

Anais



Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais

2021

Coordenadores

Fernando Braga Damasceno

José Marcos Lunardelli

Priscilla Pereira Costa Corrêa



Escola Nacional
de Formação
e Aperfeiçoamento
de Magistrados

COORDENAÇÃO-GERAL

José Marcos Lunardelli (Desembargador Federal do TRF3)
Fernando Braga Damasceno (Desembargador Federal do TRF5)
Priscilla Pereira Costa Corrêa (Juíza Federal do TRF2)

ORGANIZADORES

Adriana Carneiro da Cunha Monteiro Nóbrega (Juíza Federal do TRF5)
Cristina de Albuquerque Vieira (Juíza Federal do TRF4)
Douglas José da Silva (Juiz Estadual do TJPE)
Fernando Braga Damasceno (Desembargador Federal do TRF5)
Fernando Rister de Souza Lima (Professor do Mackenzie)
José Eduardo de Melo Vilar Filho (Juiz Federal do TRF5)
José Marcos Lunardelli (Desembargador Federal do TRF3)
Linara Oeiras Assunção (Professora da Unifap)
Marcelo Guerra Martins (Juiz Federal do TRF3)
Pedro Hikaru Oishi (Servidor TRF2)
Priscilla Pereira Costa Corrêa (Juíza Federal do TRF2)
Roberto Lima Campelo (Juiz Federal do TRF3)

COMISSÃO CIENTÍFICA

Fernando Rister de Souza Lima (Professor do Mackenzie)
José Marcos Lunardelli (Desembargador Federal do TRF3)
Linara Oeiras Assunção (Professora da UNIFAP)
Marcelo Guerra Martins (Juiz Federal do TRF3)
Pedro Hikaru Oishi (Servidor do TRF2)
Priscilla Pereira Costa Corrêa (Juíza Federal do TRF2)

Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais



Escola Nacional
de Formação
e Aperfeiçoamento
de Magistrados

Conselho Superior da Enfam

Ministro Og Fernandes (Presidente)
Diretor-Geral da Enfam

Ministro Benedito Gonçalves
Vice-Diretor da Enfam

Ministro Jorge Mussi
**Diretor do CEJ do Conselho da
Justiça Federal**

Ministro Raul Araújo
Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Desembargadora Federal Therezinha
Cazerta
**Tribunal Regional Federal da 3ª
Região (TRF3)**

Desembargadora Katia Maria Amaral
Jangutta
**Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
(TJRJ)**

Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso
**Associação dos Juízes Federais do
Brasil (Ajufe)**

Juiz Jayme Martins de Oliveira Neto
**Associação dos Magistrados
Brasileiros (AMB)**

Juíza Federal Cíntia Menezes Brunetta
Secretária-Geral

Jaqueline Aparecida Correia de Mello
Secretária Executiva

Programa de Pós-Graduação Profissional da Enfam - Mestrado

Professor Antonio Herman Benjamin
(Ministro do STJ)
**Coordenador-Geral do Programa de
Pós-Graduação da Enfam**

Professora Cíntia Menezes Brunetta
(Juíza Federal e Secretária-Geral da
Enfam)
**Vice-Coordenadora-Geral do
Programa de Pós-Graduação da
Enfam**

Professor Samuel Meira Brasil Júnior
(Desembargador TJES)
Coordenador Acadêmico

Professora Tais Schilling Ferraz
(Desembargadora Federal TRF4)
Vice-Coordenadora Acadêmica

Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais

2021

Coordenadores

Fernando Braga Damasceno

José Marcos Lunardelli

Priscilla Pereira Costa Corrêa

Editoria

Jaqueline Aparecida Corrêa de Mello
Maria Fernanda Pereira Neves Leite Silva
Cyva Regattieri de Abreu

Revisão Ortográfica

Luciana Silva Catanhede Lobo
Mariana Ribeiro Reino da Silva

Projeto Gráfico

Mayume Melo Kanegae
Wanderson Oliveira dos Reis

Créditos Institucionais

Biblioteca Ministro Oscar Saraiva – SED/STJ

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional. A reprodução total ou parcial é permitida desde que citada a fonte e indicada a autoria do texto.



Esta publicação foi produzida de acordo com a política de sustentabilidade e está disponível apenas em versão eletrônica. Para reduzir o impacto de consumo de papel, impressão e transporte, não foram produzidas cópias impressas.

Endereço:

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados –Enfam
SCES – Trecho 3, Polo 8, Lote 9, 1º andar
Brasília-DF, Brasil. CEP 70.200-003
www.enfam.jus.br

Esta publicação é proveniente do encontro realizado pelo Grupo de Pesquisa GEPDI 4 – Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Enfam – PPGPD.

Os conceitos e as opiniões expressos nesta obra são de responsabilidade exclusiva de seus autores e não refletem, necessariamente, a posição da Enfam.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598d

Direito, desenvolvimento e impacto das decisões judiciais [recurso eletrônico] / coordenador: Priscilla Pereira da Costa Corrêa, José Marcos Lunardelli. — Brasília : Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2022.
Dados eletrônicos (1 arquivo : PDF 301 páginas).

Vários autores.

Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/>

eISBN: 978-67-88022-15-3

DOI: [//doi.org/10.54795/e-ISBN978-65-88022-15-3](https://doi.org/10.54795/e-ISBN978-65-88022-15-3)

1. Decisão judicial, coletânea, Brasil. 2. Processo estruturante, Brasil. 3. Processo eletrônico, Brasil. 4. Execução fiscal, Brasil. I. Corrêa, Priscilla Pereira da Costa. II. Lunardelli, José Marcos. III. Título.

CDU 34(81)

Sumário

APRESENTAÇÃO

ALIENAÇÃO, CRISE E AUTODESCOBERTA: TRANSFORMAÇÕES E DESAFIOS DO CAMPO DO “DIREITO E DESENVOLVIMENTO” Guilherme Saraiva Grava Ana Beatriz Guimarães Passos	11
APROXIMAÇÕES ENTRE O DIREITO E O DESENVOLVIMENTO NA REALIDADE BRASILEIRA Diana Melissa Ferreira Alves Diniz Fernando Afonso Marques de Melo	23
DECISÕES ESTRUTURAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO: ENTRE A DOGMÁTICA E A LEGÍSTICA Rafael Seixas Santos	33
PARÂMETROS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO EM CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS Márcio Santoro Rocha	41
TÉCNICAS DO PROCESSO ELETRÔNICO: PARALELO ENTRE A CITAÇÃO NO BRASIL E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – ABORDAGEM CRÍTICA DA CITAÇÃO ELETRÔNICA – EXPERIÊNCIA MINEIRA – E A REGRA 4 DO FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE Sílvia Maria de Paula Nascimento	53
ATUAÇÃO DA ANATEL E IMPACTOS SOBRE A LITIGÂNCIA HABITUAL: UM ESTUDO DE CASO Janine Rodrigues de Oliveira Trindade	59
A ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO E O COMPROMISSO SOCIAL DA PSICOLOGIA NO JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DOCUMENTAL COMO ESTRATÉGIA DE TERRITORIALIZAÇÃO Maria dos Remédios Brito Viana Karla Shirley de Aquino Silva	71
A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR RECUSA EM FORNECER MEDICAMENTO NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE: ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO Ana Beatriz Brusco	81
COMO LEVAR AS CONSEQUÊNCIAS A SÉRIO? ATUALIZAÇÃO CRÍTICA DAS BASES EMPÍRICAS DE SUSTENTAÇÃO DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NO JULGAMENTO DO RHC 163.334/STF Thiago Buschinelli Sorrentino Cesar Luiz de Oliveira Janoti	93

IMPACTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS: O ELO ENTRE O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E O ROL TAXATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR Gabriela Miranda Duarte	103
O ART. 40 DA LEI DE EXECUÇÃO E SUA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO Pablo Enrique Carneiro Baldivieso	115
PROJETO ADOCE: ACORDOS APÓS INGESTÃO DE GLICOSE NO JUDICIÁRIO E SEUS IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS Aline Vieira Tomás	127
EXIGÊNCIA DE ADOÇÃO DE UM MÉTODO DECISÓRIO ADEQUADO À LEGITIMAÇÃO DA PROGNÓSE FORTE DE <i>PERICULUM LIBERTATIS</i> AFERINDO O IMPACTO DA LEI ANTICRIME NO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo	139
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS Diego Martinez Ferverza Cantoario	153
PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DA PROVA E A MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO NO CRIME DE ROUBO Viviane de Faria Miranda Paulo César Moy Anaisse	163
A GESTÃO COMO FIM SOCIAL E A ESTRATÉGIA: INDUTORES DE AÇÕES DE AGREGAÇÃO DE VALOR NO PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE José Laurindo de Souza Netto Gustavo Calixto Guilherme	173
A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A LUTA CONTRA O RACISMO Amaury Silva	185
A PARTICIPAÇÃO DE ASSESSORES NO PROCESSO DECISÓRIO BRASILEIRO COMO IMPORTANTE MECANISMO DE GESTÃO JUDICIAL EM BUSCA DE EFICIÊNCIA Fabio Nunes De Martino	199
DESAFIOS PARA A JUSTIÇA BRASILEIRA PÓS-PANDEMIA – JUSTIÇA 4.0 Carmen Sílvia Lima de Arruda	213
EFETIVIDADE NA JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: O MODELO DO CÍRCULO DE CONCILIAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS Marina Rocha Cavalcanti Barros Mendes	225

ESPECIALIZAÇÃO – UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A CELERIDADE PROCESSUAL Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz	233
EXECUÇÃO FISCAL: NÓTULAS DO MODELO DE PORTUGAL NA DESJUDICIALIZAÇÃO DA GESTÃO DAS COBRANÇAS ESTATAIS Elaine Gonçalves Weiss de Souza	245
GESTÃO DE CONFLITOS E DECISÕES JUDICIAIS QUE INCENTIVAM A AUTOCOMPOSIÇÃO VIA CONSUMIDOR.GOV.BR NO CURSO AÇÃO JUDICIAL (SEM SUSPENDER SEU TRÂMITE). ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO CONSUMIDOR QUANDO DISPONIBILIZADAS, DE FORMA SIMULTÂNEA, DUAS PORTAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA. CASOS CONCRETOS. José Roberto Lopes Fernandes	257
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE COVID-19 Maria Gabrielle Fernandes Vieira de Sousa	269
MÉTODOS DE RESOLUÇÃO <i>ON-LINE</i> DAS DISPUTAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA BREVE EXPERIÊNCIA NA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE MACAPÁ – AP Esclepíades de Oliveira Neto Elizabeth Ferguson Pimentel	281
O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO NO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE IMUNIZAÇÃO CONTRA A COVID-19 Michel Kurdoglian Lutaif Arthur Paku Ottolini Balbani	291
PRECEDENTE COMO DIÁLOGO Marcelo Elias Naschenweng	297

APRESENTAÇÃO

O encontro científico realizado pelo Grupo de Pesquisa Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam teve como eixo questões voltadas aos impactos das decisões judiciais no âmbito do Direito Público. Exposições e debates com a participação de juízes e professores de diversas instituições propiciaram intercâmbio de conhecimento, conexão e fluxo de ideias entre Judiciário e Academia.

A chamada para a apresentação dos trabalhos, ora veiculados na presente publicação, constituiu importante vetor para interlocução com pesquisadores internos e externos ao programa interessados nas temáticas desenvolvidas pelo Grupo de Pesquisa. Como resultado, os trabalhos recebidos são agora publicados com entusiasmo e votos de que frutifiquem contribuições para o aperfeiçoamento do Sistema de Justiça brasileiro.

A virtualidade que permeou as reuniões do Grupo desde sua criação, em 2020, e a realização do encontro Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais também no formato virtual, em razão da necessidade de distanciamento social, aumentou a rede de pesquisa do GP4 e propiciou a participação ampliada, inclusive com a conferência de abertura proferida pelos professores Claudio Michelin, da Universidade de Edimburgo, e Fernando Rister, da Universidade Mackenzie, cujas participações engrandeceram o evento e os debates.

Agradecemos aos pesquisadores do GP4 e organizadores do evento pelas respectivas contribuições, nomeadamente, Adriana Carneiro da Cunha Monteiro Nóbrega (juíza federal do TRF5), Cristina de Albuquerque Vieira (juíza federal do TRF4), Fernando Rister de Souza Lima (professor do Mackenzie), José Eduardo de Melo Vilar Filho (juiz federal do TRF5), Roberto Lima Campelo (juiz federal do TRF3), Douglas José da Silva (juiz do TJPE), Marcelo Guerra Martins (juiz federal do TRF3) e Fernando Braga Damasceno (desembargador federal do TRF5). Registramos especial agradecimento aos professores Linara Oeiras Assunção (Unifap) e Pedro Hikaru Oishi (TRF2) pela primorosa e dedicada condução dos trabalhos.

Agradecemos aos expositores e participantes, e convidamos à leitura dos trabalhos.

Priscilla Pereira da Costa Corrêa

Coordenadora-Geral do encontro Direito,
Desenvolvimento e Impacto das Decisões
Judiciais

José Marcos Lunardelli

Coordenador-Geral do encontro Direito,
Desenvolvimento e Impacto das Decisões
Judiciais

ALIENAÇÃO, CRISE E AUTODESCOBERTA: TRANSFORMAÇÕES E DESAFIOS DO CAMPO DO “DIREITO E DESENVOLVIMENTO”

Guilherme Saraiva Grava¹
Ana Beatriz Guimarães Passos²

1 INTRODUÇÃO

Direito e Desenvolvimento (ou Law and Development) é o nome que se dá a um campo interdisciplinar da literatura situado na intersecção entre Direito, Economia e Instituições (TRUBEK e SANTOS, 2006, p. 3-5). Sua investigação, em linhas gerais, trata do processo de reforma das estruturas jurídicas de países em desenvolvimento, e orienta-se ao alcance de objetivos e valores como a promoção do crescimento econômico, da justiça social, dos direitos humanos e das liberdades individuais. (TRUBEK, 2009, p. 217).

Marcado por distintas “fases” (ou “momentos”) que acompanharam as variações das correntes de pensamento predominantes desde meados da década de 1950, o Direito e Desenvolvimento não conseguiu, até os dias atuais, consolidar um corpo da literatura coeso e unificado. Essa característica tem levado pesquisadores a enfrentar um cenário paradoxal: de um lado, a formação de divergências cria um permanente estado de crise e de “ceticismo paralisante” a respeito dos resultados dos projetos de reforma na área jurídica (TRUBEK e GALANTER, 2007; SCHAPIRO e TRUBEK, 2012); de outro, há a percepção cada vez maior de que, a despeito da impossibilidade de se produzir um *framework* universal, reformas nos sistemas jurídicos possuem uma forte correlação com as metas de desenvolvimento pretendidas (DAVIS e TREBILCOCK, 2009); sendo assim, a ausência de coesão seria uma característica que comprometeria a unidade, mas que também poderia ser vista como uma vantagem do campo, ao promover o compartilhamento de experiências. (PISTOR, 2009).

Diante desse panorama de incertezas, o presente trabalho procura oferecer as suas contribuições a partir de uma revisão de literatura orientada pelo objetivo de

¹ Advogado, mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Professor no Centro Universitário Paulistano – UniPaulistana. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6032064267919889>

² Advogada, mestra e doutoranda em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP (com bolsas Capes e Mário Henrique Simonsen). Especialista em Gestão Pública pelo Insper. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1536690328780417>

mapear e descrever algumas características do Direito e Desenvolvimento que podem servir como um referencial teórico a pesquisas futuras. Em primeiro lugar, expõe as definições sobre os diferentes “momentos” históricos do campo desde meados dos anos 1950, explorando o modo como esses esforços contrastaram e o motivo pelo qual foram superados; na sequência, debate as divergências mais recentes a respeito da relação entre Direito e Desenvolvimento e o modo como as pesquisas dos profissionais da área jurídica se inserem nessa discussão; por fim, verifica a tendência atual da literatura em fortalecer os diálogos horizontais, valorizando as experiências vindas dos próprios países em desenvolvimento.

2 ALIENAÇÃO: AS “FASES” DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Dentro daquilo que se denomina na academia como Direito e Desenvolvimento, é possível identificar uma grande quantidade de temas e projetos, que vão desde propostas de reforma e de transplante institucional de leis e instituições, até debates sobre a educação jurídica, a formação de profissionais do Direito, o acesso à justiça e a assistência material a países em desenvolvimento (TAMANAHA, 2010, p. 176). Todavia, em que pese essa ampla diversidade de assuntos, um aspecto em comum dos trabalhos que procuraram discutir as particularidades desse campo é a percepção da existência de diferentes “momentos” ou “fases” que o marcaram ao longo das décadas. Como grande parte dos esforços da academia nessa área são vinculados a projetos financiados por agências multilaterais e fundações como o Banco Mundial, a Organização das Nações Unidas ou a Fundação Ford, pode-se constatar, no empirismo dessas entidades, mudanças de foco ou de posicionamento, os quais se refletem, conseqüentemente, no objeto das pesquisas beneficiadas. (TAMANAHA, 2010, p. 176).

Nesse sentido, Trubek e Santos (2006, p. 2) propõem a identificação de três momentos mais ou menos nítidos da literatura desde o final da Segunda Guerra Mundial, ainda que verifiquem inexistir consenso sobre a sua nomenclatura e sobre as características da fase atual. A definição de cada um desses “momentos”, como explicam Schapiro e Trubek (2012, p. 28), depende da combinação entre: (a) as diferentes concepções de desenvolvimento predominantes; (b) a identificação de distintos setores responsáveis pela liderança na sua promoção; e (c) os diagnósticos a respeito dos veículos de governança mais utilizados.

A primeira fase surgiu em meados dos anos 1950 e início dos anos 1960 e é chamada por Trubek e Santos (2012, p. 6) de Direito e o Estado Desenvolvimentista

(Law and the Developmental State). De acordo com Trubek (2011, p. 1) e Schapiro e Trubek (2012, p. 28), os traços fundamentais da primeira fase da literatura são: (a) a percepção do Direito como uma ferramenta para que países em desenvolvimento promovam mudanças estruturais; (b) o protagonismo do setor público como agente indutor desse processo; e (c) o direito público como principal veículo de governança. Diante da noção de que países que ficaram para trás na corrida desenvolvimentista deveriam orientar esforços em um *catch-up* para alcançar as nações ricas (SCHAPIRO e TRUBEK, 2012, p. 29), acreditava-se ser necessário dispor “de regras jurídicas aptas a efetivar políticas econômicas estatais, sendo imprescindível pensar nas instituições jurídicas como instrumentais ao crescimento econômico” (PASSOS e GRAVA, 2020, p. 91). Na América Latina, notou-se, na época, uma importante influência do pensamento propagado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – Cepal, o que incentivou a criação de mecanismos de regulação e intervenção do setor público na economia, bem como a difusão de estratégias de industrialização. Promoveu-se, assim, o fortalecimento das competências de agências estatais e de empresas públicas, bem como a modernização da profissão jurídica por meio do reforço de uma visão pragmática do ordenamento jurídico (TRUBEK e SANTOS, 2006, p. 5). Predominou, ainda, a crença de um *spillover effect* no sentido de que a combinação de tais reformas, associada à transformação do ensino jurídico oferecido pelas faculdades locais, acabaria por favorecer os “valores da democracia, como o acesso à justiça e a proteção aos direitos civis”. (URUEÑA, 2015, p. 77).

Com o passar do tempo, o consenso em torno dos três pilares que orientaram a primeira fase foi se dissipando. Por conta disso, houve um esvaziamento dos projetos das agências multilaterais até a sua retomada a partir dos anos de 1980 e início da década de 1990. Inaugura-se, então, a segunda fase do Direito e Desenvolvimento, intitulada por Trubek e Santos (2006, p. 5) Direito e Mercado Neoliberal (Law and the Neoliberal Market). Orientada pelos fundamentos do Consenso de Washington e por uma mudança de posicionamento das agências multilaterais, esse novo momento é marcado por uma concepção diferente acerca do papel do Estado, cuja presença excessiva no ambiente econômico passou a ser vista como inibidora à formação de mercados saudáveis e, portanto, como um obstáculo ao desenvolvimento (SCHAPIRO e TRUBEK, 2012, p. 35). Conforme observam Trubek (2011, p. 1) e Schapiro e Trubek (2012, p. 28), o perfil dessa segunda fase pode ser definido pelas ideias a seguir: (a) percepção de que regulações equivocadas representariam, potencialmente, um entrave ao crescimento econômico e que a função do Direito deveria ser a de criar um ambiente facilitador para a atuação de agentes privados; (b) substituição do protagonismo estatal pelo setor privado; e (c) mudança de foco para a criação de mecanismos jurídicos voltados às estruturas de mercado e ao direito contratual. O

Direito representava, portanto, um instrumento útil para limitar a atuação estatal, de modo que, em contraste ao período anterior, o formalismo e a segurança jurídica tornaram-se valores mais desejados. É desse período o paradigma de que “instituições importam”, bem como a relevância dada a pesquisas que buscavam compreender correlações entre *rule of law* e desenvolvimento econômico. Nesse contexto, o Banco Mundial assimilou a importância do Direito, investindo, entre outros, na produção de indicadores como o Doing Business, voltado a mensurar possíveis associações entre a estrutura jurídica e o ambiente de negócios de determinado país. (TRUBEK e SANTOS, 2006, p. 6; UREÑA, 2015, p. 79 e 80).

