Brasil, país signatário do Estatuto de Roma, se vê obrigado a cooperar amplamente com o Tribunal Penal Internacional, detendo e entregando Omar al-Bashir ao Tribunal caso seja constatada a sua presença em território brasileiro.

O ministro Celso de Mello registra no seu citado despacho que o pedido de cooperação e auxílio judiciário suscitado pelo Tribunal Penal Internacional para eventual detenção e entrega de Omar al-Bashir não se confunde com um mero pedido de extradição, destacando as suas diferenças. Trata-se a “entrega” da entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do Estatuto de Roma. Entende-se por extradição a entrega, somente requerida por Estados, de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto em um tratado, convenção ou direito interno. No caso da entrega, a relação de cooperação jurídica ocorre não entre Estados, como no instituto da extradição, mas entre Estados e o Tribunal Penal Internacional, que é o organismo que tem competência para julgar crimes internacionais contra a humanidade. Ressalte-se que a competência do Tribunal é subsidiária e Omar al-Bashir somente foi indiciado pelo Tribunal porque não há nenhum interesse por parte do judiciário de seu país de julgá-lo pelos crimes cometidos na região de Darfur.

Registra também o Ministro que este é o primeiro mandado de detenção e entrega de um Presidente da República de outro Estado soberano, em pleno exercício de seu mandato, encaminhado pelo Tribunal ao governo brasileiro, fato este que, segundo o Ministro, demonstra a urgência e relevância de tal mandado de detenção e também a relevância e a necessidade de discussão pelo STF acerca de questões polêmicas suscitadas pela efetividade do Estatuto de

Roma, como por exemplo, o reconhecimento ou não da competência originária do STF sobre a matéria em causa, a possibilidade da simples entrega da pessoa reclamada e a imprescritibilidade de todos os crimes previstos no Estatuto. Dado o ineditismo de tal mandado de detenção, é claro que muitas questões serão trazidas a discussão diante da possibilidade concreta de detenção de um chefe de governo, em exercício, que goza de privilégios e imunidades e conta com o apoio de diversos outros chefes de Estado, e não poderá a Suprema Corte brasileira negligenciar tal tarefa.

Há que se ressaltar que o Brasil cumpriu o seu compromisso de compatibilizar as normas do Estatuto de Roma com a legislação interna (Decreto 4.388 de 25/09/2002), de modo a tornar eficaz a sua atuação no plano nacional. É ponto pacífico que não há nenhuma inconstitucionalidade do Estatuto em relação à Constituição Federal brasileira de 1988, uma vez que o texto constitucional está apto a recepcionar as normas do direito internacional humanitário, de acordo com a cláusula de recepção imediata dos tratados internacionais de direitos humanos presente no artigo 5o., parágrafos 1o. e 2o., e com o princípio da prevalência dos direitos humanos, presente no artigo 4o., II. Por exemplo, a detenção e entrega de Omar al-Bashir ao Tribunal Penal Internacional não é inconstitucional porque não se trata de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e porque o Brasil se comprometeu a realizar tal ação caso seja solicitado. Um outro ponto de controvérsia é a condenação por parte do Tribunal a uma pena de prisão perpétua, incompatível com o ordenamento jurídico nacional. Mas, tal pena poderá ser revista após decorridos 25 anos do seu cumprimento, não significando, portanto, que o sentenciado ficará preso até a sua morte.

## **CONCLUSÃO**

Após a análise dos fatos que levaram o Tribunal Penal Internacional a emitir um mandado de detenção contra Omar al-Bashir, Presidente do Sudão, é preciso destacar alguns pontos importantes sobre o caso.

O primeiro deles diz respeito aos crimes contra a humanidade que ainda hoje são cometidos à revelia das normas do direito internacional humanitário. Apesar de todo o progresso conquistado em diversos setores das atividades humanas, ainda continuamos insensíveis e incapazes de evitar que a barbárie seja a regra entre nós. Apesar do desenvolvimento do direito internacional e das normas de defesa dos direitos humanos, ainda não fomos capazes de criar mecanismos eficientes para evitar que o uso da força substitua o uso da razão. Destruir

propositadamente fontes de recursos naturais para matar pessoas de fome e de sede, envenenar os únicos poços de água disponíveis numa região desértica, estuprar mulheres e crianças, esterilizar meninos e torturar pessoas para que abandonem suas casas e regiões de origem são, ainda hoje, técnicas de guerra utilizadas por muitos governantes. Darfur é hoje o exemplo mais claro da impotência do império da lei diante da razão genocida.

O segundo ponto a se ressaltar é o advento de um Tribunal Penal Internacional permanente com competência para julgar crimes em geral contra a humanidade. Espera-se que no futuro a valorização do ser humano seja considerada pelos Estados como a única razão de suas existências e que todos possam aceitar a jurisdição internacional do Tribunal para deter e julgar aqueles que ainda se apegam a barbárie como forma de solução de conflitos. Nesse sentido, o Tribunal, que só poderá funcionar plenamente com o apoio dos representantes da humanidade, deverá cumprir o seu papel de zelar pela consciência da humanidade e garantir que o império da lei sempre deverá prevalecer sobre o império da barbárie.

O terceiro ponto a se ressaltar é que atualmente o governo de Omar al-Bashir tem feito esforços concretos no sentido de negociar um amplo acordo de paz na região de Darfur e conta com o apoio da União Africana, da Liga Árabe, da ONU e de diversos países, dentre eles o Brasil, para a reconstrução da região de Darfur. O mandado de detenção contra al-Bashir dificilmente será cumprido, porém muito do esforço que é feito atualmente para solucionar o conflito na região certamente foi motivado por ele, o que, por si só, já demonstra que o Tribunal está atuando, de fato, no sentido de diminuir um pouco o sofrimento das vítimas da guerra.

O Sudão é um dos países mais pobres do mundo e a ruína da população ainda deverá ser a regra por muitos anos. Problemas ambientais como a escassez de água e a desertificação são uma realidade e a fome e a sede, consequências desses problemas ambientais, ainda serão causas de muitos conflitos na região. A disputa pela água, por exemplo, é apontada por alguns estudiosos como a causa dos atuais conflitos. Ainda por muitos anos a ajuda de organizações humanitárias será fundamental para garantir a sobrevivência da população.

Espera-se que o governo de Omar al-Bashir possa atender às demandas de sobrevivência e dignidade humana da população de Darfur e negociar um acordo de paz e desenvolvimento para a região nos mesmos moldes em que foi negociado o amplo acordo de paz que pôs fim ao conflito entre o norte e o sul do Sudão.

## REFERÊNCIAS

AMNISTIA INTERNACIONAL PORTUGAL. **Sudão: a geração que não conhece a paz.** Portugal, abril/2008.

BADMUS, Isiaka Alani. **Nosso Darfur, Darfur dele: a política desviante do Sudão e a nascente “limpeza étnica” em uma emergente anarquia africana.** In: Revista Contexto Internacional. Rio de Janeiro, vol. 30, maio/agosto 2008, p. 309-360.

BRASIL. MELLO, Celso de. **Petição 4.625-1/República do Sudão.** Brasília: STF, 2009.

BIZAWU, Sébastien Kiwonghi. **O Conselho de Segurança da ONU e os conflitos nos Grandes Lagos: análise seletiva e interpretativa das resoluções sobre o Congo.** Barueri/SP: Minha Editora, 2008.

CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 5a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. **Orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir,** No: ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Darfur destroyed: ethnic cleansing by government and militia forces in western Sudan.** May 2004, vol. 16, no. 6(A). Disponível em <http://www.hrw.org/en/node/12133/section/2>. Acesso em 10 de julho de 2010.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade.** In: Revista Estudos Avançados. São Paulo, 16 (45), 2002, p. 187-197.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro.** 2a. ed. São Paulo: RT, 2009.

MESSARI, Nizar. (2006) **Darfur – Um genocídio diante dos nossos olhos.** Disponível em < <http://rsi.cgee.org.br/documentos/2981/1.PDF> >. Acesso em 20 de maio de 2010.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Conflitos recentes, estruturas persistentes: notícias do Sudão.** In: Revista de Antropologia. São Paulo, USP, 2001, v. 44, número 2, 127-146.

POWER, Samantha. **Genocídio: a retórica americana em questão.** Trad. Laura Teixeira. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma,** 17 de julho de 1998.

ZEN, Cássio Eduardo. **O relatório da Comissão Internacional de Inquérito sobre a situação em Darfur/Sudão.** In: Revista Brasileira de Direito Internacional. Curitiba, v.1, n.1, jan/jun, 2005, p. 225-250.

# 4

## **A JUSTIÇA COMO OBJETIVO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

**Thiago Loures Machado Moura Monteiro<sup>44</sup>**

### **1 INTRODUÇÃO**

É comum constatar que a busca pela justiça, apresenta-se como uma finalidade do Poder Judiciário, como se a justiça fosse construída pela via decisória, por meio da interpretação jurídica dos fatos e provas, feita pelo magistrado. Contudo igualmente comum é a constatação de que poucas vezes a doutrina cuida em refletir sobre qual seria este conceito de justiça tão aclamado no âmbito da efetividade das decisões judiciais.

Ao refletir hipoteticamente, sobre um processo litigioso comum, aonde autor e réu discutem a responsabilidade por uma colisão de veículos, mostra-se razoável concluir que o conceito de uma decisão justa para o autor, será a procedência de seus pedidos, enquanto para o réu, o conceito de decisão justa seria a improcedência deles. Uma aparente solução seria baseada no princípio da legalidade, considerando o que seria justo no caso concreto, lastreado no que determina a lei, assim por exemplo, se o réu colidiu com seu veículo, na traseira do veículo do autor, presume-se legalmente sua responsabilidade.

Entretanto, em que pese exista legislação regulamentando determinado fato, a imprevisibilidade judicial ainda se mostra presente, pois além das provas e alegações das partes, ao final do processo tudo dependerá da interpretação do magistrado, que tem o dever funcional de julgar de modo a encontrar a decisão mais justa para o caso concreto.

---

<sup>44</sup> 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 2”, liderado pelo professor Doutor Vinicius Lott Thibau. E-mail: thiagoloures.adv@gmail.com.

Alguns autores, partindo de uma concepção instrumentalista do processo, defendem ainda que no momento da decisão judicial, o magistrado não pode ficar restrito ao escopo jurídico de sua decisão, tendo de refletir sobre os escopos sociais e políticos dela, compreendendo o processo como um mero instrumento para efetivação do direito material, em busca da justiça e pacificação social. Esta concepção instrumentalista do processo, permite ainda ao magistrado, julgar além dos limites da legalidade, podendo até mesmo, proferir decisão contrária a lei.

Desse modo, diante da busca pela justiça, o juiz recebe enorme poder discricionário ao proferir suas decisões judiciais, assim a presente pesquisa visa responder o seguinte problema: qual justiça seria o objetivo do direito processual civil brasileiro, no paradigma de Estado Democrático de Direito?

Para responder ao problema proposto, apresentam-se os seguintes objetivos específicos: compreender a busca pela justiça nos principais paradigmas de Estado; analisar as disposições da legislação processual brasileira sobre a busca da justiça; promover reflexões sobre o conceito de justiça e a concepção instrumentalista do processo, em um panorama democrático.

Para tanto, utiliza-se como referencial teórico da presente pesquisa, a teoria neoinstitucionalista do processo, apresentada por Rosemiro Pereira Leal. A respeito da metodologia para a pesquisa, utiliza-se abordagem qualitativa, pelo método hipotético-dedutivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

## **2 A BUSCA PELA JUSTIÇA NOS PARADIGMAS DE ESTADO**

Os paradigmas de Estado abordados em sequência, referem-se aos paradigmas de Estado pós constitucionalização, sendo realizado, portanto, recorte metodológico após o fim da concepção de Estado soberano, abordando os paradigmas liberal, social e democrático.

### **2.1 A busca pela justiça no paradigma liberal**

Como exemplo de Constituição brasileira, pode-se citar a Constituição de 1891, a primeira pós-império, contemplando direitos fundamentais do paradigma liberal, como a propriedade privada, e restringindo a atuação do Estado, o que favorecia a burguesia, que eram os detentores de capital da época.

A atuação Estatal no Estado Liberal era combatida em todos os setores, e no âmbito no Poder Judiciário não era diferente. Tal combate justifica-se pelo receio existente na época, das intervenções estatais excessivas no contexto do Estado Soberano, sendo que princípios processuais como relativos à legalidade, conferem segurança aos burgueses, de que o Poder Judiciário não obstará seus direitos e liberdades individuais.

Dessa forma, a busca pela justiça na ótica liberal, seria traduzida por seguir estritamente a literalidade da lei, tendo a concepção de privada de processo, como sendo algo pertencente as partes, tendo o magistrado um papel secundário no andamento processual, de modo que seria justo aquilo que respeite premissas fundamentais do estado liberal, como a autonomia da vontade das partes, e direitos fundamentais como a propriedade, sem a pretensão de atuar de modo protetivo em relação a um hipossuficiente, ou em perseguir a concepção justa no entender pessoal do magistrado. Conforme destacado por Thibau, na perspectiva liberal,

Cabe ao Poder Judiciário dirimir conflitos interparticulares ou, conforme o modelo constitucional, entre esses e a administração pública, quando provocado, através de procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito, através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, sob os ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a boca da lei. (THIBAU, 2008, p. 330)

No mesmo sentido, Raatz destaca que no Estado Liberal, “[...] o juiz estava proibido de interpretar. Os juízes eram, portanto, apenas os porta-vozes da lei [...]” (RAATZ, 2019, p. 68). Apesar a premissa legalista do ponto de vista processual, o Estado Liberal preconizava a ausência de intervenção do Estado na economia, sem a imposição de direitos mínimos pelo trabalho prestado, o que propiciou uma exploração desmedida do homem pelo homem, intensificando as desigualdades sociais. Del Negri destaca que: “[...] com a ideia do *laissez-faire* (mercado livre), o Estado Liberal entrou em crise, com os quadros de exploração dos seres humanos como os relatados à época da Revolução Industrial. [...]” (DEL NEGRI, 2017, p.30).

Dessa forma, com a queda do Estado Liberal, diante a crescente desigualdade social, surge no Estado Social, a promessa de que o Estado seria um garantidor do bem-estar social, protegendo os mais fracos, e combatendo a desigualdade.

## **2.2 A busca pela justiça no paradigma social**

No âmbito do Estado Social, o Estado apresenta-se como interventor constante na economia, no intuito de garantir o prometido bem-estar social. No âmbito do Poder Judiciário,

essa intensa atuação do Estado é percebida por meio da atuação do juiz, como representante da força vinculante do Estado, para garantir a efetivação da justiça social. Thibau destaca que no paradigma do Estado Social, o magistrado

[...]deve enfrentar os desafios de um Direito lacunoso, cheio de antinomias. E será exercida tal função através de procedimentos que muitas vezes fogem ao ordinário, nos quais deve ser levada mais em conta a eficácia da prestação ou tutela do que propriamente a certeza jurídico-processual-formal: no Estado Social, cabe ao juiz, enfim, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, ‘a Justiça no caso concreto.’ (THIBAU, 2008, p. 337).

De tal forma que essa materialização da justiça no caso concreto, confere amplos poderes de interpretação e integração ao magistrado, que neste cenário possui posição de destaque, na condução do processo. Como exemplo de Constituição brasileira, pode-se citar a Constituição de 1934, que trouxe em seu escopo, a instituição da Justiça do Trabalho, e a disposição expressa de direitos sociais para os trabalhadores, como limite de jornada de trabalho e direito de férias remuneradas, demonstrando o intuito intervencionista na economia, e a mitigação da autonomia da vontade das partes, em detrimento de direitos mínimos conferidos para a população.

Nessa senda, no âmbito processual, destaca-se a concepção instrumentalista de processo, pela qual o processo “[...] deixa de se preocupar somente com seus pressupostos internos e ganha contornos sociais, políticos e jurídicos na fase instrumentalista, o que se denomina de escopos que devem ser alcançados pelo processo[...].” (JOBIM, 2011, p. 92).

Assim, a busca pela justiça no Estado Social seria concretizada com a decisão judicial que atendesse de forma concomitante, aos escopos jurídicos, políticos e sociais da decisão. (DINAMARCO, 2013).

Diante da percepção intervencionista do Estado Social, com a concepção instrumentalista do processo, verifica-se a legitimação de um poder incomensurável para o magistrado, que teria a função de extrair uma compreensão valorativa dos parâmetros de justiça para a sociedade da época, de modo a proferir uma decisão judicial adequada em todos os escopos a que seria direcionada- jurídico, político e social.

De forma que a participação de autor e réu no processo decisório fica em segundo plano, pelo caráter publicista de processo assumido no instrumentalismo que compreende processo como uma relação jurídica de direito público, que depende da chancela final do Estado-juiz, que pode inclusive decidir de forma contrária do que preconiza a lei, já que diante das

circunstâncias do caso concreto, o julgador buscará atingir o resultado mais justo, que pode não ter sido imaginado pelo legislador, já que o legislador pensa em uma norma geral antes do fato, e o magistrado é quem se dedica ao desdobramento do caso concreto e suas peculiaridades.

Na dimensão econômica, o Estado Social, costuma registrar um nível de gastos públicos elevados, para buscar essa prometida garantia do bem-estar social, além de uma participação popular mitigada no âmbito de decisões estatais, já que o povo deve conceber seus representantes, como verdadeiros líderes e protetores, de modo que o assistencialismo promovido por políticas públicas no Estado Social, tendem a propagar tal participação popular mitigada.

No âmbito processual, o direito de contraditório é reduzido para direito de manifestar-se, mas sem garantias de ter seu argumento realmente levado em consideração na tomada de decisão, que pela concepção instrumental seria a decisão judicial uma responsabilidade solitária do juiz com sua consciência e percepções axiológicas, diante do caso concreto. Tal busca pelo escopo político e social acaba por comprometer o instrumentalismo, por gerar enorme insegurança jurídica, pois

[...] a crítica faz com que o instrumentalismo esvazie o próprio escopo processual de valores, pois concede, ao alargar o campo para outros dois escopos – social e político – força igual ou maior para estes, o que denota um enfraquecimento da própria acepção do que vem a ser processo e da jurisdição, concedendo um amplo poder discricionário a cada juiz que poderá julgar, no mais das vezes, conforme o entendimento que ele próprio tem de determinado fato social, trazendo insegurança ao jurisdicionado. (JOBIM, 2011, p. 94-95).

Ante o nível de dependência da população no Estado Social, e a necessidade de uma participação plena das partes em um contexto democrático, faz-se necessário passar a concepção do Estado Democrático de Direito.

### **2.3 A busca pela justiça no paradigma democrático**

Já no paradigma do Estado Democrático de Direito, instaurado formalmente no Brasil, com o advento da Constituição de 1988, evidenciam-se direitos processuais fundamentais, garantidos expressamente no texto Constitucional, como contraditório, ampla defesa, isonomia e legalidade.

Tais direitos já impedem a concepção instrumental do processo, posto que no viés democrático, o processo se apresenta como uma instituição democrática, com direitos

fundamentais próprios, e baseado na lógica democrática, não podendo ser concebido como mero instrumento para efetivação do direito material.

Nesse sentido, pela concepção neoinstitucionalista do processo, o processo é tido como “[...] uma instituição jurídico-linguística autocrítica de criação, atuação, modificação e extinção de direitos e deveres (de lege lata e de lege ferenda), compondo-se dos institutos do contraditório, ampla defesa e isonomia[...].” (LEAL, 2018, p. 60-61).

Diante a todo contexto democrático, a participação das partes na tomada de decisões, bem como a fiscalidade plena das decisões, seriam premissas absolutamente necessárias no âmbito de um processo democrático.

Assim, a busca pela justiça no Estado Democrático seria concretizada com a decisão judicial produzida com participação plena das partes, por meio de um amplo contraditório, e ainda sujeita a fiscalidade plena, e de acordo com o devido processo legal.

Nesta senda, cumpre destacar que seguir o devido processo legal não significa ser um mero reproduzidor do texto da lei, mas significa limitações para atuação do Poder Judiciário, de modo a compatibilizar suas funções de modo democrático. Por devido processo legal, no âmbito do processo democrático, significa dizer, “[...] conjunto de procedimentos e atos procedimentais legiferativamente criados e regidos pelo devido processo para operar, fiscalizar e assegurar direitos e deveres contidos no discurso coinstitucional.”( LEAL,2018, p. 61).

Contudo, resta saber se tais premissas seriam compatíveis com a concepção instrumental de processo, adotada pelo legislador, no CPC de 2015, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

### **3 LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA COMO MECANISMO DE BUSCA PELA JUSTIÇA**

O CPC de 2015 de fato parte de uma visão instrumental do processo, como será demonstrado no presente capítulo. Sendo ainda uma concepção compartilhada pela corrente majoritária da doutrina processual, em conceber o processo como uma relação jurídica de direito público, que serve de instrumento para efetivação do direito material.

O artigo 6º do CPC de 2015 já se destaca como uma finalidade de todos os sujeitos do processo, a obtenção da “[...] decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL, 2015). Já o artigo 8º do mesmo diploma legal, determina que “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da

pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” (BRASIL, 2015).

A menção de que o juiz deve atender aos fins sociais, coaduna com a perspectiva instrumentalista defendida por Dinamarco (2013), de que o processo deve atender ao escopo jurídico, político e social, para chegar a um resultado justo.

Destaca-se na análise dos artigos supramencionados, a subjetividade de alguns termos como fins sociais, decisão justa e efetiva e exigências do bem comum. Quais seriam os fins sociais do processo? O que seria uma decisão justa efetiva? E quais seriam as exigências do bem comum? Conceitos amplos como estes, na perspectiva instrumentalista do processo, acabam por conferir ao magistrado, imensa discricionariedade, posto que seria legítimo, fundamentar uma decisão judicial, na exigência do bem comum, ou por ser uma medida visando uma decisão mais justa, o que com uma hermenêutica média confere meios para justificar qualquer decisão judicial, já que são conceitos subjetivos.

Em outros momentos, o CPC ainda deixa mais claro a intenção de conferir ao magistrado, poderes que ultrapassam os limites da lei, como no art. 139, inciso IV, ao afirmar que incumbe ao juiz, “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).

Com tal dispositivo as medidas atípicas para execução, tem ganhado destaque nos Tribunais do país, legitimando ao magistrado, tomar medidas de execução não previstas na lei, como suspensão da carteira nacional de habilitação do executado, para tirar o mesmo da zona de conforto e induzir o mesmo para quitar suas dívidas.

Tais dispositivos são compatíveis com o instrumentalismo, mas a questão central da presente pesquisa é saber se ter a legislação processual brasileira como mecanismo de busca por essa justiça, em uma perspectiva conceitual metafísica e subjetiva, de modo instrumental, mostra-se compatível, ou não, com o paradigma de Estado Democrático de Direito. Posto que caso não seja compatível, a legislação neste aspecto seria inconstitucional, posto que um processo democrático não é uma possibilidade, mas sim um dever, diante do que dispõe o texto constitucional. De modo que a interface entre o instrumentalismo e o processo democrático é abordada no capítulo seguinte.

#### **4 REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE JUSTIÇA E A CONCEPÇÃO INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO**

Quanto a fiscalidade das decisões judiciais, a mesma fica comprometida na perspectiva instrumentalista de processo, pois não seria possível controlar os conceitos metafísicos do magistrado, até mesmo para refuta-los, uma vez que a fiscalidade das decisões 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).

Assim, pela concepção instrumental de processo, típica do Estado Social, a busca do Poder Judiciário pela justiça, seria a busca do magistrado pela sua noção de justiça se efetivar, por meio da via decisória.

Tal dimensão metafísica de justiça, dependente da subjetividade de cada julgador, mostra-se incompatível com o processo democrático, pela ausência de fiscalidade plena, bem como pelo rompimento com o princípio da legalidade, posto que permitir ao juiz, criar o Direito pela via decisória, nada mais é do que conferir a ele, poder legislativo para o caso concreto, caso este que aconteceu antes da existência do processo, sendo um poder que de tanta intensidade, faz lembrar o poder de um soberano, antes do paradigma de Estado Liberal, de modo a concretizar uma real ditadura do Poder Judiciário.

Neste sentido, sem a fiscalidade plena das decisões, verifica-se uma incompatibilidade da concepção instrumental de processo com o Direito democrático, pois “[...]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).

A concepção instrumentalista de processo com finalidade de fazer justiça pela via decisória, “[...] acaba por eternizar o exercício de uma jurisdição autorizada a maleabilizar técnicas processuais e garantias processuais em nome da promoção e efetivação, pela atividade do juiz, do utópico escopo magno da pacificação social.”(CARVALHO, 2018, p. 145).

Constatada assim, que a perspectiva de justiça como o valor do justo para a sociedade, lido pela astúcia do julgador, não se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito. Logo, a justiça que deve ser objetivo do Poder Judiciário em um panorama de processo democrático é configurado quando o resultado do processo for uma decisão amplamente debatida entre as partes, com respeito a ampla defesa e contraditório, assinada por juiz

imparcial, que respeite a isonomia, bem como o devido processo legal, e ainda assim, que esta decisão esteja sujeita a uma fiscalidade plena.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela investigação proposta, verifica-se que a percepção de Justiça nos paradigmas de Estado mostra-se distinta. No Estado Liberal, a decisão justa seria aquela que foi tomada em cumprimento literal da lei, concebendo o processo como uma propriedade das partes. Já no Estado Social, a decisão justa seria aquela em que o magistrado alcançou os escopos jurídicos, políticos e sociais, em busca da pacificação social. Por fim, no Estado Democrático de Direito, a decisão justa seria aquela tomada com respeito ao devido processo legal, e seus direitos fundamentais, como ampla defesa, contraditório, isonomia, bem como com uma possibilidade de fiscalidade plena da referida decisão judicial.

De modo que em que pese o CPC dar indícios de recepcionar a teoria instrumentalista, a concepção instrumentalista de processo testificada à luz da teoria neoinstitucionalista do processo, não se mostra resistente, uma vez que o conceito de justiça como um objetivo metafísico e subjetivo, impede a fiscalidade plena da decisão judicial, o que confere contornos antidemocráticos a atuação do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acessado em: 28 de out. de 2021.

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

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

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

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

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo:** Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do direito. **Revista de Direito da FCH/FUMEC.** Belo Horizonte, vol. III, n.I, p. 318-356, jan./jun. 2008.

## 5

# RACISMO RECREATIVO E O DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Jéssica Wrarne de Oliveira Coelho<sup>45</sup>

### Considerações Iniciais

A marca do racismo está presente em todas as camadas da sociedade brasileira. Em que pese o Estado possuir variados instrumentos normativos protetivos por meio de algumas legislações e políticas antidiscriminatórias, é evidente a existência da desigualdade racial na sociedade como um todo, mas especialmente nas instituições que administram, legislam e julgam no país, visto que a estrutura de todas as esferas de poder e tomadas de decisões são ocupados majoritariamente por pessoas brancas ou não negras.

Diferentemente de países como o Estados Unidos e África do Sul, que institucionalizaram o racismo, por meio das políticas segregacionistas, o Brasil vive o que pode ser denominado como o mito da democracia racial, em que considera todos os indivíduos iguais. Contudo, quando se refere a identificação dos sujeitos na sociedade, nota-se a existência de uma estruturação racista, vez que se sabe onde se encontram as pessoas brancas e onde se encontram as pessoas negras no Brasil.

Enquanto pessoas brancas ocupam os melhores cargos, bem como os espaços sociais de poder econômico, político e/ou social, pessoas negras, em sua maioria, correspondem aos piores índices de vulnerabilidade, possuem baixos salários, vivem em ambientes territoriais que possuem a ausência de diversos direitos e garantias fundamentais, tais como saneamento básico, acesso à saúde e educação de qualidade entre outros, o que faz com que ocupem um local inferiorizado dentro da estrutura hierárquica racial.

---

<sup>45</sup> Graduanda do 8º período de Direito da Escola de Ensino Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) e integrante do Grupo de Pesquisa Grupo de Iniciação Científica “Direito, Democracia e Justiça: uma análise dos fundamentos do Estado Democrático de Direito à luz da Teoria da Justiça como Reconhecimento”. Email: wrarne@yahoo.com.br

Quando se trata da prestação jurisdicional, vê-se um Poder Judiciário eminentemente ocupado por pessoas brancas que compõe a parte superior da hierarquia racial existente. Tal fator faz com que quem demande do Sistema de Justiça seja julgado por aqueles que muitas vezes não compreendem a realidade de vida dos demandantes. Essa condição se agrava quando são questões jurídicas relacionadas ao racismo ou a injúria racial. Por vezes, magistrados, magistradas e operadores do direito apresentam compreensão equivocada ou reduzida, o que contribui para o processo de vitimização daqueles que tem o direito violado, corroborando para a impunidade dos que praticam atos de racismo e injúria racial, seja na esfera cível, trabalhista ou criminal, em que a incidência é mais recorrente.

Ressalta-se que a responsabilização civil tem previsão legal no artigo 186, do Código Civil. Assim, a condenação por dano moral é uma alternativa na estrutura jurídica brasileira utilizada como maneira de responsabilizar, de forma objetiva, por meio da indenização, indivíduos que ofendem a dignidade ou decoro de alguém por meio da utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, bem como a partir da prática, indução ou incitação à discriminação utilizando-se dos elementos mencionados. Vê-se que consiste em uma maneira do legislador punir e prevenir práticas referentes a violação do direito a dignidade daqueles que, porventura venham sofrer danos à sua subjetividade.

Contudo, por vezes, muito sujeitos ofendidos, não conseguem a procedência de suas demandas, ao pleitearem a condenação e pedido de indenização, pelo fato de os membros do poder judiciário não considerarem como ofensa os elementos que ofendem a honra de pessoas negras. Destaca-se que os julgadores justificam suas decisões com base no fundamento de que os agentes das práticas danosas agem de modo a propiciar o riso, sem a intenção de ofender, o que os juristas denominam como *animus jocandi*, conforme veremos na leitura deste texto.

Em razão da presente realidade, o estudo visa demonstrar como tem sido abordado as questões referentes ao racismo recreativo e a imputação do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. Objetiva-se, também, evidenciar a importância do pluralismo jurídico para a construção de um sistema de justiça antidiscriminatório.

Para tanto, será realizada pesquisa qualitativa, a partir de análise bibliográfica e jurisprudencial, de modo a compreender a atuação dos magistrados nas tomadas de decisões em demandas relacionadas ao racismo recreativo, sob o enfoque de estudiosos que abordam sobre o tema na atualidade, especialmente as obras Racismo Recreativo do jurista Adilson José Moreira e Racismo Estrutural do jurista Silva Almeida.

## **O instituto do dano moral e a práticas de condutas racistas**

A responsabilidade civil é uma garantia das relações civis, no que se refere a honra, tem base constitucional no inciso X. artigo 5º, da Constituição da República. A Norma Pátria prevê a proteção e garante a aquele que sofre a violação, o direito de indenização. Além da previsão na Norma Maior, o instituto da indenização tem sua regulação no artigo 186, do Código Civil. Diante disso, vê-se uma preocupação do legislador em prevenir a ausência de sanção àquele que causa danos a outrem.

Conceitualmente, a responsabilidade, conforme elucida Guimaraes (2014, p.520), consiste no "dever jurídico a todos impostos de responder por ação ou omissão imputável que signifique lesão ao direito de outrem, protegido por lei". É possível afirmar, portanto, que o dever de reparação contribui para aquietação da sociedade e gera segurança a aquele que sofre o dano. Corroborando com o assunto, Venosa (2017), ressalta que a responsabilidade civil considera os aspectos relacionados ao dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial e quanto ao dano exclusivamente moral, o enfoque se dá na ocorrência de dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima.

Um aspecto importante acerca da responsabilidade civil é referente aos conceitos de culpa e dolo. Corroborando com o assunto, Venosa (2017, p. 406), aduz também que “em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar”, ao passo que no dolo, o agente age intencionalmente e tem como objetivo o resultado ora praticado. O doutrinador, ressalta que em termos de indenização, as consequências são as mesmas. O autor menciona, ainda, que em razão de não haver fórmulas seguras para que o magistrado decida sobre o dano moral ou extrapatrimonial, ele tem que julgar a partir do que ele observa das condutas sociais dos indivíduos (VENOSA, 2017).

Tomando por base esse contexto é importante frisar que se vê cotidianamente decisões de julgadores que compreendem que todos os indivíduos são iguais. Essa compreensão é prejudicial para análise do direito sobre questões que versem sobre desigualdade racial e racismo, visto que conforme enfatiza o Moreira (2019, p.120), “o racismo é algo invisível para a vasta maioria dos juristas brancos e vários deles estão empenhados em manter essa invisibilidade”. Conforme veremos, especialmente nos casos de racismo recreativo, alguns magistrados e/ou algumas magistradas afastam a responsabilização do agente, sob o

fundamento da inexistência da intenção de ofender e que, agem com a intenção de fazer graça ou entreter as pessoas (MOREIRA, 2019).