Apesar dos esforços empreendidos durante todas essas décadas, não houve a materialização de um campo unificado do Direito e Desenvolvimento ao final do século XX. De acordo com Trubek (2011, p. 2), o interesse pelo tema cresceu e começou, inclusive, a envolver profissionais de fora da área jurídica, mas as experiências com as reformas não foram universalmente positivas e, em certos casos, algumas normas transplantadas simplesmente “não pegaram”. Longe de representar uma transição incontestada, a passagem de um momento para o outro simboliza a existência de conflitos que, de certo modo, ainda não foram efetivamente superados. (TRUBEK, 2011, p. 2).

Adicionalmente, é possível notar que a ascensão e o declínio das duas primeiras fases do Direito e Desenvolvimento são profundamente marcados por uma crise a respeito da efetividade das reformas conduzidas pelas agências multilaterais. Nos anos de 1970, Trubek e Galanter (2007) diagnosticavam como “alienada” a postura dos acadêmicos dos países desenvolvidos nessa área, muitos dos quais, mesmo naquele momento inicial, pareciam hesitar sobre os reais impactos de seus projetos nos países em desenvolvimento. Segundo os autores, para permanecerem fiéis aos seus valores e ideais, esses pesquisadores precisavam sustentar uma postura crítica e cética em relação à atuação das agências, o que demandava, contudo, atacar seus próprios trabalhos e o de seus financiadores, fato que gerava desconforto e que comprometia a institucionalização do campo. (TRUBEK e GALANTER, 2006, p. 263). Tamanaha (2010), por sua vez, ressalta a fragilidade do esforço de se enquadrar, em um único parâmetro teórico, países com tantos contrastes entre si, gerando incongruências insuperáveis.

Embora a segunda fase do Direito e Desenvolvimento tenha procurado substituir os insucessos e as falhas do período anterior, várias delas foram repetidas. Muitos dos países em desenvolvimento que adotaram as políticas neoliberais de reformas recomendadas pelas agências multilaterais enfrentaram, ao contrário do que se previa, duras crises econômicas ao final da década de 1990, constatando-se, novamente, o

erro de não se levar em conta as instituições e as particularidades de cada lugar (PASSOS, 2017, p. 28; GRAVA, 2020). Nesse sentido, criou-se maior pressão para se evitar abordagens *one size fits all*, propondo-se “maior atenção à participação local no desenho e na implementação de reformas econômicas a fim de que os grupos pudessem assumir a titularidade das reformas e dos projetos” (TRUBEK e SANTOS, 2006, p. 7, tradução nossa). As apostas de que “leis transplantadas” obteriam êxito independentemente do contexto em que fossem instituídas e de que o crescimento econômico significaria o alívio para a pobreza não se verificaram, demandando o surgimento de novos panoramas a respeito do campo, acima de tudo mais holísticos sobre o conceito de desenvolvimento. (TRUBEK e SANTOS, 2006, p. 6 e 7); (TRUBEK, 2009, p. 221).

É nesse sentido que se fala no terceiro momento do Direito e Desenvolvimento, o qual encontra-se em construção, mas que se mostra potencialmente mais horizontal e aberto a experimentações locais justamente no intuito de evitar os equívocos e a “alienação” das primeiras e segundas fases (TRUBEK e SANTOS, 2006, p. 7-9; SCHAPIRO e TRUBEK, 2012, p. 65 e 66). Para construir um olhar mais abrangente que supere os anteriores, a literatura tem procurado ressaltar a diversidade nas percepções entre esses dois fenômenos complexos, ou seja, entre o que constitui Direito e o que representa Desenvolvimento, discutindo, conforme se verá a seguir, se e *como* estão, de fato, conectados.

3 CRISE: O DIREITO E DESENVOLVIMENTO COMO RELAÇÃO COMPLEXA

O cerne das divergências entre os autores ao longo das diferentes fases do Direito e Desenvolvimento tem sido a ausência de um consenso sobre as características da relação entre esses dois elementos-chave. De certo modo, é possível dizer que o estado de crise é típico dos estudos desenvolvimentistas de um modo geral, como observa Pieterse (2010, p. 1 e 28). Mas no caso específico do Direito e Desenvolvimento, observam-se controvérsias a respeito do papel que as instituições jurídicas desempenham nesse processo. Nessa disputa, convivem noções nem sempre compatíveis: de um lado, as perspectivas que encaram o Direito como um fator externo e indutor do desenvolvimento; de outro, a compreensão de que reformas dos sistemas jurídicos não constituem apenas ferramentas, mas integram o processo. Ambas fazem parte, de certo modo, da fase atual do Direito e Desenvolvimento.

Na tentativa de sistematizar essas diferentes visões, Prado (2010) denomina a primeira dessas abordagens como Direito *no* Desenvolvimento (Law *in* Development).

De acordo com essa interpretação, o Direito poderia servir como caminho à promoção do desenvolvimento – havendo, portanto, um olhar mais pragmático e instrumental do sistema jurídico (PRADO, 2010, p. 3). A autora insere nesse enquadramento a primeira e a segunda fases mencionadas na seção anterior, isto é, os movimentos identificados como Direito e o Estado Desenvolvimentista e Direito e o Mercado Neoliberal”. Essas concepções são conflitantes no sentido de que divergem sobre os agentes que devem assumir o papel protagonista (o Estado ou o setor privado) e quais elementos de governança exigem reforma (se aqueles voltados ao direito público ou ao privado). Contudo, em que pese o contraste substantivo, “essas duas escolas de pensamento dividem a premissa de que o Direito pode oferecer um papel condutor na promoção do desenvolvimento, especialmente no crescimento econômico” (PRADO, 2010, p. 4). Por isso, têm em comum, ainda, o fato de que a correlação entre as reformas e os resultados pretendidos nem sempre é verificável empiricamente, o que reforça o contexto de ceticismo e contestação mencionado anteriormente. (TAMANHA, 2010; DAVIS e TREBILCOCK, 2009).

Em oposição, porém, uma nova concepção na literatura substituiu o papel instrumental do Direito, sustentando que reformas jurídicas e do *rule of law* devem ser encaradas como um fim em si mesmas (PRADO, 2010, p. 5). Essa vertente, que Prado (2010, p. 5) chama de Direito *como* Desenvolvimento (Law as Development) estaria conectada a percepções mais novas de desenvolvimento – com destaque particular àquela proposta por Sen (1999). Assume-se que a riqueza de uma nação não deve ser o único ou o último objetivo do desenvolvimento, mas, ao contrário, uma parte de um esforço mais abrangente de aprimorar o tipo de vida que se valoriza em cada comunidade. Sendo assim, o desenvolvimento pressupõe a garantia não só das liberdades econômicas, mas também das políticas e sociais (SEN, 1999, p. 14 e 28, tradução nossa). Em outras palavras: “O crescimento econômico é importante porque nos permite viver a vida que valorizamos [...]. Mas a riqueza sozinha não é uma garantia de nossa liberdade” (PRADO, 2010, p. 5, tradução nossa). Sob a ótica holística, esse conjunto de prerrogativas econômicas, políticas e sociais é encarado como um todo interdependente e indissociável – e antigos indicadores como o Produto Interno Bruto – PIB passam a ser complementados por outros, como por exemplo o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, na tentativa de captar as outras variáveis. A proteção jurídica a valores constitucionais e direitos humanos passam, portanto, a integrar a agenda do desenvolvimento junto das reformas econômicas e políticas. (TRUBEK, 2011, p. 3).

A construção da terceira fase do Direito e Desenvolvimento, portanto, deve incorporar, a partir dessas contradições, elementos que permitam uma melhor

compreensão das complexidades que envolvem o processo de desenvolvimento em si. Seja considerado como ferramenta (Direito *no* Desenvolvimento), seja como objetivo em si mesmo (Direito *como* Desenvolvimento), é certo que existe consenso cada vez maior no sentido de que “as instituições são um importante fator determinante do desenvolvimento” (DAVIS e TREBILCOCK, 2009, p. 244). Essa tentativa de ressignificação, no entanto, não se sustenta apenas a partir de uma conciliação abstrata entre diferentes conceitos a respeito do tema. O desafio atual tem sido o de superar as dificuldades dos momentos anteriores a partir do enfrentamento de questões que foram subestimadas no passado, em particular a presença de “fatores específicos a determinadas sociedades, entre eles história, cultura e tradições políticas e institucionais” que inviabilizam a universalidade de modelos padronizados e transplantados de fora para dentro. (DAVIS e TREBILCOCK, 2009, p. 244).

4 AUTODESCOBERTA: O DIREITO E DESENVOLVIMENTO NO SÉCULO XXI

De acordo com Trubek (2016, p. 18), a emergência de uma nova fase do Direito e Desenvolvimento no século XXI passou por um exercício inicial de codificação do conhecimento acumulado nos últimos anos, bem como pela crítica às premissas que fizeram parte das teorias e das políticas até então consolidadas (TRUBEK, 2016, p. 17). A partir disso, três ideias principais emergiram: (a) a de que o desenvolvimento não segue um roteiro predeterminado; (b) o reconhecimento de que o capitalismo pode assumir formas diferenciadas pelos regramentos dos países; e (c) a noção de que direitos distintos, assegurados pelos ordenamentos jurídicos, são parte do processo de desenvolvimento e não somente uma ferramenta dirigida a este objetivo. (TRUBEK, 2016, p. 17 e 18).

Reformas anteriores desconsideraram o fato de que, além das instituições formais (como a constituição, as leis e os regulamentos), o desempenho dos sistemas jurídicos e dos programas de *rule of law* também dependem de instituições informais (como a cultura, a religião e os antecedentes históricos), que variam muito de lugar para lugar (NORTH, 1990). É nesse sentido que “nenhum projeto padrão [*one-size-fits-all*] para reformas jurídicas ou reformas institucionais mais abrangentes em países em desenvolvimento pode ser suscetível de ser ótimo” (PRADO e TREBILCOCK, 2009, p. 43 e 44, tradução nossa). Logo, mostra-se imprescindível ir além de debates puramente abstratos do passado para dar lugar a pesquisas baseadas em evidências que sejam capazes de dizer o que funciona e o que não funciona.

Não se pode negligenciar, porém, o fato de que influências internacionais se fazem cada vez mais presentes em relação às realidades dos diferentes países. Modelos globais de desenvolvimento promovidos, por exemplo, pelo Banco Mundial, representam “fórmulas” que, de fato, orientam o pensamento nacional. Da mesma forma, segue evidente a pressão de investidores externos diante de um cenário de competitividade entre países, aspectos que forçam legisladores a buscar o atendimento de parâmetros mais adequados ao mercado internacional. A ingerência de ordenamentos internacionais também se faz cada vez mais frequente sobre normativas locais, permeadas tanto por normas de organismos regionais, como o Mercado Comum do Sul (Mercosul), quanto internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC). (TRUBEK, 2011, p. 3).

Ao contrário do que se viu nas outras fases, não é possível apontar com certeza (ao menos por ora) os traços de um perfil definitivo do Direito e Desenvolvimento em sua fase atual. Isto significa dizer que não há consenso sobre uma única visão prevalecente do desenvolvimento, ou, ainda, sobre quais devem ser os fatores predominantes ou sobre quais as estratégias de governança a serem adotadas. Contudo, uma vez que se aceita o fato de “que não existe um único campo”, mas, sim, “múltiplas disciplinas” do Direito e Desenvolvimento, é possível abrir a possibilidade de que diferentes estratégias metodológicas possam conviver.

Como sugere Pistor (2009, p. 168-170, tradução nossa), em vez de tomar uma concepção rígida como elemento unificador, a crença compartilhada “na virtude do direito” pode funcionar melhor como uma força aglutinadora de uma literatura interdisciplinar e diversificada, apta a favorecer processos de experimentação, de autodescoberta e de diálogo horizontal fundamentados em dados empíricos (SCHAPIRO e TRUBEK, 2012, p. 66). Todavia, como os estudos dessa natureza ainda são pouco efetuados nos países em desenvolvimento – a despeito desse cenário estar se alterando nos últimos anos –, e considerando que as iniciativas de Direito e Desenvolvimento demandam esse tipo de conhecimento, é necessário haver uma guinada na produção acadêmica do Sul global, com a concepção de instrumentos aptos a estruturar bons diagnósticos e mensurar os resultados obtidos a partir das reformas. (TRUBEK, 2011, p. 3).

5 CONCLUSÕES

As principais correntes de pensamento do Direito e Desenvolvimento no século XX tomavam o Direito como um *meio* para o alcance de outras metas – crescimento econômico ou proteção social. Modelos rígidos e estanques do passado, que ora viam

o Direito como um instrumento de controle estatal apto a promover o desenvolvimento, ora viam as leis de livre mercado e a limitação do Estado como um mecanismo para tanto, criam espaço, agora, às discussões a respeito da necessidade de se encontrar novos caminhos. Em vez de abandonar em definitivo as abordagens anteriores, essas novas vertentes da literatura têm incluído no debate a ideia de que a existência do *rule of law* é um fim em si mesmo (e não apenas uma figura instrumental), de modo que a proteção da justiça social e dos direitos humanos passa a integrar a agenda de pesquisas como uma variável a ser considerada.

As lições aprendidas durante as décadas anteriores, somadas às perspectivas recentes acerca do desenvolvimento, não são suficientes para superar as dificuldades verificadas pela ausência de uma metodologia unificada, apta a agregar trabalhos tão diferentes. Contudo, levam os pesquisadores a um esforço inédito pela experimentação, pela autodescoberta e pelo diálogo horizontal, processo que permite aos países em desenvolvimento assumir um papel mais relevante e protagonista na sua própria trajetória de emancipação.

REFERÊNCIAS

- DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas vs céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jun. 2009.
- GRAVA, Guilherme Saraiva. Direito, desenvolvimento e transformações institucionais: um estudo de caso sobre a Comissão Mista de Orçamento entre os anos de 1988 e 2015. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). **Visões do Direito e Desenvolvimento**. v. 1. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. pp. 77-98. (Série Direito e Desenvolvimento).
- NORTH, Douglas C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. **Limites de velocidade nas vias marginais de São Paulo**: qual o papel do Direito na definição de uma política pública? 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas – FGV, São Paulo, 2017.
- PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; GRAVA, Guilherme Saraiva. Direito, Desenvolvimento e o estudo dos indicadores no contexto das reformas institucionais. *In*: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DOS SANTOS, João Alexandre; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi; e MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira (org.). **Interdisciplinaridade e Direitos. Humanos**. v. 2. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. p. 89-106.
- PIETERSE, Jan Nederveen. **Development theory** – Deconstructions/Reconstructions. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2010.
- PISTOR, Katharina. There is no single field of law & development. **The Future of Law & Development (Simpósio)**. Chicago: University of Chicago, 2009. p. 168-170.
- PRADO, Mariana Mota. What is Law & Development? **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, [S. l.], v. 11, n. 1, out. 2010.
- PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK, Michael J. Path dependence, development and the dynamics of institutional reform. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 59, n. 3, p. 341-380, abr. 2009.
- SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. Redescobrimos o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. *In*: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, D. M. **Direito e desenvolvimento** – Um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**. Nova Iorque: Anchor Books, 1999.

TAMANHA, Brian Z. O primado da sociedade e as falhas do Direito e Desenvolvimento. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 175-212, 2010.

TRUBEK, David M. A coruja e o gatinho: há futuro para o “Direito e Desenvolvimento”? *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **O novo Direito e Desenvolvimento**: presente, passado e futuro. Textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 217-225.

TRUBEK, David M. Law and Development in the Twenty-First Century. Law and Development in Asia. **University of Wisconsin Legal Studies**, Wisconsin, n. 1178, p. 1-5, oct. 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1949740>.

TRUBEK, D.; GALANTER, M. Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina “Direito e Desenvolvimento”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 261-304, jul./dez. 2007.

TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. Introduction. *In*: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. **The new law and economic development**: a critical appraisal. Nova York: Cambridge, 2006. p. 1-18.

URUEÑA, R. Indicators and the Law – A Case Study of the Rule of Law Index. *In*: MERRY, S. E.; DAVIS, K. E.; KINGSBURY, B. (ed.). **The Quiet Power of Indicators**: Measuring Governance, Corruption & Rule of Law. Cambridge University Press, 2015. Cap. 2.

APROXIMAÇÕES ENTRE O DIREITO E O DESENVOLVIMENTO NA REALIDADE BRASILEIRA

Diana Melissa Ferreira Alves Diniz¹
Fernando Afonso Marques de Melo²

1 INTRODUÇÃO

O fato de o debate sobre o desenvolvimento socioeconômico ter reflexos no Direito não é novidade no Brasil. Remonta à década de 1930 e amplia-se por volta de 1950-1960, quando o modelo desenvolvimentista se encontra no auge da tradição que permeou o pensamento político-econômico nacional até os anos de 1980. Mesmo com sua decadência e com a ascensão do modelo neoliberal, o pensamento desenvolvimentista ainda permeia o debate jurídico, especialmente diante das lutas sociais por direitos e transformações estruturais e pelas previsões constitucionais sobre o tema.

Desde a Constituição de 1946, a ideia de superação do subdesenvolvimento e da redução das desigualdades regionais situa-se na ordem jurídica, não sendo diferente com a Constituição de 1988, que lhe deu especial ênfase. Os juristas são chamados a debater o desenvolvimento socioeconômico e a estabelecer relações entre o Direito e outras áreas, como a Economia. No atual momento, em que se sobressaem as desigualdades sociais, a pobreza extrema, o desemprego e a piora em geral da posição das classes subalternas nas relações capital-trabalho, a discussão se faz ainda mais necessária.

O trabalho e os estudos de políticos e intelectuais sobre a temática foram o centro da chamada revolução brasileira, que teve seu auge por volta da metade do século passado. Dentro disso, surge o problema da presente pesquisa: como se desenvolvem as aproximações entre Direito e Desenvolvimento na realidade brasileira?

O objetivo geral da pesquisa foi compreender como as relações entre o Direito e o Desenvolvimento se estabeleceram na realidade brasileira ao longo da história. Como objetivos específicos, buscou-se: analisar o surgimento de tais relações no plano político e jurídico; desenvolver os panoramas constitucionais a respeito do tema;

¹ Mestra em Direito pela Ufersa. Professora das faculdades de Direito da Urca e da UEPB.

² Mestrando em Direito pela Ufersa. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

e verificar a atualidade e a importância de estudos em Direito e Desenvolvimento para o Brasil.

Para respondê-lo, pautou-se pelo método dialético de procedimento e histórico de abordagem, para analisar a questão segundo a totalidade, a historicidade e o movimento da formação socioeconômica brasileira. Utilizou-se da pesquisa bibliográfica e qualitativa por meio de livros, artigos e periódicos.

2 DESENVOLVIMENTO

Desde a década de 1960, há alertas sobre um mal-estar existente entre o mundo jurídico e a sociedade, causado pela separação entre o Direito e a realidade social, fazendo surgir a necessidade de discussões acadêmicas pragmáticas que não ignorassem, por exemplo, aspectos da Economia. A partir do cenário pós-Crise de 1929, enquanto ideia embrionária e, mais intensamente, nas décadas de 1950 e 1960, os juristas brasileiros começaram a ter contato com o planejamento econômico, sendo que os primeiros esboços de programação nacional remontam os governos Dutra e Kubistchek. A planificação também começou a se dar nos âmbitos estadual e regional, momento em que as questões dessa ordem se impuseram de vez ao jurista, devido as suas repercussões quanto à administração, aos empresários e aos tribunais. (COMPARATO, 2012).

O que se pode perceber é que as relações estabelecidas entre o Direito e a Economia variam no tempo. O Direito é elemento intrínseco ao capitalismo, constituindo esse modo de produção e refletindo a universalidade da troca mercantil. Portanto, busca garantir previsibilidade e calculabilidade, importantes para a Economia. Embora o discurso liberal apresente o mercado como uma ordem espontânea e natural, ele é organismo social e fruto histórico de decisões políticas e jurídicas, o que implica diferentes visões e interesses. O desenvolvimento socioeconômico, dentro disso, pauta-se por decisões, projetos e disputas ideológicas. Desde a totalidade dos fenômenos que perpassaram a Constituição de Weimar, a discussão sobre a atuação política do Estado na Economia não é privada, mas de toda a comunidade. (BERCOVICI, 2009a).

O debate jurídico sobre o desenvolvimento, dessa forma, amplia-se juntamente com as constituições econômicas, que são aquelas que trazem em sua ideologia a preocupação em estabelecer uma política econômica de Estado (BERCOVICI, 2005). Trata-se, portanto, da expressão de uma decisão econômica posta no plano político,

sendo a Constituição compreendida em sua totalidade e não apartada em seus diferentes aspectos (BERCOVICI, 2004).

Bercovici (2009a) entende ser possível instrumentalizar a política econômica e endossa Comparato (2012) no sentido de que o Direito visa atingir estruturas econômicas para aperfeiçoá-las e transformá-las. Entretanto, o próprio Bercovici (2009b) ressalta que a transformação social é uma questão muito mais de fato do que de direito, sendo uma ilusão pretender alterar as regras do sistema capitalista por meio da norma.

No panorama constitucional brasileiro, a Carta de 1946 foi a primeira a incorporar o tema do desenvolvimento, com ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, o que passou a constar em todas as constituições seguintes. A concepção de que a atuação estatal e o planejamento eram necessários ao desenvolvimento estava em sintonia com as diretrizes da Comissão Econômica para América Latina – Cepal. Os dispositivos relativos à Ordem Econômica e Social apresentavam a intervenção estatal como forma de corrigir as falhas de mercado. (BERCOVICI, 2009c).

Em síntese, ao mesmo tempo que o direito organiza o processo econômico capitalista, pode ser utilizado pelo Estado como instrumento de transformação, vinculando sua atuação a objetivos sociais e coletivos em meio aos conflitos entre política e economia (BERCOVICI, 2009a). Pode ter sido nesse sentido que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi comemorada por muitos juristas, embora se observe que a crença na Constituição como agente transformador tenha se mostrado uma ilusão centrada em si mesma, que contribuiu para esvaziar a atuação política. (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019).

Embora se reconheça os limites do voluntarismo, do instrumentalismo do direito e do processo constituinte, a Constituição de 1988 trouxe um projeto de Estado, sofrendo influência, inclusive, da ideologia desenvolvimentista que prevaleceu no passado. Os próprios objetivos fundamentais da República, esculpidos no art. 3º da Carta, corroboram tal afirmação. Busca-se a construção de uma sociedade diferente, em que o bem de todos é promovido, com base em justiça, liberdade e solidariedade, erradicando a pobreza e reduzindo desigualdades, mas sobretudo, garantindo o desenvolvimento nacional. (BRASIL, 1988).

A temática do desenvolvimento é tratada em diferentes panoramas em todo o texto constitucional, mas o capítulo da Ordem Econômica (arts. 170 e 192) concentra os assuntos da configuração jurídica da economia e da atuação do Estado nela. O art. 170 estabelece os princípios fundamentais da ordem econômica, havendo uma

tentativa de conciliação entre diferentes ideologias, pois ela se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, da mesma forma expressa na Constituição de 1946. (BRASIL, 1988).

A finalidade da ordem econômica, ainda segundo o art. 170, é assegurar a todos uma existência digna de acordo com a justiça social. Já os princípios destacados são: a soberania nacional; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor e do meio ambiente; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a busca do pleno emprego. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a ideia de soberania econômica (art. 170, I) em conjunto com o objetivo de desenvolvimento nacional (art. 3º, II) não vem à toa, mas permeada de sentido histórico devido ao modelo nacional-desenvolvimentista que pautou boa parte da tradição brasileira no século XX. Aponta-se a necessidade de compreender o Estado enquanto responsável pela coordenação e decisões de planejamento, tanto que o art. 174 da CF/88 o apresenta como agente normativo e regulador.

Como o sistema capitalista mundial é hierarquizado, cada país percebe a soberania econômica a seu modo, sendo o debate fundamental nos países periféricos. O discurso de que o país necessita atrair capitais/investidores estrangeiros continua muito forte nos dias de hoje, mas quando o assunto é qualquer restrição da propriedade, por exemplo, a “taxação” das grandes fortunas, há intensas controvérsias. Muitas vezes, o povo fica alijado das decisões sobre os rumos do desenvolvimento nacional. (BERCOVICI, 2009b).

A discussão quanto ao desenvolvimento econômico se dá sob diferentes perspectivas, indagando-se o papel da lei, da participação política, da organização social, da luta de classes e, a depender da posição ideológica, se estabelecem diferentes sujeitos desse imbricado processo. Os teóricos do Direito e Desenvolvimento buscam realizar uma abordagem interdisciplinar da questão, envolvendo Direito, Economia, Sociologia e Ciência Política (GUIMARÃES, 2013) enquanto, sob o viés marxista, contempla-se e critica-se o “mito” do desenvolvimento capitalista sob a categoria da totalidade. (CASTELO, 2009).

Ademais, há um enfoque salutar sobre o direito ao desenvolvimento ser reconhecido enquanto direito humano fundamental. Essa conotação parte do reconhecimento das contribuições dos estudos econômicos para a normatização das questões do desenvolvimento. Dentro disso, o desenvolvimento é considerado um processo abrangente em prol da melhoria de qualidade de vida. Sob o ponto de vista jurídico, os estudos sobre o desenvolvimento subsidiaram as decisões sobre a

intervenção estatal na atividade econômica, no sentido de se garantir direitos sociais e econômicos. (HUDLER; BENACCHIO, 2020).

Fato é que a independência política do Estado em relação ao poder econômico privado e a prevalência das instituições democráticas sobre o mercado, sendo o Estado dotado de uma sólida base de poder econômico próprio, mostram-se perspectivas essenciais na CF/88. Não se pode conceber um Estado Democrático forte sem que sua força também seja ampliada do ponto de vista econômico, para enfrentar os interesses dos detentores do poder econômico privado. (BERCOVICI, 2009b).

Dessa forma, as discussões sobre o tema não são novas, elas transpassam os estudos sobre a formação socioeconômica brasileira. Intelectuais de diferentes filiações políticas e ideológicas debateram questões que envolvem o Brasil desde colônia, submetido ao colonialismo e ao imperialismo das relações de exploração Norte-Sul, bem como o desenvolvimento e subdesenvolvimento, as relações centro-periferia, a dualidade entre setores produtivos e regiões, de modo que soberania e dependência constituíram a chave essencial da controvérsia. Diversos teóricos representam a fase áurea do pensamento social brasileiro, a chamada revolução brasileira, que teve seu auge nas décadas de 1960-1970. (CASTELO, 2012).

Apesar das profícuas produções do século passado, o desenvolvimento nacional no período pós-Constituição de 1988 foi permeado por diferentes visões da política econômica, de acordo com a alternância de governos, sendo ainda atuais as questões daquele período, especialmente no que concerne à soberania nacional e à redução de desigualdades. Isso se dá diante da ausência de normalidade democrática dos países periféricos, como é o caso brasileiro, pois ficam subordinados ao decisionismo de emergência para salvar os mercados, havendo uma sujeição do direito interno às necessidades do capital financeiro. (BERCOVICI, 2004).

Na vigência da atual ordem constitucional, a política econômica tem sido pautada pelo neoliberalismo, havendo entre os anos 1990 e 2000 uma aceitação quase plena dos princípios do Consenso de Washington. Com a decadência do desenvolvimentismo, tentou-se implantar uma estratégia liberal de desenvolvimento, por uma agenda de reformas centradas no papel do Estado. O Brasil, assim, adquiriu características singulares que combinam aspectos da velha ordem desenvolvimentista com um modelo de Estado liberalizante; Estado regulador e elementos liberais. (DELORME, 2014).

A estratégia foi atacar setores organizados da sociedade e apelar à massa desorganizada. O programa se pautava por reformas (administrativa e patrimonial)

e abertura econômica, com reforma da conta de capital e da política comercial. As políticas públicas foram pautadas por reformas macroeconômicas e por reforma de Estado, uma agenda microeconômica com mudança institucional de inspiração liberal, de forma estruturada e com apoio de muitos setores. A retórica da reforma de Estado saiu vitoriosa, culminando na hegemonia de uma convenção neoliberal, que resultou em alterações da esfera fiscal, previdenciária, administrativa, patrimonial e privatizações. (DELORME, 2014).

O pós-neoliberalismo, por sua vez, encontrou seus limites na incapacidade de promover transformações profundas devido à submissão a um pacto conservador de governabilidade. O período que se seguiu herdou problemas do Estado neoliberal. Apesar de ter sido um projeto de redistribuição de renda e combate à extrema pobreza, não houve rompimento com o capital. (MARIANO, 2017).

Mais recentemente, têm retornado ao foco as políticas neoliberais, que pioram a posição dos trabalhadores na relação capital-trabalho. Um processo de desmonte iniciou-se com a aprovação da Emenda Constitucional n. 95/2016, que congelou as despesas primárias do orçamento público à variação inflacionária por 20 anos. Consolidando o contexto de superexploração das classes subalternas, implementou-se a Lei n. 13.467 de 2017 (Reforma Trabalhista) e a Emenda Constitucional n. 103 de 2019 (Reforma Previdenciária).

Dentro disso, tais normas foram estabelecidas em meio a uma correlação de forças em defesa de interesses de grupos hegemônicos no poder. Deu-se um ataque a posição do Estado enquanto órgão mediador e regulador da reprodução das classes trabalhadoras, através da adoção das tendências conservadoras do neoliberalismo. Em momentos de crise, direitos humanos e justiça social são desconsiderados, o sacrifício é imposto aos trabalhadores para que a economia seja salva. Confirmam-se, assim, interesses das burguesias nacional e estrangeira, restaurando-se formas retrógradas de superexploração do trabalho. (MUSTAFA; ANSELMO; SILVA, 2018).

Segundo dados de 2019 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud/ONU), 7,4% da população brasileira vive na extrema pobreza, a renda *per capita* é de R\$ 1.268,00 e o índice de Desenvolvimento Humano – IDH é 0,759. O Relatório de Desenvolvimento Humano – RDH/2019 destaca o tema da desigualdade nos distintos grupos populacionais. Em relação a 2017, o Brasil apresentou crescimento de 0,001 em seu IDH, caindo uma posição no *ranking* e sendo o 79º dentre 189 países, atrás do Chile, da Argentina e do Uruguai. O dado mais alarmante é que a parcela dos 10% mais ricos concentra cerca de 42% da renda total do país, sendo o conjunto final de recomendações do documento voltadas para a questão da desigualdade. (PNUD, 2019).

Analisando os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Pnad do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE relativos ao primeiro trimestre de 2020, momento em que a pandemia de Covid-19 ainda não produzira efeitos na economia, percebe-se que a taxa de desocupados era de 12,9 milhões, perfazendo uma taxa de 11,9%, além de 4,8 milhões de desalentados e uma taxa de subutilização de 24,4%. Em relação às regiões, o Nordeste e o Sudeste apresentam os maiores índices de desocupação (IBGE, 2020).

Diante disso, demonstra-se a necessidade de se discutir as perspectivas do desenvolvimento no Brasil, observando-se principalmente a questão social. Assim, olhar para a história e para a produção intelectual e política do passado pode contribuir para traçar planos de ação democráticos e inclusivos. A discussão é necessária, sendo preciso atentar para o que já foi produzido. A Constituição de 1988 tem marcas desse processo e um projeto para o futuro.

3 CONCLUSÃO

Pelo exposto, a necessidade de uma aproximação do Direito com a realidade social, analisando questões pragmáticas relacionadas à economia e ao desenvolvimento, é tema de estudos consolidados. As relações que se estabelecem entre o Direito e a Economia são situadas contextualmente e intrínsecas ao modo de produção em que se inserem. O tema adentra as constituições brasileiras desde 1946, no panorama das constituições econômicas e envolve o debate sobre as possibilidades transformadoras da norma, em uma perspectiva realista, sem esquecer a importância da ação política coletiva. Nessa tradição, a Carta de 1988 traz perspectivas e objetivos bem definidos quanto ao desenvolvimento.

As discussões tiveram auge na chamada revolução intelectual brasileira das décadas de 1960-1970, quando os estudiosos debateram questões específicas da formação socioeconômica nacional, atentando para os temas do colonialismo, do imperialismo, das relações de dominação e exploração Norte-Sul, do desenvolvimento e subdesenvolvimento, das relações centro-periferia, dentre outros. A oposição entre soberania e dependência econômica, assim, teve grande relevância.

Considerando um momento histórico em que emerge a necessidade de se pensar o desenvolvimento, especialmente no que concerne às desigualdades e à qualidade de vida da população brasileira, as aproximações entre Direito e Desenvolvimento se fazem oportunas. A necessidade de um projeto autônomo, nacional e soberano, e de superação das desigualdades regionais são mérito do desenvolvimentismo.

Questões pragmáticas não podem renunciar a subsídios teóricos e o pensamento social e econômico brasileiro tem muito a oferecer. A Constituição é reflexo de construções do passado ao mesmo tempo que tem potencial para direcionar transformações futuras. A comunicação entre Direito, Economia e Desenvolvimento está consolidada, mas seu aprofundamento perante a realidade brasileira se faz urgente.

REFERÊNCIAS

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martônio Barreto Mont'alverne. Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Rev. Direito e Páx.**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1911 2019. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/37470. Acesso em: 10 ago. 2020.

BERCOVICI, G. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**: Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERCOVICI, G. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. *In*: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de (org.). **Direitos humanos, democracia e república**: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009a. p. 503-519.

BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. *In*: CARDOSO JUNIOR, José Celso. **A Constituição brasileira de 1988 revisitada**: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social. Brasília: Ipea, 2009b, p. 255-291. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Livro_ConstituicaoBrasileira1988_Vol1.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020. Acesso em:

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição de democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). *In*: FONSECA, Ricardo; SEELAENDER, Airtón (org.). **História do Direito em perspectiva**: do Antigo Regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2009c, p. 375-414.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

CASTELO, Rodrigo. Marxismo e pensamento econômico brasileiro: críticas socialistas à ideologia desenvolvimentista. *In*: 6º COLÓQUIO Internacional Marx e Engels, IV, Campinas. **Anais[...]**. Online: Unicamp, 2009. p. 1-10. Disponível em: https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2009/trabalhos/marxismo-e-pensamento-economico-brasileiro-criticas-social.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

CASTELO, Rodrigo. O novo desenvolvimentismo e a decadência ideológica do pensamento econômico brasileiro. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 112, p. 613-636, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000400002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10 ago. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-66282012000400002>. Acesso em: 15 jul. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 923, p. 37-52, 2012.

DELORME, Luiz Carlos. Relações entre Estado e Mercado: reformas e agências reguladoras no Brasil, 1991-2013. In: EARP, Fabio Sá; BASTIAN, Eduardo F.; MODENESI, André de Melo (org.). **Como vai o Brasil? A economia brasileira no terceiro milênio**. [Livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Ímã Editorial, 2014. Cap. 8. Disponível em: <https://comovaiobrasil.pressbooks.com/chapter/relacoes-entre-estado-e-mercado-reformas-e-agencias-reguladoras-no-brasil-1991-2013/>. Acesso em: 1 jun. 2020.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. **Contribuições teóricas para o Direito e Desenvolvimento**. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1824.pdf. Acesso em: 1 jun. 2020.

HUDLER, Daniel Jacomelli; BENACCHIO, Marcelo. O direito humano fundamental ao desenvolvimento e as intervenções estatais do governo brasileiro na atividade empresarial no século XX. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 11, n. 1, p. 142-156, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1206/708>. Acesso em: 29 nov. 2020.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios Contínua**: desemprego no primeiro trimestre de 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=27704&t=destaques>. Acesso em: 29 ago. 2020.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50289. Acesso em: 20 ago. 2020.

MUSTAFA, Maria Alexandra da Silva Monteiro; ANSELMO, Gisele Caroline Ribeiro; SILVA, Salyanna de Souza. Democracia e justiça social em tempos de golpe sob a égide do neoliberalismo. **Rev. Katálysis**, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 416-426, maio 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802018000200416&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 17 ago. 2020.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Relatório de Desenvolvimento Humano de 2019. **Além da renda, além das médias, além de hoje**: desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI. [S. l.]: Nações Unidas, 2019. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

DECISÕES ESTRUTURAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO: ENTRE A DOGMÁTICA E A LEGÍSTICA

Rafael Seixas Santos¹

1 INTRODUÇÃO

A abordagem das questões afetas à aplicação da norma jurídica percorre o debate entre a dogmática e a legística, sobretudo no campo de justificação da dimensão jurídica das políticas públicas. A ideia tangencia a conformação do pensamento jurídico segundo a orientação do comportamento dos atores envolvidos no processo dogmático/técnico/tecnológico jurídico. (CALSAMIGLIA, 1982).

As políticas públicas, no plano fático, coadunam com a concretização dos direitos sociais que, em última análise, promovem o desenvolvimento. Todavia, a ausência de coordenação entre as usuais medidas legislativas, burocráticas e mesmo orçamentárias tem contribuído para a ineficiência das políticas públicas associadas à normatividade constitucional acerca dos direitos sociais e econômicos.

A litigância segue, dessa feita, pautada por interesses públicos, a conferir factibilidade ao controle jurisdicional de políticas públicas no país. Para compreender os resultados de tais litígios, é necessário desenvolver a abordagem da decisão estrutural (ou estruturante), como mecanismo de concretização de direitos sociais e, nessa senda, de promoção do desenvolvimento, ao menos no campo teórico.

Ao tratar da promoção de direitos econômicos e sociais como resultante das decisões judiciais, é preciso perquirir, no campo teórico, os limites da dogmática e os aportes da legística na análise institucional do Poder Judiciário como vocalizador de demandas. (COUTINHO, 2014).

Assim, enquanto a proposta dogmática pretende garantir a estabilização institucional, por meio do desenvolvimento da discussão jurídica legitimadora, a, assim denominada, legística atua no debate da questão da aplicabilidade das leis, ao propor uma análise mais qualitativa da aplicação das políticas públicas, encetadas no plano normativo. Esta segunda modal de análise, a legística, é que permite o enfeixe

¹ Doutorando em Direito – IDP/DF, mestre em Direito e Políticas Públicas – UniCEUB/DF. Professor da graduação e pós-graduação – IESB e UDF. Assessor jurídico, ex-assessor da presidência – STM.

de compreensão de como a decisão judicial pode – no campo teórico – promover o desenvolvimento, por meio do destravamento da prestação de direitos sociais e econômicos.

O texto debate a relação entre a dogmática e a legística segundo uma abordagem de redimensionamento da separação dos poderes a permitir que atos de política pública possam ser dimensionados pelo Judiciário, especialmente “em atenção aos direitos fundamentais”. (ARENHART, 2013).

2 DESENVOLVIMENTO

A proposta dogmática objetiva garantir a estabilização institucional, abonando cientificidade a sua abordagem por meio do desenvolvimento da discussão jurídica – em um plano de legitimação. Na mesma senda, a práxis da invocação dogmática produz a redução de encargos de justificação (dispensa elucubrações de justificativas para a produção dos efeitos perquiridos) e apresenta-se como mecanismo de controle de compatibilidade intrassistêmica –logicidade das (e entre) proposições dogmáticas.

Compete, ainda, rememorar que a dogmática se presta a uma função heurística (SUXBERG, 2018), na consecução de descritores e paradigmas para a solução de contendas o que, numa sociedade democrática, sói decorrer da atividade legiferante.

Dessa feita, a abordagem dogmática relaciona-se às atividades de interpretação e sistematização de preceitos legais (uma clara contribuição do positivismo jurídico), de sorte que as análises que demandam atuação diversa do direito posto sejam arrojadas a outras ciências, como a Filosofia, a Política ou a Sociologia.

A dogmática, ínsita na tarefa de compreender a estrutura da norma segundo a proposição de institutos, tem por dimensões as abordagens descritivo-empírica, lógico-analítica e normativo-prática no exercício da construção doutrinária.

Ocorre que a discussão jurídica não pode permanecer alheia ao estudo da Economia, da Política ou da Sociologia, por exemplo – necessário se faz compreender as determinações políticas do sistema jurídico (DIMOULIS, 2006), de sorte a perceber o campo jurídico como arena de disputa entre atores diversos, formatando uma verdadeira comunidade epistêmica.

Tal percepção arregimenta as complexidades e os desafios para a interação entre o Direito posto e a sua concretização prática, no pertinente à conformação normativa das políticas públicas.

A legística atua, assim, ancorada em princípios, esforçando-se a esboçar um processo planejado e metódico para desincrustar a questão da aplicabilidade das leis ao propor uma análise mais qualitativa (e menos formal) da atuação estatal priorizando a apuração da eficácia, da eficiência, da efetividade e mesmo da economicidade das políticas públicas encetadas no plano normativo. (MULLER, 2002).

Assim, é possível encarar a relação entre direito e política pública, por exemplo, na abordagem do ciclo da política ou a partir das funções do direito, a comportar-se como instrumental, como objetivo, e/ou como vocalizador de demandas, segundo a composição de arranjos institucionais viáveis. (COUTINHO, 2014).

A ideia é empreender a análise das políticas públicas, sob a perspectiva da ação perpetrada pelas instituições encarregadas da questão versada na ação pública, tendo em mira a experiência social de uma miríade de racionalidades no *corpus* do encarregado da tarefa epistêmica ou do próprio Estado. Missão deveras complexa, mas factível no campo jurisdicional pelas decisões estruturais.

Por outro lado, a concretização dos direitos (sociais e econômicos) versados na política pública pode não se dar pelo processo ordinário, mas mediante interação de outro ator institucional – a saber, o Judiciário (via provimento judicial). É que, como alhures anotado, a carência de coordenação entre as medidas burocráticas conduz à ineficiência das políticas públicas, o que implica violações a direitos constitucionais, sobretudo direitos sociais e econômicos. (GUEDES, 2019).

É possível posicionar a discussão da concretização das políticas públicas pela via jurisdicional, complementando a abordagem da atuação (na hipótese judicial) de conformação da norma por meio da concretização da política pública (via provimento jurisdicional).

Em que pese as severas e pertinentes críticas desferidas à possibilidade de concretização de direitos versados em (carência na efetivação de) políticas públicas (GICO JR., 2018), é possível apropriar-se da hermenêutica desenvolvida pelas decisões estruturais para anotar que a atuação jurisdicional vinculada (vedação ao *non liquet*) pode encetar o desenvolvimento de direitos econômicos e sociais, no processo de ajuste econômico positivo.

Com essa “tecnologia” das decisões estruturais, o sistema jurídico estrutura-se para equacionar qualquer tipo de nuvem ou área cinzenta do Direito, seja pelo suprimento da ausência de regras (integração), seja pela carga semântica indeterminada delas (hermenêutica das escolhas). (GICO JR., 2018).

De tal sorte, emerge a importante observação de que o resultado da atividade judicante, pertinente à materialização de direitos demandadores de políticas públicas (sobretudo de índole econômica e social), é o reforço ou “a determinação de uma única regra jurídica que, por sua vez, permanecerá no ou passará a integrar o ordenamento jurídico e manterá ou aumentará o capital jurídico da sociedade”. (GICO JR., 2018).