Em razão da necessidade de amparar e restabelecer a segurança jurídica a partir da aplicação da norma prevista no Código Civil que a condenação à reparação pelo dano moral causado é relevante e necessária. Sobre isso, Venosa aduz que:

forma-se mais recentemente entendimento jurisprudencial, mormente em sede do dano moral, no sentido de que a indenização pecuniária não tem apenas cunho de reparação do prejuízo, mas tem também caráter punitivo ou sancionatório, pedagógico, preventivo e repressor: a indenização não apenas repara o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua como forma educativa ou pedagógica para o ofensor e a sociedade e intimidativa para evitar perdas e danos futuros. (VENOSA, 2017, p. 408)

Nesse sentido, na área cível, a indenização pecuniária em caso de dano a honra de pessoas negras, serve como caráter pedagógico, preventivo e repressor, tornando-se um instrumento necessário para afastar as práticas racistas. Considerando que a sociedade brasileira está em um processo de discussão acerca das questões raciais e combate ao racismo, fortalecido por Movimentos e Instituições Sociais, a condenação civil é uma maneira de proteger a diversidade entre os indivíduos, bem como de fortalecer as práticas antirracistas.

### **O racismo recreativo: modos de atuação e as consequências do sistema de justiça**

A realidade social brasileira tem perfil racista que advém de uma construção social pautado no mito da democracia racial, estabelecido pela Norma Constitucional, que declara, basicamente, que no Brasil todos são iguais e que não há distinção entre os indivíduos em razão da raça e da cor. Contudo, o que se vê é a distinção entre os indivíduos, sendo que o padrão advém, basicamente, do branco, heterossexual e cristão.

Tal característica se dá, entre outros motivos, em razão do modo de colonização que ao explorar mão de obra escrava negra e indígena, estabeleceu que o branco é o padrão ideal de indivíduo, voltado para o belo, desejável e puro, enquanto padrão de negro estaria ligado a estereótipos de feiura, indesejável e a sujeira. Segundo Moreira (2019, p. 22) “representações culturais sobre negros motivam atos que muitos consideram racistas, embora pessoas brancas pensem que são apenas meios aceitáveis de aproximação social, entendimento referendado por nosso sistema jurídico”, conforme veremos a seguir.

Em que pese vivermos em uma nação que professa uma cultura racialmente democrática, conseqüentemente, voltada para o compromisso de reconhecimento da igualdade

moral entre todos os indivíduos, como bem elucida o professor Moreira (2019), vê-se, cotidianamente a agressão a corpos negros por meio do humor racista. Tal circunstância se encontra na contramão da igualdade, podendo ser considerada como uma forma de hostilidade racial, compreendido por Moreira (2019) por racismo recreativo. Sobre o conceito, o autor define que:

Esse conceito designa um tipo específico de opressão racial: a circulação de imagens derogatórias que expressam desprezo por minorias raciais na forma de humor, fator que compromete o status cultural e o status material dos membros desses grupos. Esse tipo de marginalização tem o mesmo objetivo de outras formas de racismo: legitimar hierarquias raciais presentes na sociedade brasileira de forma que oportunidades sociais permaneçam nas mãos de pessoas brancas. (MOREIRA, p. 31, 2019)

Em continuidade, afirma que “é também nossa intenção demonstrar que o conceito de racismo recreativo implica a necessidade de estabelecermos novos parâmetros para considerarmos a honra como um bem a ser juridicamente protegido”. (MOREIRA, p. 32, 2019). A partir dessa conceituação apresentada pelo jurista pode-se afirmar que na sociedade brasileira vigora uma condição de apatia às situações de racismo, outrora é marcada por práticas focada em perpetrar violências de variadas magnitudes aos indivíduos negros. Para ilustrar, Moreira (2019, p. 135) menciona que “a negritude aparece associada como expressão de feiura, de periculosidade e de ausência de caráter”. Ademais, as ofensas, geralmente estão centradas nos traços físicos, na condição comportamental, na hiper sexualização e nas questões comportamentais

Nessa mesma linha de raciocínio, Almeida (2019, p.63) demonstra que é necessário que compreendamos “que o racismo enquanto processo político e histórico, é também um processo de constituição de subjetividades, de indivíduos cuja consciência e afetos estão de algum modo conectados com as práticas sociais”. Ou seja, a prática de condutas racistas advém de uma normalização de um processo de inferiorização de pessoas, por meio da hierarquização racial, em que brancos estão no topo e os não brancos na base, por vezes diante de recorrentes situações de desumanização com base na estigmatização, na discriminação estética, na animalização, na hiper sexualização entre outras formas opressivas.

Como consequência, julgadores do Poder Judiciário, por vezes, relativizam práticas racistas discriminatórias. Em uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação de n. 700560042021, da 3ª Câmara Criminal, publicada em 19 de setembro de 2013, pelo relator Nereu José Giacomolli, o desembargador entendeu que o fato do acusado ter jogado casca de banana e um copo de água em uma mulher negra, não configurou o elemento subjetivo na conduta do agente, não havendo o que se falar em crime contra a honra. Conforme se verifica,

a percepção do magistrado não levou em consideração os prejuízos que o autor do fato causou a vítima. Nesse sentido, Adilson Moreira enfatiza que:

[...] o jurista branco em uma posição que o leva a assumir que todas as pessoas possuem a mesma experiência social. Por esse motivo, eles acreditam ou levam as pessoas a acreditar que as normas jurídicas podem ser interpretadas exclusivamente a partir da lógica interna do direito, que essa disciplina contém todos os elementos necessários para a solução de problemas jurídicos. (MOREIRA, 2019, p. 119)

O autor assevera, ainda, que a maioria dos juristas brancos não se empenham em versar sobre as questões sobre o racismo, especialmente no campo acadêmico em que essa demanda é algo invisível (MOREIRA, 2019). No caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o magistrado branco não conseguiu compreender que ao jogar a casca de banana contra a mulher negra, conduta, recorrente em práticas racistas, o agente ofende a vítima, insinuando que ela seja uma macaca. Nesse sentido, Adilson Moreira (2019, p. 134) aduz que “pessoas da raça negra são comparadas a animais, principalmente a macacos, outra evidência de que não podem receber o mesmo nível de apreço social destinado a indivíduos da raça branca”. Essa maneira de animalização dos corpos negros, geralmente em forma de “brincadeira” é uma prática racista que viola a dignidade de pessoas negras.

Além da importância disso para realizar o processo de julgamento, pode-se observar também que, conforme Venoso (2017), o juízo se valerá de suas experiências para proceder a decisão. Pode-se afirmar que tal decisão poderá ficar comprometida, em razão da composição do poder judiciário brasileiro possuir baixa ou nenhuma experiência com questões referentes à raça.

Destaca-se que, demais julgadores, em outros processos semelhantes, decidem do mesmo modo que o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e se fundamentam no que pode ser compreendido como *animus jocandi* que é quando, segundo a doutrina, o agente age sem a intenção de ofender, mas sim com o intuito de fazer graça, ou seja, pratica suas ações com base no humor. Mas como se verificou, nos autos do processo, a vítima não achou engraçado e, ainda, conforme ressaltado pelo desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro que não acompanhou o voto do relator “Para o paciente houve uma brincadeira. Para a ofendida houve grave ofensa e, ainda, em razão desses fatos, teria chorado em prantos e pedido para não trabalhar mais naquele condomínio”. Na concepção de Adilson Moreira:

Esses atos caracterizados como brincadeiras entre pessoas adultas que não expressariam desprezo ou ódio racial reproduzem uma série de estereótipos raciais. Entretanto, verificamos que essas manifestações podem ser classificadas como injúrias porque comunicam hostilidade racial por meio do humor. (MOREIRA, 2019, p.133)

Por fim, em se tratando de modos de atuação na estrutura jurídica, pode-se constatar que a compreensão do desembargador vencido, Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, é a que mais se aproxima do ideal às decisões referentes a danos advindos de condutas racistas. Assim, a proteção da honra, por meio das normas, é uma forma de preservar a dignidade pessoal e estabelecer uma adequada forma de relação social (MOREIRA, 2019).

### **Pluralismo jurídico e o direito antidiscriminatório**

A diversidade cultural, econômica, social e racial existente no Brasil exige que os espaços de poder e tomar de decisões retrate a realidade preexistente. Contudo, o que se vê é predominância de grupos hegemônicos formados por homens, brancos, heteros e cristãos que, por vezes, criam leis, executam e julgam com base nos preceitos estabelecidos entre seus pares. Isso faz com que haja uma evidente desigualdade cultural, econômica, social e racial, o que viola a dignidade humana de indivíduos que não compõe o grupo hegemônico.

Em razão do tema, ora proposto nessa pesquisa, é importante ressaltar que é necessário que o Poder Judiciário reestruture a dinâmica de prestação da jurisdição, por meio de uma maior representatividade dos agentes sociais, de modo que sejam criadas políticas afirmativas que possibilitem uma maior diversidade de profissionais. Pesquisa recente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra que, a partir da implementação da política de cotas no judiciário (2013) subiu o número de pessoas negras na carreira da magistratura. De 12% em 2013 passou para 21% em 2020. (BRASIL, 2021)

Conforme se verifica, as mudanças advêm da criação de políticas que visam garantir a diversidade necessária para a estrutura do país. Ressalta que, ainda que tenha tido uma evolução da ocupação de pessoas negras nos espaços de poder, a representatividade é muito baixa, visto que mais de 50% da população do país se autodeclara negra. Contudo, apesar de ser inferior ao padrão ideal, é fundamental para o processo de reestruturação das esferas de poder, no que se refere ao pluralismo e à diversidade racial.

Acerca disso, Garcia, L. e Alves, A. (2019, p.4) evidenciam que “[...] o quanto a pluralidade no corpo da magistratura em uma Justiça que serve fundamentalmente como um instrumento jurídico-institucional de proteção das relações de trabalho é importante para assegurar que os (as) juízes (as) reflitam de uma perspectiva ampla em suas decisões”. Ou seja, não se trata de apenas um maior percentual de magistrados (as) negros (as), mas sim, que exista

a equiparação e a reflexão da realidade da estrutura racial existente e qual a influência dessa nas tomadas de decisões.

Cumprе observar que o direito exerce papel basilar no combate ao racismo e as formas de opressão em razão da raça, visto que a legislação, nos últimos anos, tem criado instrumentos normativos sobre as questões de raça. A lei Afonso Arinos de 1951, a Constituição da República e a Lei 7716/89, transformou discriminação em contravenção; tornou o crime de racismo inafiançável e imprescritível; criou a lei dos crimes de racismo, respectivamente. (ALMEIDA, 2020). Deste modo, tais disposições legais protetivas às vítimas de violência relacionadas a raça são fundamentais no processo de desestruturação do racismo estrutural.

É inegável que a concepção de justiça, a partir de uma perspectiva interseccional é uma forma de proteção da dignidade humana. Conforme elucida Moreira (2019, p. 121) “coisas particularmente graves podem ocorrer quando juristas brancos passam por uma Faculdade de Direito sem pensar o Direito a partir de perspectivas múltiplas”. Os juristas não devem se basear apenas na norma positivada, visto que o ramo do direito está concentrado nas ciências sociais aplicadas que tem como enfoque geral a compreender, regular e tutelar direitos e garantias sociais. Devem, portanto, se fundamentar inicialmente, no princípio da equidade, de modo a tratar os desiguais a medida de sua desigualdade.

Por tais razões, o entendimento doutrinário, jurídico e jurisprudencial tem que estar em conformidade com a realidade cultural, econômica, histórica, política, social e racial da sociedade brasileira, de modo a efetivar o acesso à justiça a partir de uma estrutura jurídica antidiscriminatória.

### **Considerações Finais**

As questões referentes ao racismo recreativo têm sido objeto de estudo no ramo do direito, vez que é uma temática necessária para os estudos acerca do papel do poder judiciário na atuação sobre temas relacionados à raça. A partir do estudo, foi possível identificar que há uma inobservância acerca da compreensão sobre a temática racial por parte dos magistrados e magistradas brancos (as) que decidem, em alguns casos, minimizando os impactos advindos das práticas racistas, por vezes, desconsiderando que condutas racistas com cunho jocoso são violadoras da honra de pessoas negras.

Outrossim, verifica-se que a imputação do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro para os casos de práticas racistas é prejudicada pelo formalismo jurídico existente, bem como pela neutralidade racial presente na análise dos casos.

Considerando que o Brasil foi um dos últimos países do ocidente a encerrar o comércio ilegal de pessoas negras escravizadas, trazidas do continente africano e isso que reflete na realidade atual da sociedade brasileira, é necessária a continuidade da condução e orientação acerca das questões jurídicas a partir da intersecção de questões como classe, raça e gênero. Ao evidenciar a importância do pluralismo jurídico para a construção de um sistema de justiça antidiscriminatório, os juristas propiciam o debate, o que possibilita a criação de uma hermenêutica jurídica em conformidade com a realidade dos indivíduos que pleiteiam direitos em juízo.

Cumpra-se assinalar que a análise bibliográfica e jurisprudencial contribuiu para apontar os caminhos necessários à construção de uma jurisdição antidiscriminatória e com a inserção da compreensão da realidade dos indivíduos dentro da hierarquia racial. Os estudiosos que versam sobre o tema, defendem que é essencial a ampliação do debate e a ocupação dos espaços de poder por pessoas negras para garantia da emancipação das minorias e prevenção da conduta de práticas racistas

Por fim, é importante que os responsáveis pela prestação jurisdicional compreendam e se comprometam em conduzir um sistema de justiça que possibilite a acessibilidade das minorias. Destaca-se, especialmente, as vítimas que têm seu direito a honra constantemente violado por práticas racistas que se sustentam no entendimento de que a sociedade brasileira está diante de uma realidade de democracia racial.

## **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa mostra evolução na participação de pessoas negras na magistratura. 10 de setembro de 2021. Paula Andrade. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-mostra-evolucao-de-percentual-de-pessoas-negras-na-magistratura/>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2004. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 11 nov. 2021.

GARCIA, L.; ALVES, A. Ela “tá falando que é juíza”: o racismo na produção da desigualdade de gênero e raça no judiciário brasileiro. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: o direito como liberdade, 2019, Brasília. **Anais...**Brasília, 2019. p. 1-11.

GUIMARAES, Deocleciano Torrieri. Dicionário técnico jurídico. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 521

MOREIRA, Adilson. **Racismo Recreativo**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

\_\_\_\_\_. **Pensando como um negro**: ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 119-151.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Processo nº. 70056042021. N° CNJ: 0328829-54.2013.8.21.7000**. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 19 de setembro de 2013. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php). Acesso em: 08 nov. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.408-422.

## 6

### **(RE)PENSANDO A POSIÇÃO DO JUIZ NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO: DO MONÓLOGO AO DIÁLOGO COMPLEXO**

**Lucas Tabanez Murta de Souza<sup>46</sup>**

#### **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Antes de prosseguir ao tema de pesquisa, é necessário recordar a luta por direitos trabalhistas, em sentido amplo, como vetor principal para superação do Estado Liberal em direção ao Estado Social. Tal importância é ecoada pelas emblemáticas Constituições do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Dessa maneira, resta ponderar sobre as mudanças do direito processual do trabalho ante o paradigma do Estado Democrático de Direito (ARAÚJO, 2015).

Com isso, salienta-se o tema-problema da pesquisa que se pretende desenvolver é os impactos do novo paradigma do Estado Democrático de Direito, declarado pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988, na posição do magistrado no processo trabalhista, principalmente em contraposição às ideias de Cândido Rangel Dinamarco. Dessa forma, o tema analisará os impactos do Novo Código de Processo Civil no Direito Processual do Trabalho e sua adequação ao paradigma de Estado Democrático de Direito.

Desse modo, torna-se ao problema objeto da investigação científica proposta, qual seja: considerando o novo paradigma de Estado Democrático de Direito, os impactos do Novo Código de Processo Civil e a principiologia do Direito Processual do Trabalho, a posição atual do juiz no Direito Processual do Trabalho adequa-se ao paradigma em ordem?

A partir das reflexões preliminares sobre o tema, é possível afirmar inicialmente que, a partir de leituras, principalmente sobre a instrumentalidade do processo e a atuação do magistrado no Direito Processual do Trabalho, que a figura do juiz encampa àquela de um gerente com vistas de conduzir um processo justo. É nesse contexto que se nota a presença do

---

<sup>46</sup> Graduando em Direito, modalidade Integral, Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica - Processo e Democracia 2, coordenado pelo professor Vinícius Lott Thibau.

solidarismo na atual figura do juiz, uma vez que deve conduzir o processo com fins sociais e políticos. Para assim transigir, são conferidos amplos poderes para alcançar a metafísica justiça e, paradoxalmente, proteger as partes contra abusos, sendo grande provedor do processo. Nota-se, ademais, necessidade excessiva de proporcionalidade, o que em verdade apela ao bom senso do decisor para alcançar a melhor decisão. Nada obstante, como já analisado por René Descartes na introdução de sua obra “Discurso do Método”, após concluir ser igual a distribuição, aduz o autor: “[...] a diversidade de nossas opiniões não se origina no fato de alguns serem mais racionais do que outros, mas por dirigirmos nossos pensamentos de maneira diferente e não considerarmos as mesmas coisas” (DESCARTES, 1999, p. 35). Portanto, preliminarmente, levanta-se a possibilidade da aproximação solidarista, ainda que nas intenções de proteger o trabalhador hipossuficiente, pode representar uma ameaça aos direitos e garantias das partes no processo.

O objetivo geral do trabalho é contrastar as posições de Estado Democrático de Direito com a teoria instrumentalista de processo, desenvolvida por Cândido Rangel Dinamarco e amparada no Estado Social, no especial caso do posicionamento do magistrado durante o processo. Assim sendo, é fundamental basear-se na doutrina trabalhista e nas concepções de Dinamarco para melhor percepção e diferenciação entre as correntes dispostas. Para mais, destacam-se outros três objetivos específicos. Primeiro, Analisar a literatura especializada e o posicionamento acerca do tema, comparando os paradigmas conflitantes em questão. Segundo verificar o contraste entre a posição do magistrado em um paradigma do Estado Social e Estado Democrático de Direito. E, por fim, constatar a compatibilidade entre os impactos do Novo Código de Processo Civil na Consolidação das Leis Trabalhistas com a Constituição Federal de 1988.

Por fim, a pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetiva. Em se tratando do raciocínio desenvolvido na pesquisa, este será predominantemente dialético. Demais, a presente pesquisa valer-se-á de dados secundário, é dizer, de pesquisa, análises e literatura especializada.

## 2 EVOLUÇÃO DOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Conforme ressaltado anteriormente, o direito do trabalho, e por consequência o direito processual do trabalho, está intimamente ligado aos paradigmas constitucionais do Estado de Direito. Embora seja um dos principais fatores que desencadearam o Estado Social, faz-se mister ponderar sobre uma influência recíproca entre os dois fenômenos, bem como as consequências com um novo paradigma. Para tanto, pretende-se demonstrar a evolução dos paradigmas constitucionais ao longo da história e, posteriormente, a história do direito processual do trabalho contextualizado nestes moldes.

De plano, é necessário recordar uma definição de paradigma. Desse modo, Vinícius Lott Thibau (2008) explica que, em primeiro plano, paradigma foi tomado como um modelo, um exemplo, na percepção dos clássicos Platão e Aristóteles. A outro giro, Thomas S. Kuhn foi o responsável pela criação do conceito contemporâneo, qual seja, fornecer um problema e uma solução para uma comunidade de praticantes de uma ciência. Em suma, amparado pelas conceituações de Habermas e Rosemiro Pereira Leal, Thibau conclui que paradigmas seriam “teorias no sentido lato”, logo, pode ser entendido como um modelo que ampara outras teorias específicas. Assim, o autor conclui, *in verbis*:

De conseguinte, para evitar celeumas conceituais, afirma-se que o vocábulo paradigma é empregado neste artigo com a significação de “teoria no sentido lato”,<sup>14</sup> isto é, uma teoria que, uma vez institucionalizada e enquanto vigente,<sup>15</sup> apresenta-se como reguladora de outras teorias que lhe guardam correspondência e afinidade científica (THIBAU, 2008, p. 322-323).

Adiante, considerando os três principais paradigmas sendo Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, passar-se-á a sua análise.

Em primeiro plano, trata-se do Estado Liberal. O presente paradigma enquadra-se em um período de ampla liberdade administrativa para constranger aqueles não dotados de título, o Terceiro Estado. Nesse contexto de Estado Absolutista, os valores de igualdade tornam-se fundamentais e encontram amparo nas teorias jusnaturalistas, especialmente no brocado “todos os homens nascem iguais. Tal era a importância dos direitos naturais que Immanuel Kant limita o exercício de um direito natural apenas no conflito de um outro, isto é, a liberdade termina quando começa a de outrem (THIBAU, 2008).

A partir desse contexto, os direitos de liberdade, igualdade e propriedade privada foram considerados basilares e comuns a todos os homens, estruturando a autonomia privada dos

cidadãos para “prosperarem”. Desse modo, a vasta gama denominada “Terceiro Estado” opôs-se a uma sociedade de castas e alcançaram, ao menos parcialmente, o objetivo de limitar a atuação do Estado como óbice ao desenvolvimento do indivíduo (THIBAU, 2008).

Fato é que a igualdade formal promovida pelo Estado Liberal não era suficiente para abarcar os anseios do largo “Terceiro Estado” (ARAÚJO, 2015). Nada obstante, com o concomitante surgimento de uma nova classe, o proletariado, bem como a complexificação social e política causada pelo sufrágio universal, o paradigma em voga viu-se em crise ante sua posição negativa em não interferir contra o indivíduo. Dessarte, os movimentos grevistas causaram abalos na estrutura liberal em direção para uma perspectiva democrática (THIBAU, 2008).

Nesse contexto, o Estado Social instalou-se no Pós-Primeira Guerra, a partir da Constituição do México em 1917 e da Constituição de Weimar de 1919. Assim sendo, o Estado perde seu viés liberal-abstencionista em direção a um contexto nitidamente intervencionista, isto é, não bastava ao Estado garantir os direitos, deveria intervir para sua concretização. Com isso, é afastado o individualismo liberal em prol de uma “Justiça Social” (THIBAU, 2008).

Importante evidência da influência do afastamento do individualismo nesse paradigma é a reiteração por parte de Cândido Rangel Dinamarco ao passo que salienta a necessidade de um “tratamento molecular da sociedade”, é dizer, necessário o tratamento dos interesses coletivos da sociedade. Isso para não mencionar o marcante escopo social e político que se sobrepõe ao jurídico, embora sejam analisados mais à frente (DINAMARCO, 2013).

A partir dessas concepções, Thibau elucida:

O Estado que se qualificava como garantidor da ordem e da segurança públicas no Liberalismo, no paradigma jurídico constitucional do Estado Social qualifica-se como regulador e compensador das contingências políticas, sociais e econômicas, a partir de técnicas intervencionistas preventivas ou reativas que se explicitam no âmbito das funções executiva, legislativa e judiciária [...] (THIBAU, p. 20, 2008)

Grande tragédia do paradigma foi tornar o cidadão em um cliente do Estado, controlando-o com pautas “públicas” de ‘vida boa’. A consequência dos excessos foram danos àqueles que buscavam uma sociedade multiculturalidade, com um padrão de vida homogêneo e supostamente compartilhada pela comunidade (THIBAU, 2008).

Assim, diferente do paradigma anterior, o Estado Democrático de Direito objetiva corrigir os excessos sobre a disputa sobre a pessoa enquanto destinatário da ordem jurídica. Com isso, grande crítica feita pelo paradigma aos seus predecessores é a desimportância conferida a fiscalização por parte dos cidadãos que integram a sociedade plural, garantindo a

autonomia privada e a autonomia cidadã, posto que são co-originárias. Por consequência, não parte de pressupostos sobre um ideal de sociedade, mas pretende criar as condições necessárias para os cidadãos entenderem-se entre si.

Apesar disso, importante é recordar que todos os paradigmas jurídicos-constitucionais tiveram bases democráticas. A diferença estaria na concepção de Estado. Para os liberais, o Estado seria apenas aparelho da Administração Pública, provendo para uma sociedade econômica. Para os republicanos ou seguidores do Estado Social, trata-se de comunidade ética constituindo uma constituição que expressa uma ordem concreta de valores. Diferente destas, não há primazia da autonomia privada ou autonomia pública dos cidadãos, com vista a criar uma sociedade multicultural com diálogo entre os sujeitos de direito (THIBAU, 2008).

Ao fim da exposição sobre os paradigmas, segue-se a história do direito processual do trabalho. Conforme lição de Leone Pereira (2018), existem quatro etapas do direito processual do trabalho, a saber: fase de institucionalização, fase de constitucionalização, fase de incorporação e fase atual. Em seguida, cada uma será detalhada sumariamente.

De início, a fase de institucionalização é dividida em três partes. Primeiro, surgimento de Conselhos Permanentes de Arbitragem, em 1907. Segundo, a formação do Patronato Agrícola de São Paulo e, por consequência, os Tribunais Rurais de São Paulo, já com influência das primeiras Constituições do Estado Social, mas com limite de quinze mil-réis. Por fim, foram criadas as Comissões Mistas de Conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento (PEREIRA, 2018).

Mais adiante, a fase de Constitucionalização refere-se ao período de positivação da Justiça do Trabalho nas Constituições de 1934 e 1937, período de interregno democrático e Estado Novo, quando vigia consolidado o paradigma do Estado Social como novidade. Apesar disso, o fenômeno não significou a inclusão da Justiça no Trabalho no Poder Judiciário (PEREIRA, 2018).

Por fim, segue a fase de incorporação e a fase atual. A fase de incorporação refere-se a integração da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário a partir da Constituição de 1946. Quanto a fase atual, o autor critica a morosidade e falta de efetividade da justiça do trabalho, a qual não estaria cumprindo com seu papel (PEREIRA, 2018).

Ante o exposto sobre a evolução do direito processual do trabalho, é notável a falta de adequação, até o presente momento, tendo em consideração as evidências, nenhuma tentativa de harmonizar o direito processual do trabalho com o paradigma de Estado Democrático de

Direito. Dessa forma, para melhor compreensão do fenômeno, passar-se-á a análise da posição do juiz no atual processo trabalhista.

### **3 INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL E A POSIÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO TRABALHISTA**

Assim como exposto, o Estado Social não se satisfaz com o mero reconhecimento de direitos, é necessário a intervenção, com pautas “públicas”, com vista a estabelecer a “vida boa” para uma sociedade de valores éticos homogêneos. Para esse propósito, é necessário um juiz atento à moral social vigente, sendo esse ponto marcante da teoria instrumentalista do processo, aduz Cândido Rangel Dinamarco no início de sua exposição:

A visão instrumental que está no espírito do processualista moderno transparece também, de modo bastante visível nas preocupações do constituinte e do legislador brasileiro na atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais, na Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta de tutela jurisdicional coletiva). É indispensável também o intérprete fique imbuído desse novo método de pensamento e sejam juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem (DINAMARCO, 2013, p. 25).

Desse modo, o respeitável processualista inaugura sua ponderação sobre a influência da fase instrumentalista do processo que, naturalmente, explicita o processo não como um fim em si mesmo, mas um instrumento com finalidades afora a finalidade jurídica. Assim, além do fim jurídico, o processo também teria um fim social e político. Dentro de sua argumentação, Dinamarco escolhe o vocábulo “escopo” com a intenção de designar tais fins como “ideais”.

Apesar de existirem três escopos, não são nivelados a nível de importância, em verdade os escopos políticos e sociais preponderantes sobre o escopo jurídico. Isso porque o escopo jurídico seria mais técnico e simples em relação aos demais e, portanto, deveria sofrer a influência dos demais.

Por essa razão, o instrumentalismo serviria como “porta de entrada” para o ingresso de valores no sistema processual. A importância é central para a percepção da atuação do juiz no processo instrumentalista, uma vez que passa a agir como provedor da ordem, atuando para garantir os valores éticos de uma suposta sociedade homogênea ao seu crivo. Notória consequência da percepção é a atuação de ofício do juiz sobre questões de “ordem pública” (DINAMARCO, 2013).

Com isso em mente, Dinamarco passa a dissertar sobre a atuação do juiz dentro do processo instrumental. A partir disso, é empregada a tese de que o juiz tem a função de pensar o caso concreto, com vistas a aferir, a partir de sua sensibilidade no direito positivo e seus fundamentos, a justiça no caso, podendo inclusive decidir *contra legem* em situações teratológicas. Explicita o autor:

Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz que não de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas sociais da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis tratando os casos peculiares como se não houvessem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. O juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito a oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas (DINAMARCO, 2013, p. 231).

Com fim de alcançar uma atuação com os escopos sociais e políticos do processo, o processualista paulista estabelece seis pressupostos para a atuação do juiz. Primeiro, o decisor deve ter alta sensibilidade, uma vez que a realidade que se apresenta de maneira complexa e, a fim de descobrir a verdade em conformidade com as exigências sociais, deve o juiz estar atento para além da técnica processual. Segundo, as convicções sociopolíticas do juiz devem refletir as aspirações da sociedade. Terceiro, o juiz não deve apegar-se à literalidade exegética e estar atento às peculiaridades do caso, bem como às escolhas axiológicas da sociedade. Quarto, deve ser imparcial ao passo de conferir iguais oportunidades, mas não deve ser indiferente ante as especificidades do caso concreto. Quinto, deve conduzir ativamente o processo com foco em seus objetivos (escopo político, social e jurídico), sem apegar-se demasiadamente à formalidade da lei. Finalmente, sexto, deve decidir conforme os anseios da sociedade, para que o processo seja efetivo e gere uma pacificação social.

A influência da destacada teoria instrumentalista do processo é sentida largamente no direito brasileiro. Apesar da adoção do paradigma de Estado Democrático de Direito, o juiz provedor inaugurado pelo Estado Social e desenvolvido pela teoria instrumentalista do processo permanecem intocada. Exemplo marcante da permanência da posição do magistrado são as análises feitas pela literatura específica do Direito Processual do Trabalho sobre os impactos do Novo Código de Processo Civil. Com isso, Vitor Salino de Moura Eça sustenta que:

Na nova concepção, o juiz se reafirma como um garantidor do sistema constitucional-processual e, por conseguinte, dos direitos fundamentais dos cidadãos como partes. Destarte, não só os direitos requeridos pelos litigantes devem ser considerados e aplicados, mas o conjunto de proteção e preservação de direitos inerentes à cidadania expressos na Constituição da República, ainda que implicitamente (EÇA, 2018, p. 34).

Desse modo, notável é que, mesmo após o advento de uma nova constituição, inclusive com a adoção de um novo código em 2015, o juiz permanece como uma figura paternalista, pela qual deseja-se a aplicação de uma ética homogênea que, em realidade, não existe. Por consequência, o magistrado instrumentalismo em busca de satisfazer uma justiça social, acaba por aplicar os seus próprios conceitos e entendimentos de justiça.

Mesmo diante de autores consolidados entre os processualistas trabalhistas, como é o caso de Carlos Henrique Bezerra Leite, o instrumentalismo processual permanece intocado. No caso do citado autor, embora explicita a diferença entre Estado Liberal, Social e Democrático, quando apresenta este último deixa de abordar as preocupações do paradigma com o multiculturalismo e a autonomia pública e privada do cidadão.

Em particular compreensão, Bezerra Leite (2018), aduz que:

O principal objetivo do Estado Democrático de Direito tem por objetivos fundamentais a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, a correção das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem-estar e justiça sociais para todas as pessoas, o desenvolvimento socioambiental, a paz e a democracia. O art. 3º da CF clarifica os objetivos fundamentais da República Federativa d Brasil (LEITE, 2018, p. 59).

Não há como arguir contra os objetivos apresentados pelo autor, vez que invocam disposição expressa da Constituição Federal e seus objetivos para a sociedade brasileira. Nada obstante, os objetivos apresentados expressamente, por si só, demonstram um predomínio do paradigma social, pelo qual o Estado não se conforma em reconhecer os direitos e garantias, ele deve agir para efetivar esses direitos.

Mais adiante, recorda tese do respeitável Norberto Bobbio pela qual a luta não é mais pela efetividade dos direitos fundamentais e garantias, mas sua manutenção. Com a devida vênua ao eminente mestre de Direito Processual do Trabalho, as preocupações do Estado Democrático de Direito superam a preocupação da intervenção do Estado com a necessidade de fiscalização do cidadão para a construção de uma Constituição formada pelos diversos setores da sociedade.

Para mais, a teoria instrumentalismo está igualmente presente no mais relevante instrumento da legislação trabalhista, qual seja, a Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943. Assim sendo, destaca-se o artigo 852, da CLT:

Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000) (BRASIL, 1943).

Apesar de, *prima facie*, ser justificável uma inclinação em direção ao Estado Social, e notadamente a teoria instrumentalista, justamente por ser estabelecida em 1943, as disposições foram alteradas em 2000, doze anos após a adoção do Paradigma de Estado Democrático de Direito. A presente alteração conferida pela Lei nº 9.957 resultou na alteração ampla sobre o procedimento sumário da CLT. Assim sendo, torna-se incontestável uma predisposição do legislador em não pautar sua legislação constitucional, o que vai contra da disposição expressa constitucional, em seu artigo 1º.

Em suma do presente tópico, percebe-se nobre apoio aos trabalhadores, em geral hipossuficiente, por parte dos detentores do poder público. Nada obstante, a crítica central disposta pelo paradigma democrático é, sem dúvidas, o cuidado com a tentativa de homogeneização da sociedade, o que pode tornar a aplicação da justiça uma mera aplicação autocrática de um ponto de vista.

#### **4 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Conforme explicitado, é notável a presença do instrumentalismo processual enquanto teoria predominante na literatura especializada pátria, inclusive na definição de Estado Democrático de Direito. Desse modo, ainda ocupando-se da posição do juiz no processo trabalhista, abordar-se-á os princípios do direito processual do trabalho sob a perspectiva de Carlos Henrique Bezerra Leite e Leone Pereira.

Em primeiro momento, destaca-se a respeitável literatura de Bezerra Leite (2010). Assim sendo, nota-se a apresentação peculiar dos princípios do ativismo judicial e imparcialidade. Dessa forma, tratar-se-á primeiro o princípio do ativismo judicial e, em seguida, a imparcialidade.

Desse modo, o princípio do ativismo judicial consiste na qualidade do juiz em observar a realidade contemporânea de modo a conferir a suas decisões um sentido construtivo e modernizante. O autor ainda ressalta que o ativismo é incentivado pelas disposições do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 765 da CLT. Tais disposições estressam a liberdade do juiz em tomar as diligências

necessárias para consecução dos direitos do cidadão, difícil é desprender, ainda que em uma concepção instrumentalista a necessidade de um ativismo judicial, principalmente pelo fato de ser uma prerrogativa conferida por Lei ao magistrado, não uma atuação fora dos moldes legais, como é de se esperar de um ativismo. Um tanto quanto excessivo parece legitimar em princípio tal atuação, especialmente na visão de defesa dos direitos e garantias dos hipossuficientes ante o amplo poder da jurisdição, quais sejam, todos a exceção do magistrado (LEITE, 2010).

A outro giro, passa-se a ponderações sobre o princípio da imparcialidade do juiz, que é a atuação do juiz sem tendências passíveis de menoscabar o devido processo legal e favorecer uma parte em detrimento da outra no que tange ao direito de acesso à justiça. Conforme explicita o autor:

Imparcialidade, para nós, não se confunde com neutralidade. O juiz, embora agente público com responsabilidades complexas, e um ser humano como outro qualquer. Logo, não se pode ignorar que ele tenha a sua própria ‘Visão de mundo’, com as suas próprias preferencias políticas, filosóficas e ideológicas. Afinal, o homem é um animal político, já dizia *Aristóteles*. Todavia, ao desempenhar a função jurisdicional, o juiz deverá agir com imparcialidade, isto é, sem tendencias que possam macular o devido processo legal e favorecer uma parte em detrimento da outra no que tange ao direito fundamental de acesso à justiça (LEITE, 2010, p. 59).

Assim sendo, compraz inteiramente a percepção de Cândido Rangel Dinamarco, pela qual a imparcialidade é apenas referente a igualdade de oportunidades. Com isso, o juiz está livre para impor sua vontade sobre os jurisdicionados após afastamento da “neutralidade”.

Por fim, é necessário destacar o princípio da busca da verdade real destacado por Leone Pereira. Para o autor, o conceito do princípio seria:

Dessa forma, o juiz da atualidade deve pautar a sua decisão nos valores da justiça e equidade, necessitando investigar mais profundamente os limites objetivos e subjetivos da lide por meio da análise mais purada da realidade dos fatos (**busca da verdade real**). (PEREIRA, 2018, p. 99).

Em contraste, Bezerra Leite sugere:

Corrobora tal assertiva o disposto no art. 765 da CLT, que confere aos Juízos e Tribunais do Trabalho ampla liberdade na direção do processo. Para tanto, os magistrados do trabalho “velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas” (LEITE, 2010, p. 84).

Assim, reputa-se inegável uma perseguição obcecada pela melhor decisão possível e, para tanto, é necessário a jurisdição como instrumento de poder para efetivação dessas expectativas. Ao final, a percepção do direito em tela acaba por colocar-se no que Rosemiro

Pereira Leal aduz como o Paradoxo de Bülow, o qual intenta teorizar o processo tanto como instrumento de poder e sua legitimação eficaz. Torna-se ao ponto de uma notável carência de uma decisão dialogada com a devida fiscalidade por parte dos cidadãos no processo civil para uma efetiva encampação do Paradigma do Estado Democrático de Direito dentro da atuação do juiz no direito processual do trabalho (FREITAS et al., 2016).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em suma, resulta-se inegável a preponderância do Estado Social, na figura da teoria instrumentalista do processo, com referência à literatura e legislação trabalhista. Conforme já bastante ressaltado, a influência do paradigma do direito do trabalho é natural, considerando que é causa deste modelo constitucional e grande conquista de suas lutas. Nada obstante, não é possível permanecer na quietude da intransigência ante novos modelos mais refinados surgindo no cenário científico do Direito Processual.

A figura do juiz no direito processual do trabalho é, em certa perspectiva, bastante nobre, tem a intenção de proteger os menos favorecidos da sociedade, os quais pouco mais tem a oferecer além do aluguel de sua mão de obra. A despeito disso, excessivo é tentar imprimir o magistrado em uma figura de tutor ou gerente do processo, do qual todas as demais partes não são senão objetos de sua vontade.

O processo democrático exige o juiz não como Estado, mas como cidadão de uma sociedade multicultural, aberto à construção de um direito dialogado e fiscalizado não pelo público, mas pelos cidadãos que desejam ter condições para determinar seu destino sem a imposição do “público”. Assim, deve-se reconstruir as principiologias do direito do processo para que o processo seja instrumento de democratização e fiscalidade de uma sociedade multicultural.

Ao fim e ao cabo, para uma melhor subsunção à Constituição Federal e seu paradigma do Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional deve adotar nova forma de atuação, em especial ao direito processual trabalhista. Para isso, é necessário a revisão dos princípios e concepções úteis ao Estado Social, mas que findaram por tornar-se obsoletas ante a mudança de paradigma enfrentado pela ciência do Direito Processual.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Daniel de. *Coleção Diplomata: História Geral*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 nov. 2021.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 05 nov. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 5.889, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo de Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm). Acesso em 05 nov. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 05 nov. 2021.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- EÇA, Vitor Salino de Moura. A função do magistrado na direção do processo no Novo CPC e as repercussões no Processo do Trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra(org.). *CPC repercussões no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. p. 32-70.
- FREITAS, Sérgio Henriques Zandona et al. *Jurisdição e Técnica Processual*. v. 6. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2010.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2018.
- PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2018.
- THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. *Meritum*, Belo Horizonte, vol. 3, nº 01, p. 317-356, janeiro/junho, 2018. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/787>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- WITKER, Jorge. *Como elaborar uma tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985.

# 7

## **A RELAÇÃO ENTRE O GARANTISMO E O INTERVENCIONISMO JUDICIAL DENTRO DO PROCESSO CIVIL**

**Ana Clara dos Reis Trindade Ferrer Monteiro<sup>47</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O Código de Processo Civil, ao longo de seu âmbito, estabelece prerrogativas para possibilitar o intervencionismo do magistrado durante o procedimento civil, tais prerrogativas que, muitas vezes vai de encontro com certos princípios e até mesmo coloca em risco a segurança jurídica caso seja utilizada de maneira desproporcional pelo julgador.

A partir disso, pretende-se analisar quais são os dispositivos que permitem o ativismo judicial, destrinchar as possíveis consequências que determinados parágrafos trazem para o direito civil e, por fim, estabelecer qual seria, a partir do exposto ao longo do trabalho, a melhor relação entre os dois conceitos, elevando ao mesmo patamar tanto a segurança jurídica quanto a necessidade do ativismo judicial.

A título de situar o leitor, faz-se necessária a explicitação dos conceitos de garantismo e ativismo judicial no processo civil, que são duas correntes opostas e estudadas com afinco no direito processual. Enquanto a primeira reserva, ao juiz, um papel não intervencionista, a segunda já abre mais espaço para o juiz atuar, dando mais liberdade em busca da decisão mais “justa”.

De forma genérica, o ativismo judicial se baseia na defesa da postura mais ativa do juiz na atividade judicial, nos casos em que existam problemas legislativos ou dúvidas na aplicação normativa, abre espaço para o juiz solucionar o referido problema sendo uma parte ativa no

---

<sup>47</sup> Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, integrante do GIC “Direito, Democracia e Justiça: uma análise das repercussões jurídicas e sociais da Teoria da Justiça como Reconhecimento”, coordenado pelos professores Carlos Henrique Soares e Marcelo Antônio Rocha.

processo, desde que dentro dos limites constitucionais e a partir de um julgamento baseado em preceitos morais e éticos.

Já no que tange ao garantismo processual, é possível verificar que essa corrente já defende a menor intervenção do juiz no processo, de modo que coloca em plano principal a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do magistrado no momento de conduzir e julgar o processo.

A partir destes conceitos, surge uma discussão a respeito de qual corrente seria mais adequada para se adotar no momento da condução do processo, em busca de uma solução que seja adequada, chegando à um resultado útil e tempestivo, respeitando os direitos previstos na Constituição Federal de 1988.

## **1 GARANTISMO JUDICIAL**

O surgimento do termo “garantismo” veio com Luigi Ferrajoli, na sua obra *Direito e Razão*, estabelecendo assim, as bases conceituais e metodológicas do que foi chamado de garantismo penal, como explica Maia (2000). Porém, analisando a referida obra, é possível verificar que os pressupostos colocados para o direito penal, podem servir de subsídios para uma teoria geral do garantismo, aplicando-se, portanto, para todos os ramos do direito processual, no caso em tela, no direito processual civil.

A teoria garantista tem como objetivo a defesa e a instauração de um sistema de normas que possa atender a segurança jurídica e assegurar direitos fundamentais do ser humano em um Estado de Direito Democrático. Para o garantismo judicial, é extremamente importante colocar em primeiro plano a segurança jurídica e se constituir como uma espécie de resistência advinda do sujeito perante uma possível arbitrariedade estatal e acúmulo de poderes na mão do julgador.

Retirando as condições normativas que dão mais liberdade para o juiz atuar no caso concreto, é possível, de acordo com referida teoria, a aplicação segura dos direitos fundamentais, impedindo assim que o Estado deixe de cumprir tal premissa com base na decisão de um sujeito, no caso, do magistrado, que, por ser um ser humano, pode cometer falhas e colocar em risco a segurança jurídica ou, até mesmo, ao tentar encontrar a decisão mais “justa” de acordo como seu próprio arbítrio, estaria suprimindo direitos e garantias das partes.

No que se diz respeito ao conceito de garantismo, nas palavras do doutrinador Velloso:

O garantismo processual é uma posição doutrinária firme (=aferrada) quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que tal ordem se adeque com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição. Em outras palavras, os doutrinadores que assim entendem

não buscam um juiz comprometido com certas pessoas (=grupos de pessoas) ou coisa distinta da Constituição, mas sim um juiz que se empenhe em respeitar a todo custo as garantias constitucionais. (VELLOSO, 2001).

Trazendo uma ideia de garantismo absoluto, em que o juiz precisa aplicar a literalidade das garantias constitucionais, mesmo que no caso concreto, possa gerar uma decisão “injusta”.

Portanto, essa corrente se faz de extrema importância para um direito fundamentado na decisão da sociedade, no caso, no respeito ao processo legislativo que é realizado por representantes do povo, sendo assim uma maneira de respeitar totalmente o que foi estabelecido como correto.

## **2 ATIVISMO JUDICIAL**

A ideia de ativismo judicial encontra suas raízes no direito estadunidense, relacionando-se às dificuldades hermenêuticas na interpretação e aplicação da Constituição americana, sabidamente sintética e abstrata, como informa Abboud (2015). No processo civil, o ativismo judicial se traduz na medida em que a lei autoriza o juiz a agir de maneira mais criativa e livre perante um conflito normativo no caso concreto. O ativismo processual civil é o excessivo papel do juiz no processo que, principalmente, determina a realização de provas, além de intervir em outras atividades típicas das partes, como explica Aroca (2006).

No Código de Processo Civil brasileiro, é possível verificar, já no artigo 2.º, que o processo se iniciar por atos da parte, porém, se desenvolve por impulso oficial, com exceção das causas previstas em lei. Portanto, a lei estabelece a premissa de que é a figura do juiz que detém o poder para conduzir o processo judicial, promovendo seu desenvolvimento e dando um necessário desfecho, sempre contemplando a razoável duração do processo e a efetividade da jurisdição.

Estudada corrente possui certas críticas em relação a colocar em jogo a segurança jurídica e por tentar encontrar um conceito de “justiça” por meio de um instrumento, que seira o processo. Como o conceito de certo é extremamente subjetivo, tal corrente coloca na mão do julgador a prerrogativa de poder, em certos casos, decidir com base nos próprios princípios, mas claro que, não deixando de seguir os preceitos constitucionais.

O atual código trouxe algumas alterações com o objetivo de reduzir a amplitude da liberdade do juiz, um exemplo disso é que no artigo 371, o legislador suprimiu a expressão

“livremente” que constava no antigo Código de Processo Civil, sendo o artigo 131. Nas palavras de Manus:

O escopo do legislador neste caso foi de adotar o princípio da aquisição processual, de que já cuidamos acima, bem como alertar para a necessidade de que o convencimento do julgador repouse obrigatoriamente na análise da prova produzida e na fundamentação de suas convicções no ato de arbitrar o conflito, sob pena de nulidade do decidido, à luz do artigo 93, IX, da Constituição Federal, que exige sejam fundamentadas todas as decisões judiciais e administrativas para sua validade (MANUS, 2019).

Porém, ainda existem muitos dispositivos que permitem a atuação mais proativa do juiz, independente de tal fato ser considerado positivo ou negativo para o ordenamento jurídico, é necessário a reflexão sobre o tema.

### **3 FUNDAMENTOS NO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL PARA O ATIVISMO JUDICIAL**

O código de processo civil brasileiro em vigor, datado em 2015, ou seja, muito recente para a história do direito, é dotado de dispositivos que fundamental e possibilitam que o juiz tenha uma conduta voltada para o ativismo judicial. O referido código conta desde artigos mais genéricos, quanto artigos específicos no que se diz respeito à maior liberdade dada ao magistrado para conduzir o procedimento, tais disposições normativas que explicitadas em sequência.

Já no início do código de processo civil, é possível verificar, no artigo 8º, a forma com que o legislador pretende que o juiz, na prática, resolva o conflito. No momento em que se é usado o verbo “promover”, se tem uma ideia de atividade, logo, segundo o citado dispositivo, o juiz deve agir dentro do processo para que seja respeitada dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência

No que se refere a iniciativa de ofício do juiz, estas estão previstas de maneira diversa no dispositivo normativo. Um exemplo disso é o artigo 81, no tema de litigância de má-fé, podendo o juiz, sem provocação, condenar o litigante de má-fé no pagamento multa a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

O artigo 81 do CPC é um exemplo claro de como o juiz tem uma liberdade para buscar a decisão mais “justa” para o caso concreto, uma vez que a atitude de condenar o litigante de má-fé é benéfica somente para a parte no processo e não para a sociedade em geral. A parte é a

interessada em receber a indenização, pois é o sujeito que foi lesado e ainda que não haja a condenação, não altera o resultado útil do processo e, mesmo assim, de ofício, o juiz poderá, com o objetivo de buscar a igualdade, determinar essa condenação.

Talvez o dispositivo mais emblemático no CPC seja o artigo 370, no capítulo “das provas”. O mencionado artigo diz que o juiz poderá, de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Aqui é possível vislumbrar como o código dá uma liberdade criativa para o juiz atuar como parte no processo, podendo até mesmo produzir provas para alguma ou ambas as partes, retirando a premissa de imparcialidade do julgador, em prol de uma decisão “correta”.

Não é possível aplicar o artigo 370 de maneira literal e irrestrita, senão haveria uma grande possibilidade de uma justiça arbitrária e maculada, colocada nas mãos apenas do julgador. A respeito do tema, de acordo com Streck:

O poder de agir de ofício também não se confunde com o conhecimento de matérias a cujo respeito a lei exija a iniciativa da parte. Portanto, não é sobre qualquer matéria ou prova que o juiz tenha o poder de ofício. É o que a doutrina tem chamado de respeito ao princípio dispositivo. Na verdade, o poder de ofício diz respeito, primordialmente, aos direitos indisponíveis, podendo ser exercido também no segundo grau de jurisdição (STRECK, 2016).

Portanto, é possível verificar que se aplica a produção de provas de ofício pelo juiz no que se refere aos direitos indisponíveis, que as partes não possam transigir, portanto, para respeitar a dignidade da pessoa humana, como dispõe, não só o artigo 8º CPC, mas sim a Constituição Federal, o juiz poderá produzir provas para julgar o mérito.

Outro exemplo de produção de provas promovidas pelo juiz, são os artigos 480 e 481 do CPC, que, em síntese, respectivamente, permitem realização de nova perícia, quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida no ponto de vista do magistrado, e possibilita a inspeção de pessoas ou coisas, desde que seja para o melhor entendimento do magistrado sobre a causa.

Citados dispositivos são exemplos de como o Código de Processo Civil permite uma maior liberdade para o julgador, porém, não se pode concluir que tais artigos e fundamentos fazem com que o Código seja considerado adepto da teoria do ativismo judicial, sendo inegável a primazia pelo respeito aos princípios constitucionais e a segurança jurídica, o que é imprescindível para que haja a busca pela decisão mais correta a ser tomada.

No que tange a segurança jurídica e sua importância, Miguel Reale, segurança e certeza são elementos inseparáveis evidenciando:

(...) se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas a vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que a segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural do homem, único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina-se “espírito de revolta (REALE, 1994).

Portanto, é possível inferir na fala de Reale, que não se pode ter uma verdade absoluta, o que causaria revolta na sociedade, mas é necessário que o direito gere maiores condições de segurança como retorno para os cidadãos em resguardar seus direitos.

#### **4 OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO MAGISTRADO NO PROCESSO**

Como exposto anteriormente, o Código de Processo Civil possui dispositivos que são permissivos quanto a autonomia do juiz no processo, principalmente o artigo 370, que permite a produção de provas pelo próprio magistrado. Por se tratar de um forte instrumento, caso não haja limites nessa intervenção, pode ocorrer uma arbitrariedade judicial, desrespeitando princípios e direitos fundamentais, em prol de um resultado idealizado pelo próprio julgado.

Sendo assim, o magistrado, ainda que detenha certa liberdade intervencionista, necessariamente precisa respeitar os princípios processuais, quais sejam: Contraditório efetivo; razoável duração do processo; devido processo legal; cooperação e concretização dos direitos fundamentais do processo; dentre outros princípios são o caminho para se ter um processo adequado.

Já no que diz respeito ao livre convencimento, este também é moldado por princípios e regras, de acordo Manus:

O livre convencimento do juiz reside na faculdade que possui de avaliar a prova diante da lei e do entendimento jurisprudencial cristalizado, agregando suas experiências profissionais e de vida, bem como suas convicções, mas jamais ignorando a lei, a prova dos autos e o entendimento sumulado a respeito de cada tema, como garantia aos litigantes do respeito ao princípio do devido processo legal (MANUS, 2019).

Portanto, o livre convencimento, que está atrelado com a possibilidade de liberdade do juiz no processo, precisa ser aplicado respeitando todo o devido processo legal, assegurando assim os direitos fundamentais das partes.

O processo é um instrumento utilizado para solução do litígio entre as partes e, mesmo que o juiz possa entender que certa solução seja a mais adequada, não se pode ter tal solução

como absoluta, portanto, mesmo que o magistrado possa decidir de maneira mais livre perante ao texto normativo, e, até mesmo, produzir provas de ofício, ele precisa tomar tais atitudes visando encontrar a melhor solução de acordo com a lei e não para poder chegar à solução que idealizou como a melhor no início do processo.

Por fim, é importante ressaltar, além do que já foi dito, no direito processual, o juiz deve buscar a verdade real, isto significa que o magistrado precisa atuar para tomar conhecimento dos fatos como são na prática, ou seja, entender a verdadeira realidade, para poder, então, dizer o direito à questão em pauta. Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

o juiz tem o poder – de acordo com o sistema do Código de Processo Civil brasileiro –, quando os fatos não lhe parecerem esclarecidos, de determinar a prova de ofício, independentemente de requerimento da parte ou de quem quer que seja que participe do processo, ou ainda quando estes outros sujeitos já não têm mais a oportunidade processual para formular esse requerimento (MARINONI; ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 269).

Mas sempre em busca da verdadeira realidade dos fatos, com as atitudes fundamentadas nos princípios do direito e na boa-fé.

## **5 CONCLUSÃO**

O garantismo e o ativismo judicial são correntes de pensamentos opostas. Enquanto a primeira coloca em primeiro lugar a segurança jurídica, sacrificando a possibilidade do juiz conseguir, por si só, realizar um julgamento mais “justo” para cada caso concreto. Já a segunda corrente tende a permitir que o juiz tenha liberdade ao conduzir o processo, de modo que, a interpretar a lei para o caso concreto, possa chegar a uma decisão mais “adequada” para cada caso.

Embora as duas teorias sejam opostas, o atual Código de Processo Civil parece adotar, na medida do possível, as duas premissas, já que, em seu conteúdo, existem artigos que revelam a necessidade de o juiz decidir conforme a lei e, ao mesmo tempo, há a presença de dispositivos que dão liberdade para o julgador até mesmo produzir provas dentro do processo, como os expostos no presente texto.

Por fim, ambas as teorias precisam ser analisadas e aplicadas de maneira mitigada, pois a interpretação literal das referidas teses podem causar um prejuízo muito elevado para a sociedade, não só na questão de ignorar a melhor solução para o caso, evitando abusos legislativos ao aplicar a literalidade da lei, mas também no que tange a uma grande liberdade na condução do processo, ignorando direitos fundamentais e os preceitos constitucionais em

busca da “melhor” solução para o caso, sendo o conceito de melhor definido somente por uma pessoa: o juiz.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Ed. RT, 2014, item 3.7, p. 423 et seq.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17>. Acesso em: 01 nov. 2021.

MANUS, Pedro. O livre convencimento do juiz e a prova produzida nos autos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/reflexoes-trabalhistas-livre-convencimento-juiz-prova-produzida-autos>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Gruz; Mitidiero, Daniel; O Novo Processo Civil. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, 2015, pág. 269.

MONTERO AROCA, Juan. **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

STRECK, Lenio. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

VELLOSO Adolfo, "En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad u autoridad)", **Revista de Derecho Procesal**, Córdoba, Nº 2, pp. 31 e ss, 2001.

## 8

### **ESCOPO SOCIAL: PILAR DOS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO?**

**Clara de Freitas Barbosa<sup>48</sup>**

**João Pedro Gonçalves Ituassú<sup>49</sup>**

#### **1 INTRODUÇÃO**

Dizer que o processo não é fim em si mesmo, ou seja, que se trata de um meio de se alcançar determinado objetivo, é basilar para a compreensão do contexto instrumentalista que seguidamente será exposto. A definição das pretensões pelas quais o sistema processual se funda, apesar de fundamental, não se resume à designação de ideais norteadores e comportamentais daqueles que manejam o aparelho estatal e, sobretudo, jurídico. A consolidação de um objeto substancial de análises e estudos perpassaria, nessa contextualização, pela modulação dos denominados escopos da jurisdição.

Partindo do hipotético pressuposto de que já há concreta fixação dos escopos jurisdicionais, a ideia de efetividade e utilidade no alcançar das metas traçadas mostra-se abundantemente evidenciada pela possibilidade de flexibilização, adaptação e, principalmente, interpretação humana do capacitismo sensível da sociedade quando correlacionada às suas manifestações, sejam elas conflituosas ou pacíficas. Por consequência ter-se-ia a supervalorização do método teleológico justificado pela finalidade de melhorias na prestação jurídica.

Como reforço pontual dessa premissa metodológica, a dogmática processual surge com o anseio de que se interiorize as possibilidades de atuações, mudanças e comportamentos que, via de regra, deliberadamente irão aperfeiçoar a técnica e essência do processo. É necessário, para tanto, que a técnica jurídica esteja restritamente conectada e alinhada com os objetivos primários, com os reflexos positivos ou negativos da sociedade, com as delimitações daquilo que deva ou não se realizar, dentre outras condições que favoreçam o avanço instrumental do processo.

---

<sup>48</sup> Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, integrante do GIC Processo e Democracia.

<sup>49</sup> Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, integrante do GIC Processo e Democracia.

Será visto no decorrer evolutivo que a tutela jurisdicional se presta a satisfazer não os direitos ou a ação, e sim os sujeitos ativamente partícipes do processo. Sujeitos esses que tenham demandado o poder estatal ou tenham sido envoltos de modo a se verem na necessidade de salvaguardar seus próprios direitos, sejam eles já conhecidos ou não. E é nesse cenário individualista, focado na personalidade intuitiva da lide, que o instrumentalismo ganha sustentação concreta para sua consolidação.

Ponto crítico do posicionamento estatal de poder e soberania na regulação do ordenamento jurídico se pauta pela enraizada estrutura política do Estado. É dizer que o reflexo da sociedade se estagna proporcional e estritamente à liberalidade da institucionalização e imposição daquele que detém a prerrogativa de instaurar deveres e direitos. Desse modo, veja-se que à medida que as situações conflituosas se moldam e se modificam, suas soluções e desígnios também assim comportam. O problema passa a se intensificar quando o contrário prevalece, ou seja, quando as soluções previamente estabelecidas em conformidade com os anseios e diretrizes governamentais começam a definir que tipo de direito levará à preservação e coesão grupal quando posta em prática a flexibilidade discricionária do ordenador jurídico.

Em suma e em preâmbulo à matéria a ser dissertada, verifica-se pela natureza instrumentalista que, apesar de considerável significância do método teleológico de fazer e ver o sistema processual, a tendência é de que essa unidade interpretativa seja deixada em segundo plano. A justificativa para tal relevante alteração se dá pela eclosão sugestionada pela variabilidade dos escopos da jurisdição. A abertura da gama de objetivos está intimamente ligada à mutabilidade das questões conflituosas, sejam elas de caráter social, político ou jurídico. Indispensável interação dos não unitários escopos jurisdicionais proporciona ao processo, retirados os juízos de valor aqui predispostos, a construção de planos e fatores equivalentes às expressões da sociedade na teoria ou prática, reverberadas pelas suas particularidades ou generalizações.

## **2 ESCOPOS DA JURISDIÇÃO**

Intimamente ligados à ideia de insuficiência da teleologia para se estruturar a instrumentalidade processual, os escopos da jurisdição aparecem com o papel primordial de retirar a imagem do magistrado espectador e conformado, fadado à inércia atribuída ao mero cumprimento legal, com o intuito da busca pela justiça e paz social por meio de convicções

estritamente amparadas pelo bem comum. São eles: o escopo jurídico, o escopo político e o escopo social.

Ainda que representem uma unicidade global, processo e procedimento, caracterizados de modo genérico pelo próprio sistema processual, exigem de cada escopo o instituto da adaptabilidade. É dizer que a busca pela justiça tão somente se mostra eminentemente justa se analisados os contextos históricos, as circunstâncias culturais e as necessidades sociais atreladas a um só e específico povo. A atemporalidade (comumente relacionada à Filosofia) nesse cenário se mostra evidentemente descartada.

A existência dos escopos jurídico, social e político, presumem da existência de um anterior e facilitador de seus aparecimentos, para Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 186),

Como *escopo-síntese* da jurisdição no plano social, pode-se indicar a *justiça*, que é afinal expressão do próprio *bem comum*, no sentido de que não se concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade.

Observadas as variações de tempo e espaço, é contundente afirmar que os objetivos predispostos em cada Estado são abundantemente fluídos. Tal proposição justifica-se pela espera de se alcançar apoio popular suficiente para convalidar o intervencionismo e influência estatal fundados na busca pela maneira-de-ser política de cada sociedade. Há, nesse contexto, certa autenticação em favor da chamada paz social, pautada pelo compromisso do Estado em precisamente intervir na esfera comunitária como elemento de equilíbrio entre as tutelas individuais (que também existem para dirimir eventuais desvios de poder) e coletivas (ansiosas pela mediação jurídica).

## **2.1 Escopos políticos**

Há em linhas gerais para Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra “A instrumentalidade do processo”, três aspectos relevantes a serem abordados do ponto de vista político processual. O primeiro deles se funda na relação de poder estatal e sua legitimação, em que aponta ser insustentável o cumprimento de seus fins e razões se em algum momento fosse desconsiderada a autoridade/capacidade imperativa decisória do Estado. Em segundo plano, faz-se necessária a valoração da liberdade, subentendida aqui como discricionariedade reconhecida pelo exercício da jurisdição do Estado em prol do bem-estar da comunidade. E, por fim, a integração

participativa dos cidadãos, de modo a torná-los moduladores do propósito maior da sociedade política, convalidando a natureza democrática e legitimadora do processo.

A personificação da situação fática cotidiana se dá pela aplicação da lei pelo Estado-juiz. É imagem extremamente individualista chegar à conclusão de que o direito se presta à satisfazer os anseios gerados pela deturpação da paz social de determinado sujeito. Mas é o que há de ser, se levada em consideração a ideologia de uma missão política estritamente amparada pelos escopos do processo. É o sujeito aqui um detentor de direitos emanados pelo ordenamento jurídico vigente e, sobretudo, criado para e por ele. O fim a se buscar é a erradicação de seu descontentamento momentâneo e casuístico, porém, sob o ponto de vista da sociedade política, se é deixada de lado a noção de incorporação e merecimento pessoal do indivíduo.

Subsistir traz a percepção daquilo que se mantém, que não sucumbe, ou seja, conserva sua força (independentemente do quão intensa ela seja). Para o Estado fortemente instrumentalista isso não é possível. Não a continuação da existência, e sim a própria subsistência, reafirmada pelo caráter individual e de comportamentos que dispensam a atuação de outrem. A ordem social, a organização política, a pacificação comunitária tão somente serão alcançadas por meio da intervenção estatal previamente autenticada. O ser humano merece ser feliz e estar em paz, mas não tem capacidade para fazê-lo sozinho. Para que se chegue em um patamar de estabilidade jurídica e contentamento social, é preciso o uso de meios legítimos no processo de legitimação. Melhor dizendo: legitimar-se prevê a preexistência de legitimidades já auferidas para tanto. A autotutela é ineficaz e geraria caos. Apenas o magistrado, imunizado de suas decisões, é detentor de relevante prerrogativa de imposição e imperatividade normativa.

As interrelações entre Estado e sujeito devem sempre se basear no respeito, lealdade e reciprocidade. Cada parte dessa interação resguarda sua valia, seus modos-de-ser, seu campo de atuação e atribuições, suas deficiências e capacidades. A liberdade ao passo que não gera espaço para questionamentos do motivo pelo qual existe, é amplamente relativa. Quando se é analisada a liberdade pública, logo há de remeter-se à noção de coletividade. Coletividade essa que assim como o Estado e o sujeito, guarda suas predisposições específicas. Dito isso, em um contexto em que a paz social é buscada constantemente, para o instrumentalista, livre é aquele sujeito que admite suas limitações e legitima o Estado a evitar danos à vida grupal e à continuidade dos objetivos partilhados, a partir das mesmas ideias de respeito, lealdade e reciprocidade.

Ainda inserido no cenário dos escopos políticos, a democracia se faz entender não só pela participação popular, representada comumente pela sua exteriorização explícita da

ocupação em cargos eletivos ou pelo voto progressista, mas também pela aceitação de privações cujas intenções sejam convenientemente em prol do bem comum. A institucionalização da participação coletiva evidencia o grau de influência popular nas matérias que definem o rumo da sociedade política, conferindo aos cidadãos o valor que lhes deva ser atribuído.

Engana-se aquele que pensar estar muito distante o conceito de constitucional e de liberdade. É possível se destacar a correlação entre ambos a partir do que aduz Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 202),

É perceptível à primeira vista a instrumentação jurídico-processual destinada à consecução do objetivo político consistente na preservação das liberdades públicas. A estreita instrumentalidade que liga o processo à Constituição e à ordem política nela delineada conduz à estruturação da chamada *jurisdição constitucional das liberdades*, um complexo de meios preordenados ao exercício da jurisdição, em casos concretos, com vista a efetivar as garantias de liberdade ofertadas no plano constitucional.

Ademais, o referido autor justifica a aplicação de tais liberdades a partir do que expõe,

São meio de permitir aos indivíduos a almejada participação, seja pelo canal das associações em que eles se reúnem e que ficam a meio caminho entre o indivíduo e o Estado (daí serem entidades *intermediárias*), seja através dos agentes estatais que por destinação institucional têm a missão de representar a sociedade perante o Poder Judiciário, da defesa do interesse público [...] (DINAMARCO, 2008, p. 204).

Em suma, o escopo político presta-se ao desenvolvimento do ciclo vital e fisiológico da garantia de direitos, convalidado pelos fins institucionais e manutenção da estrutura social montada a fim de que se assegure a autoridade do Estado, ainda que se tenha a falsa impressão de preponderância do interesse individual sob o político-estatal a partir da não efetivação *ex officio* da jurisdição. Há, nesse ínterim, relativo desejo de que se publicize o sistema processual de modo a angariar mais modos e meios legitimadores da atuação estatal. Sem que sejam esquecidos, claro, as diretrizes e objetivos fundamentais pré-determinados, pautados pelo esvaziamento da insatisfação popular, a provocação do exercício da jurisdição (demanda), a efetividade dos interesses populares, dentre outras ações que visem a paz social.

## 2.2 Escopos jurídicos

Também cerceado pela obra “A instrumentalidade do processo”, de Cândido Rangel Dinamarco, o escopo jurídico apresenta alguns problemas a serem combatidos, questões dissociadas ao juiz e processo, ao ônus processual, à conduta das partes, ao direito substancial

e à atuação da vontade concreta do direito. Diz-se ser, dos escopos da jurisdição, o mais complexo e de difícil assimilação literária.