Para tais situações, destacam-se as decisões estruturais (ou estruturantes), ao menos no seu plano teórico – para o mister de cumprir o objeto da presente síntese.

As decisões estruturantes são tomadas na oportunidade em que o órgão julgador, ao contrapor-se às dificuldades normativas, burocráticas, ou de agenda do Estado na materialização dos comandos constitucionais, determina providências organizacionais (redimensionamento ou redesenho da atuação estatal) com o fito de eliminar barreiras a tais valores (ou vetores constitucionais) (ARENHART, 2013 e CARBONELL SÁNCHEZ, 2003) em virtude de atos praticados pelos arranjos institucionais já existentes.

Resultam, tais decisões, da articulação – no mais das vezes – entre o Direito Processual Civil e o Direito Constitucional em torno das políticas públicas. (GUEDES, 2019).

Nesse diapasão, como a litigância marcada por interesses públicos empresta supedâneo ao controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil, é possível anotar que as decisões estruturantes se situam no campo da legística, eis que representam uma expansão da atuação judicial na interação com os demais Poderes (Executivo e Legislativo).

Assim, é possível tecer o argumento de que o emprego das decisões estruturantes apresenta interface complementar com a legística, eis que produz elementos capazes de auxiliar na avaliação e em eventuais ajustes das políticas públicas, e que tais adequações são legitimadas pela almejada garantia dos direitos (sobretudo sociais e econômicos).

Tal interface pode fornecer elementos-chave para a formulação de instrumentos vocacionados à análise das políticas públicas, para o que é de se memorar o caráter

plurivalente e a abordagem jurídica das políticas (DALLARI BUCCI, 2006, na mesma inteligência, SOUSA JÚNIOR, 2005; BONAFONT, 2004; e AINSWORTH, 2002). Nessa linha, refoge-se da discussão geralmente circular entre a opção pelo ativismo ou pela contenção judicial, tal como a crítica obtemperada alhures. (SILVA, 2008).

3 CONCLUSÃO

No plano teórico, as questões afetas à aplicação da norma jurídica encetam o debate entre a dogmática e a legística, de modo especial no campo de defesa da dimensão jurídica das políticas públicas. A causa de pedir versada nos processos é informada por interesses públicos,

a tangenciar – em algum momento ou instância processual – o alardeado controle jurisdicional de políticas públicas.

O texto debateu o posicionamento entre a dogmática e a legística no redimensionamento da separação dos poderes a permitir uma atuação concretista pelo Judiciário, haja vista que a discussão jurídica não pode se alijar das demais formas de concretizar os direitos de índole econômica e social, para o que se faz importante compreender as determinações políticas do sistema jurídico.

É necessário encarar a relação entre direito e política pública, a partir das funções do Direito, por meio dessa “tecnologia” das decisões estruturais, a fim de conferir aplicabilidade prática às normas definidoras de direitos sociais ou econômicos, supedaneando – *in fine* – o processo em desenvolvimento.

O Direito assim se presta a desempenhar, nesse campo, a função de instrumento de análise, a encerrar a ideia de que a interpretação (ou integração, ou exercício hermenêutico) das normas não deve ser dissociada do rol de elementos que compõem a ação estatal, mas pode servir como instrumento de ação no campo das políticas públicas, na defesa de um diálogo institucional, entre poderes e construtivo de uma tecnologia jurídica para o desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AINSWORTH, Scott H. **Analyzing interest groups**: group influence on people and policies. New York e London: W.W. Norton & Company. 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **RePro – Revista de Processo**, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013.

CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico. **Metodologías y derecho privado**, España, v. 22, p. 235-275, 1982.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (comp.). **A Política Pública como Campo Disciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Unesp: Editora Fiocruz, 2014. p. 181-200.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. **Políticas Públicas**: Reflexões para um conceito jurídico. São Paulo: Ed. Saraiva, UNISANTOS, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. Porto Alegre: Método Editora, 2006.

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **A Análise das Políticas Públicas**. Traduzido por Agemir Bavaresco, Alceu R. Ferraro. Pelotas: Educat, 2002.

GUEDES, Jefferson Carlos Carús; PINTO, Henrique Alves. Decisões Estruturais: Vetores de implementação de políticas públicas. **Juris Plenum Direito Administrativo**, Caxias do Sul, RS, ano VII, n. 26, p.75-98, abr./jun. 2019. 2019.

GICO JR, Ivo T. Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário (Choice Hermeneutics and the Judiciary Law-Making Function). **R. Dir. Empresarial RDemp**, Belo Horizonte, v. 15, p. 55-84, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Trabalho e cidadania: dignidade humana e projeto de vida. **Revista AATR – Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia**, Salvador, Bahia, Ano III, p. 90-102, 2005.

SUXBERG, A. H. G. O Direito nas Políticas Públicas: o Déficit de Efetividade dos Direitos é um Problema Normativo ou Institucional. *In*: CALHAO, Antônio Ernani Pedroso; MENESES, Rafael Lessa Vieira de Sá (org.). **Direitos Humanos e Democracia**: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 111-127.

PARÂMETROS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO EM CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

Márcio Santoro Rocha¹

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa realizada buscou construir parâmetros que possam auxiliar o intérprete a solucionar os conflitos socioambientais que, cada vez mais, deságuam no Poder Judiciário.

Ao se trazer para o Texto Constitucional de 1988 um feixe amplo de normas relativas à ordem econômica, social e ambiental, muitas de natureza principiológica, o constituinte atraiu para o topo do sistema jurídico a preocupação com questões relativas a desenvolvimento e meio ambiente.

O problema que se coloca é sobre os critérios que devem ser levados em conta para a construção de uma teoria da decisão que equalize a colisão dos direitos fundamentais e princípios envolvidos nos conflitos socioambientais, reduzindo o grau de indeterminação axiológica de tais escolhas, e trazendo uma resposta que leve em conta a integridade e coerência de todo o ordenamento jurídico.

Os conflitos estudados neste trabalho são aquilo que a literatura jurídica denomina de casos difíceis (*hard cases*).

Levanta-se a hipótese de que o positivismo clássico tem limitações para a resolução dos conflitos socioambientais. Também se adota a hipótese de que inexistem parâmetros seguros e uniformes atualmente sendo empregados pela jurisprudência no equacionamento desses conflitos.

Considera-se, outrossim, a hipótese de que um conhecimento interdisciplinar de ecologia, economia e desenvolvimento deva ser utilizado para a solução desses conflitos, em especial para a definição do conteúdo material dos princípios aplicáveis nesses casos difíceis.

Divide-se o marco teórico-conceitual em dois grupos principais, um relativo à área jurídica, e outro a autores ligados à temática de desenvolvimento e economia.

¹ Juiz federal. Ex-advogado da União. Mestre em Justiça Administrativa pela UFF.

No primeiro grupo, o autor principal trabalhado foi Dworkin. No segundo, utilizaram-se sobretudo os ensinamentos de Sachs, um dos grandes teóricos do ecodesenvolvimento, hoje identificado com o termo “desenvolvimento sustentável”, possuindo vasta atividade de pesquisa sobre desenvolvimento em países emergentes.

A pesquisa parte da análise crítica do julgado da Raposa Serra do Sol (PET 3388 STF) e cinco ações que discutiam dispositivos do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012): a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC n. 42 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs n. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937, a fim de testar as hipóteses levantadas à luz dos marcos teóricos adotados, discutindo-se, por fim, critérios para uma teoria da decisão constitucionalmente adequada para solucionar esse tipo de conflito.

2 DESENVOLVIMENTO

O pós-positivismo representa uma nova forma de interpretar o Direito, que será o marco filosófico do neoconstitucionalismo. Esse novo pensar (re)valoriza aspectos morais do Direito, implicando o novo constitucionalismo na transformação de princípios morais em verdadeiros princípios jurídicos, que passam de uma posição marginal, de meros supridores de lacuna destinada pelo positivismo jurídico clássico, para um lugar de protagonismo hermenêutico na nova ordem constitucional.

Os conflitos socioambientais irrompem quando pelo menos um dos grupos tem a continuidade das formas sociais de apropriação do meio que desenvolvem ameaçada por impactos indesejáveis – transmitidos pelo solo, pela água, pelo ar ou pelos sistemas vivos – decorrentes do exercício das práticas de outros grupos. Partindo-se desse conceito, fez-se o estudo de dois julgamentos realizados pelo STF que pudessem indicar o “estado da arte” da jurisprudência da mais alta Corte do país com relação a tais conflitos.

O caso Raposa Serra do Sol culminou com a edição de 19 salvaguardas que desenharam o que se pode dizer uma política pública para terras indígenas. Embora a decisão ali tomada não tenha efeito vinculante para casos futuros, retratam com bastante clareza o posicionamento da Corte acerca de um típico conflito socioambiental e orientam futuras decisões.

O que ficou constatado nesse julgado é que há uma análise superficial do princípio do desenvolvimento sustentável pelo STF. Apesar do discurso oficial de compatibilidade entre desenvolvimento social, ambiental e econômico, verifica-se

uma nítida prevalência em abstrato ao desenvolvimento econômico, o que rompe com o conceito de integridade defendido por Dworkin, haja vista que uma leitura da Constituição sob esse filtro não permite que se adote essa conclusão. Ademais, também se constata uma desconfiança dos direitos – “trunfos” – dos indígenas. Seus direitos fundamentais cedem muitas vezes em face de valores como segurança nacional, desenvolvimento econômico, e até mesmo do meio ambiente isoladamente considerado, o que se escancara nas salvaguardas elaboradas.

É inegável, contudo, que há também avanços no reconhecimento de direitos. Ao manter a demarcação das terras indígenas de forma contínua e determinar a saída dos não índios daquele território, o STF adotou argumentos de princípios na fundamentação, defendendo os direitos fundamentais dos indígenas relativos a seu modo tradicional de vida e de ocupação territorial, em harmonia, ainda, com julgados pretéritos daquela Corte, satisfazendo a virtude da integridade.

No julgamento das ações relativas ao Código Florestal, o STF, em apertada maioria, assentou que o princípio da vedação ao retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático, nem justificaria mudanças legislativas consideradas mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo. Apesar do discurso oficial de não haver incompatibilidade entre desenvolvimento econômico e meio ambiente, fez o Supremo novamente uma opção pelo primeiro, que confunde com crescimento econômico. Contudo, de acordo com Sachs, o termo “desenvolvimento” deve ser reservado às soluções triplamente vencedoras – um crescimento econômico sustentado, socialmente inclusivo e em harmonia com o meio ambiente.

A anistia aos desmatadores prevista pelo Código Florestal e chancelada pelo STF, reafirma uma trajetória histórica em que as leis ambientais ocupam um papel muitas vezes meramente simbólico, cedendo de forma contínua a interesses “maiores”, em especial econômicos, algo que é incompatível com a relevância constitucional que o meio ambiente ostenta hoje, rompendo novamente uma leitura do direito baseada na integralidade.

Ao traçar critérios para uma teoria da decisão, parte-se da constatação que, pelo fato de os conflitos socioambientais envolverem grandes contingentes populacionais e numerosos atores sociais, é primordial a busca por soluções dialógicas. Essa ideia está muito presente em Habermas (1989), que se opõe à ideia de que a razão instrumental constitua o único padrão de racionalização possível, e introduz o conceito de “razão comunicativa”. Dando proeminência à fala, à palavra, enfim, à comunicação entre os seres humanos, podemos construir uma sociedade mais justa e democrática, que são objetivos inscritos na Constituição Federal (art. 3º, I). Deve-se privilegiar

a construção coletiva entre os próprios atores envolvidos, em um verdadeiro agir comunicativo na busca por consensos, o que confere mais legitimidade e possibilidade de resultados efetivos a essas decisões democraticamente construídas do que àquelas impostas.

Adota-se, como premissa fundamental, que os contornos para uma teoria da decisão jamais poderão ser baseados em critérios pelos quais o ser humano seja utilizado como um meio para se atingir fins, o que seria ignorar seus direitos fundamentais, violando o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF)², que se constitui no norte interpretativo da CF e, portanto, o valor moral mais caro da coletividade. Por tal razão, é uma teoria que, seguindo os ensinamentos de Dworkin (2010), adota parâmetros baseados em argumentos de princípio, e não argumentos de política, que são inadequados para se afastar direitos.

Estabelecida a premissa básica, é imperioso o uso correto dos princípios, uma vez que são as espécies normativas que irão fundamentar a decisão correta³ naqueles casos em que a simples aplicação de regras se mostre insuficiente⁴. Ressalte-se o alerta de Dworkin (2010) de que nos casos difíceis o juiz continua tendo o dever de descobrir o direito das partes, e não de criá-los na decisão.

Dentre os princípios fundamentais ambientais, “o mais fundamental”, não por uma relação de hierarquia, inexistente entre princípios, mas pela importância no que concerne ao próprio significado e razão de ser do Direito Ambiental, estruturando esse ramo do direito, está o princípio do desenvolvimento sustentável.

Para se buscar o alcance e o sentido desse princípio, é necessário antes de mais nada buscar resposta à pergunta feita por Comelau, mencionada por Sachs (2008, p. 330): “Que crescimento para qual desenvolvimento?”. Para tanto, deve-se enxergar o panorama completo sobre a questão complexa do desenvolvimento, usando como filtro jurídico os valores morais da comunidade, cujos mais importantes são aqueles positivados na Constituição. A Constituição, conforme afirma Dworkin (2010) ao tratar de Hércules, estabelece um sistema político que é justo o suficiente

² “Por outro lado, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), prevista entre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, orienta seus efeitos a todo o sistema normativo, constituindo, inclusive, princípio de aplicação subsidiária às garantias constitucionais atinentes aos processos judiciais. (...)” (ADPF 395 e ADPF 444, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2018, P, Informativo 906)

³ Adverte-se que, como Hércules conclui (DWORKIN, 2010), pode ser uma decisão que, em termos de moralidade básica, possa haver discordância pessoal.

⁴ Cabe sempre o alerta que a aplicação de uma regra por meio apenas do exercício de subsunção deve ser vista com cautela, pois tal aplicação “às cegas”, sem compreender seu princípio instituidor e aqueles que gravitam ao redor do ordenamento jurídico, pode, a depender do caso concreto, levar à ruptura da integridade. Daí vem a conclusão, amparada nas lições de Streck (2011), que a definição do que se trata de um caso difícil pode ser, por si mesma, um caso difícil.

para que seja considerado por razões de equidade, e *Hércules* deve se perguntar sobre qual sistema de princípios foi configurado, o que se estampa, assim, como uma sinalização do caminho que o intérprete deve seguir no caso da resposta a ser construída à pergunta formulada, ou seja, qual crescimento para que desenvolvimento adequado à Constituição.

Como bem pontua Sachs (2008), ao tratar da Amazônia brasileira, os seus problemas vão além das florestas, envolvem também a sobrevivência de 20 milhões de pessoas, que vivem em sua maioria em condições socioeconômicas extremamente precárias. Ampliando as considerações de Sachs, essa problemática envolve todo o país e seus diferentes ecossistemas. A criação de imensas reservas ecológicas onde o homem seja extirpado é um projeto que não pode ser expandido *ad infinitum* ou encarado como prioridade para se alavancar a questão ambiental, não apenas pela impossibilidade prática de se fiscalizar essas áreas, mas também pela violação da visão de desenvolvimento sustentável que se defende aqui, formulada por Sachs (2008), e abraçada pela Constituição Federal (cf. art. 170 e incisos), que é holística, e necessariamente exige que, pegando emprestada a expressão dworkiana, se leve a sério também o desenvolvimento social.

Assim, deve-se privilegiar uma visão de desenvolvimento sustentável que: 1) não veja o meio ambiente como entrave para todo e qualquer crescimento econômico, mas a uma forma de crescimento econômico insustentável, focado no curto prazo, e que, portanto, enxerga o meio ambiente como obstáculo, sem considerar seu benefício para a sadia qualidade de vida de todos os seres que habitam este planeta, ou seja, desprezando o preço hedônico⁵, que inclui a avaliação do consumidor⁶ acerca dos benefícios futuros decorrentes da qualidade ambiental (PEARCE; MORAN, 1994), homenageando, ainda, o subprincípio da solidariedade intergeracional. Mas – e ressaltar esse fato é imprescindível – esse “benefício futuro”, que também diz respeito ao próprio crescimento econômico, alcança não apenas longínquas gerações, mas a própria geração *atual*, conforme nos ensina a economia ambiental. Investir na biodiversidade, por meio de seu uso sustentável, “compensa” (PEARCE; MORAN, p. 1994, p. 196), ou seja, traz desenvolvimento econômico, conforme igualmente mostram estudos respeitáveis em economia ambiental, devendo, contudo, serem aperfeiçoados os meios de apropriação, que incluem diversas medidas, como transferências de recursos por meio de ajuda convencional, compras de dívida por natureza etc. (PEARCE, MORAN, 1994) que o ser humano não seja visto, *a priori* ou

⁵ O método de precificação hedônica é usado para estimar valores econômicos por serviços ecossistêmicos ou ambientais que afetam diretamente os preços de mercado através de mercados hipotéticos.

⁶ Ressalte-se que a defesa do consumidor é um dos princípios da ordem econômica – art. 170, V, da CF, devendo ser sempre levada em consideração em uma teoria da decisão calcada na virtude da integridade.

abstratamente, como um entrave ao meio ambiente, mas como parte integrante deste, razão pela qual não deve ser visto com desconfiança. Partindo desse parâmetro, devem ser privilegiadas soluções que permitam a convivência harmônica do homem com o meio ambiente, somente os separando, como aconselha Sachs (2009) quando for absolutamente necessário para garantir a proteção da biodiversidade e corredores ecológicos. Essa interpretação, portanto, é que melhor se harmoniza com os demais princípios e objetivos constitucionais envolvidos em conflitos socioambientais, quais sejam, garantir a livre-iniciativa (arts. 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais (arts. 3º, III, e 170, VII), proteger a propriedade (arts. 5º, *caput* e XXII, e 170, II), buscar o pleno emprego (arts. 170, VIII, e 6º) e defender o consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V).

A existência (ou não) de convivência harmônica do homem com o meio ambiente deverá, portanto, ser levada em consideração pelo julgador em demandas em que haja conflitos que envolvam populações humanas e áreas protegidas, sendo certo que povos indígenas e populações tradicionais muitas vezes se convertem em verdadeiros guardiões dessas áreas protegidas, pois seu modo de vida exige a manutenção desse ambiente. Inexiste possibilidade prática de se pensar a proteção e fiscalização de imensas áreas territoriais apenas pelo Estado, extremamente deficitário no que concerne à estrutura de fiscalização ambiental⁷. Ademais, esses povos tradicionais possuem direitos constitucionais sobre essas terras, que são expressamente reconhecidos no que concerne a quilombolas e indígenas, mas que devem também sê-los por extensão a outras populações tradicionais que façam uso sustentável da terra em que vivem, como os povos caiçaras, seringueiros etc., por conta do princípio constitucional da igualdade, na feição do igual respeito, que de tamanha importância é a base fundamental da teoria liberal do direito de Dworkin.

Pela mesma razão, deverá haver mitigação da proteção à presença humana dada pela lei a unidades de proteção integral (art. 7º, I, da Lei n. 9.985/2000⁸) que, ignorando a Constituição, desconsiderem povos que vivam nessas regiões.

A visão de desenvolvimento sustentável jamais poderá olvidar do desenvolvimento social. A defesa do meio ambiente deve ser feita em conjunto com os demais princípios constitucionais, que preveem, entre outros, a dignidade

⁷ Em 2017, o Brasil possuía apenas um 1 (um) fiscal ambiental a cada 470 km² de parques e florestas (O GLOBO, 2017).

⁸ Art. 7º As unidades de conservação integrantes do SNUC dividem-se em dois grupos, com características específicas: I – Unidades de Proteção Integral; II – Unidades de Uso Sustentável. § 1º O objetivo básico das Unidades de Proteção Integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei. § 2º. O objetivo básico das Unidades de Uso Sustentável é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.

da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, cuja inscrição na Carta maior do país não pode ser vista como um recurso de retórica, mas como caracterizadora de direitos, que cabe ao Estado obrigatoriamente efetivar. Assim, devem ser criadas alternativas para reassentar ou compensar eventuais atingidos em demandas socioambientais quando incompatível sua ocupação em dada área por sua importância ecológica, devendo, por certo, ser examinada também a boa-fé dessas ocupações, muitas vezes foram incentivadas pelo próprio governo em determinados períodos históricos, como é o caso da Amazônia durante o regime militar, a fim de suprir um suposto “vazio demográfico” na região, promovendo seu “desenvolvimento” (*rectius* crescimento econômico) insustentável.

Assim, adotando-se esses critérios ou parâmetros, extraídos da análise do princípio do desenvolvimento sustentável, propõe-se dar início a uma teoria da decisão adequada a conflitos socioambientais, evitando-se uma visão frequente que, contrária à integridade, opta ora por uma proteção do crescimento econômico, ora por uma visão ecologista pura, ou ainda por uma visão “social” ilhada das demais esferas (ambiental e econômica), que, entretanto, caminham lado a lado por expressa opção Constitucional, que retrata a opção moral de nossa sociedade, ainda que pontualmente seja discordante da moralidade básica que cada um possui.

Uma teoria da decisão adequada aos conflitos socioambientais deve sempre buscar conhecimentos interdisciplinares para cumprir com o escopo de correção no uso dos princípios nos casos difíceis, a fim de que aqueles não mascarem argumentos de política, conforme se fez na leitura do princípio do desenvolvimento sustentável. Essa exigência decorre não de um ideal abstrato (FALBO, 2010), mas do fato de o Direito pretender regular matérias que são objeto de campos específicos do saber de outras ciências, o que se torna, na nossa Era, uma exigência cada vez maior, em razão da especialização e complexidade social crescente.

3 CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se construir parâmetros que pudessem auxiliar o intérprete a solucionar os conflitos socioambientais que, cada vez mais, deságuam no Poder Judiciário, após análise crítica dos julgados do STF relativos à Raposa Serra do Sol e ao Código Florestal.

Dworkin introduz a distinção, fundamental para sua teoria, entre princípios e políticas, e cria o modelo de jurisdição para aplicar os princípios da maneira como ele defende por meio de metáfora do Hércules, um juiz mítico. Direitos são trunfos (ou

proteção) do indivíduo contra interesses gerais da sociedade. São proteções contra a estratégia utilitarista.

O processo interpretativo seria como um romance que não é escrito somente por um autor, mas por vários, e é necessário que se continue a escrever o romance a partir de onde seu antecessor parou. Há uma necessidade de coerência. É nesse sentido que virá a noção de integridade do direito.

A integridade é para Dworkin uma das principais virtudes que um Estado Democrático de Direito, exigindo que a interpretação das leis não seja o resultado de concepções morais particulares, mas se mostre coerente com um todo, tendo em vista que as decisões judiciais devem ser justificadas por princípios, e não, repise-se, por argumentos metajurídicos, variáveis de acordo com as circunstâncias.

A CF de 1988 coroa o meio ambiente, tratando-o pela primeira vez em capítulo autônomo na ordem constitucional, e conferindo-lhe ampla proteção, adotando uma posição predominantemente antropocêntrica, embora com foco na ideia de desenvolvimento sustentável.

O princípio do desenvolvimento sustentável, também chamado de princípio da solidariedade intergeracional, é um sobreprincípio ambiental, sendo imprescindível para se compreender a interrelação entre meio ambiente, desenvolvimento econômico e social.

Uma teoria da decisão adequada para conflitos socioambientais precisa ter pleno domínio do conteúdo dos princípios ambientais, que são o instrumento normativo básico para a solução de casos difíceis, em especial o princípio do desenvolvimento sustentável.

Defendeu-se, fazendo uma análise crítica dos julgados do STF, uma visão de desenvolvimento sustentável integral, que não veja o meio ambiente como entrave para todo e qualquer crescimento econômico, mas uma forma de crescimento econômico insustentável, que não leve em conta os benefícios econômicos diretos e indiretos da proteção ambiental. Por outro lado, sustentou-se que o ser humano não pode ser visto pelo intérprete, *a priori*, como um entrave ao meio ambiente, mas parte integrante deste, razão pela qual é descabida a desconfiança com que frequentemente é tratado nessas demandas.

Devem ser privilegiadas soluções que permitam a convivência harmônica do homem com o meio ambiente, somente os separando quando for absolutamente

imprescindível. Deve ser reconhecido a populações tradicionais que façam uso sustentável da terra o direito a nelas viverem.

A visão integral do princípio de desenvolvimento sustentável jamais poderá olvidar do desenvolvimento social. Uma teoria da decisão adequada para conflitos socioambientais deverá, outrossim, ter mecanismos para que argumentos de princípios não mascarem, por outro lado, argumentos de política, devendo sempre buscar conhecimentos interdisciplinares, que são exigências da complexidade da vida social a que o Direito se propõe a regular.

O ideal de pacificação pretendido não é um fim em si mesmo, no sentido de ausência de conflito ignorando suas causas, o que poderia ser alcançado simplesmente pela supressão de um dos interesses conflitantes. A única pacificação possível em uma ordem democrática é a que encarne os ideais inscritos em sua Constituição. E o que se pretendeu demonstrar é que a Constituição de 1988 o faz de maneira clara, tratando o desenvolvimento social, ambiental e econômico como um todo indivisível.

Os parâmetros propostos aqui não guardam a pretensão irrealista de invencibilidade, pois acredita-se firmemente na busca de soluções comunicativamente construídas. Essa contribuição é apenas uma voz levantada para que se levem a sério os direitos socioambientais sob o viés da integridade e coerência, a fim de que conquistem na jurisprudência o verdadeiro protagonismo que a Constituição lhes conferiu. Somente assim o romance em cadeia do direito poderá continuar sua história, preservando o seu protagonista, que é o próprio ser humano.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 183.188**. Relator: Ministro Celso de Mello. Mato Grosso do Sul, 14 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/docs/jurisprudencia-1/competencia/stf/RE_183.188-0-MS.pdf. Acesso: 16 abr. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.901/DF**. Voto Ministro Celso de Mello. Notícias. Distrito Federal, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoMinistroCMADI4.901DF.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário mantém condições fixadas no caso Raposa Serra do Sol. **Notícias**. 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=251738>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator profere voto no julgamento sobre Novo Código Florestal. **Notícias**. 8 nov. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361342>. Acesso em: 7 fev. 2017.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FALBO, Ricardo Nery. Exigência interdisciplinar no Direito: tensão disciplinar e condições de possibilidade. *In*: SCARPI, Vinicius; BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- O GLOBO. **Brasil tem só um fiscal a cada 470 km² de parques e florestas**. 3 nov. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-so-um-fiscal-cada-470-km-de-parques-florestas-22025451>. Acesso em: 18 abr. 2019.
- PEARCE, David; MORAN, Dominic. **O valor econômico da biodiversidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- SACHS, Ignacy. **A terceira margem: em busca do ecodesenvolvimento**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Organização: Paula Yone Stoch. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: includente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garomond, 2008.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**: desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Studio Nobel: Fundação do desenvolvimento administrativo, 1993.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TÉCNICAS DO PROCESSO ELETRÔNICO: PARALELO ENTRE A CITAÇÃO NO BRASIL E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – ABORDAGEM CRÍTICA DA CITAÇÃO ELETRÔNICA – EXPERIÊNCIA MINEIRA – E A REGRA 4 DO FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE

Silvia Maria de Paula Nascimento¹

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, com o viés altamente democrático, propôs uma ótica de universalização e estatização da resolução de problemas por meio do Poder Judiciário.

Com o aumento massivo da judicialização, houve o emperramento do Poder Judiciário. A demora na resolução dos problemas corrobora para uma crise de legitimidade e o questionamento sobre diversos institutos do processo civil, a exemplo da citação ou formação da relação jurídica, chamando-se o réu para o processo.

Estabelecer mecanismos para que os atos processuais sejam realizados devidamente, mas de forma rápida, foi uma das preocupações do novo modelo de justiça que se busca efetivar.

Uma dessas soluções trazidas foi o processo eletrônico que ajudará em alguns problemas pontuais, principalmente no tocante à celeridade processual. Dentro dos mecanismos adotados no processo eletrônico, percebe-se que houve substancial alteração na forma da citação de pessoas jurídicas de grande porte.

Trata-se de medida relevante e interessante, que possibilitará em longo prazo uma discussão de novas formas de citação, inclusive da pessoa física.

O nosso Sistema Jurídico, talvez até como um vértice de aplicação do Princípio da Inafastabilidade, incumbiu o Poder Judiciário de realizar as citações. Contudo, não se trata de regra usual nos diversos sistemas existentes, como ocorre no americano, cuja colaboração das partes é essencial para o desenvolvimento do processo.

¹ Atualmente, juíza estadual do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Defensora Pública do Estado do Paraná (2018). Procuradora do Município de São Carlos (2012 a 2018). Delegada de Polícia do Estado do Mato Grosso do Sul (2010 a 2012). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2006) e pós-graduação lato sensu na Universidade Católica Dom Bosco.

Christiano Carrilho esclarece como eram feitas as citações na Grécia Antiga, pois “em princípio, cabe à pessoa lesada ou a seu representante legal intentar o processo, fazer a citação, tomar a palavra na audiência, sem auxílio de advogado”. (CARRILHO, 2009, p. 62).

Situação similar também ocorria no direito romano. Segundo José Carlos Moreira Alves, “a *in ius uocatio* (o chamamento do réu a Juízo) ficava a cargo do autor, que, de acordo com os preceitos contidos na Lei das XII Tábuas, ao encontrar, na rua, o réu, devia chamá-lo a Juízo, empregando termos solenes (*uerba certa*)”. (ALVES, 2018, p. 234).

O instituto da “*ius uocatio*” era definido como uma das fases do processo, mais comumente chamada de introdução da instância. Caso o réu se recusasse, era possível, inclusive, a utilização da força física.

Progressivamente, as situações do uso da força foram substituídas por mecanismos pacíficos ou mesmo o estabelecimento de mais funções ao Estado. No direito anglo-saxão, houve a definição próxima do que seria um domicílio jurídico, enquanto no americano, mesmo não sendo de matriz romana, aproximou-se desse modelo, quando incumbiu ao autor a posição ativa de trazer o réu ao processo.

2 DESENVOLVIMENTO

A citação é definida como “ato processual de comunicação pelo qual se convoca o réu (inclusive o executado) e interessado para integrar o processo” (DIDIER, 2017, p. 683). Trata-se de ato essencial, verdadeira condição de eficácia do processo em relação ao réu.

Porém, nem sempre a localização do réu é algo simples para os autores do processo.

Nesse tocante, é importante salientar que há uma tendência de se considerar o domicílio um dado sensível, como se verificou no julgamento do Processo n. 0749765-29.2020.8.07.0000. Considerando o domicílio como um dos dados sensíveis a serem protegidos pela Lei de Proteção de Danos, temos que de antemão pensar nas soluções para que as citações sejam encaminhadas ao seu destino certo.

Pondera-se a efetividade e a celeridade do processo, o dever de colaboração das partes e a questão de se proteger a informação pessoal como dado sensível,

caso realmente prevaleça que o endereço se trata de informação submetida a tal prerrogativa.

O fato de não existir previsão legal de um domicílio jurídico para entrega de citações, torna esse momento processual muito complicado porque impede, desde o início, a formação da relação processual, estendendo-se o processo mais do que ocorre quando o ato é realizado normalmente.

É inegável que os mecanismos hoje adotados, como as buscas em sistemas conveniados ou mesmo após o esgotamento, a citação por edital, proporcionam a expectativa da realização do ato, mas não necessariamente ajudam na celeridade processual, visto que são vários os sistemas e a inclusão de dados não foram automatizadas ou sincronizadas com o processo. Inclusive a ausência de automatização desses sistemas e a grande variedade podem ajudar na demora no andamento no processo.

Equacionando essa situação, o processo eletrônico trouxe a possibilidade de citação eletrônica. Ou seja, não é necessário o deslocamento do oficial de justiça, ou mesmo a elaboração de carta a ser enviada pelo Correio. Basta que a empresa jurídica interessada solicite o cadastro no Tribunal de Justiça e passará a ser intimada por endereço eletrônico.

A citação eletrônica diminui os riscos e as chances de que a pessoa jurídica não seja encontrada. Também oferece muito mais celeridade processual, pois torna desnecessária a expedição de precatória para empresas que não possuem domicílio no local do processo.

Vejamos a experiência mineira.

A citação eletrônica no Estado de Minas Gerais foi regulamentada pela Portaria n. 5.058 da Corregedoria Geral de Justiça no ano de 2017. Porém, desde 2014, havia o Projeto Experimental de Citação Eletrônica, visando implantar, acompanhar e fiscalizar o instituto dentro do Sistema PJe adotado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

No início, trabalhou-se com a ideia da citação das Fazendas Públicas, porém, atualmente abriu-se a possibilidade de diversas empresas serem citadas por meio eletrônico². O Aviso n. 23, de 2020 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de

² <https://www.tjmg.jus.br/data/files/0A/A4/DC/BB/1E971710097481175ECB08A8/AVISO%20N%2023-CGJ2020.pdf>

Minas Gerais trouxe uma lista de quase 400 empresas que solicitam que suas citações sejam realizadas eletronicamente. Dentre essas, há empresas de grande porte, como Seara e Bradesco, além de empresas pequenas.

A citação eletrônica garante a segurança de que o réu tenha realmente conhecimento das demandas, além de ser muito mais rápido que a expedição de precatória para os diversos domicílios das empresas jurídicas, que na maioria das vezes não têm sede no local onde o processo foi distribuído.

Além disso, aumenta efetivamente a perspectiva do contraditório material, pois tendo um domicílio eletrônico capaz de receber as citações, abre a perspectiva de que as empresas consigam se organizar melhor para a gestão de sua defesa. Terá certeza que os advogados cadastrados serão cientificados da existência do processo em tempo hábil para a efetivação mais plena do contraditório material. Para o Judiciário também é bom, pois gera confiança na declaração de eventual revelia.

Esse modelo é interessante, pois se aproxima mais da ideia de domicílio jurídico – mesmo que eletrônico, distanciando, contudo, de outros modelos adotados internacionalmente, como se vê nos Estados Unidos³.

O modelo americano previsto no Federal Rules of Civil Procedure, na Regra 4, estabelece que o demandante é o responsável por realizar a citação (summons), fazendo com que se tenha certeza que a proposta/petição inicial tenha sido efetivamente entregue. A Regra 4 é bem extensa e cuidadosa. Prevê todos os requisitos que deve conter no documento, sob pena de não se considerar citado. Detalha e diferencia diversos tipos de destinatários, como por exemplo quando se tratar de pessoa incapaz e criança.

Percebe-se que esse modelo traz um viés mais colaborativo das partes e desonera o Estado, tornando a solução mais célere. O bem da vida não é o processo em si, mas a solução do problema. Outro fato importante é que a resposta não é enviada para o juiz, mas para a parte autora no prazo máximo de 60 dias. Trata-se de situação interessante, pois aumenta o foco na solução do problema, uma vez que nessa fase as partes tentam primeiramente o acordo. Caso frustrado, a situação é levada ao Judiciário propriamente dito.

O Código de Processo Civil trouxe uma regra interessante e pouco utilizada que se assemelha a esse instituto. Não para a citação, mas sim para a intimação

³ Os Estados Unidos é uma federação, portanto, há regras criadas em cada Estado. Contudo, para fins deste trabalho, se discutirá apenas o modelo geral previsto no Federal Rules of Civil Procedure.

quando possibilita no art. 269, § 1º, que os advogados podem por correr intimar a outra parte através do seu advogado, sem que a intimação seja feita pela serventia. Trata-se de regra de repartição de competências, possibilitando que, independente do Poder Judiciário, a intimação seja realizada. Mudança ainda muito tímida e não muito conhecida pelos operadores do Direito, mas talvez um início de um viés colaborativo de repartição de ônus no tocante à celeridade processual.

A citação eletrônica e o sistema das *summons* previsto na Regra 4 do Federal Rules of Civil Procedure trazem soluções diferentes para o mesmo instituto.

A citação eletrônica é mais confiável, pois se sabe sem sombra de dúvidas que houve o conhecimento pelo réu da existência do processo. Contudo, como não há obrigação de que as pessoas físicas tenham um domicílio jurídico, a extensão dessa perspectiva é diminuta, existente apenas no tocante a grandes corporações.

Já o Sistema da Regra 4 do Federal Rules of Civil Procedure é interessante e tem escopo muito maior, atendendo uma demanda mais abrangente de pessoas, mas bem diferente da instrumentalização adotada no Brasil. Porém, retorna às pessoas a gestão da solução do problema, trabalhando mecanismo de diálogo sem que precise da atuação direta do Estado.

3 CONCLUSÃO

O objetivo é a comparação de dois sistemas completamente diferentes, cada qual com seus benefícios, problemas e dificuldades.

Um sistema como o adotado nos Estados Unidos da América teria pouca aceitação no Brasil e provavelmente aumentaria a discussão sobre regularidade da citação e a prática da boa-fé na realização dos atos processuais.

No Brasil, algo assim só seria realmente possível se tivéssemos estabelecido uma espécie de domicílio jurídico, mesmo que eletrônico, para as pessoas físicas. Contudo, poderia ser utilizado de forma eficaz em relação a pessoas jurídicas desde que o envio fosse a um endereço previamente definido. Obviamente, para tanto, deveria ter modificação legislativa, sendo que tal ato não poderia ser regulamentado no âmbito unicamente dos tribunais.

A citação eletrônica, em outra medida, é algo muito interessante, pois gera confiança na realização do ato e permite que pessoas jurídicas consigam realmente ter ciência do processo e da gestão da organização para sua defesa, além de permitir

que o processo seja muito mais célere. Do outro lado, a sua atuação é diminuta, pois depende do desejo da parte ré e está disponível apenas para pessoa jurídica.

No tocante à celeridade processual conferida em relação às citações eletrônicas, seria interessante, como métrica científica, o levantamento de processos medindo-se o tempo em média gasto com a citação, comparando a realização sem e com a ajuda da inovação tecnológica.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 234 p.

CARRILHO, Christiano. **Manuel de História dos Sistemas Jurídicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, 62 p.

CPR. Rules and Directions. **Gov. Uk**. London, UK, c2021. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>. Acesso em: 30 maio 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, 683 p.

FEDERAL Rules of Civil Procedure. **United States Courts**. Washington, USA, c2020. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civilprocedure>. Acesso em: 29 maio 2021.

ATUAÇÃO DA ANATEL E IMPACTOS SOBRE A LITIGÂNCIA HABITUAL: UM ESTUDO DE CASO

Janine Rodrigues de Oliveira Trindade¹

1 INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel é ente regulador dos serviços de telecomunicações no Brasil, com competência para expedir Regulamento Geral dos Direitos dos Consumidores – RGC e sancionar condutas a ele infringentes, segundo os arts. 19 e 22 da Lei n. 9.472/1997.

Não obstante, a área de telecomunicações está com frequência nas estatísticas de conflitos de consumo do país. Em 2011, o setor foi o 5º maior litigante da Justiça estadual (CNJ, 2012) e, em 2018 e 2019, liderou as reclamações perante órgãos administrativos de defesa do consumidor, cedendo o 1º lugar aos serviços financeiros em 2020 pela diferença de apenas 0,2%, conforme relatórios do Consumidor em Números. (SENACON, 2018, 2019 e 2020).

O panorama setorial de telecomunicações envolve números expressivos. Em dezembro de 2020, o Brasil possuía 234,1 milhões de celulares ativos, 36,1 milhões de acessos em banda larga fixa, 30,2 milhões de telefones fixos em serviço e 14,9 milhões de acessos em TV por assinatura, totalizando 315,5 milhões de contratos de consumo. (ANATEL, 2020).

Essa dimensão quantitativa sugere o quão importante é a atribuição da Anatel de produzir e fazer cumprir o RGC, visto que, se instauradas por falha regulatória, as disputas poderão atingir a ordem de centenas de milhão.

Mas não é só. A maioria dos conflitos de consumo em telecomunicações traduz danos de pequena monta, o que torna mais oneroso estruturar meios de resolução de disputas do que recompor a própria lesão. Nesse contexto, o processo judicial revela-se um instrumento caro.

Logo, o desempenho regulatório da Anatel, por influir na prevenção de disputas em larga escala, constitui tema cujo estudo interessa ao desenvolvimento social,

¹ Juíza estadual em Mato Grosso do Sul. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Constitucional. Cursou a disciplina Tratamento Adequado a Litigantes Habituais no Mestrado da Enfam. Membro do grupo operacional do Centro de Inteligência do TJMS.

alinhando-se à Meta 9 proposta como integração da Agenda 2030 ao Poder Judiciário². Há bom tempo, aliás, entende-se necessário “olhar a raiz do litígio no Brasil, como passo vital para²descongestionar o Poder Judiciário”. (AMB, 2015, p. 90).

Sob tal contexto, este trabalho objetiva analisar amostra de judicialização relativa ao art. 52 do RGC da Anatel, para conhecer o perfil das demandas e a tutela jurisdicional nelas entregue. Além disso, pretende investigar se a atuação normativa da agência impactou nos conflitos, a fim de propor eventuais soluções à melhoria da qualidade regulatória.

Importa anotar que a relação entre agências reguladoras e o Poder Judiciário anteriormente foi tratada empiricamente pela doutrina³. A captura ideológica do regulador é fenômeno também estudado⁴. Ademais, mapeamentos de demandas de consumo têm sido feitos nos últimos anos para subsídios ao tratamento adequado da litigância habitual (AMB, 2015, e CNJ, 2018). Mas há escassez de pesquisas empíricas e, a par disso, o Poder Judiciário ainda tem dificuldade de gerir dados qualitativos e produzir indicadores relevantes à formulação de aperfeiçoamentos às políticas públicas (OLIVEIRA; CUNHA, 2019).

Daí ser recomendável o estudo de perfis específicos de litigância de repetição para, após coleta e descrição de dados, explorar o que tem causado o excesso de judicialização. À vista disso, esta pesquisa busca trabalhar com a seguinte hipótese: a forma como foi redigido o art. 52 do RGC é fator que contribui à origem de conflitos?

A metodologia para coleta de dados consistiu na pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, em 13 de março de 2021, com as seguintes palavras-chaves: “consumidor e telefonia e artigo 52 e regulamento e anatel”. A busca reportou a 1.480 resultados. Após filtragem por data e ementas por relatoria, restaram 668 acórdãos, relatados por 53 distintos julgadores. Pelo curto espaço de tempo, fez-se o tratamento dos dados por amostragem, com exame de um acórdão dos 53 relatores, sob a premissa de que o voto costuma ser reproduzido nos processos que versam sobre tema idêntico, suposição confirmada por análise de longa série de ementas.

² A Meta 9 propõe a realização de ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, da Agenda 2030, ao passo que a ODS 16 elenca o indicador “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”.