A preocupação primordialmente revelada trata-se da dificuldade, por parte da manifestação do fenômeno jurídico relacionado, de se inserir na esfera social sem que seu significado estritamente jurídico seja indubitavelmente o único a ser considerado. É necessário, pois, o auxílio das searas social e política para a estabilidade do sistema processual como um todo. A consolidada interposição dos escopos jurídicos significou, para a essência instrumentalista, o esvaziamento de significância posta em jogo daquilo que era considerada como um dos escopos da jurisdição: a tutela dos direitos. A intenção principal revela-se, então, na definição do ponto de incorporação do processo no universo do direito, tendo sido também minimamente exaurida a consistência da produção de decisões irrecorríveis como eixo basilar da relação satisfação-conflito exposta no meio social.

Limitar-se à ideia de que o processo se basta a criar decisões definitivas, títulos executivos e coisa julgada mostra-se inequivocamente superficial, para não dizer incorreto. O processo viabiliza, por si próprio, que aquele que detenha o poder de decidir, quando assim o for preciso, decida. O fim do processo vai muito para além dele como meio de satisfação volitiva popular. Há forças que agem sobre ele, mas há forças ainda maiores que dele saem com intuito maior do que a própria efetivação do poder jurisdicional. Não se trata, desse modo, de um único objetivo processual, a variabilidade adaptativa do ordenamento jurídico não permite que assim o seja. O chão para o processo é ainda mais fundo.

Destaca-se a importância da relação entre direito e processo. Enquanto aquele presta-se a inovar a partir de modulações destinadas ao equilíbrio da vida em comum, amenizador dos elevados graus de incertezas e ratificador da integridade da dignidade humana passível àquela determinada sociedade; este encontra-se em posição de ditar o modo pelo qual a jurisdição será conduzida e exercida, em predisposição à noção instrumentalista do culto à liberdade. Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 213) atribui a essa exteriorização impositiva a conceituação de direito substancial, como se vê “Essa ordem exterior é representada pelo conjunto de normas e princípios que atribuem bens da vida às pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social”.

As sociedades no geral se revelam predominantemente distintas em diversos aspectos. O estágio de influência que cada Estado tem sob sua esfera de atuação invariavelmente também irá se distinguir. Haverá sociedades em que a legitimação não será forte o suficiente para se chegar próximo ao bem comum, assim como haverá aquelas que o processo será tão precário

que os meios de se chegar às decisões das situações conflituosas assim o será. A insuficiência, de certo modo, sempre existirá, o que definirá uma sociedade como bem-sucedida naquilo que tiver proposto como diretriz fundamental será o grau de influência gerado pelo consentimento popular.

Cândido Rangel Dinamarco faz uma distinção entre teorias que pode vir a elucidar a base de amparo e sustentação prática dos presentes estudos acerca do escopo jurídico, qual seja,

É absolutamente imprescindível ao processualista moderno a tomada de posição entre a visão do direito material como sistema suficiente em si mesmo para a criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fatos relevantes (teoria dualista do ordenamento jurídico, ou *declarativa*) e a tese de que ele não tem toda essa aptidão, participando então o processo do *iter* criativo (teoria unitária, ou *constitutiva*). Com a escolha que fizer, estará definido o modo como vê o próprio direito substancial e mais a função exercida pelo processo perante ele e ainda (talvez, sobretudo) o preciso momento da inserção do sistema processual no universo jurídico. (2008, p. 222-223)

Tem-se, por sua conclusão, a variabilidade de ordenamentos e sistemas jurídicos cujas espécies de processo são totalmente moldáveis por conta da inconstância das relações culturais, de espaço e de tempo. A repercussão tomada, pois, de tal proposição é a da diversidade do resultado jurídico, em que a teoria geral concubinadora da unicidade e afinidade metodológica não implica necessariamente na paridade de valores, ideais e mecanismos entre todos os sistemas de organização social.

Verifica-se habitual que, indefinidamente, se extingue e crie direitos em casos concretos, o que se coaduna em uma normalidade costumeira do âmbito do direito, ainda que não tenha havidos qualquer tipo de influência e/ou intervenção do Estado. A justificativa para tal premissa se dá pela disponibilidade de direitos e, sobretudo, interesses, postos em voga para eventual satisfação de caráter voluntário.

E é nesse diapasão que Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 226), de forma mais clara e sucinta, expõe acerca da correlação entre direito e vida social, como se vê:

Os direitos estão aí em plena vida, na complexidade da vida social, a eles sobrepassando o sistema processual do exercício da jurisdição, com visos de generalidade, somente como fator de severa advertência, ou seja, somente para dissuadir tanto quanto possível eventuais recalcitrantes com propensão a condutas divergentes do sistema jurídico. É nesses casos que o exercício da função jurisdicional tem caráter secundário, no sentido de que somente havendo insatisfação canalizada em demanda é que o Estado dispensará as medidas aptas a corrigir os rumos e impor imperativamente os desígnios do direito material. Resta sem demonstrar a alegada inaptidão do sistema jurídico-substancial para gerar direitos e obrigações.

Acrescenta, ainda, sobre o exercício da típica função reveladora, permeada pela atividade declaratória do magistrado. Se resume a um “fator social de eliminação de

insatisfações, jamais fator jurídico de acréscimo patrimonial”. Basicamente faz com que as hesitações desapareçam e, conseqüentemente, as angústias que acompanham as realidades conflituosas entre os indivíduos de uma sociedade. Por meio dela, não se cria direito, seja pelo reconhecimento de um direito seja pela ausência dessa declaração, e sim o declara.

Aliada a essa perplexidade literária está a noção de segurança jurídica, em que se vê nítida reverberação efetiva do exercício do poder do Estado a partir de seus mecanismos e manuseios imperativos no processo. O magistrado está, ao exercer referido papel de reconhecimento/constituição de direitos e garantias, existência ou não de normas válidas, cumprindo sua função reguladora estatal. Trata-se de imposição às partes que, por sua vez, se vêm imunizadas em desfavor de eventuais descontentamentos abarcados pela irrevogabilidade e, principalmente, irrecorribilidade.

Vê-se, depois de percorrido considerável caminho de discussões, que o processo se caracteriza pela decorrência da colaboração mútua entre os partícipes interessados na lide, tida aqui como significado para conflito de interesses, com a efetiva admissão na influência e participação da produção naturalística dos resultados obtidos técnica e materialmente. Diz-se ser algo oriundo de um cenário social, onde a normalidade é que anormalidades aconteçam, sem, contudo, de deixar de saná-las por meio do exercício da jurisdição.

Há uma fantasia gerada pela percepção de que tão somente com a imposição e afirmação dos direitos por via processual, que se haverá a efetividade destes. As demandas judiciais estão aí para escancarar um mundo repleto de inquietudes, aflições e questionamentos que esperam ser erradicados pelo exercício jurisdicional do Estado. Contudo, apesar de tamanha relevância, essas indagações não passam de meras averiguações sociais, de cunho sociológico, desnutridas de propriedade jurídica para manutenção da função jurisdicional de maneira plena, irrestrita e ilimitada.

É mister salientar que a sentença é o instituto pelo qual o juiz reafirma seu poder estatal de decisão. Verificam-se como tarefas essenciais de justiça do magistrado, a partir do comando sentencial, a intuição do correto enquadramento jurídico, o exame das provas, bem como a interpretação adequada do texto positivado se baseando nas exigências sociais temporais e nos valorosos princípios.

Por via desse aludido panorama há que se atentar quanto ao perigo das convicções sociopolíticas do magistrado. É a partir delas que se formam as expectativas da sociedade, sendo possível que, em uma condição de indiferença do juiz quanto às suas escolhas (exacerbadamente literal, por exemplo), seja ele ou sua decisão considerados injustos pelo

povo. Mostra-se fundamental que se trate o diferente diferentemente, ou seja, que se leve em consideração as particularidades de cada caso concreto na constituição de suas definições. O intolerável não é a imparcialidade, e sim a indiferença.

Em suma, o juiz representa uma via de interlocução entre a seara jurídica e a comunidade, que tem a prerrogativa de sobrepujar seus atos decisoriais em face das situações faticamente cotidianas. É, pois, agente estatal capaz de escolher por e pela sociedade. Lado outro reside na hipótese de o magistrado exceder os limites preordenados interna e intrinsecamente no ordenamento jurídico, levando em consideração suas preferências e convicções pessoais no juízo valorativo decisional em nome do Estado. Nesse sentido, a criação de direitos pautadas pelo seu entendimento particular apesar de ter sido funcional para o caso concreto, não é propriamente sua função estatal. Não é correto que se presuma como função tudo aquilo que o Estado-juiz exteriorize dentro de sua atuação. Se assim o for, será caracterizado severo desvio de perspectivas preexistentes no âmbito processual e reveladoras do anseio social de pacificação.

Posto isso, e em conformidade com o já tratado nesse capítulo, Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 235), resume que,

[...] o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça. Não tem, contudo, salvo em situações teratológicas, o poder de alterar os designios positivados pelo Estado através da via adequada, ainda que para corrigir situações que lhe pareçam desequilibradas.

### **2.3 Escopos sociais**

A partir da compreensão dos escopos políticos e jurídicos, será analisado o escopo social e sua influência no desenvolvimento da decisão do caso concreto. O processo, portanto, tem como principal objetivo, a partir da instrumentalidade, solucionar o conflito de modo a resultar na paz social. Em conformidade, Daniel Amorim estabelece que “a jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social” (2019, p. 59).

Desse modo, o Estado chegará à justiça das decisões através dos escopos sociais, jurídicos e políticos, em conformidade com o contexto da sociedade em que será proferida a

decisão. O descontentamento da sociedade, que leva ao surgimento dos litígios, deve ser sanado pelo magistrado. Nesse sentido,

Mas eis que o Estado positiva também o seu poder ao definir situações concretas, decidindo e realizando praticamente os resultados que entende devidos em cada caso. Legislação e jurisdição englobam-se, assim, numa unidade teleológica -, ambas engajadas numa tarefa só, de cunho social, que estaria a meio caminho se fosse confiada só à legislação e não teria significado algum se se cogitasse da jurisdição sem existirem normas de direito substancial. E essa missão pacificadora não tem os resultados comprometidos pelo fato de ordinariamente trazerem situação desvantajosa a pelo menos uma pessoa. (DINAMARCO, 2008, p. 190).

Assim, a participação ativa do indivíduo e a compreensão do processo, bem como o respeito ao devido processo legal, afastaria a insatisfação da decisão contrária. Além disso, a educação da sociedade é um pré-requisito para a eficiência da jurisdição. A missão jurisdicional é conscientizar a sociedade de seus direitos e obrigações e incentivar a solução de possíveis litígios que possam surgir na coletividade social. Nessa perspectiva, Dinamarco expõe que

A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O escopo último continua sendo a pacificação social, que, na medida em que obtidos bons níveis de confiança no seio da população, torna-se mais fácil de ser também levada a níveis satisfatórios (2008, p. 193).

Portanto, o modelo ideal de jurisdição seria através da pacificação social, de modo que as partes e o juiz participem ativamente do processo, de maneira célere e como resultado uma decisão justa. Assim, apenas através da adequação de todos os escopos (social-jurídico-político) é que o processo poderá ser efetivo e alcançar a paz social, seu objetivo intrínseco.

### **3 CONCLUSÃO**

Conclui-se, desde logo, que é o procedimento uma técnica que busca atingir resultados úteis, já o processo obriga-se a reger e interrogar, de modo instrumentalista, essa técnica. Dinamarco não diferencia ambas as conceituações, acredita que sejam instrumentos do magistrado para a busca da solução mais justa pelo julgador. Alia-se à ideia de que é a partir de sua convicção formada a respeito dos fatos e direitos, que o bem comum será alcançado mediante seus atos decisórios.

É dizer que certezas absolutas não se mostram necessárias, tão somente as convicções do juiz, pautadas pelas diretrizes sociais, já seriam autossuficientes. O magistrado, nesse sentido, pauta-se pela busca da verdade, com a manifestação excêntrica de sua convicção diante

da apresentação de duas possíveis verdades. Com isso, gera-se elevado controle de discricionariedade por parte do Estado-juiz, a partir da premissa instrumentalista de detenção de suas ferramentas jurisdicionais. Seriam então, a verossimilhança, a certeza e a probabilidade medidas de identificação dos aspectos da cognição resolutive social. Em que se teria, no Estado Democrático de Direito, essa valoração não de modo subjetivo, e sim fazendo com que o juiz se constrinja e revele a partir de uma rivalidade literária, a explicitação de seus motivos de maneira fundamentada.

Deixaria de se ter, assim, uma mente soberana do magistrado como *locus* decisório. Não deve se valer de impressões e entendimentos personalíssimos como fim dos acatamentos dos anseios populares e do bem comum. Em um cenário essencialmente instrumentalista, não é o processo que cumpre os escopos, e sim o magistrado. Seria então o processo mero veículo que encobre o querer do condutor, por meio de sua personalíssima vontade. Como seguiria rigorosamente o escopo social sem que houvesse manipulação do próprio anseio social? Além de imparcial, que na visão instrumentalista é aceitável, ele seria indiferente.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Amanda. **Assédio moral e sexual: tratamento prospectivo dos conflitos no judiciário trabalhista.** Disponível em: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:BR/escopos+da+jurisd%C3%A7%C3%A3o/p3/W/vid/707350653>. Acesso em: 01.11.2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GOULART DE SENA ORSINI, Adriana. **Acesso à Justiça, Solução de Conflitos e a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos Trabalhistas.** Disponível em: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:BR/escopos+da+jurisd%C3%A7%C3%A3o/p4/W/vid/536281150>. Acesso em: 01.11.2021.

NAVARRO XAVIER CABRAL, Trícia. **Jurisdição, processo e liberdade.** Disponível em: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:BR/escopos+da+jurisd%C3%A7%C3%A3o/p4/W/vid/873354908>. Acesso em: 01.11.2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - Volume único.** 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

TESSARI e PINHEIRO. **A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E O COMPROMISSO COM OS ESCOPOS SOCIAIS DO PROCESSO POR MEIO DA INSTRUMENTALIDADE.** Disponível em: <http://tessaripohlmann.adv.br/wp-content/uploads/2021/01/artigo-33.pdf>. Acesso em: 01.11.2021.

VLEX. **A participação como escopo político da jurisdição em matéria ambiental.** Disponível em: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:BR/escopos+da+jurisd%C3%A7%C3%A3o/p4/WW/vid/693223577>. Acesso em: 01.11.2021.

XAXIER DA SILVEIRA ROSA, Renato. **Jurisdição e processo: Escopos do método estatal para solução de controvérsias.** Disponível em: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:BR/escopos+da+jurisd%C3%A7%C3%A3o/WW/vid/871080174>. Acesso em: 01.11.2021.

## 9

### **PROCESSO E TECNOLOGIA: O ATUAL CENÁRIO DE DESVALORIZAÇÃO DA ADVOCACIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**Giovanna Nogueira Rodrigues<sup>50</sup>**

#### **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A presente pesquisa aborda a atual situação de uma das mais antigas profissões da história, a advocacia, mais especificamente, esse artigo busca retratar as consequências, para os advogados, da utilização de novas tecnologias no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, é de conhecimento geral que, através dos séculos, a advocacia evoluiu junto com os avanços políticos, culturais e legislativos das sociedades que se desenvolveram. Logo, é possível compreender que, hodiernamente, na conhecida “Era da Informação” ou “Era da Tecnologia”, a advocacia e o sistema judiciário busquem se modernizar, através da adoção de inovações do ramo tecnológico com o objetivo de ajudar os profissionais.

Entretanto, durante as últimas décadas de utilização desses novos mecanismos na advocacia, foi possível perceber que, embora esses tenham contribuído para a resolução de muitos dos problemas enfrentados pelos advogados, eles também colaboraram para um agravamento da desvalorização dessa classe trabalhadora. Essa depreciação, já vinha acontecendo a tempos devido aos mais variados motivos, que serão abordados mais frente nesse artigo, contudo, a utilização de tecnologias como softwares de inteligência artificial, que de certo modo, realizam tarefas que antes pertenciam aos advogados, não foi uma boa aquisição a causa da maior valorização da advocacia.

Dessa forma, é importante ressaltar que, a advocacia é considerada pelo art. 133 da Constituição brasileira de 1988, como uma atividade profissional essencial para a busca de um

---

<sup>50</sup> Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, integrante do GIC “Direito, Democracia e Justiça: uma análise das repercussões jurídicas e sociais da Teoria da Justiça como Reconhecimento”, coordenado pelos professores Carlos Henrique Soares e Marcelo Antônio Rocha.

processo justo, uma vez que, esse artigo afirma que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988). Logo, percebe-se a relevância da figura do advogado para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, característico da República Federativa do Brasil e, portanto, o quão prejudicial pode ser o menosprezo dessa profissão.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dialético. Dessa maneira, a pesquisa propõe esclarecer a importância do exercício da advocacia e os atuais obstáculos enfrentados pelos profissionais da área, principalmente após a inserção de novas tecnologias no sistema jurídico brasileiro.

## **2 A MAGNITUDE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A palavra “advogado”, vem do termo em latim “*ad vocatus*”, que significa chamar junto a si, ou seja, o advogado é aquele a quem se chama para defender outra pessoa perante a justiça (MORAIS, 2014). Em consonância com essa etimologia da palavra, Rui Barboza, dizia que, o “primeiro advogado foi o primeiro homem que, com influência da razão e da palavra, defendeu os seus semelhantes contra a injustiça, a violência e a fraude” (GEHLEN, 2020).

Tendo isso em vista, é possível perceber que os advogados têm como objetivo assegurar aos indivíduos em uma disputa judicial, o direito ao contraditório e a ampla defesa, garantido pelo art. 5º, inciso LV da CR/88, que afirma 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 outras palavras, a advocacia oferece as partes de um processo o direito de serem representados nesse, por profissionais que tem ciência da legislação vigente, sendo capazes de oferecer a seus clientes todos os meios possíveis para alcançarem seus objetivos.

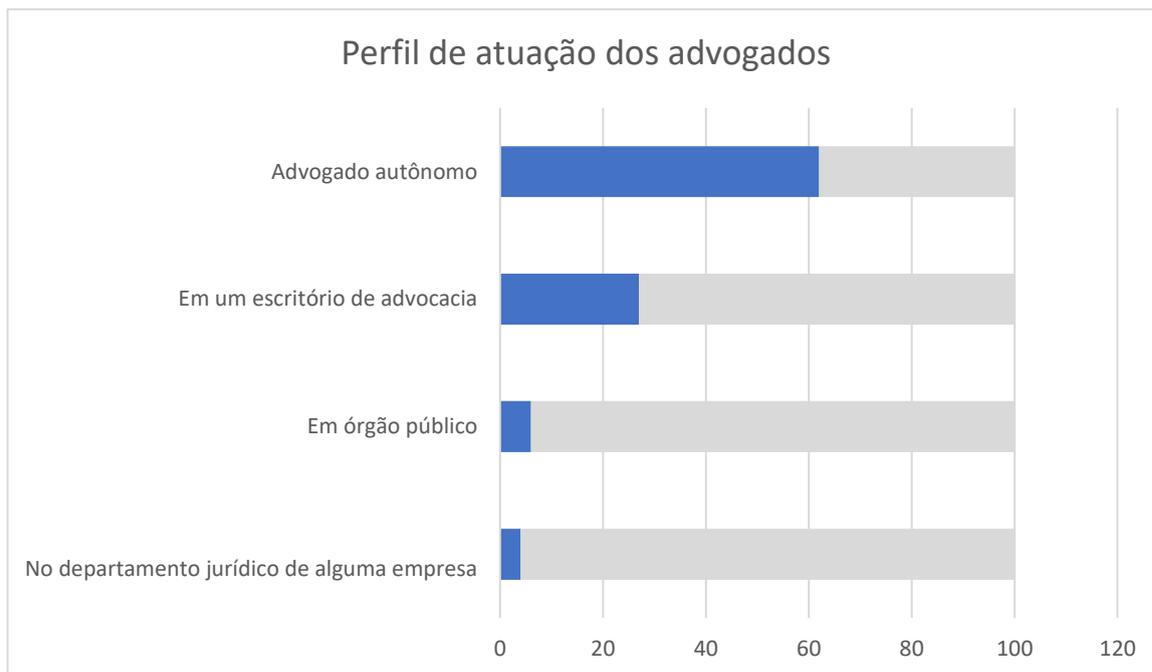
Essas considerações, levam ao entendimento do porquê a carta magna, através de seu art. 133, estabelecer o advogado como parte essencial na busca pela justiça nos processos. Contudo, assim como qualquer outra profissão, no decorrer dos séculos a advocacia evoluiu, surgiram diversos grupos sociais que possuíam interesses coletivos, e o advogado, conseqüentemente, recebeu a missão de defender não apenas os interesses individuais, mas

também os difusos (OAB, 2011). Nesse contexto, ainda segundo um artigo “O advogado e sua função social”, da Ordem dos Advogados do Brasil, houve uma expansão da importância da advocacia na sociedade, de modo que:

O advogado é também peça essencial na proteção dos direitos e das garantias fundamentais, prerrogativas constitucionais que formam um dos pilares do Estado Democrático de Direito, ao lado do enunciado da legalidade e do princípio da separação dos poderes. Por isso, é função social do advogado velar pelos direitos e pelas garantias do cidadão, participando de forma ativa na construção de uma sociedade mais igualitária e livre. Tem ele papel fundamental para que haja irrestrito cumprimento dos princípios constitucionais que fundamentam a República, em especial o da dignidade da pessoa humana e o dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (OAB, 2011).

Ademais, com o objetivo de buscar entender de forma mais complexa essa profissão, é necessário destacar, além da importância do exercício da advocacia para a sociedade, quem são os profissionais que, hodiernamente, exercem esse trabalho no Brasil. Inicialmente, destaca-se o fato de que, segundo uma pesquisa inédita, realizada pelo Datafolha em 2021, atualmente, o percentual de homens e mulheres na advocacia é o mesmo, já no critério de cor da pele, embora a porcentagem de pessoas brancas e negras ainda seja desigual, 62% contra 37%, respectivamente, em algumas áreas como o direito criminal a desigualdade é praticamente nula (DATAFOLHA apud FERREIRA; GALF, 2021).

Dessa forma, pode-se afirmar que a advocacia, com passar dos anos, vem mudando tanto legislativamente como culturalmente, sendo que, tem se tornado, como possível perceber, um importante exemplo de evolução na busca pela superação das desigualdades sociais impostas. Além disso, essa pesquisa do Datafolha, também retrata outros critérios, como o perfil de atuação dos advogados, mostrado no gráfico abaixo (DATAFOLHA apud FERREIRA; GALF, 2021):



Fonte: Pesquisa Datafolha realizada por telefone em 26 de fevereiro e 8 de março, com 303 advogados brasileiros adultos que possuem telefone no cadastro geral da classe, em todas as regiões e estados do país. A margem de erro é de seis pontos percentuais, para mais ou para menos, para o total da amostra

Nesse sentido, ao analisar esse gráfico, percebe-se que mesmo apenas dentro do exercício da advocacia, ou seja, sem adentrar as inúmeras áreas de trabalho que um bacharel em Direito pode decidir seguir, existem diversos perfis de atuação. Em vista disso, para compreender esse “leque de oportunidades”, é importante conhecer os requisitos exigidos para se tornar um advogado. Segundo o art. 8º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

Art. 8º - Para inscrição como advogado é necessário: I - capacidade civil; II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; IV - aprovação em Exame de Ordem; V - não exercer atividade incompatível com a advocacia; VI - idoneidade moral; VII - prestar compromisso perante o conselho. (BRASIL, 1994)

Logo, apesar de todos os critérios descritos acima como necessários para o exercício da advocacia legalmente, pode-se afirmar a existência de mais um requisito essencial para ser um profissional de qualidade nessa área, a habilidade de comunicação com o cliente. Essa competência é primordial, uma vez que, transpassar confiança e segurança é uma das características mais exigidas por aqueles que buscam escolher um advogado para os defender. Além disso, essa capacidade de intercomunicação é de grande valia nos dias atuais, nos quais a advocacia se vê ameaçada pela utilização de tecnologias de inteligência artificial no sistema

judiciário.

Em suma, pode-se concluir, como já mencionado anteriormente, que o exercício da advocacia é uma imprescindível característica do Estado Democrático de Direito. Esse tipo de Estado é caracterizado pela soberania popular, ou seja, aquele em que há uma participação efetiva e constante da população nas decisões políticas (REZENDE). Logo, era de se esperar que houvesse, por parte da população, uma maior valorização da profissão de advogado, entretanto, muitas vezes, as pessoas relacionam a advocacia com um obstáculo ao direito constitucional de segurança, garantido pela Constituição Federal.

Isso ocorre porque a ideia do senso comum é a de que, os advogados libertam criminosos, sendo que, como retratado, esse profissional “não busca a impunidade do seu cliente, mas tem a obrigação de assegurar que seja feita justiça” (D'URSO, 2012). Esse pensamento de grande parte da população é a base para a desvalorização da advocacia que será abordada mais detalhadamente no tópico posterior.

### **3 A APLICAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS NO JUDICIÁRIO E A CONSEQUENTE DESVALORIZAÇÃO DOS ADVOGADOS**

A presente pesquisa já ressaltou que o direito e, conseqüentemente, a advocacia, acompanham a evolução da sociedade, se adaptando a essa. Nesse contexto, é de conhecimento geral, que desde meados do século XX, o mundo adentrou em um período mais conhecido como “Era da Informação”, esse é marcado por um acelerado desenvolvimento de novas tecnologias, que têm como um dos principais objetivos, funcionar como facilitadoras do dia a dia da população. Nesse contexto, segundo o economista do BNDES, Tagore Villarim de Siqueira:

Os avanços tecnológicos em áreas como microeletrônica, softwares, computadores pessoais, supercomputadores, satélites e nanotecnologia reduziram custos, aumentaram a produtividade e viabilizaram a constituição de redes locais e globais privadas e públicas, entre as quais a Internet. Os avanços tecnológicos nessas indústrias provocaram mudanças de tão grande magnitude no cotidiano das pessoas, empresas e demais instituições de todos os setores de atividade, que foi criado o termo “nova economia” para designar esse fenômeno. (SIQUEIRA, 2007)

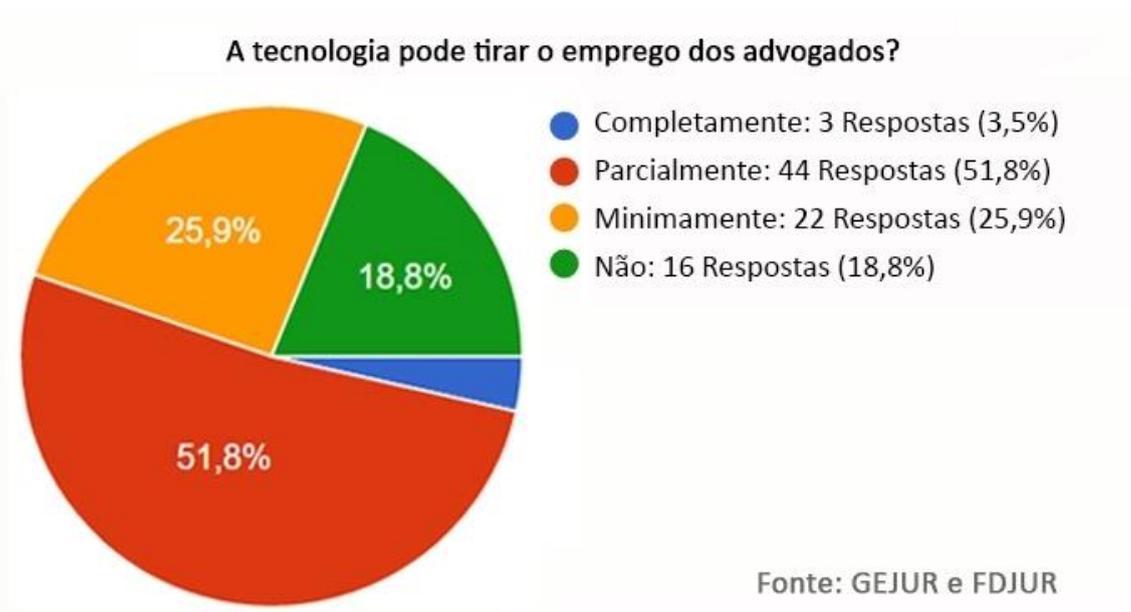
Desse modo, tendo em vista a grande influência das novas tecnologias para a vida em sociedade, é possível concluir que a advocacia e todo o sistema jurídico propendam a adotar essas inovações em sua rotina de trabalho. Os softwares de inteligência artificial, por exemplo, vêm adquirindo destaque nesse mercado, uma vez que, “por meio de ferramentas automatizadas e capazes de aprender sozinhas (conceito conhecido como *machine learning*), advogados e seus

subordinados poderão realizar consultas e pesquisas de informações jurídicas com muito mais eficiência e rapidez. ” (PADILHA, 2019).

Logo, uma das principais vantagens da utilização de softwares de inteligência artificial no judiciário é a maior agilidade no decorrer dos processos, sendo essa, de extrema necessidade para o atual cenário processual brasileiro, uma vez que, segundo o Conselho Nacional de Justiça:

Há mais de 77 milhões de processos em tramitação na Justiça, o que corresponde a um processo para quase três habitantes. O Brasil possui uma das maiores cargas de trabalho na Justiça do mundo. São 6.962 processos por juiz e uma elevada taxa de congestionamento, 68,5%, segundo dados compilados do Relatório Justiça em Números 2020, elaborado pelo CNJ. (BANDEIRA, 2021)

Assim sendo, poder-se-ia dizer que essas novas tecnologias são de grande ajuda para o exercício da advocacia, pois otimizam o tempo dos advogados. Contudo, a elevada eficácia dessas inovações, pode acabar resultando, também, em consequências negativas para os profissionais da área, entre essas, a intensificação da desvalorização desses. Nessa perspectiva, em uma pesquisa feita com 85 empresas, mais de 50% dessas afirmou que a tecnologia pode tirar parcialmente o emprego dos advogados, como mostra o gráfico da figura abaixo:



Fonte: BORGES, 2017.

Esse compartilhamento de funções entre advogado e algum software jurídico avançado, ou até mesmo a substituição desse profissional por essas tecnologias, se dariam por diversos motivos, entre eles a grande agilidade e precisão dessas máquinas. Segundo um estudo realizado

pela LawGeex, comparando as habilidades de advogados e da inteligência artificial, “enquanto advogados obtiveram média de 85% de precisão, a inteligência artificial chegou a 94%. Em relação à velocidade, a AI também saiu na frente. Enquanto esta levou apenas 26 segundos para analisar todos os contratos, os advogados levaram 92 minutos” (PÓVOA, 2019). Isso posto, é absolutamente compreensível que a profissão da advocacia possa se sentir ameaçada por essas inovações das últimas décadas.

Todavia, ao analisar o gráfico demonstrado acima, também é preciso dar destaque a palavra parcialmente, que realça que, embora mais da metade das empresas entrevistadas acreditem na substituição do advogado pelas novas tecnologias, essas não creem em uma transição completa de funções, assim como as outras 38 empresas, que juntamente às citadas acima representam mais de 96% dos votos, e que votaram que a tecnologia não é capaz de tirar o emprego dos advogados ou apenas faz isso apenas minimamente. Isso, se deve ao fato de que:

O foco principal da aplicação da Inteligência Artificial na advocacia é livrar os profissionais de tarefas maçantes e repetitivas, como revisões, análises e pesquisas de documentos, de modo a otimizar seu tempo e deixá-los livres para focar naquilo que realmente importa neste ramo: atender o cliente. (PADILHA, 2019)

Ou seja, adentrando nessa linha de pensamento, ao se inserir a inteligência artificial no ordenamento jurídico brasileiro, não se desejaria substituir o trabalho dos advogados, mas sim auxiliar esse. Nesse sentido, percebe-se que há divergências de opiniões acerca do quanto a utilização de inovações tecnológicas pode colaborar na desvalorização do exercício da advocacia, mas é necessário ressaltar que esse descrédito dos advogados também resulta de outras razões. Segundo Mariana Pretel, em um artigo publicado pelo site da OAB-SP:

Se antes o advogado pertencia a uma elite profissional altamente qualificada, nos dias atuais, grande parte sobrevive como advogado empregado ou proletariado, auferindo salários baixíssimos (em média, de 02 a 03 salários-mínimos mensais) e abrindo mão de grande parte de sua liberdade. Os jovens bacharéis (em sua maioria influenciada pelos próprios educadores) pensam apenas em concurso e já possuem um ideal de que a carreira pública, no Ministério Público ou Magistratura, é muito mais promissora. E várias são as razões que poderão ser destacadas para tal declínio de prestígio: a proliferação desordenada das faculdades de direito em nosso país, a formação de profissionais desqualificados diante da má qualidade do ensino jurídico, a saturação do mercado de trabalho, a perda da ética e dos valores morais por parte dos profissionais, a diminuição do amor à profissão na busca pelo status econômico, entre outros. (PRETEL, 2008)

Dessa maneira, pode-se perceber que as causas do processo de desvalorização dos advogados são, em sua maioria, resultantes da existência de profissionais despreparados e que adentraram no mercado jurídico sem, no mínimo, o apresso pela profissão da advocacia. Logo, com isso, era possível se esperar o desprestígio desse ofício, uma vez que, é de conhecimento

geral que um dos principais requisitos para um advogado é agir “com independência e arrojo, ele deve promover a sua defesa, independentemente de ser amado ou odiado, e cumprir com dignidade a função tutelar do direito” (D'URSO, 2012).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do exposto, pode-se comprovar que a desvalorização da profissão advocatícia é algo que, nos últimos tempos, está ganhando amplitude no mercado de trabalho jurídico. Nesse contexto, ao analisar esse cenário é possível perceber que, esse descrédito da profissão não é apenas por parte de grande parcela de novos bacharéis em Direito, que já adentraram no curso objetivando a estabilidade financeira proporcionada por um concurso público, mas também por parte da própria sociedade. Essa, muitas vezes, cultiva a ideia equivocada de que o advogado contribui para as injustiças do sistema judiciário do Brasil, ao promover uma suposta libertação de criminosos.