³ Nesse sentido, Cf. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

⁴ Sobre o tema, Cf, p. ex., BICUDO, Juliana Morais. A atividade regulatória e a concentração de demandas no Poder Judiciário. *In*: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016, p. 248-257.

2 PERFIL DAS AÇÕES E RESPOSTA JURISDICIONAL AO ART. 52 DO RGC

O art. 52 do atual RGC, veiculado pela Resolução n. 632/2014, introduziu mudança sensível na regulação setorial, por meio do seguinte texto:

Artigo 52 - As Prestadoras devem comunicar com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, preferencialmente por meio de mensagem de texto ou mensagem eletrônica, a alteração ou extinção de Planos de Serviço, Ofertas Conjuntas e promoções aos Consumidores afetados, sem prejuízo das regras específicas aplicáveis ao STFC.

Discussões envolvendo esse dispositivo foram e ainda estão sendo levadas à Justiça. O impacto inicial foi sentido nos contratos de telefonia móvel que garantiam a redução da velocidade de internet após uso da franquia de dados. Com a alteração contratual, o serviço passou a ser interrompido. Várias ações coletivas foram propostas e, por decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ⁵, foram todas reunidas na 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, considerada preventa. Ainda não têm sentença. Tutela de urgência reconhece a possibilidade de interromper a internet após consumo da franquia, se o contrato for por prazo indeterminado e o consumidor for notificado com antecedência de 30 dias para trocar de plano.

A menção ao quadro inaugural de litigiosidade dá-se apenas a título ilustrativo, para apontar as conhecidas dificuldades práticas da tutela coletiva no Brasil, máxime a morosidade.

A análise dos dados deste trabalho identificou o seguinte perfil de litigância: trata-se de demandas individuais, quase todas em face da mesma prestadora de telefonia. O pedido principal, de obrigação de fazer, visa obrigar ao cumprimento de contrato, para evitar corte de internet após fim da franquia ou então proibir a cobrança de valores acrescidos nas faturas, os quais giram de R\$ 3,00 a R\$ 5,00 ao mês, como regra. Do total de acórdãos examinados, quase 90% concernem a aumento na conta de telefonia. Observou-se ainda que pedidos de repetição de indébito e indenização por dano moral são cumulados na maioria das ações.

Paralelamente, constatou-se que os 668 acórdãos se distribuem entre sete colégios recursais de juizados especiais e 23 câmaras de direito privado do TJSP.

⁵ Confira-se o Conflito de Competência n. 142.731/RJ, decidido em 30 de novembro de 2015.

Apesar disso, 574 acórdãos, isto é, 85,9%, concentram-se em três turmas recursais da mesma região de SP, Jales, de modo que apenas 94 julgados se originam dos 27 colegiados restantes.

Quanto à resposta judicial ao pedido principal das demandas, o exame dos dados propiciou definir duas correntes: a que considera o art. 52 ilegal e a que o reputa válido.

Os acórdãos do primeiro grupo reconhecem a ilicitude do art. 52 por ofensa a normas sobre oferta e proteção contratual, além de princípios como os da vulnerabilidade e da informação adequada do consumidor, conforme arts. 4º, I, 6º, III, 39, IX, e 51, IV, X e XIII, do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Diante disso, julgam procedente o pedido principal, ao fundamento de ser necessária a anuência do consumidor à alteração contratual. Em relação aos pedidos subsequentes, de modo geral, dão procedência à repetição e reconhecem indenização por dano moral, se provado desvio produtivo do consumidor. A indenização é fixada em R\$ 5.000,00, como regra.

Dentro desse primeiro grupo, inserem-se oito dos 53 acórdãos. Os oito relatores prolataram 292 acórdãos, quase 44% da amostra de 668. Merece nota que 245 (36,6%) provêm de um só relator.

Os acórdãos do outro grupo são deferentes à opção regulatória. Consideram que a alteração do contrato de trato sucessivo justifica-se por razões de ordem técnica e econômica, tais como o sensível aumento do número de usuários de telecomunicações e a necessidade de manutenção da qualidade dos serviços e de acompanhamento da evolução tecnológica. Malgrado a postura comum, divergem na análise da notificação prévia do consumidor, tanto no que diz respeito à forma quanto ao seu conteúdo.

Em matéria de forma, enquanto alguns admitem SMS para tal finalidade, outros não o aceitam, ao fundamento de não ser idôneo a demonstrar o recebimento pelo consumidor. Do mesmo modo que alguns concordam ser possível a notificação mediante fatura mensal, outros assim não entendem, por se tratar de documento unilateral. O único ponto de comunhão está na prova da notificação por exibição de comunicado em jornal de grande circulação, que todos valoram como inidônea, à exceção de um.

No tocante ao conteúdo da notificação, verificou-se que alguns acórdãos reputam válida comunicação que somente informe o valor mensal do novo contrato e indique um *link* para mais informações, ao passo que outros exigem melhor explicação

ao consumidor, por influxo do direito de informação adequada. Esse esclarecimento consiste na informação clara de que o consumidor pode optar por extinguir a relação contratual ou migrar para outro plano ou oferta dentro de 30 dias, ambos sem ônus.

Dentro desse segundo grupo, incluem-se 45 dos 53 julgados analisados e 376 acórdãos no total, representando 56,2% da amostra de 668. Merece destaque que, em apenas um terço dos 45 acórdãos, considerou-se provada a notificação prévia do consumidor. Vários julgados mencionaram que a prestadora não teria produzido nenhuma prova da notificação. A causa da ausência probatória merece maior estudo, a fim de definir se houve reiterado descumprimento à norma regulatória ou somente dificuldade em exibir a prova em tempo oportuno nos processos. Sem a certeza sobre tais hipóteses, o exame de eventual litigância de má-fé torna-se difícil. Observou-se que nenhum dos 53 acórdãos apenou a prestadora de serviço por violação a dever ético processual.

Nesse segundo grupo, ainda merece nota a fundamentação de sete julgados, no que tange ao direito de manutenção do contrato. Considerando que a notificação pode ser realizada a qualquer tempo, com concessão de prazo de 30 dias para o consumidor optar por outro plano ou extinguir o contrato, eles concluíram que a procedência do pedido de obrigação de fazer só deveria vigorar enquanto a notificação não se cumprisse nesses moldes. Alguns acórdãos entenderam que o consumidor estava informado sobre a alteração contratual e fixaram prazo de 30 dias após o trânsito para exercer a opção de troca.

Tal postura faz refletir sobre outra constatação: a de que as interações do consumidor mantidas com a prestadora antes da ação são justificadas nos acórdãos para avaliar o direito à eventual indenização por dano moral, mas não para perquirir o cumprimento pela prestadora do dever de informação sobre a alteração. De fato, nenhum dos 53 julgados reconhece que o consumidor teria sido notificado por meio dessas interações, apesar de cerca de 20% admitir indenização no campo extrapatrimonial em decorrência da perda de tempo vital.

O perfil de litigância repetitiva e as respostas jurisdicionais descritos neste trabalho permitem explorações. Embora os achados advenham de amostra módica de judicialização e isso inspire certa cautela, tem-se que não há impedimento absoluto à formulação de algumas ideias iniciais, sem prejuízo de seu amadurecimento em novos estudos.

Assim, algumas especulações merecem registro, conquanto não se refiram ao problema principal desta pesquisa.

Nesse sentido, chama a atenção a concentração geográfica da amostra. Como visto, 85,9% dos acórdãos originam-se de uma única região, onde se localizam três colégios recursais, dentre eles, o que julga ilegal o art. 52 e, se presente desvio produtivo, fixa indenização em R\$ 5.000,00. Observou-se que demandas nessa localidade têm bastante êxito em obter tal indenização em 1ª instância, havendo, contudo, reforma em 2º grau conforme o órgão julgador. Ademais, do total de acórdãos estudados, cerca de 20% admitiram a existência de dano moral, 13% pertencentes à área em destaque. Tal constatação instiga novos estudos relativos às questões dos incentivos para litigar e da real motivação das demandas.

De igual modo, cabe frisar o efeito gerado pela atomização de centenas de ações sobre a mesma questão regulatória, com entrega de julgamentos díspares. A resolução da questão por IRDR, cuja instauração não foi constatada, geraria uniformização e prestígio à isonomia, embora sem repercutir em sensível otimização dos recursos do sistema de justiça, que continuaria prolatando julgamentos individuais. É de se ter, contudo, que o IRDR poderia trazer discussões quanto à competência, ante possível alegação de necessidade da presença da Anatel, pelo fato de seu regulamento estar sendo analisado em incidente cuja resolução gera efeito vinculativo para o Poder Judiciário.

Anotadas tais impressões sobre pontos periféricos, cabe avançar à hipótese deste trabalho, de modo a construir resposta à seguinte pergunta: o modo como foi redigido o art. 52 do RGC é fator que contribui para a causa dos conflitos em estudo?

A análise desse impacto exige prévio delineamento. Nesse sentido, impõe pontuar que as defesas apresentadas nas demandas, segundo relatório dos acórdãos, fundam-se basicamente no enunciado textual do art. 52 do RGC. Em algumas das ações, a prestadora exibiu fatura ou SMS pelos quais diz ter procedido à notificação do consumidor sobre a alteração do contrato. Verifica-se que a informação inserida nesses documentos é de redação curta, mencionando que nova condição comercial e novo valor passarão a ser aplicados no mês seguinte, com indicação de um *link* para mais esclarecimentos. Não se informa ao consumidor que ele pode, dentro de 30 dias, extinguir a relação ou escolher outro plano sem ônus, se preferir.

Como descrito, os acórdãos não examinam o art. 52 do RGC de forma isolada, mas o contextualizam com normas do CDC e do RGC, em especial, com o direito à informação adequada do consumidor, previsto no art. 6º, III, do CDC, e no art. 3º, IV, do RGC.

Para a teoria da interpretação, a norma que prevê o direito à informação adequada pode ser classificada como princípio. Ávila (2004) ensina que princípios são normas imediatamente finalísticas, em contraposição às regras, que são imediatamente descritivas. É dizer, os princípios indicam os fins, mas não os meios para alcance, ao passo que as regras detalham condutas necessárias à concretização dos fins. Como efeito da não incorporação de condutas em seu enunciado textual, os princípios naturalmente implicam maior ônus argumentativo e aumentam a discricionariedade do intérprete, visto que não têm a pretensão de oferecer solução única para a tomada de decisão. Já as regras, ao contrário, têm pretensão primordial decisiva e abarcante, restringindo, de modo geral, o âmbito de trabalho do intérprete.

Sampaio e Wada (2016) acenaram para algumas consequências da abordagem principiológica na esfera da regulação. Em estudo de ações de consumo no setor de eletricidade, concluíram que a maior revisão dos atos do regulador pelo Poder Judiciário relacionava-se justamente à aplicação de princípios do CDC pelos juízes, enquanto a maior deferência judicial foi percebida na área regulatória técnica, composta de regras precisas e complexas. Conclusão semelhante foi, em certa medida, tomada por Faraco, Neto e Coutinho (2016), em pesquisa exploratória de dados na área de telecomunicações.

Nessa perspectiva, há que se refletir se os conflitos em estudo teriam menor probabilidade de eclodir, se o enunciado da regulação concretizasse, por meio de uma regra, a maneira de garantir ao consumidor informação adequada diante da mudança contratual.

Admita-se, por hipótese, que o art. 52 do RGC tivesse o seguinte acréscimo textual:

Para fins de cumprimento da notificação prevista neste artigo, as prestadoras deverão informar clara e ostensivamente que, diante da retirada de comercialização do atual contrato, o consumidor terá de escolher uma das seguintes opções nos próximos 30 dias: (1) aderir a outro contrato sem ônus; (2) encerrar a relação contratual sem ônus; ou (3) ser migrado para o contrato descrito na presente notificação, se decorrido em branco o prazo de 30 dias.

Essa suposta regra regulatória, com a descrição do conteúdo da notificação prévia do consumidor e detalhamento do que deve ser cumprido pelos regulados, teria aptidão de impactar na prevenção dos conflitos?

A resposta parece ser positiva. Ao tornar claro o dever de comunicar quais seriam as escolhas possíveis ante a iminente alteração contratual, a regra asseguraria

informações valiosas ao consumidor, que saberia como agir diante do impasse e, se não concordasse com a modificação, poderia de pronto buscar outra oferta ou contratar com outra prestadora de serviço. A liberdade de contratar, realçada nos acórdãos do Grupo 1, estaria garantida.

Nesse sentido, se há referencial teórico e empírico de que a abertura dos enunciados textuais por meio de princípios leva à maior assimetria na interpretação da norma, verificam-se fortes razões para que o texto regulatório, tanto quanto possível, detalhe com clareza os comportamentos a serem cumpridos pelos regulados, em especial em temas sensíveis, como o é a informação adequada de centenas de milhões de consumidores sobre a situação de seu contrato de telecomunicações.

É digno de nota o desenho diferente da matéria na proposta do novo RGC (ANATEL, 2020). A seguir a minuta (arts. 26, §§ 2º e 3º, e 65), as prestadoras não poderão alterar os contratos de consumo, mas extinguir os com prazo de vigência indeterminada, mediante comunicação ao consumidor com antecedência mínima de 30 dias, preferencialmente por meio eletrônico. A comunicação deverá alertar o consumidor sobre a necessidade de adesão a uma nova oferta e as consequências de não o fazer dentro do prazo, o que, na prática, importará a interrupção dos serviços por término contratual. A minuta ainda especifica que, em se tratando de extinção de oferta na modalidade pré-paga, deve ser garantida ao consumidor a manutenção do seu crédito para utilização em uma nova oferta pré-paga.

A proposta de mudança do tratamento regulatório talvez decorra da percepção da agência de que o art. 52 não repercute em adequada proteção ao direito dos consumidores. Frise-se que, entre os assuntos mais reclamados no relatório do Consumidor em Números, tem figurado a cobrança por serviços de telefonia e, no panorama de reclamações de 2020 da própria Anatel, o assunto cobrança aparece como motivação que enseja os maiores registros.

Interessante é a constatação de que o debate levantado pelas prestadoras de serviço na audiência pública sobre a minuta do RGC, conforme vídeo disponibilizado no canal da Anatel no YouTube (ANATEL, 2021), foi justamente no sentido de defesa do caráter apenas principiológico da regulação, que não deveria detalhar comportamentos ou especificar a forma, senão tecer somente padrões gerais de condutas. Será?

3 CONCLUSÃO

Por meio do estudo de amostra de 668 acórdãos do TJSP, este trabalho identificou perfil de litigância de ações repetitivas envolvendo o art. 52 do RGC da Anatel, norma regulatória que veio a permitir a alteração do contrato de telecomunicações, mediante prévia notificação do consumidor no prazo de 30 dias.

Apurou-se que as demandas em estudo, de cunho individual, revelam baixo conteúdo econômico (inferior a R\$ 10,00 ao mês) no pedido formulado pelo consumidor para manutenção do contrato e, de modo geral, cumulam pedidos de repetição de indébito e indenização por dano moral. Constatou-se grande concentração geográfica das ações, na medida em que quase 86% do total dos acórdãos se origina de turmas recursais da região de Jales.

A resposta do Poder Judiciário sobre o art. 52 do RGC foi dividida em duas correntes: a que o considera ilegal e a que o reputa válido. Observou-se que, mesmo nos acórdãos deferentes à regulação, há considerável índice de procedência do pedido de obrigação de fazer, por ausência de demonstração da notificação prévia do consumidor. A par disso, severa assimetria na avaliação da prova e no conteúdo da notificação foi verificada. Notou-se também que, quando reconhecido dano moral, a indenização foi arbitrada, de regra, em R\$ 5.000,00.

A pesquisa foi desenvolvida com o propósito de investigar eventual conduta da regulação propulsora dos conflitos. Nesse sentido, explorou-se que a Anatel pode ter contribuído para a eclosão das disputas, ao não detalhar o conteúdo da notificação prévia do consumidor ou, em outras palavras, não concretizar o direito à informação adequada. Procurou-se refletir se faz diferença um enunciado regulatório que se utilize de regras, com descrição clara de condutas a serem praticadas pelos regulados, no lugar de princípios, mais suscetíveis à disparidade interpretativa.

Nessa perspectiva, os dados tratados neste trabalho, *a priori*, sugerem a necessidade de uma regulação forte da matéria, por meio de regras, e não apenas princípios. A imprecisão regulatória gera assimetria na interpretação, enfraquece o poder sancionatório da agência e dificulta o conhecimento pelo consumidor de seus direitos.

Por fim, há de se pontuar que alguns comportamentos fundados na boa-fé contratual, também uma norma princípio, apenas passaram a ser exigíveis depois de internalizados em regras. Tomem-se de exemplo o dever de informar o número

do protocolo no início do atendimento (art. 7º, § 2º, RGC) e o dever de envio ao consumidor do comprovante de rescisão contratual (art. 16, RGC). A ser de outra forma, talvez hoje ainda existissem discussões sobre a necessidade de observância de tais padrões cooperativos de conduta, fosse apenas a previsão finalística da boa-fé por princípio.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). **Minuta de Resolução do RGC**. Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC. Brasília, DF: ANATEL, 2020. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO5nNDwPY1_9dM_t9HkL13BNSNDwjEDw mfpoilgC9OiNsTzL_BSuKLTMCd10-12f-aXXh2UzCBqyrTfCGmdclMfr. Acesso em: 13 maio 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). **Panorama – Reclamações**

2020. Brasília, DF: ANATEL, 2020. Disponível em: <https://sistemas.anatel.gov.br/anexarapi/publico/anexos/download/fb5d24928ef71087dd56d8c8e9a99cab>. Acesso em: 13 maio 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). **Panorama setorial de telecomunicações**. Brasília, DF: ANATEL, dez. 2020. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO6zRHRohXaMfbq-_SVXI4NwYYSYE00a4Xdm-Yhydn2PVOvNQumWZk3QwVsnxgMhAtBuK1HYN0_b6TreEfPJkww. Acesso em: 8 maio 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. [S. l.]: AMB, 2018. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB10.pdf>. Acesso em: 8 maio 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação prática dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **100 maiores litigantes**. 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 8 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório Analítico Propositivo**. Justiça Pesquisa. Políticas Públicas do Poder Judiciário. Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf>. Acesso em: 8 maio 2021.

FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. *In*: PRADO, Mariana Mota. (org.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**.

São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 161-181. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estadoregulador.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 3 maio 2021.

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR (Senacon). Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Consumidor em números 2019**. [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/Balan%C3%A7o_-_Consumidor.gov.br_2018_.pdf. <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/2020/Consumidor-em-nmeros---2019.pdf>. Acesso em: 8 maio 2021.

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR (Senacon). Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Consumidor em números 2020**. [S. l.: s. n.], 2020. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/Consumidor_em_n%C3%BAmeros__2020_V4.pdf. Acesso em: 8 maio 2021.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n.1, e1948, 2020.

PROPOSTA de revisão do Reg. Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC). [Evento Digital]. [S. l.]: Agência Nacional de Telecomunicações. Youtube, 9 de fev. de 2021. 1 vídeo (3 horas, 7 minutos e 50 segundos). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=z2qIUuMui9o>. Acesso em: 13 maio 2021.

SAMPAIO, Patrícia; WADA, Ricardo Morishita. A regulação e o Judiciário: o caso do setor de eletricidade. In: PRADO, Mariana Mota. (org.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 135-160. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estadoregulador.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 3 maio 2021.

A ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO E O COMPROMISSO SOCIAL DA PSICOLOGIA NO JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DOCUMENTAL COMO ESTRATÉGIA DE TERRITORIALIZAÇÃO

Maria dos Remédios Brito Viana¹
Karla Shirley de Aquino Silva²

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetivou analisar e discutir – a partir de uma perspectiva crítica da Psicologia Social – os documentos de avaliação psicológica elaborados para o Tribunal de Justiça do Tocantins provenientes de uma comarca situada na Microrregião do Bico do Papagaio. Assim, trata-se de uma pesquisa documental articulando-se o fazer social do psicólogo no âmbito jurídico como uma estratégia de territorialização.

O tema em questão surge a partir de inquietações acerca do compromisso social do psicólogo e sua atuação no Judiciário frente à uma realidade de sujeitos que se encontram em situações de fragilidades e vulnerabilidades socioeconômicas. Assim, trazer à tona esse olhar e problematizar o fazer psicológico intramuros, torna-se relevante e pertinente para a discussão, possibilitando vasta compreensão, teoricamente embasada, acerca das diversas circunstâncias vivenciadas que estão para além dos registros documentais, bem como uma aproximação territorial do contexto sócio-histórico e econômico no qual estes sujeitos estão inseridos.

Dessa forma, faz-se necessário problematizar: Quais são as demandas atendidas por uma psicóloga do Núcleo Gestor de Equipes Multidisciplinares – GGEM do Tribunal de Justiça do Tocantins na região Bico do Papagaio? Quais as contribuições da Psicologia Social Crítica e do fazer voltado para o Compromisso Social frente à realidade deste território?

Nesse contexto, propôs-se realizar uma análise documental acerca do problema acima levantado, a fim de suscitar questionamentos e indagações sobre o

¹ Psicóloga pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Mestranda em Sociologia pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Psicóloga credenciada no Núcleo Gestor de Equipes Multidisciplinares – GGEM do Tribunal de Justiça do Tocantins e Professora do Curso de Psicologia do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão – Iesma/Unisulma.

² Graduanda em Psicologia pelo Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão – Iesma/Unisulma.

compromisso social da Psicologia caracterizando o território a partir das demandas existentes, apontando para direcionamentos e estratégias de territorialidades capazes de estabelecer o desenho socio-psico- cultural-econômico-político da área.