Contudo, como já foi abordado no primeiro tópico de desenvolvimento dessa pesquisa, a importância do advogado é exatamente o contrário disso, ou seja, é promover e garantir a justiça dentro do sistema jurídico da comunidade em que vive. Isso, porque existe na Constituição da República Federativa, diversos artigos, entre eles o art. 133 e o art. 5º, inciso LV, já citados anteriormente, que estabelecem o advogado como peça essencial para o cumprimento do devido processo legal e, conseqüentemente, a garantia dos direitos dos cidadãos.

Dessa forma, ao tratar a importância da advocacia para a sociedade, é necessário falar também sobre a relevância dos profissionais dessa área, os advogados, principalmente, depois da implantação de novas tecnologias no judiciário, entre elas, os softwares de inteligência artificial. Essa inovação tecnológica dentro do sistema jurídico brasileiro, é vista por muitos como um mecanismo para tentar substituir os advogados bem em meio a um período de desvalorização dessa profissão, o que resultaria em uma piora desse cenário.

Entretanto, uma grande parcela dos estudiosos dessa área de Direito e tecnologia, acreditam que os advogados não precisam se sentir ameaçados pela utilização dessas novas tecnologias, pois essas não teriam como objetivo substituí-los, mas sim, auxiliar nas funções consideradas mais maçantes dessa profissão. Desse modo, esses profissionais teriam mais tempo para a realização do que seria a atividade mais importante para o sucesso no exercício da advocacia, o contato entre cliente e advogado.

Em suma, como já se sabe, a advocacia é uma das profissões mais antigas do mundo. Dessa forma, assim como mantém, hodiernamente, um nível similar da importância que teve durante a sua história, deve também, continuar sendo tão valorizada quanto sempre foi. Logo, do mesmo modo que aderiu as diversas mudanças e evoluções da sociedade ao longo do tempo, a advocacia deve encontrar um modo de inserir as novas tecnologias em sua realidade, sem que isso resulte na desvalorização dessa profissão.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. **Pesquisa revela que 47 tribunais já investem em inteligência artificial.** CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-revela-que-47-tribunais-ja-investem-em-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 26 out. 2021.

BORGES, Pedro. **A tecnologia pode tirar o emprego dos advogados?**. GEJUR: Gestão Jurídica Empresarial, 2017. Disponível em: <https://www.intelijur.com.br/gejur/noticias/materias/a-tecnologia-pode-tirar-o-emprego-dos-advogados#:~:text=%20A%20tecnologia%20pode%20tirar%20o%20emprego%20dos,a%20eros%20%28com%20exce%C3%A7%C3%A3o%20dos%20que...%20More%20>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm). Acesso em: 25 out. 2021.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Sem advogado, não há justiça**. OAB São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2012/152>. Acesso em: 25 out. 2021.

FERREIRA, Flávio; GALF, Renata. **Datafolha: pesquisa inédita revela perfil econômico e de atuação da advocacia do país**. Folha de São Paulo, UOL, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/05/datafolha-pesquisa-inedita-revela-perfil-economico-e-de-atuacao-da-advocacia-do-pais.shtml>. Acesso em: 25 out. 2021.

GEHLEN, Irineu. **“Tudo se vincula ao magistério da lei e ao império da justiça”**. Jornal Bom Dia, 2020. Disponível em: <https://www.jornalbomdia.com.br/noticia/40107/-tudo-se-vincula-ao-magisterio-da-lei-e-ao-imperio-da-justica->. Acesso em: 27 out. 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MORAIS, Vanessa. **Como surgiu o advogado e a advocacia?**. Megajurídico, 2014. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/como-surgiu-o-advogado-e-advocacia/>. Acesso em: 25 out. 2021.

em: 24 out. 2021.

OAB. **O advogado e sua função social**. OAB Distrito Federal, 2011. Disponível em: <https://oabdf.org.br/artigos/o-advogado-e-sua-funcao-social-3/>. Acesso em: 24 out. 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Qual é o real impacto da Inteligência Artificial na advocacia**. Itforum, 2019. Disponível em: <https://itforum.com.br/colunas/qual-e-o-real-impacto-da-inteligencia-artificial-na-advocacia/>. Acesso em: 26 out. 2021.

PÓVOA, Letícia. **Inteligência artificial pode substituir advogados? Entenda!**. Edital Concursos Brasil, R7, 2019. Disponível em: <https://editalconcursosbrasil.com.br/noticias/2019/06/inteligencia-artificial-pode-substituir-advogados/>. Acesso em: 27 out. 2021.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A desvalorização da advocacia x a indispensabilidade do advogado para a efetivação da justiça**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 nov. 2008. Disponível em: [http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151\\_&ver=103](http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_&ver=103)>. Acesso em: 27 out. 2021.

REZENDE, Milka de Oliveira. **Estado Democrático de Direito**. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/estado-democratico-de-direito.htm#:~:text=O%20Estado%20Democr%C3%A1tico%20de%20Direito%20caracteriza-se%20pela%20soberania,fiscalizados%20mutuamente%2C%20a%20saber%3A%20Executivo%2C%20Legislativo%20e%20Judici%C3%A1rio>. Acesso em: 25 out. 2021.

SIQUEIRA, Tagora Villarim de. **O setor de tecnologia da informação e comunicação no Brasil no período recente**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 14, n. 27, p. 213-260, jun. 2007. Disponível em: [https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/13472/2/RB%2027%20O%20Setor%20de%20Tecnologia%20da%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20e%20Comunica%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil%20no%20Per%C3%ADodo%20Recente\\_P\\_BD.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/13472/2/RB%2027%20O%20Setor%20de%20Tecnologia%20da%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20e%20Comunica%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil%20no%20Per%C3%ADodo%20Recente_P_BD.pdf). Acesso em: 26 out. 2021.

WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985.

**A PRINCIPIOLOGIA DA LEI Nº 14.133/2021:  
REFLEXÕES À LUZ DA TEORIA DE OSKAR VON BÜLOW  
E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**Luiz Felipe Radic<sup>51</sup>**

**1 INTRODUÇÃO**

Verifica-se, no atual ordenamento jurídico brasileiro, um tratamento diferenciado quanto aos princípios do Direito. Boa ilustração disso é a Lei nº 14.133/2021 sobre licitações, que entrou em vigor no dia 1º de abril de 2021. No seu texto, é apresentada uma lista de princípios maior do que da Lei nº 8.666/93, que dispunha sobre a matéria, antes da Lei nº 14.133/21. Assim sendo, essa maior carga principiológica da norma mais recente acarretará, inevitavelmente, a ampliação da necessidade de ponderação desses princípios por parte do Poder Judiciário, a fim de resolver os litígios oriundos do novo dispositivo, uma vez que eles são a fundação sobre o qual se estrutura toda a lei em análise.

Todavia, é preciso atentar-se para o tipo de magistrado que será encarregado de realizar esse juízo valorativo. Atualmente, a corrente majoritária no âmbito processual se alinha à linha teórica de Cândido Rangel Dinamarco; logo, segue, mesmo que de forma indireta, os ensinamentos de Oskar von Bülow, no sentido de conceber o processo como um instrumento para que o juiz exerça a tutela jurisdicional. O problema é que, com o advento da Constituição de 1988, e a implementação formal do paradigma do Estado Democrático de Direito, a teoria bülowiana não tem mais espaço para existir, uma vez que as suas premissas teóricas vão contra o atual paradigma de Estado, como será explicado no decorrer do presente trabalho.

---

<sup>51</sup> Graduando, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia - ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

Assim, a seguinte pesquisa teórica de vertente jurídico-sociológica do tipo jurídico-projetivo, segundo Witker (1985) e Gustin (2010), tem o intuito de analisar criticamente as implicações para da ampliação do rol de princípios da Lei nº 8.666/1993 para a Lei nº 14.133/2021, à luz da teoria do processo como relação jurídica de Oskar von Bülow e do Estado Democrático de Direito. Para tanto, serão comparadas fontes primárias, secundárias e terciárias, mediante um raciocínio predominantemente dialético. Para dar seguimento ao trabalho, portanto, se começará por comentar as duas leis de licitações e as peculiaridades da mais nova, no quesito dos princípios.

## **2 SOBRE AS DUAS PRINCIPAIS LEIS DE LICITAÇÕES BRASILEIRAS A L. Nº 8.666/1993 E A L. Nº 14.133/2021**

A saber, até 2021, havia uma série de leis que dispunham sobre licitações, tais como a Lei nº 10.520/02, ou a Lei nº 12.462/11. Contudo, a Lei nº 8.666/1993 era o principal dispositivo legal na matéria. Esse texto normativo trazia, nos seus artigos, uma principiologia bem definida, restrita a pouco mais de uma dezena de princípios que tinham a função de nortear a atuação da administração pública, bem como aquela do Judiciário, ao se deparar com casos de licitações.

Dentre esses princípios, merecem destaque a isonomia, a impessoalidade, a moralidade, publicidade –princípios fundamentais do Direito Administrativo–; todos positivados no artigo (art.) 37 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e repetidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93. Todavia, ainda no art. 3º, há outros princípios, também tidos como relevantes, grifados abaixo:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.  
(BRASIL, 1993, grifo meu)

Dessa forma, a Lei nº 8.666/93 foi a principal lei de licitações, acompanhada de outras normas sobre a matéria, até que, em 2021, foi aprovada a Lei nº 14.133/21, que indica, no seu art. 193, que a Lei nº 8.666/93 será revogada em dois anos. O legislador tomou o cuidado, nessa nova norma, de condensar o conteúdo das diversas leis esparsas a respeito de licitações em um só dispositivo, tendo como motes principais para a sua produção a desburocratização do processo licitatório e a clareza da legislação.

Uma das características marcantes da Lei nº 14.133/21 é, certamente, como ela inovou, em relação à sua antecessora, ao atribuir maior ênfase à seção dos princípios, aumentando significativamente o rol de princípios positivados. Logo no art. 1º, § 2º e nos incisos do §3º da Lei, já aparecem alguns princípios e, um pouco adiante, inicia-se a seção especialmente dedicada a eles, no art. 5º, o qual segue integralmente, abaixo, com os princípios novos em destaque:

Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da proibição administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (BRASIL, 2021, grifo meu)

A leitura do art. 5º torna forçosa, dessa forma, a elaboração de alguns comentários. Primeiramente, a Lei nº 14.133/21 recuperou os valores da administração pública previstos na CF/88, na Lei nº 8.666/93 e nas outras leis sobre licitações, anteriormente mencionadas. Isso justifica o tamanho avantajado da lista de princípios no novo texto normativo.

Em segundo lugar, cabe salientar que o art. 5º apresenta apenas uma fração da do rol de princípios da Lei nº 14.133/21. Dentro desse amplo conjunto, podem ser individualizados alguns princípios notáveis, no art. 5º, e outros –não necessariamente explícitos, como a governança e a digitalização– os quais são identificáveis, no decorrer dos artigos.

Dando seguimento, é perceptível que o texto normativo não se preocupou em explicar, ou até mesmo em indicar, o que representam esses termos; dessa forma, abre-se margem a uma ampla gama de nuances interpretativas. Tomando a teoria de interpretação dos princípios de Ronald Dworkin (2002) como referencial teórico, seria coerente compreender tal margem de discricionariedade como adequada para a ponderação no caso concreto. Todavia, em termos de segurança jurídica, e de efetivação do princípio da Legalidade, adotado expressamente no art. 5º, inciso II da CF/88, verifica-se como mais adequado elucidar, nem que por alto, esses termos amplos.

Em terceiro lugar, quanto às disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Como adverte Mundim (2016), o art. 4º da LINDB determina que o juiz pode julgar conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito em caso de anomia –ou seja, a partir da sua própria intuição. Logo, a Lei nº 14.133/21 endossa o solipsismo judicial ao colocar na sua principiologia as disposições da referida legislação de 1942.

Por fim, há a questão envolvendo a presença dos termos “razoabilidade”, “proporcionalidade”. Com efeito, “razoabilidade” e “proporcionalidade” remetem à ponderação de princípios de Alexy (2008), mas a legalidade, também indicada no art. 5º da Lei nº 14.133/21 não está sujeita a ponderação por ser o pilar sobre o qual se estabelece o Estado Democrático de Direito –nesse contexto, pode-se dizer, sempre seguindo o raciocínio de Alexy (2008), que a legalidade seria, então mais uma regra do que um princípio– e a lei de 2021 dá abertura a um eventual enfraquecimento do princípio citado.

### **3 SOBRE AS TEORIAS DOS PRINCÍPIOS**

Ao se tratar de teoria dos princípios, alguns nomes vêm inevitavelmente à mente: Herbert Hart e Ronald Dworkin. Esses autores estão dentre os principais teóricos nessa disciplina e abarcam, somados, bons argumentos seja da visão da corrente positivista, seja daquela não-positivista.

O jurista positivista Hart (2001), elaborando a teoria kelseniana, não considera, na sua regra de reconhecimento, a existência de princípios, considerando-os como uma forma de lacuna do Direito. Por conseguinte, ao se deparar com um princípio, no caso concreto, o juiz deve se colocar na posição do legislador e criar norma a partir do que ele identifica ser a prática social.

Dworkin, por outro lado, elabora a sua teoria, no livro *Levando Os Direitos A Sério* (2002), a partir dos conceitos de moralidade concorrente e convencional. A primeira é aquela que também é chamada de argumento mais forte; ela não é necessariamente adotada pela maioria da comunidade, mas, caso seja contraposta às demais moralidades, em um processo argumentativo, sairá vencedora. É, também, essa moralidade que o juiz emprega para exercer a função judicial, na visão de Dworkin (2002). Em contraponto a essa, existe a moralidade convencional, adotada pela maioria da população, que, mesmo sabendo que está seguindo uma moral falha, não altera o seu comportamento; e essa é a moralidade que o juiz deve seguir, ao proferir a sua decisão, para Herbert Hart (2001).

Nota-se que cada moral gera um tipo diferente de regra, para Ronald Dworkin (2002): a concorrente cria a regra normativa; a convencional, a regra social. Nesse sentido, para os positivistas como Hart (2001), a prática social é o direito (regra social) e o juiz se baseia nesse costume da comunidade para decidir. Já, o posicionamento não-positivista vai em sentido

contrário, ao defender que o direito não é o costume, mas a justificativa para ele (regra normativa) e que é a partir disso que o juiz deve decidir.

Percebe-se, todavia, que, em ambas as teorias, é dada uma grande importância à função judicial, uma vez que é o Judiciário a decidir o caso concreto e que esse ato decisório é realizado a partir da consciência e do senso de justiça do magistrado. Na vertente positivista isso é mais explícito, mas ela também está presente na vertente não-positivista, já que o árbitro do processo argumentativo dworkiniano, a final, é o juiz.

Portanto é importante saber qual tipo de juiz existe na atualidade. Siga-se, então para o próximo tópico de discussão: o juiz bülowiano e a sua permanência no direito processual brasileiro atual, mediante a teoria de Cândido Rangel Dinamarco (2008).

#### **4 SOBRE O JUIZ BÜLOWIANO E A SUA ADEQUAÇÃO AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A teoria de Oskar von Bülow foi exposta em dois textos produzidos pelo autor prussiano no final do século XIX: A Teoria Das Exceções Processuais (1868) e Lei E Magistratura (1885). A fim de compreender a extensão da teorização de Bülow, entretanto, é preciso realizar uma breve digressão a respeito do contexto em que ele escreveu, ou seja, a transição do paradigma do Estado Liberal para o paradigma do Estado Social.

No modelo liberal, a atuação estatal era caracterizada pelo abstencionismo. À época, imperava a noção de que a autonomia da vontade era inamovível, o que restringia a Administração Pública e o Poder Judiciário. Prova disso é que a corrente majoritária era a positivista formalista, calcada sobre a tese do intérprete descobrir o significado que já se encontra no texto normativo, via diversas técnicas interpretativas e o recurso às intenções do legislador.

Por outro lado, o Estado Social objetivava a promoção do bem-estar social e estava pautado sobre o dirigismo estatal. Nesse segundo contexto, a autonomia da vontade é mitigável e o Estado passa a intervir nas relações contratuais a fim de assegurar direitos e diminuir desequilíbrios e injustiças nas relações jurídicas. Logo, a Administração Pública torna-se mais burocrática e o Judiciário passa a ser mais independente do Legislativo, em uma aplicação da teoria positivista anti-formalista, a qual prega que o intérprete cria o significado a partir do texto da lei, exercendo, portanto, um papel valorativo. Kelsen (1998), noto adepto dessa corrente, sustenta que a diferença da atividade do legislador daquela do julgador seria quantitativa, mas

não qualitativa; o juiz seria, para o autor, o legislador do caso concreto, exercendo a mesma atividade, porém com um espaço criativo menor.

Esclarecido isso, retorne-se ao jurista em análise. É entre um modelo de Estado e o outro que Oskar von Bülow propõe o seu pensamento e, ao se lerem as suas obras principais, é clara a busca do prussiano pela função que se deveria conferir aos juízes no paradigma do Estado Social, ainda em formação.

Assim, no primeiro texto *A Teoria Das Exceções Processuais* (1868), o Bülow estabeleceu as fundações para a elaboração da ciência do processo, separando o direito material do processual. Também é dito, nesse texto, que o processo possui sujeitos, pressupostos e características distintas no direito material, além de ser realizado um estudo dos pressupostos processuais a fim de estabilizar teoricamente essa nova ciência do direito. Seguindo os ensinamentos de Luís Gustavo Mundim (2016), na obra de 1868, Bülow importou a noção de relação jurídica do Direito Privado para o Direito Público, trazendo também para a sua teoria os vínculos de subordinação que o termo comporta. Assim, “há o estabelecimento de um vínculo de subordinação do réu ao autor e de ambos ao Estado-juiz” (MUNDIM, 2016, p.47). Dessa forma, Bülow encerra o escrito (1868) propondo que o processo teria a função de possibilitar ao juiz reconhecer e realizar direitos. A teoria do autor foi, então, pensada a fim de o processo servir de instrumento para o Estado soberano, representado na figura do juiz, exercer a tutela jurisdicional e salvar as partes, deficientes de conhecimento jurídico.

Em complemento ao primeiro texto, em *Lei E Magistratura* (1885), obra menos nota do autor, mas de não menos valor, é explicado como o juiz deve decidir e qual é o seu papel na sociedade. Aqui, o que se denota é a força que Bülow confere ao Judiciário, uma vez que é explicitado que os demais Poderes não são mais do que meros indicadores do caminho que o juiz deverá seguir, ao decidir. Depreende-se da leitura desse segundo texto que, na concepção bülowiana, o juiz é uma figura hercúlea com o poder de criar o direito a partir da sua própria intuição e que não pode estar limitada ao raciocínio lógico de dedução a partir do texto escrito produzido pelo Legislador (exceções cotidianas). O juiz é quem, pela via decisória, cria o direito e as partes se põem à sua mercê a partir do momento que o litígio chega nas mãos do Judiciário.

Esse personagem, que havia sido apresentado em 1864, se revela, então, como um personagem indomável, totalmente livre para tomar as rédeas do processo e guiá-lo em direção ao que ele próprio achar mais justo. E se, por um lado, ele estava perfeitamente alinhado com o paradigma do Estado Social, ele destoa totalmente do Estado Democrático de Direito, o qual tem como pilares a possibilidade de se fiscalizar as decisões estatais (DALARI, 1998).

Nesse sentido, a partir da lição do professor José Eduardo Carneira Alvim (2005), pode-se dizer que Bülow não se importava com o processo como instituição garantidora da fiscalização do Judiciário. A sua teoria foi pensada sob outro ponto de vista, o do Estado Social – lembre-se o contexto histórico em que o prussiano escreveu –, e foi superada com o advento do Estado Democrático de Direito, uma vez que ela não se preocupa com direitos e garantias fundamentais e, principalmente, não está sujeita ao princípio da legalidade, que é a pedra angular do atual modelo de Estado.

Contudo, a linha de pensamento proposta por Bülow ainda é indiretamente adotada pelos processualistas brasileiros, hoje, no século XXI. Cândido Rangel Dinamarco sedimentou esse pensamento no Brasil na sua obra *A Instrumentalidade Do Processo*, propondo o processo como um instrumento da jurisdição que conta com a subordinação das partes ao juiz e que visa o alcance da Paz Social, mediante escopos metajurídicos (DINAMARCO, 2008).

Há diversos trechos na obra de Cândido Rangel Dinamarco em que se percebem as influências da teorização bülowiana, com ênfase àquela apresentada em *Lei E Magistratura*, apesar de não constar a citação da referida fonte. Como exemplo, tem-se o tópico 11 do Capítulo III em que Dinamarco (2008) trata de jurisdição e de decisão. Nesse trecho, é dito que a decisão é a externalização do poder do Estado exercido pela jurisdição. *Verbi gratia*, quando o juiz conhece, ele está, na verdade, tomando consciência do ocorrido para decidir e, com isso, alterar o comportamento das partes, a ele subjugadas. Não é por acaso que, para o jurista paulista, apesar de não ser a única atribuição da jurisdição, decidir é a sua mais nobre função. Bülow prega o mesmo, no texto de 1885. Desvela-se, assim, o marco teórico de Dinamarco.

Outra parte da obra *A Instrumentalidade Do Processo* que reitera a permanência da teoria bülowiana naquela do autor paulista (2008) está logo adiante, no tópico 13 do Capítulo III, em que o autor aborda o que ele chama de imperatividade. Pelo que é dito, o poder do Estado é supremo – *imperium* romano. Logo, essa supremacia do poder estatal passa para a jurisdição também, sob o princípio da inevitabilidade da jurisdição, daí decorrendo a imperatividade das decisões. Por sua vez, esta se revela em dois aspectos (a) na impossibilidade em que se acha o submetido à jurisdição de se subtrair ao poder; (b) capacidade do juiz de impor as próprias decisões. Dessa feita, em especial no primeiro aspecto em que se revela a imperatividade, no sentido de não se poderem afrouxar os laços de subordinação enunciados por Bülow em 1868, fica explícita a relação entre o pensamento dos dois juristas.

Logo, pode-se inferir com bastante tranquilidade que o “juiz super-herói” do final do século XIX não deixou de existir no direito processual brasileiro, apesar de estar fora do seu

lugar, no hodierno paradigma de Estado; e é, justamente esse o motivo pelo qual toda a discussão apresentada no presente trabalho mostra-se relevante. Dada a mentalidade atual dos processualistas e dos próprios magistrados, a proposição de legislações fortemente principiológicas, como a Lei nº 14.133/21 pode pôr em risco a democracia em razão da banalização do emprego reiterado de exceções cotidianas.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Foi discutido, ao longo do texto como a Lei nº 14.133/2021 expandiu o rol de princípios a partir da Lei de Licitações anterior. Ademais, foram enumerados alguns pontos sensíveis da sua seção referente aos princípios.

A seguir, foram apresentadas duas importantes teorias dos princípios, abarcando literaturas de ambas as visões positivista e não-positivista. Nessa parte do texto, demonstrou-se como nenhum dos posicionamentos foi capaz de evitar o solipsismo do Judiciário.

Por fim, então, descreveu-se em detalhe qual é o tipo de magistrado que atualmente é incumbido de lidar com os princípios no dia a dia do direito, no Brasil: o juiz bülowiano reformulado através das lentes da instrumentalidade do processo, proposta por Dinamarco. Foram apontados os principais atributos dessa figura e como ela destoa do paradigma do Estado Democrático de Direito. Isso posto, encerra-se o texto reiterando a importância de o direito ter o alcance de um mundo melhor por objetivo, mas os fins não podem justificar os meios, em uma democracia, e o respeito à legalidade e à possibilidade do povo participar das decisões estatais é intransponível.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1993]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 26 maio 2021.

BÜLOW, Oskar von. **Lei e magistratura.** Tradução: James E. herget; Ingrid Wade. Liepzig: Dunker and Humblot, 1885. Título original: Gesetz und richteramt

BÜLOW, Oskar von. **A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais.** 1868. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1964. Título original: La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 1 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 3a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HART, Herbert. **O conceito de direito.** 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MUNDIM, Luís Gustavo. **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 [Orgs.]. Jurisdição e técnica procedimental. Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia, vol. 6. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho.** Madrid: Civitas, 1985.

# 11

## **ATIVISMO JUDICIAL: MEDIDAS ESTRUTURANTES PARA GARANTIA DA INTEGRIDADE DO PROCESSO**

**Sofia Campolina Fonseca<sup>52</sup>**

O Direito Processual Civil, que inicialmente era chamado de Direito Jurisdicional, é o ramo do Direito encarregado à solução de conflitos de interesses, na esfera cível. Ele reúne as normas, regras e princípios relativos à jurisdição civil, com o objetivo de solucionar as lides, divergências de natureza não penal e não tratadas em legislação específica, ao determinar as bases para os procedimentos judiciais e extrajudiciais. Ainda sobre a dinâmica do processo, uma explicação de André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau, em *Estado de Exceção Ambiental* (2015):

Na dogmática jurídica, é habitual a afirmação de que o direito processual deve servir a direito material. A compreensão subjacente a essa assertiva é a de que as normas processuais só ganham relevância quando há conflitos acerca das normas materiais, ou seja, quando surgem controvérsias sobre bens jurídicos protegidos ou criados pelo cognominado direito material. Consequência óbvia desse enfoque é a de que, caso não se instale uma divergência na interpretação da norma material, a norma processual não teria mesmo qualquer utilidade. Impõe-se ao direito processual, com isso, a condição de mero coadjuvante da jurisdição estatal, de modo que o processo seria apenas a tecnologia que permite ao juiz o exercício da jurisdição (ou dicção do direito material que se aplica a conflito e que será acatado pelo destinatário-jurisdicionado). Foi assim, aliás, que adveio o conceito de processo na modernidade. Já no seu nascedouro, o processo foi condenado a ser uma relação jurídica de direito público que submete as partes ao juiz (tribunal) para viabilizar a superveniência do dito jurídico da autoridade soberana (CARVALHO; REIS; RIOS, 2015).

Dentro do modelo constitucional do processo, o papel do juiz, de acordo com o artigo 139 do Código Processual Civil, é focalizar os poderes que lhes foram outorgados pelo legislador à concretização do dever de prestar, em tempo razoável, a solução justa e efetiva da lide, sem descuidar das demais garantias processuais (BRASIL, 2015). Assim, é esperado que o

---

<sup>52</sup> Estudante de Direito Integral na Escola Superior Dom Helder Câmara, integrante do grupo de iniciação científica Direito, Democracia e Justiça, coordenado pelos professores Carlos Henrique Soares e Marcelo Antônio Rocha. E-mail: sofiaampolinafonseca@hotmail.com.

magistrado aja com prudência e sopeso para que o processo não se transforme em uma arena de arbitrariedades hermenêuticas (BUENO, 2016).

Contudo, atualmente é perceptível que o Poder Judiciário ultrapassa sua atribuição em determinadas situações, realizando funções designadas aos demais Poderes, Executivo e Legislativo. O dilema consiste nas consequências dessa interferência na autonomia, se poderia prejudicar de alguma forma a liberdade civil, ou se o aumento de competência inflacionaria o Judiciário e isso colocaria a sociedade subordinada à arbitrariedade do magistrado.

Em primeiro plano, o Código de Processo Civil, CPC/2015, realmente ampliou os poderes do juiz, o que o concedeu maior autonomia na direção do processo, ao passo em que é possível que este adote medidas executivas atípicas para assegurar o cumprimento da decisão judicial, como previsto no artigo 536 do próprio código (BRASIL, 2015). Entretanto, isso foi feito de maneira proporcional à disciplina dos deveres e limites a serem observados, para defesa das garantias instrumentais a fim de preservar a harmonização, desenvolvimento e alcance da finalidade do processo.

Explicável pelo fato de que a inércia da jurisdição não obsta o dinamismo judicial, razão pela qual o exercício da proteção jurídico-jurisdicional dos direitos fundamentais constitucionalmente delegada ao Judiciário pelas instâncias legislativas. A atividade proativa do Poder Judiciário almeja a efetivação dos direitos, seja quando o Poder Executivo deixa de cumprir com os desígnios da Constituição, ou ainda, quando o Poder Legislativo não positiva norma que abarque situação fática que chega ao Judiciário. Para alguns autores, isso justifica também a análise do caso concreto com respectiva valoração da realidade social, como para Teixeira (2008):

O Judiciário dos tempos modernos deve alcançar os desejos racionalmente justificáveis dos agrupamentos humanos e dar respostas aptas a provocar adesão social e consenso legítimos. O paradigma da neutralidade absoluta, com tribunais assepticamente isentos e apolíticos, meramente técnicos e formalistas, não condiz com a aplicabilidade dos direitos fundamentais - principalmente no que diz respeito aos de dimensão positiva, em que o Estado é obrigado a agir para garantir aos titulares de direitos certos espaços e prerrogativas (TEIXEIRA, 2008).

Noutro giro, em observância a limitação de competência prevista no modelo tripartite, proposto por Montesquieu em Espírito das Leis (2003), há questionamento sobre legitimidade quando há atuação expansiva do judiciário em competências exclusivas ao Legislativo e Executivo. Em um Estado Democrático de Direito, é de suma importância equilíbrio entre os Poderes, para que não haja usurpação da competência ou interferência entre eles e para manutenção da liberdade civil.

O princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º da CF/88, propõe atribuição a três órgãos independentes e harmônicos entre si. E como já previsto por Montesquieu (2003), sem limitação ao poder que lhe foi outorgado, o homem se desvirtua, e é por isso que é necessário respeito recíproco entre as esferas competentes, para contrabalancear e limitar o exercício do poder estatal. Portanto, como o centro de todo sistema jurídico é o equilíbrio do poder estatal, é de suma importância de que não se transpasse a autonomia entre os Poderes.

Outro dilema seria em relação ao princípio da segurança jurídica, já que em teoria as decisões jurídicas deveriam ser reconduzidas a alguma norma devido à vinculação dos juízes, seja em relação ao direito posto, valores e categorias da dogmática jurídica. Também se relacionado à independência do judiciário, quando se propõe valoração com a realidade social, deve-se observar a imprescindibilidade da separação entre política e direito. É de suma importância que a política não tenha influência decisiva na interpretação e aplicação do Direito, para se resguardar de ingerências políticas (CÔRREA, 2013).

E é, justamente, o excesso de demandas de cunho político, o gerador das ações de cunho expansivas pelo Judiciário, é o que normalmente faz com que o “juiz-legislador” ultrapasse o limite da lei e de sua competência. E para impedimento da ação direta do juiz no sistema político, é necessária valoração jurídica da figura do legislador para o aplicador da norma, como proposto por Teixeira (2008), para resguardar os limites da reserva do possível. Já que em um sistema romano-germânico, como o brasileiro, as normas têm sua principal fonte a lei. Pois tal como exposto por Locke (2005):

Esse poder legislativo não é apenas o poder supremo da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha antes depositado, tampouco pode edito algum de quem quer que seja, seja de que forma concebido ou por que poder apoiado, ter força e obrigação de lei se não for sancionado pelo legislativo escolhido e nomeado pelo público. Pois, não fosse assim, não teria a lei o que é absolutamente necessário à lei, ter o consentimento da sociedade, sobre a qual ninguém pode ter o poder de elaborar leis salvo por seu próprio consentimento, e pela autoridade dela recebida (LOCKE, 2005).

Por essa razão, a defesa da postura ativista da magistratura decorrente de omissão do Legislativo não se faz constitucional em todos os casos. Visto que a participação do legislador dentro do processo é indiscutível, principalmente em questões de mantê-lo como democrático, o Poder Legislativo é o representante do povo dentro do Congresso, ele garante a publicidade dos debates, decisões e dos processos de construção de acordos políticos, além de fazê-lo conforme os parâmetros constitucionais e do Regimento Interno.

Porque se for embaralhada a distinção entre as regras de repartição das competências e as normas substanciais da Constituição, com interpretação destas, a Corte Suprema desloca a fronteira entre atribuições (RIGAUX, 2003). Por isso, a importância da limitação estatal entre competências, seja por meio da declaração de inconstitucionalidade ou repressão de atos além dos limites estipulados por lei, para que não se empobreça o patrimônio legislativo do próprio Estado e não haja abuso de poder.

Já em segundo plano, entende-se que o Supremo Tribunal Federal esteja investido de legitimidade democrática para a normatização de condutas, por meio de sentenças normativas, mas sua idealização se dá somente nos casos envolvendo o conceito de preceitos fundamentais. Contudo, quando isso é feito de maneira em que atuação se contempla de uma visão particular sobre um tema que lhe é submetido, a despeito da vontade externalizada na própria constituição, constitui-se um dilema principiológico, tanto em relação à segurança jurídica quanto sobre a imparcialidade na conduta.

Já que como dito por Oskar von Büllow (2003):

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 que 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 entre as decisões judiciais e os 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 encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas (BÜLLOW, 2003).

Na sua obra *Gesetz und Richteramt* (2003), Büllow aborda sobre alternativas ao formalismo da Escola Histórica e da Jurisprudência de Conceitos e defende a desenvoltura da magistratura alemã para atastar a legalidade e instalar práticas excepcionantes, sob confiança do povo. Assim como Giuseppe Chiovenda (2002) defendeu que a destinação do processo é a de fazer justiça e que juridicamente, a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei: *“Praetor ius reddere dicitur etiam cum unique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit”* (fr. 11, Dig. De iustitia et iure 1,1).

Por isso, surge a necessidade das medidas estruturantes ou *structural reform*, uma nova forma de *adjudication* proposta por Owen Fiss (2004), a fim de estabelecer bases para as

situações em que valores constitucionais são preenchidos pelos juízes que, conscientes da estrutura burocratizada do Estado, devem apontar soluções para a efetividade da decisão judicial. Já que por causa do poder-dever do magistrado, previsto no artigo 126 do Código de Processo Civil, o juiz, sendo provocada a jurisdição, não pode eximir-se de decidir em razão de previsão legal (BRASIL, 2015).

Conquanto, vale ressaltar a diferença entre a judicialização e o ativismo judicial, já que a primeira advém de um fenômeno contemporâneo da alta das demandas levadas ao judiciário, em busca de uma sentença de mérito, em que parcela do Poder Político é transferido das instâncias tradicionais para o Poder Judiciário. E não obstante, decorre de um arranjo constitucional, aliado ao modelo de controle de constitucionalidade. Enquanto o ativismo é um fenômeno jurídico que funciona como resposta aos meios sociais, sobretudo, quando são relacionados à efetivação dos direitos constitucionais ligados às garantias fundamentais e o princípio da dignidade humana, mas que decorre de um ultrapasso de competência.

Ainda sobre a dissociação dos termos citados, o posicionamento de Vanice Regina Lírio do Valle (2012):

No cenário brasileiro, a associação entre ativismo e judicialização da política não parece se revelar trilha segura, pelas dificuldades em identificar, numa realidade de constituição analítica e de sistema de controle de constitucionalidade amplo e pelo pouco que esse vetor de análise possa contribuir, do ponto de vista de Direito comparado (VALLE, 2012).

Assim, essa atuação expansiva e postura proativa do Poder Judiciário, relacionada ao ativismo judicial, advém do dualismo do sistema processual brasileiro. O Brasil adota a tradição do *Civil Law*, em que há atuação judicial restrita à análise do Direito positivado, o que não condiz com as decisões vinculativas do Poder Judiciário, com eficácia *erga omnes*, e com a sede do controle de constitucionalidade difuso em julgamentos. Diferentemente da tradição anglo-saxã da *Common Law*, que se baseia nos precedentes judiciais. Logo, esse dualismo é se justifica pelo fenômeno da “*commonlawlização*” do direito, ou da falsa *Civil Law*, mas vale ressaltar que ele não vem alcançando os melhores resultados (BATISTA JUNIOR, 2011).

E que por outro lado, autores como Hermes Zaneti Junior (2012) defendem que o Brasil tem uma enorme vantagem decorrente da natureza híbrida do sistema processual e que, por isso, há de se beneficiar pela aproximação dessas tradições jurídicas distintas. Um exemplo disso é que, por meio dessa simbiose, foi possível o estabelecimento das súmulas, um instrumento de meio termo entre o pragmatismo judicial e apriorismo legal.

Logo, em meio a dicotomia na qual o juiz não pode se abster na decisão, mas que também não deve se distanciar do regramento legal positivo, no qual sua decisão deverá ser circunscrita, para manter-se fiel ao sistema processual, suscita-se reconhecimento da diferença entre a prática e teoria. Assim como feito por Robert Alexy (2009), quando distinguiu a possibilidade jurídica da possibilidade real, em relação à limitação da aplicação de princípios, algo aplicável especialmente em casos em que o juiz se vê diante lacuna legislativa ou inércia. Também explícito por Norberto Bobbio (2004), quando diz que:

Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que a teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais (BOBBIO, 2004).

Assim, há de se concluir que o ativismo judicial equilibrado, em busca de valores constantes do ordenamento constitucional, deve ser incentivado. Desde que não extrapole os limites da lei para dar cumprimento aos desígnios constitucionais sustentados pelo princípio do mínimo existencial, um conceito de Ada Grinover (2011). Esse princípio corresponde à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, que constitui mais do que um limite, e sim um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, que devem ser implementadas por lei.

Todavia, os casos de exageros não são o único motivo para críticas à postura mais ativa do magistrado. Porque julgamentos, com parâmetros culturais da sociedade à época da decisão, farão com que a efetividade da decisão dependa da admissão da nova orientação pela sociedade ou de medidas estruturantes, para ser alcançada. Por si só, a interferência do Judiciário não traz efeitos práticos desejados, como foi o caso da analogia in malam partem pelo Supremo Tribunal Federal na lei nº 7.716/89, em que o STF, em uma tentativa de criminalização da homofobia, equiparou a tanto homofobia quanto transfobia ao dispositivo citado anteriormente e, assim, ademais de ferir o princípio da legalidade pela tentativa estabelecer tipo, a ADO, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, proposta não apresentou nenhum resultado (BRASIL, 1989).

Ainda há situações, válidas a críticas, em que a atuação expansiva do Poder Judiciário adjunta do Poder Executivo ultrapassa e interfere na atuação do Legislativo e executa a sua função. Algo que já foi atenção das ONGs, pelo fato de que a Justiça brasileira utiliza da “suspensão de segurança” a fim de interromper decisões de instâncias inferiores que dificultam a continuidade e finalização de grandes projetos. Um exemplo é o caso das hidrelétricas de Belo Monte (PA) e de Teles Pires (MT), em que o Judiciário das altas instâncias conseguiu parar as

obras, devido o respaldo previsto no artigo 15, da Lei nº 12.016/98, conhecida como Lei de Segurança:

Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal a qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição (BRASIL, 2009).

Algo que é explicado em Estado de Exceção, livro de Giorgio Agamben (2004), em que diz que o motivo do Estado alegar este dispositivo é a urgência em determinadas matérias. Nesses casos, o Poder Executivo detém liberdade para criar medidas extraordinárias a fim de perpetuar o ordenamento social, ou seja, utiliza tal ato quando julgar necessário ou mesmo conveniente a si próprio. Nas palavras de Agamben (2004), é como se o direito contivesse lacuna existencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, o estado de exceção suspende essa aplicação, mas a lei ainda permanece em vigor.

Em retorno à Lei de Segurança, como dito por Émilien Reis (2015), a expressão "(...) para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas", pode ser interpretada arbitrariamente pelo judiciário, em defesa dos interesses do executivo. E por consectário, se o processo se resume ao método destinado à positivação do poder estatal por uma jurisdição, como atividade do juiz na enunciação do direito material em caso de conflito, não é possível proporcionar o modelo constitucionalmente conferido em âmbitos da produção, interpretação e aplicação normativa (THIBAU, 2014).

Portanto, percebe-se reiterada a importância do estabelecimento das medidas estruturantes dentro do processo, porque ela assegura a manutenção dos padrões de comportamento a serem observados pelo magistrado na condução do processo (JOBIM, 2013). Para que assim, haja efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional, principalmente em situações com controle abstrato de constitucionalidade

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Traci D. Poleti, São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BATISTA JUNIOR, Edil. **O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil**: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 12 nov.. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor. Brasília DF: Presidente da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 2 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília DF: Presidente da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm). Acesso em: 2 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016.

BÜLOW, Oskar von. **Gesetz und richtertamt**. In: BÜLOW, Oskar von. Juristische zeitgeschichte - kleine reihe - klassische texte. Berlin: Berliner Wissenschafts - Verlag GmbH, 2003.

CARVALHO, Newton T; REIS, Émilien Vilas Boas; RIOS, Mariza (Coord.). **Estado de Exceção ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução Paolo Capitanio. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CÔRREA, Joel Rodrigues. **Ativismo Judicial, Justiça do Trabalho e o contexto da sociedade da informação**. Vila Mariana: Nelpa, 2013.

FISS, Owen M. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. IN: In: HORBACH, Carlos Bastide. et. al. Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Estudos em Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011

JOBIM, Marcos Félix. **Medidas Estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo.** Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** Tradução de: Jean Melville. São Paulo: Martins Claret, 2003

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes.** Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. **Processo ambiental: uma proposta de razoabilidade a duração do processo.** Curitiba: Juruá, 2008.

THIBAU, Vinícius Lott. **O processo na construção democrática da cidade.** In: RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira; KLEINRATH, Stella de Moura (Coord.). A cidade real e a cidade ideal em uma reflexão transdisciplinar. 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ZANETI JR., Hermes. **O modelo constitucional do processo civil contemporâneo.** In: MITIDIERO, Daniel e AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.** São Paulo: Atlas, 2012.

**JULGAMENTO DOS SÉCULOS: AS CONCEPÇÕES ACERCA DO  
JULGAMENTO DO MARCO TEMPORAL INDÍGENA**

**Lívia Avelar da Silva<sup>53</sup>**

**1 INTRODUÇÃO**

No dia 26 de agosto de 2021 estima-se que houve a presença de mais de 6 mil indígenas participando de uma vigília na Praça dos Três Poderes em Brasília. A presença dos indígenas não é por acaso, nesta data, teve início o julgamento da tese do Marco Temporal no Supremo Tribunal Federal, que será decisivo para a vida e o futuro dos povos indígenas. A tese do Marco Temporal consiste na exigência de que os indígenas provem que estavam em suas terras em 5 de outubro de 1988, ou seja, data da promulgação da Constituição Federal, para que assim, possam ter direito a demarcação. O julgamento possui lados opostos, de um lado ruralistas e, do outro, povos originários.

A ação que trata do pedido de reintegração de posse do Governo de Santa Catarina contra o povo Xokleng é a ação que ancora a repercussão geral e que irá afetar todas as deliberações da justiça e ações administrativas e legislativas do país. A ação envolvendo os povos originários Xokleng, teve seu início “emblemático” quando em 2013, o TRF-4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) acatou a tese do marco temporal concedendo ao Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina a reintegração de posse de uma área onde fica localizada a Terra Indígena Ibirama LaKlãnõ, terra onde vivem os povos Xokleng, Guarani e Kaingang. O Supremo Tribunal Federal (STF) julga, atualmente, o recurso promovido pela Fundação Nacional do índio (Funai) que refuta o entendimento do TRF-4.

O julgamento do Marco Temporal, na perspectiva histórica brasileira, pode ser elencado como “Julgamento dos séculos”, visto que, são séculos de história brasileira, desde 1500, quando uma enorme frota de caravelas portuguesas lideradas e comandadas por Pedro Álvares

---

<sup>53</sup> Graduanda em Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara, integrante do grupo de iniciação científica Direito, Democracia e Justiça, coordenado pelos professores Carlos Henrique Soares e Marcelo Antônio Rocha.

Cabral, chegou onde, atualmente, fica o estado da Bahia. Entretanto, a história brasileira não começa em 1500, é sabido por todos a existência de povos no Brasil antes da chegada dos portugueses. A existência de sítios arqueológicos demonstra que os primeiros brasileiros começaram a aparecer por aproximadamente 50 mil anos atrás. Dentro desse viés, o Parque Nacional Serra da Capivara, localizado no sudeste do estado do Piauí, possui mais de 400 sítios arqueológicos, guardando a maior concentração de pinturas rupestres do mundo, representando vestígios de ocupação humana que datam de 50 mil anos.

Para a arqueóloga Niède Guidon, coordenadora de pesquisas arqueológicas realizadas em São Raimundo Nonato (PI), os grupos humanos da pré-história brasileira formavam comunidades de caçadores-coletores. Os vestígios arqueológicos permitiram a suposição de como viviam esses povos, ou seja, os aspectos do modo de vida. O uso da caça, pesca e coleta, além da agricultura e confecção de instrumentos de pedra e de ossos de animais, são aspectos ênfase do modo de vida desses povos, aspectos esses que se assemelham aos da cultura indígena, confirmando o que dizem os mais de 6000 indígenas presentes na Praça dos Três Poderes, de que os povos indígenas são os verdadeiros povos originários do Brasil, bem antes da chegada dos Portugueses.

O julgamento dos séculos reflete o momento de o país reafirmar a sua própria história com os povos originários, que se iniciou com muita violência e brutalidade e que se perpetua até os tempos atuais, tendo em vista, os diversos ataques em face dos povos indígenas advindos de garimpeiros e grileiros que tentam tomar posse das terras. Dentre os diversos casos que ressaltam a violência e brutalidade dirigida aos povos originários, podemos citar o conflito armado entre garimpeiros e indígenas, no dia 10 de maio de 2021, que deixou ao menos 5 feridos na Terra Indígena Yanomani, em Roraima, de acordo com o Relatório emitido pela Fundação Nacional do Índio (Funai).

O emblemático julgamento Raposa Serra do Sol (2009) em que estava em debate o mérito das ações que contestavam a legalidade da reserva Raposa Serra do Sol, resultado da edição, pelo Ministério da Justiça em 1995, de um documento reconhecendo a demarcação da reserva, que foi homologado em 2005, pelo Ex-Presidente Luiz Inácio (Lula), teve como decisão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a validação da demarcação. O entendimento do STF sobre a reserva Raposa Serra do Sol, localizada em Roraima, foi de que o território é de usufruto exclusivo dos indígenas e, estabeleceu 19 condicionantes, não tendo estas, efeito vinculante, logo, não poderiam ter validade para as decisões de outros litígios envolvendo demarcações. A tese do Marco Temporal articulada, de maneira implícita, nesse

juízo, teve características específicas as demandas que se punham no juízo, não tendo, em momento nenhum, a definição de repercussão geral.

Atualmente, a importância da discussão do Marco Temporal é que, diferente do juízo Raposa Serra do Sol, o juízo do recurso extraordinário interposto em favor do povo Xokleng, tem como definido, pelo STF, o caráter de repercussão geral, logo, terá a capacidade jurídica de atingir outros litígios para além do litígio relativo ao povo Xokleng. O caráter de repercussão geral dirigido ao juízo do recurso extraordinário em favor do povo Xokleng, demonstra mais uma vez, a importância deste juízo para o futuro dos povos originários, fazendo jus a definição de juízo dos séculos.

A atual Constituição brasileira (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), em seu capítulo VII, expressa direitos constitucionais dirigidos aos povos originários. Diante de uma história de ocupação de terras de mais de 500 anos, como dito anteriormente, a Constituição de 88, estabelecendo o seu comprometimento com os princípios de igualdade e justiça, assim como descritos em seu preâmbulo, reconheceu aos indígenas, direitos originários as terras que tradicionalmente ocupavam, antes mesmo da consolidação do estado nacional. O artigo 231 da Constituição, expressa que as terras são aquelas tradicionalmente ocupadas, essenciais à conservação da cultura indígena. O Supremo Tribunal Federal possui o papel de guardião da Constituição, o que mais se escuta nas falas dos indígenas é o pedido ao STF de cumprir o seu papel, assegurando aos indígenas os direitos originários as terras que tradicionalmente ocupam, sem qualquer restrição, não cabendo ao legislativo, executivo e ao próprio judiciário, realizar restrições que não estão estabelecidas no texto constitucional.

O juízo dos séculos traz à tona a reafirmação do projeto constitucional brasileiro e de seus parâmetros civilizatórios. A Constituição não assume o Marco Temporal como referencial para a definição dos direitos sobre as terras indígenas, ao contrário, a Constituição traz o conceito de direito originário, enfatizando a palavra tradição. A tradição de um povo é marcada por seus usos e costumes, pela sua ocupação histórica, não se referindo a uma ocupação ocasional. A tradição do povo indígena está na sua terra, tentar negar a terra ao povo indígena, é negar a tradição dos povos originários e seus tantos anos de história. A Constituição de 1988 abraça o Indigenato, em nenhum artigo a Constituição cita o marco temporal ou o traz como referencial legítimo de reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas. Se a Constituição quisesse marcar que a definição dos direitos sobre as terras ao povo indígena, deveria ser a definição de um Marco Temporal, a Constituição teria expressado isso em seus artigos, expressando que os povos indígenas têm o direito sobre a terra a partir da verificação

da sua ocupação no dia 5 de outubro de 1988. Tudo que advir de diferente do que está disposto no artigo 231, ou seja, tudo o que negar o reconhecimento pela Constituição aos indígenas do direito originário sobre as terras, deve ser analisado e interpretado de antemão como inconstitucional.

## **2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL**

O julgamento dos séculos coloca em debate a questão civilizatória de sobrevivência dos povos indígenas, contudo, para além da questão civilizatória, está em debate a ética jurídica. O juramento realizado pelos graduados em direito quando obtém a famigerada carteira da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ressalta a defesa a Constituição, a ordem jurídica, ao estado democrático de direito, aos direitos humanos e a justiça social. Os povos indígenas clamam, frente ao Supremo Tribunal Federal, o que está descrito no juramento de entrega da carteira da OAB, os indígenas clamam pelo respeito e defesa da Constituição, que garante expressamente os direitos dos povos originários.

A tese do Marco Temporal, na esfera do Direito Constitucional, é uma tese considerada inconstitucional. A perspectiva desta inconstitucionalidade se apresenta a partir da leitura da própria Constituição, em seu artigo 231. O artigo descrito expressa que, “São reconhecidos aos povos indígenas a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Pela leitura do artigo, percebe-se, de maneira clara, o objetivo da Constituição Federal em atribuir e reconhecer aos povos indígenas, direitos originários as terras que tradicionalmente lhes cabe. A partir dessa atribuição e reconhecimento, se torna impossível cogitar a hipótese de definição de direito sobre o território indígena a partir de uma determinada data, ou seja, de um marco temporal de ocupação.

Aqueles que se agarram a tese do marco temporal, enfatizando que o Supremo Tribunal Federal, em razão do dever de consistência, deve aprovar a tese do marco temporal como um precedente a vincular os direitos originários dos povos indígenas a uma determinada data, aos olhos da hermenêutica representa a vanguarda do retrocesso brasileiro. Quando se fala em marco temporal, se fala na criação de outro critério para além do já descrito e escolhido pela Constituição de 1988. Este novo critério, além de inconstitucional, se constitui como um critério em dissonância com as questões civilizatórias, que assim como a Constituição, visa preservar os povos originários. A Constituição ao reconhecer os direitos originários da terra aos indígenas cria um critério étnico que visa proteger, o marco temporal se apresenta como uma estratégia

de desconstrução deste critério étnico, sendo um potencial fator de um futuro etnocídio da população indígena, visto que, sem a terra não há como continuar a se constituir a comunidade indígena que se vê atualmente. Se tirarmos as terras dos indígenas, eles perdem a sua razão de existir.

A adoção de critérios meramente cronológicos, de acordo com a tese do marco temporal, inviabiliza a potencialidade intercultural disposta no texto da Constituição, representando, desta forma, um obstáculo a plenitude dos direitos originários dos povos indígenas ao território vital a sobrevivência de sua cultura e tradição. O direito a terra, reconhecido constitucionalmente aos indígenas, corresponde, ao direito à vida. A ligação do indígena com a terra, é uma ligação de imanência, o indígena pertence a terra e a terra é uma extensão da vida do próprio indígena. O marco temporal é um artifício jurídico político, que se sustenta no negacionismo científico histórico e jurídico, sendo uma violação tanto por não ter sido dialogado com os povos indígenas através de uma consulta prévia, o que enfatiza a mazela do acesso a justiça pelos indígenas, quanto pela incompatibilidade com o artigo 231 da Constituição Federal da República de 1988, assim como, a incompatibilidade com documentos internacionais, tais como a Convenção 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre o Direito dos Povos Indígenas.

O Brasil, a partir do decreto N° 5.051, de 19 de abril de 2004, atualmente revogado, se tornou signatário da Convenção 169, que ressalta que qualquer medida legislativa ou administrativa suscetível a trazer prejuízos aos povos indígenas deve ser consultada de forma livre, prévia e informada, o que, claramente, não ocorre na questão do marco temporal, que foi imposto, sem consulta, aos povos indígenas, negando, de maneira implícita, aos povos originários o acesso à justiça.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, expressa que os povos indígenas possuem o direito a manter e fortalecer a sua própria relação espiritual com a terra, território, águas, mares costeiros e outros recursos, ademais, ressalta a proteção jurídica pelos Estados dessas terras e seus respectivos recursos. A Declaração Americana sobre o Direito dos Povos Indígenas, válida em todo o continente, enfatiza o que ante já fora esclarecido, de que os povos indígenas constituem um aspecto fundamental e de importância para o presente e futuro da América. Assim como a Declaração das Nações Unidas, a Declaração Americana ressalta o dever dos Estados em garantir o desenvolvimento, adotar, apoiar e favorecer políticas que não adotem o assimilacionismo, ou seja, políticas que assimilam os indígenas a outras culturas, desta forma, criando argumentos para afirmar que o indígena deixou de ser indígena

em razão de usar celular ou por usar roupas que não condizem com a “vestimenta indígena”, por exemplo.

O direito sobre as terras é um direito inerente aos povos indígenas, assim como ressalta a Constituição. As terras indígenas são indisponíveis e imprescritíveis, não estando suscetíveis a um marco cronológico. A tese do marco temporal serve para diminuir o direito escrito na Constituição, contudo, não é possível haver a diminuição de um direito constitucionalmente escrito, o que leva novamente a inconstitucionalidade da tese do marco temporal.

### **3 O PESO DE UMA DECISÃO HISTÓRICA**

O Recurso Extraordinário com repercussão geral (RE-RG) 1.017, 365, que está em julgamento no Supremo Tribunal Federal, possuem um enorme peso e seu resultado promoverá consequências decisivas para o futuro dos povos indígenas. A decisão tomada pelo STF, servirá para fixar uma tese de referência a todos os casos envolvendo terras indígenas, em todas as instâncias do judiciário. A Repercussão Geral para o Recurso Extraordinário foi inserida pela própria Constituição através da Emenda Constitucional nº45/2004, sendo considerada uma forma de melhoria da gestão processual das ações no Brasil, que possui o expressivo número de 77,1 milhões de processos em tramitação, de acordo com o Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A Repercussão Geral é prevista no artigo 102, §3º da Constituição Federal e no artigo 1.035 do Código de Processo Civil. Os artigos ressaltam que o Recurso Extraordinário obterá Repercussão Geral, quando apresentarem em seu objeto, questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Dentro deste viés, ressalta-se um dos exemplos de relevância constitucional que autorizam a interposição, tal como, Direitos e Garantias Fundamentais. Desta forma, fica evidente o peso da decisão que será tomada pelo STF, que será um verdadeiro filtro constitucional para as decisões de casos semelhantes de demarcações de terras.

Vale lembrar, que no Brasil há uma dificuldade muito grande de reverter precedentes, visto que, há legitimidade restrita, falta de procedimentalidade e do devido processo legal. Desta forma, a tendência é a imunização da decisão, o que possibilita nomenclaturas preocupantes ao estado democrático de direito, tal como “ditadura do judiciário”. Tal nomenclatura se dá em razão da imunização que acaba por afastar o direito de fiscalidade para aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, visto que, se a decisão vale mais que a Constituição e a Legislação

Infraconstitucional, de nada adiantará a tentativa de aperfeiçoamento mediante a decisão tomada sempre prevalecer.

Outro fator emblemático em torno da decisão do julgamento dos séculos, é a influência de outros setores da política brasileira. O Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados e o Senado, está dividido em grupos de interesses, que em tese deveriam defender os interesses da população em geral e afirmar os direitos dessa população, mas na realidade, o que se encontra é a defesa de interesses próprios. Tal fato promoveu denominações de bancadas a partir de seus interesses, como a bancada da bola, bancada da bala, bancada fundamentalista ou da bíblia, bancada do boi e bancada dos bancos. Utopia é negar que os interesses dessas bancadas não estão associados as decisões que são tomadas na mais alta corte brasileira. Infelizmente, o Brasil sofre, diariamente, consequências da hierarquia de interesses existente no País, onde os interesses particulares de seus representantes estão à frente dos interesses da população em geral.

Quando analisamos as pautas em Brasília, percebemos nitidamente, a colocação de interesses particulares sobre interesses da população. Nota-se o estabelecimento de uma política etnocida que, emprega as estruturas do estado para negar direitos e fechar as possibilidades de diálogo com a sociedade e movimentos. Entre as reivindicações dos indígenas frente as pautas em Brasília estão a anulação da medida provisória 870/2019, que tira a Fundação Nacional do índio (Funai) da estrutura do Ministério da Justiça; a devolução para a Funai da função de demarcar terras indígenas; a revogação dos decretos presidências que extingue os conselhos participativos; a rejeição da PEC 2015, que passa para o Congresso a atribuição de demarcar terras indígenas; rejeição da proposta da municipalização da saúde indígena, que torna ainda mais precário o atendimento e o arquivamento de projetos de flexibilização do licenciamento ambiental.

Os indígenas estão sob ataque a 521 anos, desde que os europeus invadiram o que hoje chamamos de Brasil. Especula-se que em 1500 havia oito milhões de habitantes, entre mais de 1000 etnias, quando os portugueses chegaram. Atualmente, no Brasil, há cerca de 900 mil indígenas que se dividem entre 305 etnias. A história do Brasil é marcada por um dos piores holocaustos que se tem notícia, o genocídio das américas. A Constituição de 1988 se apresenta como barreira para a propagação do genocídio indígena, que na concepção de muitos, avança a cada dia em razão das aprovações de pautas em Brasília que tentam a todo momento retirar direitos dos povos originários. Em 1976, o então Ministro do Interior, General Geisel, disse “Os índios não podem deter a passagem do progresso, dentro de dez ou vinte anos, não haverá mais

índios no Brasil”. Essa frase corresponde ao projeto de poder da ditadura militar de extermínio dos indígenas no Brasil. Pouco tempo depois, apresenta-se ao Brasil a Constituição da República de 1988, que trouxe em seu texto a proteção dos indígenas e o direito originário as terras. A decisão do marco temporal será histórica e definirá o futuro da existência dos povos indígenas no Brasil, o que se espera é um posicionamento imparcial do Supremo Tribunal Federal, com base no texto da Constituição e seus princípios e, sem o estabelecimento da “ditadura do judiciário”.

#### **4 RACISMO INSTITUCIONAL**

Em grande abrangência, a violência contra o indígena é tratada como preconceito e discriminação, entretanto, afirmar isso é um eufemismo para negar ao indígena a questão racial. Na maioria das vezes, pelo senso comum, há o reconhecimento do racismo apenas com a violência a partir do subjugamento da “raça” de pessoas negras. Contudo, o racismo se manifesta com qualquer etnia subalternizada a partir dos processos de colonização. Engana-se aquele que acredita em certos livros de história de que os indígenas não foram escravizados por serem taxados como “preguiçosos” e “burros”. A extração de pau-brasil, no período de colonização, dependia da mão de obra dos indígenas, esse trabalho, inicialmente, era de forma amigável, por meio do escambo. Entretanto, o relacionamento entre indígenas e colonos portugueses se tornou conflituoso em razão da resistência dos indígenas frente ao processo de colonização. Mediante a resistência dos indígenas, os colonos portugueses, para satisfazer seus interesses econômicos, começaram a usar da violência contra o indígena para a realização dos trabalhos de extração, dando início a escravização dos indígenas.

A violência inserida na escravidão dos indígenas é um dos fatores que promoveram o maior genocídio e etnocídio das américas. Populações indígenas inteiras foram dizimadas ou removidas de suas regiões de origem em razão do trabalho escravo para os colonizadores. Além da perda de liberdade, como consequência da invasão dos europeus, os indígenas sofreram a desestruturação da sua cultura. Um dos atos simbólicos deste fato, foi a ação de fincar a cruz católica em solo indígena, marcando a posse dos europeus sobre a terra, representando a conquista e dominação cultural dos europeus sobre os indígenas.

A concepção sobre indígena como sendo “preguiçoso” e “burro”, infelizmente, se perpetua nos tempos atuais, refletindo uma verdadeira síndrome do colonizador, ou seja, atualmente, há a mesma visão dos tempos de colônia. A síndrome do colonizador, que traz

suposições errôneas e absurdas sobre os indígenas, relaciona-se com o racismo estrutural e institucional. Essas tipificações correspondem, respectivamente, quando a sociedade e instituições falham em tratar de forma igual todas as pessoas, independente, do seu pertencimento étnico. A atual suspeita de incapacidade frente aos indígenas, reflete ao pensamento existente na época da colonização e, representa, de maneira clara, mais um exemplo de racismo institucional e estrutural no Brasil.

É perceptível a verificação do racismo institucional nos setores da política brasileira. A falta de representatividade do indígena na política não é um acidente, ao contrário, o que afasta os indígenas da política é a própria política, que de maneira implícita, possui em seu interior pensamentos voltados a síndrome do colonizador. Assim como dito na unidade anterior, a política brasileira é formada por bancadas com extremo poder econômico, o que torna um fator determinante para a falta de representatividade do indígena na política. Esse fator se torna preocupante, visto que, na concepção das bancadas políticas os indígenas representam povos do passado, negando-se sua identidade nos tempos atuais. Muitos dos argumentos em prol do marco temporal, ressaltam que os indígenas que ocupam as terras não são indígenas “verdadeiros”, afirmando uma tese absurda de que indígenas são apenas aqueles do tempo de colônia. Esses argumentos refletem ao paradigma integracionista, anteriormente citado, ou seja, representam uma leitura errônea de que ser indígena é algo transitório.

## **5 CONCLUSÃO**

Em suma, nota-se a importância do julgamento do marco temporal, representando um capítulo decisivo na história brasileira e indígena, definindo o seu futuro e o futuro de diversos biomas, rios e florestas. A rejeição ao marco temporal é uma condição de aprofundamento do processo civilizatório do país e do mundo. Ademais, assim como foi demonstrado anteriormente, a tese do marco temporal na perspectiva do direito constitucional, é uma tese inconstitucional, em razão, da sua incompatibilidade com o texto constitucional de 1988. O marco temporal é a desterritorialização de vidas, consistindo numa ficção mal construída da bancada do agronegócio. Insistir que os povos indígenas que não estão em seus territórios dentro de um critério cronológico da promulgação do texto constitucional, não possuem direito ao reconhecimento de suas terras é negar a história de séculos dos indígenas Brasil e, aquele que não leva em consideração a história, pode ser considerado um esquizofrênico social.

A aprovação da tese do marco temporal reflete a má formação dos operadores do direito em torno da questão indígena. Essa má formação não se restringe apenas aos recentes formados em direito, mas também aos operadores dos direitos nos mais altos cargos da magistratura. Não é difícil perceber essa má formação, quando se observa os precedentes judiciais envolvendo povos indígenas, nota-se que os operadores do direito pouco sabem sobre os povos indígenas. A escolarização do direito, no estudo dos direitos e garantias dos povos indígenas, é muito precária, resultado na produção de estereótipos em torno da questão indígena. Nesse aspecto, a própria denominação indígena contribuiu para o pensamento de que há uma uniformização dos povos indígenas que atrapalha o reconhecimento das diferenças, complexidade, diversidade e variedade de povos e concepções sobre o mundo e sobre a justiça. Desde o período colonial, os povos indígenas foram subjugados de uma maneira muito brutal e que se perpetua até os tempos atuais. O Brasil foi preparado, ideologicamente, para que os indígenas fizessem parte do passado, como foi apresentado na fala do General Geisel, anteriormente citado.

A história indígena foi retirada dos manuais brasileiros, representando a ignorância que se passa de geração em geração. Entretanto, engana-se quem considera como acidente essa ignorância, quando na verdade, consiste em uma ignorância premeditada, fazendo parte de um projeto, no qual, possui a ideia de quanto mais se esquece do passado brutal, violento e de massacre que os indígenas sofreram, mais se tenta esquecer da dívida histórica frente aos povos indígenas que os brasileiros possuem. O projeto de invisibilização e esquecimento, felizmente, não foi concluído, entretanto, para ser revertidos é necessário que os poderes, executivo, legislativo e judiciário, levem em consideração ao tomar suas decisões, a questão multicultural que a Constituição estabelece e garanta políticas eficientes de acesso à justiça aos povos indígenas. Aprovar a tese do marco temporal, significa mais uma etapa de avanço do projeto de invisibilização e esquecimento dos povos indígenas.