Para isso, buscou-se estruturar as documentações de avaliação psicológica realizadas por meio do Núcleo Gestor de Equipes Multidisciplinares – GGEM do Tribunal de Justiça do Tocantins de uma comarca situada na Microrregião do Bico do Papagaio, realizando um levantamento acerca das principais demandas atendidas entre 2018 e 2020, para serem analisadas e discutidas correlacionando-as ao arcabouço teórico da Psicologia Social Crítica.

Em síntese, o presente estudo revela e preconiza a necessidade de uma aproximação entre a Psicologia Jurídica e o projeto de compromisso social da Psicologia evidenciando que o trabalho realizado pelos profissionais credenciados no Tribunal de Justiça do Tocantins propõe um percurso que se aproxima com o fazer social do psicólogo, percebendo-se uma expansão da “prática psi” no contexto em que os sujeitos se encontram, o que possibilita o alcance de elementos advindos desse contexto para subsidiar o trabalho dos magistrados.

2 DESENVOLVIMENTO

A região estudada localiza-se na extremidade norte do Estado do Tocantins, situada entre os estados do Pará e do Maranhão, sendo banhada pelo Rio Araguaia e pelo Rio Tocantins, cuja característica de confluência, “bico”, conduziu ao seu nome. Essa microrregião – composta por 25 municípios – caracteriza-se por ser um território com vulnerabilidades socioeconômicas significativas, onde a Microrregião do Bico do Papagaio apresentou um aumento exponencial na população rural, em uma época em que o Brasil e o Tocantins evidenciaram uma decadência de sua população rural (OLIVEIRA; STRASSBURG, 2014).

A Microrregião do Bico do Papagaio é identificada e reconhecida pela luta de seu povo pela terra, em prol de um espaço para produzir sem interferência do capital. Assim, “características como a resistência, as lutas pelo espaço da produção familiar e a manutenção do campesinato se tornam marcantes na região do Bico do Papagaio” (ALMEIDA, 2010, p. 37). Além disso, esse espaço possui um perfil socioeconômico marcado por uma “população de origem rural, com baixos índices de escolaridade, alto crescimento vegetativo, baixos índices de capitalização” (ALMEIDA, 2010, p. 50).

Levando em consideração as especificidades da Microrregião do Bico do Papagaio, é pertinente compreender o conceito de territorialização, que advém da área da saúde, mas pode funcionar como importante estratégia de conhecimento do território no judiciário. Trata-se de uma “estratégia de transformação de práticas de trabalho e de conhecimento do território, ressaltando reflexões acerca de uma melhor estruturação desta atuação de cuidado neste espaço” (BEZERRA et al., 2020, p. 85), trazendo, assim, a possibilidade de patentear a superação de injustiças sociais e diferenças regionais.

O conceito de território para além dos limites geográficos envolve ainda espaços de vida e meios de socialização reconhecidos pelos povos que ali vivenciam. O processo de territorialização permite aos profissionais um conhecimento da realidade das pessoas, buscando arquitetar com elas práticas direcionadas para suas reais necessidades, tornando-se indispensável compreender os meios de superação das desigualdades no Brasil, levando em consideração as necessidades populacionais a partir de seu próprio território (BEZERRA et al., 2020).

Nesse sentido, a presença da Psicologia em setores mais populares torna seu fazer mais acessível – o que a caracteriza como uma ciência e profissão mais próxima de uma verdadeira Psicologia Social. Parafraseando Lane e Codo (2012, p. 207), “a Psicologia na Comunidade pretende aproximar-se das classes populares, ajudando-as na conscientização de sua identidade psicossocial de classes submissas e dominadas, como primeiro passo para uma superação dessa degradante situação de submissão”.

O fazer do psicólogo no judiciário emerge como agente transformador da realidade social, uma vez que estes profissionais podem contribuir significativamente para uma justiça mais humana e democrática, a partir de seus conhecimentos técnicos e práticos que atravessam o compromisso ético da profissão. Contemporaneamente, a atuação do psicólogo no Judiciário advém de uma compreensão na qual a demanda do sujeito pode não estar em harmonia com a solicitação das instituições jurídicas e que, neste sentido, o psicólogo precisa assumir uma posição adepta à saúde, ao bem-estar e à garantia de direitos dos sujeitos. (CASTRO; COSTA NETO, 2013).

No que concerne aos desafios de atuação no âmbito jurídico, é recorrente, por parte dos sujeitos, omissões e dissimulações de algumas informações, por preocupação quanto às penalidades que poderiam ser acarretadas – o que acaba dificultando o processo investigativo. Em casos assim, é necessário que o psicólogo busque meios alternativos a fim de coletar informações mais precisas e fidedignas como observação, visita domiciliar e uso de testes psicológicos (SILVA; TORRES,

2019), corroborando o que assegura Rovinski (2007, p. 46) é preciso que “a coleta de dados não se restrinja ao discurso do periciado, mas a todas as fontes consideradas relevantes”.

Nessa perspectiva, adentrando-se aos desafios perante essa prática, é pertinente reconhecer e discutir que a busca de meios alternativos para coleta de informações envolve uma articulação acerca do compromisso social da Psicologia diante das diversas formas de atuação na qual o profissional se faz presente. Muitas práticas que se denominam como de transformação social não expressam mudanças ocasionadas diretamente na realidade das pessoas e da comunidade. Por outro lado, em assonância com Bock; Gonçalves e Furtado (2015), é necessário que o psicólogo se posicione de forma ética e política ante o mundo social e psicológico a fim de se tornar um bálsamo para o sofrimento psicológico dos sujeitos.

Em vinculação com o contexto estudado e o fazer voltado para o compromisso com a transformação social, cabe mencionar a proposta e a luta de Martín-Baró para dar voz aos sujeitos oprimidos, dedicando-se em prol do compromisso social com as classes subalternas, fundamentando-se em uma psicologia social crítica e libertadora. Baró propôs, a partir da psicologia da libertação, um fazer compromissado com os sofrimentos, os anseios e as lutas dos povos, dedicando parte de sua vida para defender os direitos humanos, a equidade e a justiça social. (ÁLVARO; GARRIDO, 2017).

Em conexão com as contribuições de Martín-Baró, Silvia Lane propõe um projeto acerca do compromisso social da Psicologia, que surge em um momento onde o Brasil e a América Latina davam início a uma época política sombria, que foi marcada pela ditadura militar. Marcadamente apresentados, a repressão vinda do poder, as desigualdades sociais e a opressão vivenciada pela sociedade trouxeram questionamentos acerca do papel da psicologia social e dos pesquisadores da área. (SAWAIA, 2007).

Diante disso, Silvia Lane (2012) buscou evidenciar que a Psicologia precisa se constituir de forma que venha a contribuir para a transformação da realidade social, trazendo à tona um conhecimento com a possibilidade de falar sobre a vida vivida e expressar alternativas “de contribuição para a transformação e a movimentação das condições de vida na busca da dignidade” (BOCK et al. 2007, p. 55, *grifo nosso*).

A elaboração de produto técnico conjunto solicitado pelo Núcleo Gestor de Equipes Multidisciplinares – GGEM parte da necessidade de realização de atribuições com análise crítica, denunciando imperícias do Estado que tendem diuturnamente a

um esvaziamento de suas responsabilidades acerca da efetivação dos direitos em prol da vida da população. O trabalho interdisciplinar tende, portanto, a prevenir a criminalização e a estigmatização dos sujeitos e possibilita impulsionar o Estado à resolutividade em relação às diversas questões sociais e familiares dos jurisdicionados.

Dessa forma, atualmente o Núcleo GGEM de Tocantinópolis – TO conta com seis comarcas, localizadas em: Ananás – TO, Tocantinópolis – TO, Itaguatins – TO, Araguatins – TO, Augustinópolis – TO e Xambioá – TO. O Núcleo possui no total 25 profissionais da área de Serviço Social, 18 profissionais da Psicologia e 41 profissionais da Pedagogia, correspondendo a 84 profissionais credenciados.

Estudo mais recente, feito por Oliveira e Strassburg (2014), demonstra que a Microrregião do Bico do Papagaio se compõe por apenas 25 municípios, o que corresponde a 5,75% do Estado de Tocantins. Na pesquisa em questão, a cidade de Xambioá – TO não se evidencia como pertencente à região.

Dado o exposto, as análises realizadas acerca dos documentos de Avaliação Psicológica elaborados para o Tribunal de Justiça do Tocantins provenientes de uma Comarca situada na Microrregião do Bico do Papagaio permitiram verificar e constatar um total de 119 documentos produzidos no decorrer de 2018, 2019 e 2020.

Dado o exposto, percebe-se uma diminuição de atendimentos realizados principalmente em 2020. Este fato se deu devido a uma importante questão epidemiológica que alude ao alto nível de infecção pelo SARS-CoV-2 (Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2), agente etiológico da Covid-19 (Coronavirus Disease 2019).

A pandemia da doença transmitida pelo coronavírus foi reconhecida pela Organização Mundial de Saúde – OMS em 11 de março de 2020, sendo que a ausência de vacina contra esse vírus tornou desmedido o aumento do número de casos. Por isso, diversas medidas foram adotadas no Brasil, dentre elas, o isolamento social, a fim de evitar a transmissão potencial da doença e diminuir a curva de disseminação do coronavírus (MALTA et al., 2020).

Assim, trabalhadores foram orientados a realizar suas atividades em casa e autoridades públicas decretaram o fechamento de estabelecimentos comerciais e em alguns municípios e estados fecharam limites e divisas (MALTA et al., 2020).

A Microrregião do Bico do Papagaio caracteriza-se por possuir uma área de 15.993,20 km², composta por 25 municípios do Estado do Tocantins, o equivalente a 5,75% do território.

O último censo populacional – realizado em 2010 – registrou uma população de 196.367 habitantes, o que evidencia 14% do total do Estado (OLIVEIRA; STRASSBURG, 2014).

Dentre os 25 municípios da região, a pesquisa permitiu verificar os atendimentos que foram realizados em 11 desses, ocorridos entre os anos de 2018 e 2020. Constatou-se que a maioria (42%) dos processos recebidos para elaboração de documentos são oriundos da cidade de Augustinópolis – TO, o que corresponde a 51 documentos elaborados.

Por outro lado, as cidades com menos (1%) processos recebidos durante esse período são Arguanópolis – TO, Tocantinópolis – TO e Axixá do Tocantins – TO, o que corresponde a um documento realizado em cada uma das três cidades mencionadas.

No que se refere à população rural proveniente desses municípios, evidenciou-se nos documentos analisados que, dentre as visitas domiciliares realizadas na microrregião, 23% da população atendida localiza-se na zona rural dos municípios, o que corresponde a um total 27 atendimentos realizados nessa área.

3 CONCLUSÃO

Os dados trazem à tona a importância de refletir acerca do compromisso social do psicólogo no Judiciário, ressaltando que o compromisso implica reafirmar que a Psicologia precisa se desenvolver de forma a contribuir com a transformação da sociedade. Assim, é necessário compreender os aspectos psicológicos como algo que se constitui a partir da dialética existente entre subjetividade-objetividade, a qual proporciona a possibilidade de, ao abordar o sujeito, levar em consideração a realidade social da qual ele está inserido (BOCK et al., 2007).

Dessa forma, faz-se necessário aproximar a Psicologia Jurídica do projeto de compromisso social da Psicologia, tendo em vista que o que se acompanha comumente é uma Psicologia Jurídica intramura. Em contrapartida, levando em consideração os dados da pesquisa, percebeu-se que o trabalho realizado pelos profissionais credenciados no Tribunal de Justiça do Tocantins trata-se de um percurso inverso a esse fazer tradicional. Trata-se de um novo *modus operandi* que evidencia e retrata

a realidade dos sujeitos, o que traz a possibilidade de captar elementos significativos advindos desse campo.

Cabe destacar que a função social do psicólogo implica considerável mudança no paradigma de atuação da profissão no Brasil, percebendo-se, portanto, que o compromisso social está para além das diversas possibilidades de atuação no mercado de trabalho, envolvendo-se com parcelas específicas da população identificadas como classes subalternas e vulneráveis, as chamadas maiorias populares. Não se trata apenas de superar o elitismo dentro da Psicologia, mas redirecionar a atuação do psicólogo para a transformação social e para a mudança das condições de vida desses sujeitos (YAMAMOTO, 2007).

Assim, fica evidente que o compromisso social do psicólogo envolve colaborar para a superação das desigualdades e opressões vivenciadas pelos sujeitos menos favorecidos e compreendê-lo como um integrante ativo do processo social. Dessa forma, o entendimento advindo da Psicologia deve levar em consideração os meios que ocasionam a alienação para, dessa maneira, contribuir para amplificar a conscientização, a autonomia e o protagonismo dos sujeitos (BOCK et al., 2007).

Nesse sentido, é impreterível reafirmar e evidenciar que, a partir da coleta de dados, foi possível observar que os atendimentos realizados possuem um olhar bem próximo da realidade atendida, isto é, há um adentramento do fazer psicológico ao contexto em que os sujeitos se encontram para a obtenção de elementos que subsidiem a decisão de magistrados. Este dado se evidencia em todos os procedimentos técnicos utilizados para avaliação psicológica, tendo em vista que a visita domiciliar é o procedimento técnico que sempre se utiliza para realização dos documentos psicológicos. O “sentir com”, o “estar lá” e o “olhar para” são evidentes e tornam a prática em questão altamente acessível, acolhedora e compromissada com o fazer social da Psicologia nesses espaços.

Levando em consideração a atuação do psicólogo e seu compromisso social com a Psicologia no âmbito do Judiciário, foi possível identificar ainda, por meio da classe da ação nos dados coletados, as principais demandas atendidas por este profissional no âmbito jurídico. Em 2018, os processos de guarda tiveram o maior índice (49%) correspondendo a um total de 33 casos de guarda. Em seguida, tem-se os processos de Apuração de Ato Infracional (19%), o que equivale a 13 casos identificados.

Diante das demandas observadas, constatou-se que o compromisso ético-político do psicólogo encontra-se cada vez mais atravessado por temáticas e questões

sociais, sendo pertinente trazer uma reflexão acerca, por exemplo, das medidas socioeducativas e os processos referentes à Apuração de Ato Infracional, levando em consideração a atuação do psicólogo.

Além dos processos de Guarda e Apuração de Ato Infracional, que foram os mais recorrentes durante 2018, identificou-se ainda processos de Adoção (7%), Tutela (6%),

Ação Penal – Procedimento Ordinário (4%), Medidas de Proteção à Criança e Adolescente (4%), Perda ou Suspensão ou Restabelecimento do Poder Familiar (3%), Divórcio Litigioso (3%), Busca e Apreensão (2%), Negatória da Paternidade (2%) e Interdição (1%). No ano de 2019, os casos de Guarda (13%) e Apuração de Ato Infracional (3%) ainda apareceram, porém de forma menos recorrente. Os processos realizados com mais frequência foram os de Adoção (20%) e Interdição (19%), que corresponde à mesma quantidade – seis casos.

O compromisso social do psicólogo envolve ainda que sua atuação esteja presente também em momentos sucessores, que serão permeados por situações jamais experimentadas por ambas as partes, recomendando-se assim, um psicólogo para auxílio e acompanhamento em cada novo sentir, vivenciar e experienciar (REIS; LEITE; MENDANHA, 2017).

Ainda referente aos processos analisados, percebeu-se em 2019 a recorrência de casos de Interdição. Nesse sentido, faz-se necessário compreender que a capacidade civil trata-se de uma condição que permite ao indivíduo a possibilidade de adquirir e contrair direitos de forma independente, isto é, responder por suas ações na vida social sem necessitar de um representante legal para isso. Em contrapartida, a interdição civil é solicitada quando o sujeito perde a capacidade de conduzir a si mesmo e aos seus próprios recursos (MELO et al., 2017).

Destaca-se ainda que em 2020 desenvolveu-se, com mais frequência, relatórios construídos por equipes multidisciplinares – psicossocial e sociopsicopedagógico, apontando que o trabalho realizado em equipe multiprofissional constitui um espaço excepcional para a atuação da interdisciplinaridade, pois trata-se de uma forma de trabalho que está para além de uma junção de vários profissionais com diferentes saberes. Esta prática envolve uma conexão de fazeres multiprofissionais que possibilita uma reflexão profunda sobre o “sentir” e o “expressar” dos sujeitos em questão, além de proporcionar aspectos facilitadores para isso, como ter conhecimento acerca do trabalho e do saber do outro, estabelecer consenso e promover diálogos que contemplem o sujeito em sua integralidade. (MORAIS, 2019).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Rutileia Lima. **A formação regional do Bico do Papagaio: Regionalização e Polarização**. 125 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Instituto de Estudos SócioAmbientais/IESA da Universidade Federal de Goiás/UFG, Goiânia, 2010. Disponível em: [https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/5062/5/Disserta%
c3%a7%c3%a3o%20-%20Rutileia%20Lima%20Almeida%20-%202010.pdf](https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/5062/5/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Rutileia%20Lima%20Almeida%20-%202010.pdf). Acesso em 23 mar. 2021.
- ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicologia Social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. São Paulo: AMGH Editora, Artmed, 2017.
- BOCK, Ana Mercês Bahia *et al.* Sílvia Lane e o projeto do “Compromisso Social da Psicologia”. **Psicologia & Sociedade**, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 46-56, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/psoc/v19nspe2/a1819ns2.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.
- BOCK, Ana Mercês Bahia; GONÇALVES, Maria da Graça Marchina; FURTADO, Odair. **Psicologia sócio-histórica: uma perspectiva crítica em Psicologia**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2015.
- BEZERRA, Raíra Kirly Cavalcante *et al.* Territorialização como estratégia de transformação no território. **Cadernos ESP**, Ceará, v. 14, n. 1, p. 84 – 88, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://cadernos.esp.ce.gov.br/index.php/cadernos/article/view/217/200>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- CASTRO, Maristela Miranda de Carvalho; COSTA NETO, Sebastião Benício da. Representação social e práticas do Psicólogo Jurídico no Brasil. **Fragments de Cultura, Goiânia**, v. 23, n. 3, p. 363-377, jul./set. 2013. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/fragmentos/article/viewFile/2956/1809>. Acesso em: 19 mar. 2021.
- LANE, Silvia T. M.; CODO, Wanderley. **Psicologia Social: o homem em movimento**. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.
- MALTA, Deborah Carvalho; SZWARCOWALD, Célia Landmann; BARROS, Marilisa Berti de Azevedo; GOMES, Crizian Saar, *et al.* A pandemia da Covid-19 e as mudanças no estilo de vida dos brasileiros adultos: um estudo transversal, 2020. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 29, n. 4, p. 1-13, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ress/v29n4/2237-9622-ress-29-04-e2020407.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021.
- MELO, Diego Gomes da Silva *et al.* Avaliação Psicológica Forense na Capacidade Civil. **Psicologia.pt**, [S. l.], p. 1646-6977, 2017. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1136.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MORAIS, Maíra de Azevedo. **Ações de uma equipe multiprofissional: o atendimento do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa.** 86 f. Dissertação (Mestrado em Odontologia) - Faculdade de Odontologia da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/31181/3/MAIRA_Dissertac%cc%a7a%cc%83o_Fi nal_Reposito%cc%81rio.pdf. Acesso em: 17 mar. 2021.

OLIVEIRA, Nilton Marques de; STRASSBURG, Udo. Notas sobre a desigualdade social no Bico do Papagaio – Tocantins. **Revista Interdisciplinar da Universidade Federal do Tocantins**, Tocantins, v. 1, n. 1, p. 130-148, jul./dez. 2014.

REIS, Aline Magalhães; LEITE, Camila Maiara da Silva; MENDANHA, Élide Cristiny Cardoso. A importância do psicólogo jurídico nas práticas de adoção. **De Magistro de Filosofia**, [S. l.], ano X, n. 22, 2017. Disponível em: <http://catolicadeanapolis.edu.br/revistamagistro/wp-content/uploads/2017/09/a-import%C3%A2ncia-do-psic%C3%B3logo-jur%C3%ADdico-nas-pr%C3%A1ticas-de-ado%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Fundamentos da perícia psicológica forense.** 2. ed. São Paulo: Vetor, 2007.

SAWAIA, Bader Burihan. Teoria Laneana: a univocidade radical aliada à dialética-materialista na criação da Psicologia Social Histórico-Humana. **Psicologia & Sociedade**, [S. l.], v. 19, p. 81-89, jan./abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/psoc/v19nspe2/a2319ns2.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

SILVA, Janaina Santos da; TORRES, Marck de Souza. O trabalho do Psicólogo na Vara de Família – Relato de Experiência. **Revista Amazônica**, Pará, Ano 12, v. XXIV, n. 2, p. 446-463, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufam.edu.br/index.php/amazonica/article/view/6766/4762>. Acesso em: 21 mar. 2021.

YAMAMOTO, Oswaldo Hajime. 50 Anos De Profissão: Responsabilidade Social Ou Projeto Ético-Político? **Psicologia: Ciência e Profissão**, [S. l.] v. 32, p. 6-17, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pcp/v32nspe/v32speca02.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

YAMAMOTO, Oswaldo Hajime. Políticas sociais, “terceiro setor” e “compromisso social”: perspectivas e limites do trabalho do psicólogo. **Psicologia & Sociedade**, [S. l.] v. 19, n. 1, p. 30-37, jan./abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/psoc/v19n1/a05v19n1.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2021.