A ansiedade e tensão permanece constante à espera da decisão dos séculos. O que se espera do guardião da Constituição é que não realize piruetas hermenêuticas para aprovar uma tese, que aos olhos dos mais desatentos, fica evidente a inconstitucionalidade. Ademais, que o Supremo Tribunal Federal não se utilize do paradigma integracionista, ou seja, que o STF não tenha a leitura de transitoriedade sobre os indígenas. Os povos não deixam de ter a sua identidade com o tempo e trocas culturais, afirmar a tese do marco temporal, é afirmar que o indígena possui um prazo de validade e que após o encerramento desse prazo, o indígena deixa de ser indígena. O futuro dos indígenas e a sua existência está na guilhotina e, quem possui o

condão de salvar os povos indígenas é o Supremo Tribunal Federal, por meio da decisão, que assim como o julgamento, deve ser considerada como decisão dos séculos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. “A violência contra os indígenas é o legado que a gente traz nas veias”. **Povos Indígenas no Brasil**, 2017. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/%22A\\_viol%C3%Aancia\\_contra\\_os\\_ind%C3%ADgenas\\_%C3%A9\\_o\\_legado\\_que\\_a\\_gente\\_traz\\_nas\\_veias%22](https://pib.socioambiental.org/pt/%22A_viol%C3%Aancia_contra_os_ind%C3%ADgenas_%C3%A9_o_legado_que_a_gente_traz_nas_veias%22). Acesso em: 09, nov. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 09, nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09, nov. 2021.

BRASIL. **Decreto N° 5.051**, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n° 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 09, nov. 2021.

BRASIL DE FATO. Entenda julgamento do STF que define futuro das terras e civilizações indígenas do Brasil. **Brasil de fato**, rede Brasil Atual, 25 ago.2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/08/25/entenda-julgamento-do-stf-que-define-futuro-das-terras-e-civilizacoes-indigenas-do-brasil>. Acesso em: 09, nov. 2021.

COTRIM, Gilberto. **História Global: Brasil e geral**. Editora Saraiva, 2015.

DE ALMEIDA, Silvio Luiz. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

LARCEDA, Nara; TAWANE, Nayá. Mais de 6 mil indígenas ocuparam a Praça dos três Poderes em oposição ao marco temporal. **Brasil de fato**, São Paulo, 24 ago. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/08/24/mais-de-6-mil-indigenas-ocuparam-a-praca-dos-tres-poderes-em-oposicao-ao-marco-temporal>. Acesso em: 09, nov. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25. ed. Saraiva Jus, 2021.

MODELLI, Laís. ‘Combo da morte’: entenda por que 5 projetos de lei no Congresso são apontados como ameaças ao meio ambiente, quilombolas e indígenas. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2021/08/25/combo-da-morte-entenda-por-que-5-projetos-de-lei-no-congresso-sao-apontados-como-ameacas-ao-meio-ambiente-quilombolas-e-indigenas.ghtml>. Acesso em: 09, nov. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf). Acesso em: 09, nov. 2021.

NOVO estudo comprova papel das terras indígenas na proteção das florestas. **Dom Total**, Belo Horizonte, 09, nov. 2021. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1534418/2021/08/novo-estudo-comprova-papel-das-terras-indigenas-na-protECAo-das-florestas/>. Acesso em: 09, nov. 2021.

OEA. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 2016. Disponível em: [https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND\\_POR.pdf](https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf). Acesso em: 09, nov. 2021.

OLIVEIRA, José Carlos. Indígenas mostram “gestão modelo” na reserva Raposa Serra do Sol. **Câmara dos Deputados**, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/796317-indigenas-mostram-gestao-modelo-na-reserva-raposa-serra-do-sol/>. Acesso em: 09, nov. 2021.

OLIVEIRA, Valéria; FERNANDES, Vanessa. Conflito armado entre garimpeiros e indígenas deixa feridos na Terra Yanomami. **G1**, Boa Vista, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2021/05/10/conflito-armado-entre-garimpeiros-e-indigenas-deixa-feridos-na-terra-yanomami.ghtml>. Acesso em: 09, nov. 2021.

POVOS INDÍGENAS DE FATO. Convenção OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em países independentes n° 169. **Povos Indígenas no Brasil**. 2020. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Conven%C3%A7%C3%A3o\\_OIT\\_sobre\\_Povos\\_Ind%C3%ADgenas\\_e\\_Tribais\\_em\\_pa%C3%ADses\\_independentes\\_n%C2%BA.\\_169](https://pib.socioambiental.org/pt/Conven%C3%A7%C3%A3o_OIT_sobre_Povos_Ind%C3%ADgenas_e_Tribais_em_pa%C3%ADses_independentes_n%C2%BA._169). Acesso em: 09, nov. 2021.

## **A UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL**

**Rafaella Ferreira Pacheco<sup>54</sup>**

**Raquel dos Reis Trindade Ferrer Monteiro<sup>55</sup>**

### **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988, instituiu a vedação à prova ilícita como uma garantia fundamental, conforme o disposto em seu art. 5º, inciso LVI. No mesmo sentido expõe o Código de Processo Civil em seu art.369, ao permitir o emprego de meios legais e moralmente legítimos para a prova da verdade dos fatos alegados, apesar de tal disposição abrir margem para interpretação diversas, conforme será abordado no decorrer do presente artigo.

Diante disso, tem-se que a atividade instrutória processual possui o condão e objetivo de influir na convicção do magistrado, e conduzir à um resultado satisfatório do litígio levado à apreciação jurisdicional. Tem-se dessa forma que, a matéria probatória em campo processual é um desdobramento do princípio da ampla defesa e do contraditório. Dessa forma, face a tais garantias constitucionais, especialmente se tratando da garantia a ampla defesa, questiona-se se seria possível a aplicação de provas ilícitas na seara processual civil.

Assim, esta pesquisa propõe a análise da questão da admissibilidade da prova ilícita no processo civil, partindo-se do exame acerca do princípio da proporcionalidade, haja vista os direitos fundamentais da ampla defesa e da vedação à prova ilícita, ambos consagrados pela Constituição Federal, verificando-se se, no caso concreto, seria possível o afastamento de um direito em detrimento do outro.

Para tanto, este estudo perpassa pelo estudo acerca do instituto da prova no processo civil, da aplicação do princípio da proporcionalidade em se tratando da utilização das provas

---

<sup>54</sup> Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

<sup>55</sup> Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

ilícitas, a abordagem dada às provas ilícitas no campo do processo penal e por fim, a utilização das provas ilícitas no processo civil, traçando-se uma correlação ao instrumentalismo.

A pesquisa partiu-se de uma abordagem qualitativa, por meio do método hipotético-dedutivo, utilizando-se as técnicas da pesquisa bibliográfica e documental, através da análise de bibliografia especializada e da legislação pertinente ao tema.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 A prova no processo civil**

A prova é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, sendo tal direito derivado dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Conforme assinala Neves (2018) a prova alcançou um patamar constitucional em virtude do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrado no art. 5º, inciso XXXV da Carta Maior, o qual dispõe “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o direito à prova visa promover uma maior qualidade à prestação jurisdicional, haja vista que é por meio do direito à produção da prova que haverá o efetivo exercício do devido processo legal. Nesse sentido, expõe Júnior Theodoro (2018) que “Ainda que a Constituição não lhe faça referência expressa, o direito à prova ocupa, reconhecidamente, posição de extrema relevância no sistema processual”.

Por conseguinte, verifica-se que a produção de prova ocupa uma posição de elevada importância no direito processual civil, haja vista que é por meio dela que as partes poderão efetivamente exercer o seu direito de ação e de defesa. Ademais, é somente a partir da aferição acerca da existência ou não dos fatos por meio da prova é que o direito material objeto da lide pode ser atestado, de maneira a haver um provimento jurisdicional satisfatório. Assim, tem-se que o contraditório e a ampla defesa se concretizam, no âmbito prático, por meio do exercício do direito de provar.

À vista disso, cumpre-se analisar o conceito de prova utilizado no processo civil. De acordo com Theodoro Júnior (2018) a prova possui duas facetas para a sua conceituação, sendo em primeiro a faceta objetiva, a qual refere-se à prova como um instrumento ou um meio capaz de demonstrar a verdade dos fatos alegados, e a faceta subjetiva, a qual define o estado de certeza do juiz acerca dos fatos após a análise da instrução probatória. Por conseguinte, tem-se que a conceituação da prova por vezes, pode levar à diferentes acepções, referindo-se tanto à

produção ou o meio de provar, à cognição alcançada pelo juiz após a sua análise ou mesmo às espécies e meios de prova utilizados no processo civil.

Seguindo-se, tem-se o estudo acerca do objeto na prova no contexto processual civil. Conforme disciplina o art. 369 do Código de Processo Civil “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.” (BRASIL, 2015). Nesse sentido destaca-se a expressão “provar a verdade dos fatos”, assim depreende-se que o objeto das provas seria os fatos legados pelas partes, sendo que a prova pode se dar de maneira direta, ou seja, a própria demonstração das alegações de fato constante nos autos, ou de maneira indireta, de forma lógica, após análise daquilo exposto no processo. Destaca-se ainda que não são todos os fatos que são pertinentes para análise probatória, sendo que conforme aponta Neves (2018, p.729) “nem todos os pontos ou questões de fato, entretanto, são objeto de prova”.

Assim, conforme expõe o art. 374 e incisos do Código de Processo Civil, não dependerão de prova os fatos que sejam notórios, aqueles firmados por uma parte e confessados pela outra, os admitidos no processo como incontroversos e por fim, aqueles em cujo valor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Por fim, passa-se à análise acerca das provas ilícitas no processo civil. De acordo com Souza (2009) existem três correntes divergentes que versam acerca da possibilidade da aplicação ou não das provas ilícitas no âmbito do processo civil, haja vista a sua expressa vedação, conforme o art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988. De acordo com a autora há a corrente obstativa, a qual entende pela completa inadmissibilidade da prova ilícita, ou seja, não é encampada sob qualquer hipótese ou argumento. Esta corrente possui o seu fundamento firmado com base na teoria da árvore envenenada, sendo que havendo uma prova ilícita, as demais provas que decorram desta, também serão ilícitas.

A segunda corrente trata-se da corrente permissiva, de forma que, seria admissível a prova ilícita, haja vista que a ilicitude recairia somente em relação ao meio de obtenção da prova, não abarcando o seu conteúdo. Dessa forma seria possível a utilização da prova, mas aquele que cometeu ato ilícito para obtê-la, teria de, posteriormente, sofrer as sanções aplicáveis.

Por último, a terceira corrente é denominada Intermediária, sendo que seria admissível a utilização da prova ilícita “a depender dos valores jurídicos e morais em jogo, para isso,

aplica-se o princípio da proporcionalidade” (SOUZA, 2009). Nesse sentido acerca da corrente intermediária, Neves discorre que:

Entre as duas correntes surge uma intermediária, em meu sentir a mais adequada dentre as três no trato da matéria. Negando ser o princípio constitucional da prova ilícita absoluto [...] essa corrente doutrinária defende que, dependendo das circunstâncias, em aplicação do princípio da proporcionalidade, é possível a utilização da prova ilícita, o que não impedirá a geração de efeitos civis, penais e administrativos em razão da ilicitude do ato. (NEVES, 2018, p, 253).

Diante do exposto, tem-se que a matéria probatória na seara do processo civil é uma temática muito complexa e aponta entendimentos divergentes, especialmente em se tratando da questão da admissibilidade acerca da utilização das provas ilícitas.

## **2.2 Da aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização de provas ilícitas**

A prova ilícita é vedada expressamente na Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LVI, o qual aduz que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;” (BRASIL, 1988). Entretanto, o Código de Processo Civil faz uma ressalva, ao admitir os meios moralmente legítimos, em seu artigo 369, o que abre margem para diversos questionamentos e aplicações desse conceito pelo juiz e pela doutrina.

Nesse sentido, uma das formas de relativização da prova, faz-se quando é trazida à título de argumentação ou fundamentação, o princípio da proporcionalidade ou a ponderação de interesses, de maneira que, em certos momentos, aquela prova ilícita se justificaria tendo em vista os valores debatidos. De acordo com Robert Alexy, inclusive, a proporcionalidade não seria nem mesmo um princípio, mas sim uma regra, na medida em que, sempre que há o confronto de direitos fundamentais, o juiz deve aplicá-la.

Segundo o jurista, a proporcionalidade se subdivide em três elementos, quais sejam: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tais elementos devem ser analisados obrigatoriamente em cada caso concreto e nessa ordem, de forma que, no que tange à adequação, incumbe ao magistrado verificar se aquela medida aplicada é adequada, ou seja, se não haveria outra melhor que solucionasse o problema; a necessidade se manifesta quando é analisado se aquela medida é a menos gravosa dentre todas as opções e atinge o objetivo pretendido; e por fim, a proporcionalidade em sentido estrito busca constatar se o meio escolhido para esse determinado fim é suficientemente importante e relevante para que haja a supressão de outro direito fundamental.

Cumpridos tais requisitos, o juiz pode e deve, segundo Alexy, suprimir ou afastar um direito fundamental em detrimento de outro, sendo por exemplo, uma prova ilícita que viola a privacidade de uma pessoa, admitida no Direito brasileiro se servir para resguardar um direito mais importante que outro aferido em determinado caso concreto. Nesse sentido, para os defensores dessa tese, a prova ilícita deve ser aceita quando for demonstrado que:

não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, ou seu direito à prova; (ii) proporcionalidade: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; (iii) punibilidade: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil, etc.) (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 39).

Contudo, críticas surgem da aplicação indiscriminada de tal princípio, uma vez que amplia a discricionariedade do juiz e a insegurança jurídica no ordenamento. Diante disso, questiona-se se tal juízo de ponderação seria adequado no processo civil, ou apenas no processo penal, visto que este último lida com direitos extremamente sensíveis e restrições graves, como a restrição à liberdade. Referida discussão será mais bem exposta de maneira mais detalhada no tópico 2.3 do texto.

No que tange à polêmica envolvendo a utilização das provas ilícitas, de acordo com a corrente mediana, ou chamada de Intermediária, a qual já foi exposta anteriormente no tópico 2.1 do texto, a prova ilícita deve ser considerada de acordo com os valores morais e direitos fundamentais colocados à baila, de maneira que a proporcionalidade deve ser observada nesses casos.

À vista de todo o exposto e à luz da Constituição e do Estado Democrático de Direito, a relativização da utilização de provas ilícitas colide ainda com a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, ferindo as garantias do processo. Isso ocorre, tendo em vista que tais provas, por não estarem tipificadas no ordenamento jurídico não possuem previsibilidade e regulamentação e ainda, não seguem o procedimento de instrução probatório, o qual é composto por várias etapas, como o requerimento, admissão, produção e a valoração da prova efetivamente pelo juiz.

Ademais, a aceitação do argumento de que as provas ilícitas deveriam ser admitidas no processo civil, caso sejam a única forma de provar o alegado pela parte, na hipótese de seu direito demonstrar-se relevante e se sobrepor a outro não deve ser admitido, uma vez que podem servir de escopo para incentivar tal conduta. É possível realizar tal afirmativa, visto que, nesses

casos, as partes em um procedimento se sentiriam à vontade para produzir provas ilícitas, uma vez que, elas poderiam ser justificadas posteriormente por meio da cognição do juiz, o qual poderia entender que elas são cabíveis tendo em vista o direito material discutido.

Por conseguinte, deve-se verificar em qual medida a proporcionalidade se aplica diante de tais circunstâncias, para que não seja utilizada apenas como a manifestação do entendimento íntimo e individual do julgador, de maneira que as provas devem ser analisadas tendo como parâmetro a Constituição Federal e as garantias do processo democrático.

### **2.3 Provas ilícitas no processo penal**

A prova possui elevada importância no âmbito do processo penal, haja vista que, é por meio desta que será possível a aferição acerca da verdade em relação à materialidade e autoria do delito. Conforme assinala Rafful e Moura (2019, p. 119), é por meio da prova que é possível que uma pessoa “possa se defender de tal imputação, dentro de um processo justo. Desta forma, a prova se destina à reconstrução dos fatos alegados, confirmando ou não a imputação realizada.”

A construção do conjunto probatório destina-se à análise do magistrado, de forma que é pela valoração da prova e a constatação da verdade acerca dos fatos alegados, que o juiz poderá proferir o provimento jurisdicional que seja satisfatório e que contemple o direito material em conflito. Dessa forma, é por meio das provas que pode se averiguar de fato, se o indivíduo cometeu ou não o delito a ele imputado.

Destarte, tendo-se em consideração a importância da prova no processo penal, haja vista que, este trata de um direito fundamental de supra relevância, qual seja a liberdade do indivíduo, discute-se acerca da admissibilidade das provas ilícitas, não obstante a expressa vedação disposta no texto constitucional – art. 5º, inciso LVI e da lei processual penal ao dispor em seu art. 157, caput que “ São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

Insta-se destacar que o conceito de provas ilícitas abarca as provas consideradas ilegais, e aquelas consideradas ilegítimas, sendo que, conforme aponta Rafful e Moura (2019) as provas ilegais ou ilícitas seriam aquelas obtidas mediante a violação de um direito material, ou seja, quando a norma legal é infringida na busca pela obtenção da prova. Já as provas ilegítimas

seriam aquelas obtidas por meio da violação de uma norma processual, destaca-se que ambos os tipos de prova são considerados ilícitos. Assim, para Almeida et al:

Provas ilícitas são aquelas obtidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo. Provas ilegítimas, por sua vez, são aquelas produzidas com a violação a regras de natureza meramente processuais, tais como: documento exibido em Plenário do Júri, em desobediência ao disposto no artigo 479, caput, do Código de Processo Penal. Por sua vez, a prova será considerada ilegítima quando for obtida mediante violação à norma de direito processual [...] (ALMEIDA *et al*, 2016, p. 113).

Além da conceituação da ilicitude da prova, há as provas ilícitas por derivação. Dessa forma, conforme dispõe o §1º do art. 157 da Lei nº 3.689/41 “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL, 1941). As provas ilícitas por derivação, segundo a teoria da árvore envenenada seriam todas aquelas provas obtidas por meio de uma prova que seja considerada ilícita e então por consequência, tais provas também seriam ilícitas, haja vista que estariam contaminadas pelo “veneno” daquela prova a qual são derivadas. Tal teoria possui significativa relevância, haja vista que “Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável” (PACELLI, 2019).

Não obstante as vedações às provas ilícitas conforme restou-se averiguado, no processo penal, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, sendo este explicado no tópico anterior, é possível haver a utilização das provas ilícitas. Tal possibilidade firma-se sobretudo, em razão da garantia constitucional da ampla defesa, de maneira que, em se tratando do direito fundamental à liberdade em jogo, tem-se a relativização da vedação ao uso das provas ilícitas.

Nesse mesmo sentido, entende Pacelli que:

[...] a ampla defesa autoriza até mesmo o ingresso de provas obtidas ilicitamente, desde que, é claro, favoráveis à defesa. E nem poderia ser de outro modo. Primeiro, porque, quando a obtenção da prova é feita pelo próprio interessado (o acusado), ou mesmo por outra pessoa que tenha conhecimento da situação de necessidade, o caso será de exclusão da ilicitude, presente, pois, uma das causas de justificação: o estado de necessidade. (PACELLI, 2019)

Destaca-se ainda que, sendo admissível a utilização das provas ilícitas, surge o questionamento se estas seriam aplicáveis somente a favor do réu, ou se também poderiam ser utilizadas pela acusação, ou seja, há a divergência se as provas ilícitas seriam somente *pro reo*

ou se também seriam *pro societate*. Segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, seria admissível a utilização das provas ilícitas pelo réu, se esta for a única capaz de averiguar a sua inocência, dessa forma, expõe Rafful e Moura (2019, p. 130) que a prova ilícita poderá ser utilizada pelo acusado “desde que não haja outro meio de inocentá-lo e, seja aplicado o princípio da proporcionalidade para equilibrar os valores e direitos advindos da colisão entre princípios e normas constitucionais, a fim de garantir a justiça”.

Em se tratando, entretanto, da utilização da prova ilícita em favor da sociedade, tem-se que esta não seria possível, tendo em vista principalmente à observância do princípio da presunção de inocência, consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII, o qual dispõe “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Dessa forma, afirma Lopes Júnior que:

[...] a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova. (LOPES JÚNIOR, 2020)

Portanto, verifica-se que na seara do processo penal a utilização da prova ilícita seria admissível, desde que observado o princípio da proporcionalidade, haja vista que tal medida visa o proferimento de uma decisão que seja adequada e fiel aos fatos ocorridos, de maneira a evitar a condenação de um inocente, havendo grave violação aos direitos e garantias constitucionais do indivíduo, em especial o direito fundamental a liberdade. Dessa forma, visando-se a correta prestação jurisdicional, permite-se de maneira excepcional que o réu utilize-se de prova adquirida por meios ilícitos para a prova de sua inocência, desde que esta seja única prova capaz de atestá-la.

#### **2.4. A admissibilidade de provas ilícitas no processo e sua correlação com o instrumentalismo**

Como já exposto ao longo do texto, a admissibilidade das provas ilícitas no processo somente demonstra-se cabível no que se refere ao âmbito penal, para beneficiar o réu, uma vez que a seara criminal tende a apresentar maior caráter garantista, visto que lida com direitos caros e sensíveis, como a liberdade e a inocência de um indivíduo.

Contudo, no que tange ao processo democrático, qual seja, aquele que é regido estritamente pela Constituição e pelas garantias fundamentais processuais, tem-se que as provas

devem ser admitidas somente de acordo com os ditames ali expostos. Nesse sentido, nota-se, a partir do art. 5º, inciso LVI, que a Constituição da República não admite as provas ilícitas, de maneira que as partes em um processo cível devem se utilizar de todos os meios lícitos para provar as suas alegações, sob pena de deturpação do processo democrático.

É comum que o processo na contemporaneidade seja visto como um instrumento de direito público, entendimento esse que se coaduna com a visão de processo instituída por Oskar von Bulow, um grande expoente na doutrina processualística que se destacou durante o paradigma jurídico constitucional do Estado Social. Segundo os ideais de Bulow, assim como outros estudiosos que o seguiram, como Cândido Rangel Dinamarco, o processo teria a função de servir como instrumento para que as partes atingissem a justiça no caso concreto.

A verdade, portanto, seria atingida por meio da decisão do juiz, que atuaria de maneira ativa no procedimento, buscando o maior grau de certeza possível para construir a sua decisão. Nesse âmbito, o magistrado possuiria discricionariedade ampla para interpretar as leis e normas de acordo com aquilo que considerar mais conveniente, podendo inclusive, afastar a incidência de algum dispositivo. Sobre isso, o jurista Dinamarco assevera:

Certeza, propriamente, tem-se quando o poder vem positivado em atos concretos, como a sentença; aí, sim, é que se pode ter certeza quanto à existência ou inexistência dos direitos e obrigações afirmados ou negados. [...] A certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a *segurança jurídica*, que é fator de paz social e constitui importante escopo processual (DINAMARCO, 2013, p. 280).

Diante disso, percebe-se que essa noção de processo construída durante o Estado Social, com características extremamente garantistas e paternalistas, a qual atribui grande protagonismo processual ao magistrado, não se coadunam com a ideia de um Estado Democrático de Direito, como o que o Brasil vive desde a promulgação da Constituição em 1988. Isso ocorre, uma vez que uma das bases normativas principais do atual paradigma é a fiscalidade.

Nessa perspectiva, de acordo com Vinícius Lott Thibau:

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).

Compatibiliza-se com tal compreensão a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo civil, tendo em vista que a tendência para a sua aceitação por parte da maioria dos

doutrinadores brasileiros, deriva de um ponto de vista marcado pela instrumentalidade. Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, mesmo no século XXI, a teoria bulowiana “é a que maior número de adeptos conta. No Brasil, acatam-na todos os processualistas de renome” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 280-281).

Portanto, uma vez que é notória a necessidade de superação do paradigma jurídico constitucional referente ao Estado Social, de forma que, o processo somente pode ser considerado democrático, a partir do pleno exercício da fiscalidade, não mostra-se possível a admissibilidade das provas ilícitas no processo civil em nenhuma hipótese. Ao permitir que o magistrado aplique o princípio da proporcionalidade ou ponderação de interesses para que seja possível a relativização das provas ilícitas, tal prática apenas representaria a permanência da visão do magistrado como dono do processo, figura que deve sempre buscar a verdade e a justiça em cada caso concreto, mas não a solução democrática da controvérsia.

Nesse âmbito, Marinoni e Arenhart esclarecem que:

o art. 5º, LVI, da CF não vedou a violação do direito material para a obtenção da prova – pois isso já está proibido por outras normas –, mas proibiu que tais provas tenham eficácia no processo. Por outro lado, não é correto imaginar que a proibição da prova ilícita surgiu da necessidade de se garantir a descoberta da verdade no processo, pois não se pode ignorar que alguém pode se ver tentado a obter uma prova de forma ilícita justamente para demonstrar a verdade. Na realidade, se tais provas não implicassem na violação de direitos, a busca da verdade deveria impor a sua utilização no processo (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 394).

À vista disso, as bases legais que regulam a produção e utilização da prova devem ser respeitadas e observadas, assim como as garantias do processo, como o contraditório e o devido processo legal, no sentido de não abrir margem para uma decisão solipsista e pessoal do julgador, que se utiliza de escopos jurídicos abstratos para fundamentar suas decisões pautadas em noções pessoais de ética e moral já arraigadas.

### **3 CONCLUSÃO**

A partir do exposto conclui-se que a admissibilidade das provas ilícitas no processo civil não comporta relativização. Isso ocorre, em virtude da superação de uma visão instrumentalista do processo, a qual ainda é muito defendida no Brasil. Entretanto, percebe-se, a partir de uma análise crítica da referida corrente, que esta não se coaduna com os ditames constitucionais

estabelecidos em um Estado Democrático de Direito, visto que não se preocupa com um dos preceitos básicos do ordenamento jurídico, qual seja, a fiscalidade.

Isto posto, entendimento diferente se extrai do mesmo instituto referente às provas, inserido no contexto do processo penal. Dessa forma, demonstrou-se que, tendo em vista a gravidade dos direitos postos em discussão, a doutrina e principalmente, a legislação, permitem a relativização do ilícito, desde que seja utilizado para beneficiar o réu e seja manifesto no procedimento que esse seria o único meio de provar o alegado pela parte. À título de exemplo, tem-se a Lei nº 9.296/1996, que regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, de maneira a permitir a interceptação telefônica, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal em determinados casos.

Não obstante, tendo em vista que o processo civil lida com direitos eminentemente patrimoniais ou patrimonializáveis, tal ingerência em direitos fundamentais, os quais são protegidos pela vedação às provas ilícitas, como a intimidade e a privacidade, que são considerados invioláveis pela Constituição, não demonstra-se adequada e democrática. Desse modo, ao se permitir a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil no que tange às provas consideradas ilícitas, corre-se o risco de ampliar de maneira exagerada a atuação do juiz pautada em critérios individuais e pessoais. Nesse sentido, objetivando evitar decisões solipsistas dos magistrados e visando preservar a democraticidade do processo, o entendimento sobre provas no processo deve se pautar estritamente na Constituição, de maneira que somente as provas lícitas devem ser consideradas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Malena Cordeiro *et al.* Provas ilícitas e sua utilização no processo penal com base no princípio da proporcionalidade. **Extensão em foco**, Caçador, v. 4, n.1, p. 109-120. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/extensao/article/view/1151/0>>. Acesso em: 04 nov. 2021

BRASIL. Constituição (1988). Constituição de República Federativa do Brasil. Brasília, **Constituição**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2014. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2021

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 280-281.

DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Bahia: Juspodvim, 2008. p. 38-39. v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 381p.

HUMBERTO JÚNIOR, Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil– Vol. I**. 59. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [E-book]

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. [E-book].

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 394.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. rev. atual. ampl, vol. único. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1782.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2019. [E-book]

RAFFUL, Leonardo José; MOURA, Jéssica Candelária. Provas ilícitas: A possibilidade de aplicação no processo penal. **Diálogos interdisciplinares**, Mogi das Cruzes, v. 8, n. 6, p. 118-134, 2019. Disponível em: <<https://revistas.brazcubas.br/index.php/dialogos/article/view/716/791>>. Acesso em: 04 nov. 2021.

SOUZA, Elisângela Hoss. Da utilização das provas ilícitas no processo civil brasileiro e a ponderação de interesses. **Academia Brasileira de Processo Civil.**, v.1, 2009. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/DA%20UTILIZAÇÃO%20DAS%20PROVAS%20ILÍCITAS%20NO%20PROCESSO%20CIVIL%20BRASILEIRO%20E%20A%20PONDERAÇÃO%20DE%20INTERESSES.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2021

THIBAU, Vinícius Lott; MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura (Org.). **Democracia Processual na Contemporaneidade**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Dom Helder, 2020, p. 11.

**EXCESSO DE PRONOMES DE TRATAMENTO E SUA  
CONTRIBUIÇÃO PARA O DESEQUILÍBRIO DA RELAÇÃO  
JURÍDICA PROCESSUAL**

**Lorena Diniz Moraes<sup>56</sup>**

**1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Dentro do estudo do processo como relação jurídica existem três teorias principais que definem as posições dos sujeitos dentro do processo. A mais aceita determina que a relação jurídica processual é triangular, posicionando o juiz no topo da relação. Assim, considerando a complexidade dessa relação, é necessário analisar os motivos que levam os doutrinadores a interpretarem a relação processual como triangular e não como linear, tendo o juiz como intermediador da resolução de conflitos e busca de direitos, vez que muitas vezes as partes encontram dificuldade de alcançar o seu direito em razão de juízes comparáveis a figura de ditadores, com exigências e caprichos pouco ou nada justificáveis em uma ordem democrática.

É diante desta proposta que o presente estudo se coloca frente ao principal instrumento de manifestação das partes dentro do processo: as petições em sentido amplo. Com análise sucinta da prática diária da advocacia e demais formas de operar o direito é possível ver alguns denominadores comuns que contribuem para a construção de uma visão em que juiz se encontra acima das partes e se torna figura que praticamente possui o processo ao invés de ser parte deste colaborando para as partes construírem a solução final para a questão que as levaram a buscar a jurisdição do Estado. Assim, em busca de analisar e evidenciar a cultura jurídica de exaltação do juiz e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, o presente estudo trará para a discussão os princípios norteadores do processo, como o princípio da instrumentalidade da forma e o princípio da ampla defesa, bem como trará a construção da cultura jurídica e a forma como juízes lidam com os pronomes de tratamento.

---

<sup>56</sup> Graduanda em Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara, integrante do grupo de iniciação científica Direito, Democracia e Justiça, coordenado pelos professores Carlos Henrique Soares e Marcelo Antônio Rocha.

A presente pesquisa pertence à vertente metodológica jurídico-teórica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-exploratório. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dialético. Haja vista a importância da temática exibida, o trabalho tenciona discutir acerca da contribuição dada pelos operadores de direito através da linguagem para o estabelecimento da relação jurídica processual triangular, situando o juiz no topo da relação.

## **2 CULTURA JURÍDICA, RELAÇÃO PROCESSUAL E O JUIZ DITADOR**

O Princípio da Instrumentalidade das Formas, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal (2012) “afasta a decretação de nulidades relativas, quando os atos ditos anuláveis sejam suscetíveis de recuperação ou aproveitamento”, assim, tem-se que o princípio da instrumentalidade das formas, em termos gerais, impede que atos que podem ser aproveitados sejam anulados por mera formalidade. Dessa forma, não havendo previsão legal de uma nulidade absoluta, ou prejuízo à direito de qualquer das partes, não há razão para não aproveitar o ato, alinhando, inclusive, com outros princípios processuais como o da economia processual, celeridade processual e os princípios gerais do contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, quando o operador do direito se manifesta dentro do processo, através das petições em sentido amplo, comunicando ao magistrado as suas pretensões ou de seus clientes, é importante que se atenha à pretensão principal, isto é, os objetivos que o levaram a buscar a tutela do Estado, sob pena de destituição do sentido da busca pela referida jurisdição. Dentro da cultura comunicativa processual, usa-se da extrema formalidade, perceptível já no início da peça, em que é comum na prática jurídica iniciar o endereçamento através de pronomes de tratamento direcionados ao juiz (por vezes usando mais de um, o que é incorreto gramaticalmente), ao invés de direcioná-la ao juízo, como estabelecido pelo art. 319, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Contudo, tal formalidade deve se ater aos princípios norteadores do processo, isto é, apesar de forte na cultura comunicativa do direito, não deve ser o foco da atenção dos magistrados.

Tais conclusões podem parecer óbvias, contudo, o que se encontra na prática são juízes que exigem o uso de pronomes de tratamento que demonstram exacerbada formalidade, confirmando como a cultura dos pronomes de tratamento em demasia pode posicionar os juízes acima das partes. Como exemplo dessa prática, tem-se o caso de um juiz em Araraquara (SP) que, na forma mais extrema dessa cultura, deixa de apreciar um pedido em razão do uso do

pronome “senhoria” ao invés de “vossa excelência” (ROVER, 2019). Em mesmo sentido, tem-se outro exemplo ocorrido no próprio Supremo Tribunal Federal, em que o magistrado Marco Aurélio, de forma desrespeitosa, interrompe uma sustentação oral feita pela advogada Daniela Borges, acerca da inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, apenas para apontar uso do pronome “vocês” para se referir aos magistrados, exigindo observância da liturgia (G1, 2019).

Em ambos os casos, o advogado e professor de linguagem jurídica, Carlos André Pereira Nunes, comentou apontando a necessidade do uso dos pronomes de tratamento corretos (ÂMBITO JURÍDICO, 2019). Contudo, no caso da advogada que realizava sustentação oral e foi interrompida, ele destaca o ato de desrespeito do magistrado, ao interromper a profissional para apontamento que teria pouco impacto para a temática ali apresentada e discutida (ROTA JURÍDICA, 2019). Ainda sobre a situação que a advogada Daniela Borges passou, a OAB-BA fez importantes comentários sobre o uso opressor da língua em nota ao ocorrido

A linguagem, símbolo de poder e opressão, cuida de colocar em diferentes castas aquele que fala daqueles outros aos quais dirige a palavra, servindo de costura ao esquema de docilidade tão bem referido por Foucault, para a projeção das modernas relações de vassalagem, submissão e obediência. Os sutis, mas não menos violentos, arranjos de poder que traduzem as “corretas” formas de tratamento, mais do que sobrepor a forma ao conteúdo, são responsáveis por garantir a incontestabilidade de seus ditadores, ocultando-lhes, com seus títulos, o vazio de seus significados [...] interromper a palavra da advogada para exigir observância da liturgia é atravessar a voz das cidadãs ali representadas, mais especificamente das mulheres parturientes cujos interesses estavam ali colocados, em gesto notadamente colonialista. O fato demonstra que foi mais palatável ao ministro do STF uma reprimenda primorosamente rebuscada que o respeito insubmisso, o que é apenas um dos muitos sintomas do profundo adoecimento institucional do Estado (G1, 2019)

Assim, vê-se como os juízes se identificam com a referida figura de excelência, acima do processo e de seus objetivos, uma vez que a defesa de direitos dos cidadãos foi posto de lado e interrompido para o magistrado expressar sua insatisfação com mero pronome de tratamento. Ou, em outra situação, deixa de apreciar pedido em razão do pronome usado, reforçando cada vez mais na cultura jurídica e nas relações processuais a figura de um juiz ditador, vaidoso, em que sua figura está acima das partes, do processo e do próprio direito.

Tal comportamento perante o processo é incompatível com os princípios processuais já citados, houve desrespeito quanto à instrumentalidade das formas, como ao próprio princípio da ampla defesa, vez que a desconsideração de um pedido ou desrespeito à sustentação oral demonstram a pouca sensibilidade dos magistrados para com o pedido principal, isto é, com o mérito do processo, desconsiderando o conteúdo apresentado para dar atenção à meras

formalidades que pouco ou nada prejudicam os argumentos ali apresentados. A celeridade processual, prejudicada em razão da interrupção e da recusa de analisar o pedido, acaba por afetar toda a ordem processual e até pode colocar em risco direito material, motivada por caprichos de juízes que figuram a posição de ditadores dentro do processo, dando “punições” descabidas quando estes caprichos não são atendidos.

Desse modo, quando os operadores de direito endereçam suas peças a um “EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO”, não só comete erro gramatical ao usar três pronomes de tratamento, como também passa a colaborar e contribuir para uma cultura jurídica em que o magistrado está acima dele e das partes, vez que basta endereçar sua peça a determinado juízo, não ao juiz. E não só o endereçamento contribui para essa cultura, durante as petições (orais ou não) por todo seu texto é possível encontrar exacerbados pronomes de tratamento para se referir aos juízes e até à suas decisões, sentenças ou acórdãos, cada vez mais reforçando a figura de um juiz que deve ter sua posição elevada a todo momento, tirando-o da relação linear de construção do direito, para uma posição triangular de alguém que dita o direito, quase independente das partes.

Assim, traz-se que a quebra dessa cultura é essencial em uma ordem democrática de direito, uma vez que, conforme Thibau (2011) “o conceito republicano de democracia identifica-se com um procedimento direcionador de um auto-entendimento ético alcançável por via da dialogicidade entre indivíduos homogêneos e autoconscientes”, de modo que construção da tutela jurisdicional se dá através dos diálogos construídos entre as partes e com o juiz, nessa conformidade, a hierarquização do discurso através de reprimendas em razão de pronomes de tratamento, somente serve para afastar a figura do juiz das partes trazendo um direito que não é construído pelas partes, mas sim imposto à elas, facilitando, inclusive para a sua insatisfação para com as soluções casuísticas.

De forma mais explícita pela luta de uma maior isonomia dentro do processo, podemos citar projeto de lei que traz regras de tratamento menos formais para servidores públicos

Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público aprovou nesta quarta-feira (14) projeto (PL 4/2019) que determina que os ocupantes de cargos públicos não devem exigir dos cidadãos, nas comunicações escritas ou orais, o uso de pronomes de tratamento excessivamente formais, que expressem hierarquia, privilégio, distinção ou grau de formação, como vossa excelência. (AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS, 2019)

Contudo, tal empreitada não é recente, desde 2016 tramita um projeto de lei que pretende igualar o tratamento protocolar entre advogados, membros do Ministério Público e juízes. No

referido projeto ainda cita-se a falta de equidade entre estas três posições que são igualmente indispensáveis para administração da justiça (GALLI, 2016).

É através da mudança cultural construída através da quebra de paradigmas na língua que poderemos combater a cultura que hoje se explicita através dela, vez que o processo da cultura, seja jurídica ou não, influencia a língua mas também é por ela influenciada. Conforme Silva e Sousa (2017)

A relação entre língua e sociedade apresenta influência mútua, pois através da linguagem se participa das relações sociais de poder e as mudanças na estrutura social são decorrentes da dinâmica dessas relações. A língua não é um corpo autônomo capaz de determinar as relações sociais, como também não é determinada pela estrutura social, mas há uma relação de influências entre elas, por isso que pela análise linguística pode-se compreender elementos importantes da estrutura social, como também pela análise das relações sociais pode-se compreender muito dos processos linguísticos. (SILVA; SOUSA, 2017)

Nesse sentido, perceber e combater essa hierarquização através da língua transportará o processo para vias mais próximas de um ideal constitucional compatível com a ordem de um Estado Democrático de Direito. Nessa contrapartida, temos um exemplo recente da magistrada do Supremo Tribunal Federal, que ao contrário de seu colega, não se conteve para ajudar um advogado que realizava sustentação oral, completando a palavra que lhe faltava (, demonstrando o papel do juiz como construtor do direito, colaborando para a compreensão dos argumentos apresentados e se atendo pouco a formalidades que em nada contribuem para tal compreensão ou construção.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante desse panorama, entende-se que urge a necessidade da quebra desta cultura jurídica de elevamento da figura do juiz, uma vez que o papel deste dentro do processo seria colaborar para que as partes construam o seu direito, trazendo assim, inclusive, mais conformidade destas para com a solução alcançada, de modo a diminuir até a interposição de recursos dentro do sistema jurídico. Assim, acabando com a figura do juiz ditador, a máquina jurídica poderá funcionar em conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, diante de uma dialogicidade que reforce a isonomia entre os atores do processo, resguardando princípios gerais do processo, que devem ser norteadores de todas as ações dentro deste, sob pena de não se alcançar o direito material, objetivo intrínseco ao processo, e afastar-se do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2021

G1. 'NÃO me abati', diz advogada repreendida durante fala no STF por chamar ministros de 'vocês'. **G1**. 8 nov. 2019. Disponível em:<<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/11/08/nao-me-abati-diz-advogada-repreendida-durante-fala-no-stf-por-chamar-ministros-de-voces.ghtml>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

GALLI, Marcelo. PL iguala tratamento protocolar entre advogados, juízes e promotores. **Revista Consultor Jurídico**. 19 jul. 2016. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2016-jul-19/pl-igualar-tratamento-entre-advogados-juizes-promotores>>. Acesso em: 12 nov. 2021

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

JUNIOR, Janary. Comissão aprova regras de tratamento menos formais no serviço público. **Agência Câmara de Notícias**. 14 ago. 2019. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/noticias/570582-comissao-aprova-regras-de-tratamento-menos-formais-no-servico-publico/>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MIGALHAS. STF: Advogado esquece palavras na sustentação e Rosa Weber ajuda. **Migalhas**. 11 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/354762/stf-advogado-esquece-palavras-na-sustentacao-e-rosa-weber-ajuda>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

REVISTA ÂMBITO JURÍDICO. USADO para evitar pessoalidade, o termo “Vossa Excelência” é o correto para o tratamento de Magistrados. **Revista Âmbito Jurídico**. 4 set. 2019. Disponível em:<<https://ambitojuridico.com.br/noticias/usado-para-evitar-pessoalidade-o-termo-vossa-excelencia-e-o-correto-para-o-tratamento-de-magistrados/>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

ROTA JURÍDICA. APÓS Marco Aurélio interromper advogada que se referiu aos ministros como “vocês”, Carlos André alerta para uso correto dos pronomes de tratamento. **Rota Jurídica**. 7 nov. 2019. Disponível em:<<https://www.rotajuridica.com.br/apos-marco-aurelio-interromper-advogada-que-se-referiu-aos-ministros-como-voces-carlos-andre-alerta-para-uso-correto-dos-pronomes-de-tratamento/>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

ROVER, Tadeu. Juiz deixa de apreciar pedido por não ser tratado por Vossa Excelência. **Revista Consultor Jurídico**. 3 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-03/juiz-deixa-apreciar-pedido-nao-tratado-vossa-excelencia>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e Prova no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2011

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

**A PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO DECISÓRIO: UMA ANÁLISE À  
LUZ DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS**

**Guilherme Leles Vieira<sup>57</sup>**

**Vitor Gomes Carvalho<sup>58</sup>**

**1 INTRODUÇÃO**

Se toda a finalidade do direito tivesse de ser resumida em uma palavra, decerto seria “justiça”. O sistema jurídico, então, nada mais é, do que um meio para se alcançar aquilo que é justo e esta é uma afirmação tão certa, quanto é vazia. Afinal, o que é a justiça?

Essa não é a pergunta que se pretende responder com este artigo. Sem dúvida, seria uma pretensão muito audaciosa, pois trata-se de um conceito tão amplo, genérico e discutido ao longo da história humana, que se torna impossível chegar a qualquer conclusão definitiva. Contudo, o que se pode asseverar sem maiores dubiedades, é a existência de uma íntima relação entre as concepções de processo e justiça.

Isto porque o sistema jurídico é constituído e precedido por um conjunto de premissas e atos preparatórios inescusáveis para chegar a uma decisão que se possa chamar de justa. No âmbito judicial, o respeito ao processo é condição *sine qua non* para que o juiz decida.

Entretanto, se a justiça é uma concepção abstrata e o objetivo do magistrado é chegar a uma decisão justa, nada é mais legítimo do que oportunizar às partes atingidas por esta futura decisão, a possibilidade de participação na sua construção. Em outras palavras, participar do processo decisório, significa atuar na elaboração do conceito de justiça de um caso concreto,

---

<sup>57</sup> Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

<sup>58</sup> Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

tornando as partes coautoras da decisão a que irão se submeter, pressuposto este, derivado da própria concepção de Estado Democrático de Direito.

Portanto, o presente artigo pretende apontar e destrinchar algumas premissas que são essenciais a uma participação efetiva no processo decisório. Neste sentido, partir-se-á da análise dos princípios institutivos do processo, para então, tecer considerações sobre os aspectos que distinguem a participatividade democrática, daquela utilizada como mero meio de dissimulação e legitimação de uma atividade julgadora solipsista, exemplificada neste texto, pelas concepções teóricas da instrumentalidade do processo.

## **2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS**

Com o advento do Estado Democrático de Direito, para que uma decisão alcance algum grau de aceitação, deve contar, necessariamente, com a participação de seu destinatário. Assim, é mister, tanto do legislador, quanto do juiz, prezar pela observância de princípios processuais previstos na Constituição, a fim de viabilizar uma participação efetiva do indivíduo envolvido na lide, para a construção da decisão judicial. É neste sentido que se tem destaque dos chamados princípios institutivos do processo, a serem analisados a partir de agora.

### **2.1 Contraditório**

Previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, o princípio do contraditório está intimamente relacionado com a possibilidade de participação do indivíduo na construção da decisão democrática. Freddie Didier Jr. (2017, p. 91) indica que “O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia dos contraditório”.

Este princípio pode ser analisado em duas acepções, quais sejam, o direito que as partes possuem de serem informadas acerca de todos os atos processuais praticados e o direito das partes se contradizerem dentro do processo. Pela primeira dessas, no processo democrático é imprescindível que haja informação dos atos processuais, isso porque, a informação garante à parte adversa a transparência e a fiscalização do ato praticado.

Em sua segunda acepção, tida como a dimensão substancial do princípio do contraditório, este é o direito das partes oporem seus argumentos e, de igual modo, terem suas alegações consideradas pela decisão judicial. Nesse sentido, Freddie Didier aponta que:

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”.<sup>45</sup> Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 92).

Nota-se, portanto, que o princípio do contraditório é de observância obrigatória, haja vista que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a decisão deve, necessariamente, considerar os argumentos utilizados pelas partes, ainda que a decisão judicial final seja em sentido contrário a pretensão de uma delas.

## **2.2 Ampla defesa**

O princípio da ampla defesa, também previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, garantido tanto nos processos judiciais, quanto administrativos, guarda, por sua vez, íntima correlação com o princípio do contraditório. Todavia, são princípios que não se confundem. Segundo Alexandre de Moraes:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário,<sup>403</sup> enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (MORAES, 2020, p. 125)

Ao se pensar em uma defesa ampla, verifica-se a permissão de uma participação igualmente ampla, pois oportuniza às partes que recorram aos meios legalmente previstos para apresentarem e defenderem suas pretensões no processo. Como mencionado, deve-se destacar que a ampla defesa não decorre de uma abstração, de modo a ser permitido aos sujeitos do processo o uso de meios indiscriminados de defesa, mas de uma harmonia com o sistema processual, haja vista que a própria lei estabelece os limites ao exercício de defesa. Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal indica que:

A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos jurídico-sistêmicos por alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização da cognição a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos jurídico-fundantes de sua produção eficiente. É por isso que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo,

não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa, que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova. (LEAL, 2018, p.151).

Fato é que a ampla defesa figura como um princípio que permite a participação no processo decisório, pois as partes, ao apresentarem suas defesas, trazem elementos que passam a integrar o processo e que devem ser considerados pela decisão do órgão jurisdicional. Isso é corroborado pela redação dos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015, os quais indicam, de modo geral, que a decisão e seus fundamentos estão condicionados à prévia oportunidade das partes se manifestarem (BRASIL, 2015).

### **2.3 Isonomia**

O princípio da isonomia, consagrado pelo texto constitucional em seu art. 5º, inciso I, e pelo Código de Processo Civil, no art. 7º, preza pela paridade de tratamento das partes no processo, sendo vedado o favorecimento de uma em detrimento de outra, salvo quando a lei permitir. Daniel Amorim leciona que “O objetivo primordial da isonomia é permitir que concretamente as partes atuem no processo, dentro do limite do possível, no mesmo patamar” (NEVES, 2017, p. 194).

Acerca deste princípio, é importante mencionar que, em que pese ele seja associado à ideia de igualdade, há uma diferença relevante entre ambos. “É natural que, havendo uma igualdade entre as partes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida dessa desigualdade” (NEVES, 2017, p. 194). Ou seja, a isonomia relaciona-se com um aspecto material da igualdade, afastando-se da acepção meramente formal.

Ademais, tem-se que esse princípio é previsto no art. 139 do Código de Processo Civil como um dever do juiz, sujeito que deve assegurar às partes igualdade de tratamento. E esse dever do magistrado interliga-se com a ideia de participação, pois as partes devem atuar de forma igualitária e isonômica no processo, e o responsável pela observância desse princípio é o próprio juiz. Até mesmo no que tange à suspeição e ao impedimento, o juiz deve ser ater à observância da isonomia, pois uma vez constatados, nos termos do art. 144 do Código de Processo Civil, o magistrado deve ser afastado do julgamento da lide, para que não fira a isonomia e nem tolere a participação de uma parte em detrimento da outra.

### **3 A PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO DECISÓRIO**

Realizadas as considerações acerca dos principais princípios que dão embasamento à garantia da participação das partes no processo, abre-se espaço para uma discussão acerca da efetiva participação na construção da decisão, sob a perspectivas das visões processuais instrumentalista e a democrática. Ainda, complementando a ideia de participação democrática, será analisada a necessidade de fundamentação das decisões como elemento comprobatório da participação das partes.

#### **3.1 A participação na visão instrumentalista**

Cândido Rangel Dinamarco, na obra *Instrumentalidade do Processo*, aborda, no capítulo III, a temática da jurisdição e poder. Neste, o autor indica que o Estado possui objetivos próprios, tais como a pacificação social e a educação para o exercício e respeito aos direitos. Estas finalidades estatais, são perseguidas através do exercício do poder, demandando que este Estado estabeleça regras formais e limitadoras da sua utilização, caracterizando assim, a jurisdição. É o que se extrai do seguinte trecho:

Preestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito estabelecer regras pertinentes, seja para endereças com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes) seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder. Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição), é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina. (DINAMARCO, 2013, p. 91).

Porém, a ideia pertinente ao presente tópico é a trabalhada no tópico 14.4 do referido capítulo, em que Cândido Rangel Dinamarco aborda a participação no processo decisório, considerando os aspectos do poder e da jurisdição, já mencionados. Neste, o autor indica não ser adequado conceituar o poder em torno da ideia de participação no processo decisório, isso porque, quem o comanda é o Estado, decidindo de forma exclusiva e impondo sua decisão sobre as partes e, conseqüentemente, sobre a sociedade. (DINAMARCO, 2013).

Nota-se, portanto, que na visão instrumentalista, como o Estado busca alcançar seus objetivos por meio da jurisdição e, conseqüentemente, da decisão, esta deve decorrer exclusivamente do Estado, não sendo admitida a participação de outros sujeitos no processo decisório. Ou seja, sendo a decisão a consagração dos objetivos estatais, é mister do próprio Estado alcançá-los.

Diante disso, abre-se espaço para questionar se nesse modelo as partes possuem alguma relevância, já que o único participante do processo decisório é o Estado. Cândido Rangel Dinamarco indica que:

Por outro lado, a familiaridade com as idéias referentes ao princípio do contraditório mostra ao processualista que, em torno do exercício do poder *sub specie jurisdictionis*, as pessoas que depois serão atingidas pelo provimento (decisão imperativa), ou pela sua efetivação, também exercem suas atividades. O exercício da ação e da defesa, ao longo do procedimento e ao lado dos atos de jurisdição, constitui ao mesmo tempo cooperação trazida para o correto exercício desta e *participação* que não pode ser obstada aos interessados.” (DINAMARCO, 2013, p. 134).

À vista disso, nota-se que a efetiva participação das partes é mitigada. Autor e réu participam ao longo do processo, mas a decisão permanece sendo de exclusividade do Estado, e não construída em conjunto com as partes. Neste ponto, torna-se possível constatar que referida participação não se coaduna com uma perspectiva democrática, mas sim com os ideais do Estado Social, em que o Estado impõe sua vontade de forma unilateral, pois é quem conhece os fins a serem alcançados.

Como já mencionado neste artigo, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia não representam um fim em si mesmos, devendo ser observados ao longo de todo o processo. Portanto, em uma leitura democrática desses princípios, deve-se compreender que a participação das partes deve se dar tanto na defesa de suas pretensões, quanto na formulação da decisão. Não se obsta, contudo, a participação do Estado, mas conjuga-se sua atuação com a construção de provimentos pelas partes.

Todavia, o instrumentalismo, ao priorizar o aspecto publicista do processo, concede tanto destaque ao Estado através do âmbito processual, que passa a ser concebido como um Estado Total, típico do paradigma socializador. Em decorrência disto, as decisões deixam de ser formadas por seus destinatários, para serem formuladas apenas pelo Estado.

Nesse diapasão, convém ainda fazer uma breve menção da participação, ou de sua ausência, na teoria bulowiana, teoria que guarda íntima relação com a teoria instrumentalista de Cândido Rangel Dinamarco. No artigo “Processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática”, de autoria de André Leal e Vinícius Thibau, os autores demonstram que os escritos de Oskar Von Bulow, “ao conceituarem o processo como uma relação jurídica de direito público entre juiz, autor e réu, estabeleceram que a atividade de solução de conflitos é deferida ao juiz representante do Estado, com o qual as partes mantêm vínculos de subordinação [...]” (2019, p. 74).

Diante disso, ao ser concedido ao juiz um destaque em detrimento das partes, chega-se à conclusão de que é o magistrado quem conhece o melhor caminho a ser seguido, podendo este decidir em conformidade ou em contrariedade à lei. Assim, “O processo exprime a existência de vínculos de subordinação das partes ao juiz e, por seus contornos conceituais, apresenta-se como um meio que viabiliza a operacionalização solipsista do direito pelos magistrados representantes do Estado.” (LEAL; THIBAU, 2014, p. 76).

Destarte, nota-se que, quando privilegiada de forma demasiada a participação do juiz, resta prejudicada a participação das partes. E esse caráter de especialidade do magistrado, típico de teorias concebidas no Estado Social, não se sustenta no paradigma do Estado Democrático de Direito, como será analisado abaixo.

### **3.2 A participação democrática**

Constatada a mazela do processo decisório segundo a visão instrumentalista, faz-se relevante abordar a participação que se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Antes porém, é de se dizer que com a consagração do paradigma democrático na Constituição Federal, a relação entre Estado e indivíduo alterou-se profundamente quando comparada com os paradigmas anteriores. Com isso, a partir do diploma constitucional, também restou ressignificado a ideia de participação no processo, como demonstra Vinicius Lott Thibau (2015, p. 250) ao lecionar que “Apenas no marco democrático é que a rejeição do solipsismo decisório se impôs.” (2015, p. 250).

O tópico anterior, ao tratar da participação segundo a visão instrumentalista, garante e perpetua o solipsismo decisório, fundamentado em aspectos metajurídicos caracterizadores dos objetivos estatais. Todavia, essa interpretação não é admitida no Direito Democrático. Ao analisar a influência do racionalismo crítico popperiano, Bruno Rodrigues Leite expõe o critério de demarcação como sendo uma das principais teses de Popper, podendo ser definido como um critério em que se divide as afirmações das ciências empíricas daquelas metafísicas, religiosas e pseudocientíficas (LEITE, 2017) e, a partir dele constata que:

Aplicado ao processo constitucional, o critério de demarcação aponta para a não cientificidade das decisões jurisdicionais, legislativas e administrativas quando estas se baseiam em critérios metajurídicos, a saber, na *moral, equidade, ponderação, bons costumes e senso de justiça*, pois não há delimitação das competências do juízo e as decisões jurisdicionais não podem ser refutadas adequadamente, pois podem abarcar praticamente tudo, até *contra legem*, em favor de valores metajurídicos insondáveis que tenham a pacificação social como objetivo. (LEITE, 2017, p. 33).

E continua indicando que:

Para afastar a ideologia e conferir caráter científico às decisões jurisdicionais, deve ser observado o entrelaçamento dos princípios do juízo constitucional ou juízo natural, vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, supremacia da Constituição, reserva legal, devido processo constitucional e da fundamentação das decisões jurisdicionais que, ao unir as decisões jurisdicionais ao ordenamento jurídico e ao devido processo constitucional, delimitam o âmbito de atuação do juízo e permitem a refutação crítica do processo constitucional. (LEITE, 2017, p. 33)

Com isso, percebe-se que, no paradigma do Estado de Direito, as decisões devem ser revestidas de um caráter eminentemente científico, afastado do solipsismo e do autoritarismo estatal. Esse caráter é garantido a partir do momento em que se conjuga a previsão legal, a situação fática e o devido processo, sobretudo no que diz respeito à participação das partes, sendo este último, o elemento necessário para legitimar as decisões jurisdicionais.

Um aspecto relevante da participação a ser mencionado é que ela deve ser ampla. Não se pode tolerar que a participação seja exercida somente por aqueles que ocupam um lugar de autoridade e que possuem a última e única interpretação adequada, mas que englobe uma diversidade de indivíduos (LEITE, 2017). Essa diversidade atrai para o debate a pluralidade de argumentos, passíveis de serem falseados ou acrescentados à decisão, seguindo critérios científicos. A participação do juiz também deve ser submetida à critérios de falseabilidade, haja vista que, “No direito dogmático, o juiz é espécie de *auctoritas* que monopoliza os sentidos das normas [...] defendendo hipóteses que a norma jurídica tem sentido imanente acessível somente para poucas mentes privilegiadas.” (LEITE, 2017, p. 45).

Ademais, a ideia de participação comporta o exercício da fiscalização, pois as partes, ao submeterem as decisões jurisdicionais à uma análise fiscalizatória, participam do processo. E, de igual modo, ao participarem, estabelecem balizas para a fiscalização. Isso fica mais evidente quando se pensa na fundamentação das decisões, temática que será abordada no tópico seguinte, pois toda a participação no processo deve ser enfrentada na decisão de modo fundamentado, estando o magistrado obrigado a demonstrar as razões pelas quais acatou ou desprezou determinado argumento aventado pelas partes.

### **3.3 A Fundamentação das Decisões – O arremate da participação**

O princípio da fundamentação das decisões é o reflexo e única conclusão lógica de tudo o que fora exposto até então. Afinal, de nada adiantaria que as partes pudessem influir em todo o processo prévio às decisões e ao fim, estas não se fundassem naquilo que fora exaustivamente

debatido ou ainda, que resultassem exclusivamente da vontade e consciência pessoal do julgador.

Explica Arady Miranda, que com o advento do Estado de Direito, a fundamentação das decisões surge como instrumento de justificação a limitar a atuação do Poder Judiciário e permitir o seu controle. Para ele, com o *rule of law*, o mesmo judiciário que garante o cumprimento das leis, deve demonstrar também que exerce sua função em conformidade com estas. (MIRANDA, 2014)

Expõe que a partir do Estado Democrático de Direito, o devido processo legal impõe a necessidade de agir de forma transparente, sendo que se confere à fundamentação das decisões, importante papel na legitimação do poder jurisdicional. Sem mencionar que o equilíbrio do judiciário com os demais Poderes, pressupõe a argumentação jurídica dessas. (MIRANDA, 2014)

Assim, a fundamentação das decisões se resume no termo transparência. Trata-se de externar às partes, sociedade e até ao próprio Estado, o raciocínio fático-jurídico que levou o magistrado a adotar determinado entendimento. Calamandrei explana que:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou. (2013, p. 197)

Em termos normativos, no direito brasileiro, o dever de fundamentar as decisões decorre expressamente do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. No Código de Processo Civil de 2015, o artigo 489, inciso II, elenca como elemento essencial da sentença, os fundamentos pelos quais o juiz analisa as questões de fato e de direito. Segundo o § 1º deste dispositivo, não se considera fundamenta a decisão que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015)

Extrai-se desta redação, por uma interpretação a *contrario sensu*, que o Código exige a correlação de um preceito jurídico a um caso concreto, explicando as motivações de tal atividade subjuntiva e confrontando-se os argumentos com potencial de enfraquecer a decisão final.

Aspecto relevante intrincado à questão da participação pode ser arguido com a leitura do dispositivo legal: deve o magistrado se manifestar sobre todas as alegações das partes? O Superior Tribunal de Justiça entende que:

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.  
O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. (BRASIL, 2017)

Embora o entendimento do STJ pareça estar consonante com a lei, o dispositivo legal e a jurisprudência em questão podem ocultar perigosos vieses autoritários. Explana Guilherme Gomes, que por um lado, é verdade que a análise de absolutamente todos os pontos levantados pelas partes seria demasiadamente prejudicial à celeridade e economia processual. Não obstante, é intrinsecamente arbitrária a possibilidade de que o juiz classifique quais argumentos sejam ou não suficientemente relevantes para merecerem fundamentação. (VIEIRA, 2018)

O supramencionado autor, no entanto, expõe equilibrada solução ao indicar que o magistrado deve mencionar as matérias por ele consideradas impertinentes e explicar a razão disto (VIEIRA, 2018). Assim, apesar de se manter certa discricionariedade na avaliação de relevância, haverá garantia de que o julgador levará em consideração todos os pontos levantados, e dar-se-á transparência a seus critérios. Deste modo, as partes poderão fiscalizar plenamente a atividade decisória e se for o caso, proceder com as medidas cabíveis.

Outro fator interessante ao princípio em exame, é que através da previsibilidade do conteúdo externado na fundamentação das decisões, tem-se um meio ímpar de averiguação da existência de participação efetiva no processo decisório. Afinal, tanto quanto o dispositivo da sentença deve ser consequência lógica de sua fundamentação, a decisão necessariamente tem de ser uma consequência lógica do processo. Do contrário, de que servira este processo?

Calamandrei, ao discorrer sobre o assunto argumenta que:

[...] A própria lei parece, pois, reconhecer que a dificuldade de julgar não consiste em encontrar a conclusão, o que se pode fazer num dia, mas em encontrar depois, após longa meditação, as premissas de que aquela conclusão, segundo o vulgo, devia ser a consequência.

[...]

As premissas, não obstante seu nome, são frequentemente postas depois. O teto, em matéria jurídica, pode assim construir-se antes das paredes. Não quer isto dizer, porém, que a parte dispositiva seja dita ao acaso e que a fundamentação tenha apenas o fim de fazer aparecer como fruto de rigoroso raciocínio o que na realidade é fruto de arbítrio. Apenas se quer dizer que, ao julgar, a intuição e o sentimento têm frequentemente maior lugar do que à primeira vista parece. Não foi sem razão que alguém disse que sentença derivava de sentir (2013, p. 201)

Nada poderia ser mais contrário ao Estado Democrático de Direito. A intuição e sentimento do julgador não têm lugar na processualidade democrática, pois são inacessíveis a quaisquer pessoas que não sejam ele mesmo. Ademais, ao se partir destas premissas, a jurisdição tornar-se-ia infiscalizável e absolutamente invulnerável às garantias processuais.

A decisão deve ser, pois, a testificação da conclusão fundamentada do processo. Somente assim, haveria de se falar em uma verdadeira incidência dos princípios processuais constitucionais, os quais, do contrário, apenas teriam o efeito de encobrir um julgamento solipsista e uma participação meramente teatral, com vistas a conferir uma ilusória legitimidade às arbitrariedades do Poder Judiciário.

Destarte, pode-se dizer que a seguinte aflição de Calamandrei, não encontra espaço no Estado Democrático de Direito:

Creio que a angústia mais obcecante de um juiz escrupuloso deva ser esta: saber, porque lhe foi sugerida pela consciência, qual é a decisão justa e não conseguir encontrar os argumentos para o demonstrar logicamente. Sob este ponto de vista é de desejar que o juiz tenha um pouco da habilidade do advogado, para que, ao redigir a sentença nos seus considerandos, possa ser o defensor da tese já fixada de antemão pela sua consciência. (2013, p. 205)

Dispensa-se as habilidades do juiz como advogado, pois como bem observa Bruno Leite, as autoridades que protegem intransigentemente seu posicionamento não buscam conhecimento, mas dominação (2017). É por este mesmo motivo, que não mais assiste razão àqueles que defendem uma fundamentação pautada no livre convencimento motivado do magistrado. A processualidade democrática deve ser regida, pois, pela persuasão racional, de modo que os fundamentos da decisão não são uma justificação de uma tese fixada de antemão por sua consciência, mas sim a ponderação dos argumentos lógicos aferidos no processo.

Portanto, a clarividente mente do julgador não haverá de se preocupar em revelar a justiça para aqueles que não tem este dom. O paradigma constitucional vigente contenta-se tão somente com a condução do processo, com vistas a promover a efetiva participação dos envolvidos e o respeito às garantias processuais, que por sua vez, se encarregarão de construir a justiça da decisão, a ser demonstrada puramente pelos argumentos aduzidos nos autos.

## 4 CONCLUSÃO

A consagração do Estado Democrático de Direito pela Constituição da República de 1988, compeliu-nos a uma nova perspectiva sobre a condução do processo, sobretudo no que diz respeito à participação.

Diferentemente do paradigma social vigente até então, em cujas perspectivas instrumentalistas e publicistas do processo fomentavam a supremacia estatal sobre o indivíduo, deixa-se de admitir que o exercício da jurisdição seja pautado por objetivos estatais. Torna-se igualmente intolerável, a atuação judicial solipsista, alicerçada por conceitos jurídicos indeterminados, à mercê do julgador, e, portanto, insuscetíveis de fiscalidade e refutabilidade científica.

A processualidade democrática, inerente ao texto constitucional, cede lugar a um cenário de intensa participação na construção do provimento jurisdicional, orientado pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, garantindo-se aos sujeitos processuais, em posição de igualdade, o incessante debate jurídico que orientará imperativamente a decisão judicial e sua fundamentação.

No final das contas, no Estado Democrático de Direito, a justiça se torna irreconhecível sem a participação no processo decisório.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 29 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 23.399**. Relatora: Helena Costa. Distrito Federal. 04 de abril de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/446969643/edcl-no-mandado-de-seguranca-edcl-noms-23399-df-2017-0057949-7>. Acesso em: 29 out. 2021.

CALAMANDREI, Pierro. **Eles os juízes, visto por nós, os advogados**. São Paulo: Pillares, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, Bruno Rodrigues. **A população em situação de rua e o Mandado de Segurança**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2017, p. 29-47.

MIRANDA, Felipe Arady. **A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do Estado Constitucional**. Brasília: IDP, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

THIBAU, Vinícius Lott. Processo e mercado. In: SILVA, Michael César (Org.). **Transformações do direito na contemporaneidade: reflexões sobre direito, mercado e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015, p. 231-251. v. I.

VIEIRA, Guilherme Gomes. **A Fundamentação das Decisões Judiciais como Instrumento de Efetivo Acesso à Justiça**. ENAJUS. Brasília, abr. 2018.