A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR RECUSA EM FORNECER MEDICAMENTO NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE: ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Ana Beatriz Brusco¹

1 INTRODUÇÃO

A aproximação entre Direito e Economia busca avaliar as consequências práticas das normas jurídicas e das decisões judiciais e compreende que o Direito não pode ser alheio à realidade concreta. Este trabalho estudará em que medida a interdisciplinaridade da análise econômica do Direito pode auxiliar o julgador na quantificação de danos morais nos casos de recusa ao fornecimento de medicamentos por prestadoras de assistência à saúde.

A avaliação das consequências práticas das decisões judiciais permite aferir se a tutela dos bens jurídicos é adequada. A quantificação dos danos morais, sob essa perspectiva, leva em consideração a lesão extrapatrimonial sofrida e os reflexos do montante apurado sobre a conduta dos agentes envolvidos em casos futuros, a fim de se atingir a proteção desejada do bem jurídico lesado.

A quantificação de indenização por danos morais não possui critério estabelecido na lei. Cabe ao julgador estimar o valor devido segundo seu prudente arbítrio e a necessidade de se fazer interpretação de valores jurídicos abstratos relativos à dignidade humana, pois as demandas que versam sobre danos morais apreciam a violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana.

As decisões judiciais trazem regras jurídicas para os casos concretos colocados sob análise do julgador, mas também geram expectativas aos agentes quanto a casos futuros, por meio de efeitos prospectivos, de segunda ordem. Nesse contexto, o julgador deverá estar atento aos incentivos que suas decisões irão gerar na sociedade.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional, mestra em Direito Constitucional e pós-graduada em Processo Civil pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Juíza de Direito Substituta do TJDF.

A positivação da preocupação com as consequências práticas das decisões judiciais no Brasil veio com a edição da Lei n. 13.655/2018, que inseriu o art. 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Passou-se a prever, expressamente, a necessidade de as decisões judiciais considerarem suas consequências práticas quando se valerem de valores jurídicos abstratos.

A consideração das consequências práticas das decisões judiciais é, justamente, o escopo da análise econômica do Direito. Cuida-se de disciplina que visa estudar o Direito, com o manejo do instrumental da Economia, para expandir a compreensão e o alcance das normas jurídicas e das decisões judiciais, aperfeiçoar seu desenvolvimento, observar sua aplicação e avaliar seus efeitos, tendo sempre em mente suas consequências práticas. (GICO JR., 2019, p. 1).

Nesse contexto, o objetivo central deste trabalho é investigar em que medida a análise econômica do Direito pode auxiliar o julgador na quantificação do dano moral em caso de recusa a fornecimento de medicamentos por prestadoras de serviço na área da saúde.

Os objetivos específicos são: compreender quais as funções que a indenização deve cumprir; investigar o método bifásico do STJ enquanto meio para conferir maior racionalidade e previsibilidade nas indenizações fixadas por recusa indevida ao fornecimento de medicamentos; e analisar como deve ser feita a quantificação de danos morais e quais os conceitos da análise econômica do Direito que podem ser utilizados para tanto.

A metodologia a ser utilizada consiste na revisão bibliográfica sobre danos morais e análise econômica do Direito de danos, com o fim de encontrar as contribuições da disciplina para o caso de quantificação de indenização extrapatrimonial decorrente da recusa ao fornecimento de medicamentos por prestadora de serviços de assistência à saúde, aliada ao estudo da jurisprudência do STJ, sobre dano moral, suas funções e as formas de quantificação.

O trabalho é dividido em tópicos subsequentes à introdução. Primeiro, busca-se analisar quais as funções que a indenização fixada em juízo deve cumprir, depois, como deve ser feita a sua quantificação. Em seguida, estudar-se-á a análise econômica do Direito de danos e a proposta dogmática de quantificação de danos morais à luz da análise econômica do direito para o caso selecionado. Por fim, serão apresentadas as conclusões do estudo.

2 AS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Na jurisprudência do STJ, é possível encontrar julgados que enumeram apenas as funções compensatória e punitiva da indenização por danos morais, enquanto outros trazem, de forma mais completa, a chamada tríplice função dos danos morais.

No julgamento do REsp n. 1.771.866/DF, por exemplo, o relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, explica que: “[...] a indenização por danos morais possui tríplice função, quais sejam: a) a compensatória, voltada a mitigar os danos sofridos pela vítima; b) a repressiva, a fim de responsabilizar o autor do ato ilícito; e c) a preventiva, marcada por um caráter pedagógico, visando coibir novas condutas.”. A Ministra Maria Isabel Gallotti elencou as mesmas funções da indenização por danos morais no REsp n. 1.440.721.

No REsp n. 1.698.701/RJ, o STJ se deparou com a questão relativa ao dever de restituir o lucro obtido com o uso indevido do direito de imagem de atriz em campanha publicitária e fixou o entendimento de que não pode o agente causador da ofensa se apropriar do lucro resultante da lesão.

Dessa forma, é possível se extrair que o dano moral possui como finalidade reforçar o cumprimento do preceito de direito, por meio da sanção à conduta violadora da dignidade humana. A indenização fixada deve atender às funções compensatória, punitiva, preventiva e de coibir o enriquecimento sem causa decorrente e o lucro de intervenção.

A sanção jurídica tem como função garantir o cumprimento do preceito. Sua natureza é híbrida, de satisfação do interesse anteriormente sacrificado e de aflição imposta àquele que violou o direito. (CAHALI, 2011, p. 34).

Segundo Héctor Valverde Santana, a indenização de danos morais visa atender às finalidades compensatória, punitiva e preventiva, sendo que esta última deve ser entendida como medida de desestímulo e de intimação não só do ofensor, mas de todos os integrantes da coletividade. (SANTANA, 2019, RB-5.1.).

Pablo Frota (2008, p. 215, 221 e 226-227) e Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 30-33) criticam a função punitiva dos danos morais e argumentam, em síntese, que o sistema jurídico não contemplou o caráter punitivo, que haveria duplo sancionamento do ofensor quando o mesmo fato for previsto como tipo penal, que se geraria insegurança jurídica, imprevisibilidade das decisões judiciais e incentivo à mercantilização das relações jurídicas existenciais.

Quanto à crítica de insegurança jurídica e da falta de previsão legal, idêntica objeção pode ser colocada em relação a todo e qualquer dano moral fixado, pois não existem parâmetros legais específicos para sua quantificação. A resolução da questão da insegurança jurídica passa pela uniformização da jurisprudência e pelo estabelecimento de *standards* gerais e particulares. Ainda, não se pode concluir, de antemão, que a fixação equitativa pelo magistrado, com base na razoabilidade e na proporcionalidade, exclui por completo a punição ao ofensor.

A objeção do *bis in idem* na punição ao causador dos danos pode ser superada pela ponderação do cumprimento de sanção penal pelo ofensor no momento da fixação do montante punitivo da indenização por danos morais, bem como pela independência relativa das instâncias penal, administrativa e civil, tão sedimentada na jurisprudência dos tribunais superiores.

A mercantilização dos danos morais, por seu turno, está mais relacionada ao que se considera dano moral, ao tipo de lesão extrapatrimonial que merece a tutela jurídica, do que ao montante. A perseguição em juízo da reparação não deve ser combatida pelo número de demandas por si só.

Por fim, quanto ao argumento de ser contraditória a conciliação da função punitiva com o enriquecimento ilícito da vítima, o critério da punição do ofensor não é suficiente para mudar radicalmente a condição socioeconômica da vítima, bem como é possível se utilizar da vedação ao enriquecimento ilícito como balizador do máximo do *quantum* indenizatório.

3 A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS

A edição n. 125 da jurisprudência em teses, que tratou do tema dano moral, trouxe uma coletânea de julgados sobre tal método (disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%20125:%20RESPON SABILIDADE%20CIVIL%20-%20DANO%20MORAL](https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%20125:%20RESPON%20SABILIDADE%20CIVIL%20-%20DANO%20MORAL). Acesso em: 18 out. 2020). A leitura do inteiro teor dos paradigmas colacionados na edição n. 125 permite se extrair como devem ser realizadas as duas etapas do método.

Como explica o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do AgInt no REsp n. 1.533.342, na primeira fase, “[...] deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.”

O julgador irá fixar um valor padrão na primeira etapa da quantificação. Para tanto, levará em consideração o interesse jurídico envolvido e observará julgados anteriores que apreciaram casos semelhantes.

A segunda etapa tem por finalidade permitir a valoração das peculiaridades do caso concreto para se chegar ao arbitramento definitivo do *quantum* indenizatório, como explica o Ministro Marco Aurélio Bellizze no REsp n. 1.771.866.

A Corte não se aprofundou sobre quais condições devem ser avaliadas pelo julgador para majorar ou reduzir o montante encontrado em casos anteriores similares (primeira etapa), de modo que o magistrado deverá se socorrer à doutrina na segunda etapa do método bifásico.

Os autores propõem que se leve em consideração as condições pessoais (idade, saúde, profissão e estado civil da vítima), a repercussão social e a gravidade do dano (FROTA, 2008, p. 229), bem como o grau de culpa do ofensor, a intensidade de alteração anímica verificada na vítima, a repercussão do ato ilícito no meio social, a situação econômico-financeira do ofensor e as condições pessoais da vítima (SANTANA, 2019, RB-5.4).

Também são apresentados como critérios específicos o combate à culpa lucrativa, com a graduação do dano moral para mais, de modo a abranger eventual ganho que o agente teve com a conduta lesiva (SANTOS, 2019, p. 215-221; REIS, 2019, RB-3.5).

Assim, à luz do método bifásico e das contribuições doutrinárias, a quantificação dos danos morais será feita tomando por base os valores já praticados na jurisprudência em casos análogos (primeira etapa), com a posterior consideração das particularidades indicadas pela doutrina, inclusive o incremento punitivo, o cômputo do lucro ilícito e a consideração da capacidade econômica do ofensor, atentando-se o magistrado às funções da indenização analisadas no item anterior.

A partir do caso selecionado, buscou-se os 50 julgados mais recentes do STJ e os 50 mais recentes do TJDFT sobre indenização de dano moral decorrente da recusa ao fornecimento de medicamentos². Da análise dos julgados, constatou-se que o STJ

² A pesquisa da jurisprudência do STJ foi feita utilizando os termos “dano, moral, recusa, medicamento”. Em face dos resultados encontrados na pesquisa junto ao STJ, mostrou-se necessário analisar a jurisprudência de segunda instância, a fim de verificar como é feita a quantificação de danos morais quando há apreciação de provas. Escolheu-se o TJDFT por ser o tribunal com jurisdição na sede da pesquisa, em razão da ligação da pesquisadora com a Corte e por se tratar de tribunal situado na capital do país e, portanto, conta com maior proximidade com os tribunais superiores. Como um dos resultados encontrados na busca anterior diz respeito à responsabilidade civil do Estado, estranho ao objeto deste estudo, foram pesquisados os termos “consumidor, dano, moral, recusa, medicamento”. O corte numérico se mostrou oportuno para facilitar a visualização dos resultados encontrados e ante a constatação de repetição dos argumentos utilizados no inteiro teor dos julgados, o que não tornaria proveitoso ao estudo o esgotamento da lista de resultados.

e o TJDFT não usam método bifásico para quantificar danos morais. Apenas o AgInt nos EDcl no REsp n. 1.809.457/SP menciona o método, embora não o utilize.

Verificou-se que as cortes não estabelecem qual o padrão de comportamento esperado das partes e, com isso, fica inviabilizada a aferição do grau de culpa de cada um dos envolvidos. Além disso, nenhuma das decisões menciona o art. 20 da LINDB ou se debruça sobre as consequências práticas da decisão tomada.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DANOS

Em síntese, a análise econômica do Direito é o estudo das normas jurídicas e de suas consequências, pois a abordagem econômica permite a previsão das consequências de determinada norma e a construção de uma estrutura jurídica mais apta a realizar o bem comum. (MENDONÇA, 2012, p. 30).

A análise econômica considera o ambiente normativo e os impactos econômicos das regras de conduta, com os efeitos que as normas trazem sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 3).

As leis de responsabilidade civil servem para que os custos dos danos (externalidades negativas) sejam internalizados por quem os causou, por meio da instituição do dever de ressarcir (COOTER; ULEN, 2008, p. 190). Dito de outra maneira, a ameaça de responsabilização funciona como incentivo para que as partes tomem mais cuidado ou reduzam seu nível de atividade. (VISSCHER, 2009, p. 153).

O sistema de responsabilidade civil é parte intrínseca das instituições sociais para a promoção de segurança. Para funcionar adequadamente, do ponto de vista da análise econômica, os benefícios obtidos em termos de dissuasão na prática de danos devem superar os custos da litigância e outros custos associados (VELTHOVEN, 2009, p. 488). Assim, as leis que regulam os acidentes devem buscar reduzir os custos totais deles. (MENDONÇA, 2012, p. 30).

Ainda, a compensação da vítima apenas irá contribuir para tal intento se a indenização lhe trazer maior utilidade do que a redução de utilidade sofrida pelo agente (LINDNBERGH, 2009, p. 224). O dano evitável pode ser visto como desperdício social e, como advertem Landes e Posner, ensejar indignação e desejo de retribuição, para os quais a responsabilidade civil serve de remédio e faz convergirem os conceitos de justiça e de eficiência. (LANDES; POSNER, 1987, p. 14).

Os valores praticados no mercado servem para guiar a fixação da indenização. O julgador deve se preocupar em criar um ambiente institucional em que a prática de danos intencionais não seja vantajosa. Dessa forma, o montante da reparação a ser paga pela vítima precisa superar o ganho que o agente teve ao evitar os custos de transação do mercado.

Posner explica que, como se busca viabilizar a alocação de recursos por meio do mercado tanto quanto possível, é preciso que ao sujeito não seja permitido ser indiferente entre roubar o carro do vizinho ou comprá-lo. (POSNER, 1998, p. 227).

As vítimas que ingressam em juízo servem ao objetivo social de dissuasão, pois geram a possibilidade de os agentes internalizarem os danos que causaram. Por outro lado, se os custos de litigar forem excessivamente reduzidos, as vítimas ingressarão em juízo, ainda que o nível de cuidado do agente tenha sido adequado. (VISSCHER, 2009, p. 154).

Para a análise econômica do Direito, os atos ilícitos são ineficientes, porque resultam de transações involuntárias (POSNER, 1998, p. 17), por meio das quais se transfere, compulsoriamente, riqueza da vítima para o agente causador do dano num cenário de custos de transação baixos. (POSNER, 1998, p. 225-226).

O dever de ressarcir danos contratuais, por seu turno, tem por objetivo reforçar e incentivar o adimplemento espontâneo pelas partes. A quebra contratual não será incentivada se o inadimplemento for mais ineficiente do que o cumprimento da avença. A medida de danos na quebra contratual será apropriada se levar em conta os valores que as partes alçariam caso tivessem barganhado o inadimplemento em condições ideais, uma vez que poderiam alinhar suas expectativas, proteger a confiança, facilitar o planejamento e fornecer os incentivos adequados para a performance específica e a precaução. (COOTER; EISENBERG, 1985, p. 1476-1477).

5 PROPOSTA DOGMÁTICA

A inserção do art. 20 da LINDB buscou aproximar as decisões judiciais de suas consequências práticas. Enfocou-se o consequencialismo, na concepção de que não é possível ao Direito ficar alheio à realidade por ele tutelada. Não se impôs essa forma como única razão de decidir ou se buscou desvirtuar a literalidade das normas. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 38).

Ao determinar que o julgador considere as consequências práticas de suas decisões quando analisar conceitos abstratos, a inovação legislativa abriu as portas para o diálogo da responsabilidade civil decorrente da violação de danos morais com a análise econômica do Direito.

Os danos morais envolvem conceitos abstratos por se relacionarem com a tutela jurídica da dignidade humana, que comporta valores constitucionais centrados na pessoa, ainda que não previstos em categoria jurídica específica. A análise econômica do Direito, por seu turno, tem por escopo estudar o Direito e suas consequências.

A proposta dogmática elaborada visa quantificar danos morais em casos de recusa ao fornecimento de medicamentos por prestadoras de assistência à saúde. O caso comporta o estudo sob a perspectiva da análise econômica do Direito, pois se trata de agente causador do dano pessoa jurídica com suficiente racionalidade, que opera sob a lógica de mercado, é sujeito à regulação estatal e está adstrito ao dever de elaborar balanços contábeis.

A proposta dogmática é de que quantificação de danos seja feita a partir de uma leitura atualizada do método bifásico do STJ, que agregue a consideração das consequências práticas da decisão na fundamentação apresentada, em observância ao disposto no art. 20 da LINDB.

Primeiro, o julgador irá se basear na relevância do interesse jurídico lesado e, para tanto, tomará por base a média de valores de condenações que passaram pela uniformização do STJ. Depois, considerará as peculiaridades do caso concreto, inclusive a necessidade de incremento punitivo ou de coibir lucro proibitivo.

Por fim, fará um teste de eficiência do montante apurado, tendo em vista o padrão de comportamento esperado (regulamentos da ANS, normas contratuais e normas internas) e os conceitos da análise econômica do Direito de danos: custos de precaução adotados pela parte (duodécuplo da contraprestação contratual), custo de oportunidade de autor e réu (valor do medicamento, valor de contraprestações de contratos alternativos), não coibir prática da atividade (balanços patrimoniais) e necessidade de incremento da punição esperada (reincidência em processos judiciais anteriores e avaliação junto à ANS).

6 CONCLUSÃO

O estudo dos 50 julgados mais recentes do STJ e do TJDFT demonstrou que nenhuma das duas cortes se vale do método bifásico para apurar o valor de danos morais, tampouco avalia as consequências práticas das decisões judiciais. As metodologias adotadas consistem apenas no uso da retórica jurídica. Essa sistemática gera incentivos distorcidos para os agentes em casos futuros, como, por exemplo, a negativa de medicamentos de alto custo como praxe a ser adotada, por ser mais vantajosa.

A análise econômica do Direito possui o instrumental adequado para permitir a atualização do método bifásico e sua conformação ao disposto no art. 20 da LINDB. Com o teste de eficiência do montante de indenização fixado, será possível conferir tutela mais efetiva aos direitos da personalidade lesados, uma vez que se avaliará as consequências práticas das decisões tomadas.

É importante, contudo, que se passe a adotar de forma efetiva o método bifásico na apuração dos danos morais. A uniformidade de metodologia permite a comparação de casos anteriores, o falseamento das premissas adotadas em relação às consequências práticas verificadas no caso concreto e a criação de um ambiente de segurança jurídica, com a estabilização das expectativas das partes.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008.

COOTER, Robert; EISENBERG, Melvin Aron. Damages for breach of contract. **California Law Review**, California, v. 73, n. 5, pp. 1432–1481, oct. 1985. Disponível em: www.jstor.org/stable/3480408. Acesso em 17 nov. 2020.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008.

GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Editora Foco, 2019. p. 1-32.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

LINDNBERGH, Siewert D.; KIPPERSLUIS, Peter P. M. Van. Non pecuniary losses. Ch. 8. *In*: FAURE, Michael (ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009. Ch. 8.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998.

REIS, Clayton. **Dano moral** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

VELTHOVEN, Ben C. J. van. Empirics of tort. *In*: FAURE, Michael (ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009. Ch. 16.

VISSCHER, Louis T. Tort damages. *In*: FAURE, Michael (ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009. Ch. 6.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia**. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Cap 1.

COMO LEVAR AS CONSEQUÊNCIAS A SÉRIO? ATUALIZAÇÃO CRÍTICA DAS BASES EMPÍRICAS DE SUSTENTAÇÃO DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NO JULGAMENTO DO RHC 163.334/STF

Thiago Buschinelli Sorrentino¹
Cesar Luiz de Oliveira Janoti²

1 INTRODUÇÃO

Em 18 de dezembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal – STF julgou o RHC 163.334 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 163.334)³, ocasião em que considerou, por maioria de votos⁴, haver crime de apropriação indébita (art. 2º da Lei n. 8.137/1990) em razão do não pagamento de tributo cujo respectivo valor foi repassado no preço da operação, vulgarmente conhecido como “ICMS⁵ próprio declarado, porém não pago”.

Na oportunidade, firmou-se a seguinte tese:

“O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.”

Desse acórdão, interpuseram-se oito recursos de embargos de declaração (art. 382 do Decreto-Lei n. 3.689/1941 – Código de Processo Penal – CPP), que aguardam julgamento.

O tema foi objeto de exame da dogmática tributária (SANTIAGO; BOTTINI, 2018; MARTINS SANTIAGO, 2019) e penal (SORRENTINO; JANOTI, 2020; MENDES; BUONICORE; RIBEIRO; FERNANDES, 2020). Porém, como o julgado fundamenta-se maciçamente em argumentos de cunho econômico-consequencialista,

¹ Professor do IBMEC/DF. Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Pesquisador do Núcleo de Estudos Fiscais – NEF. Conselheiro do Carf.

² Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, da Universidade Paulista e da Escola Paulista de Ciências Médicas. Mestrando em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa. Especialista em Direito e Processo Penal. Pesquisador e Advogado. Coordenador da Revista Lex de Criminologia & Vitimologia.

³ Frise-se que o pertinente acórdão somente foi publicado em 13 de novembro de 2020.

⁴ Ficaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

⁵ ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.

na linha de uma concepção mais funcional do Direito Tributário, é oportuno testar a consistência de tais ilações.

À época, em artigo científico publicado em revista especializada (SORRENTINO; JANOTI, 2020), conjecturamos que a criminalização do mero inadimplemento tributário tal como preconizado no julgamento do RHC 116.334 acarretaria ou estimularia as seguintes consequências:

1. O aumento das representações fiscais para fins penais e das denúncias lastreadas no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, como instrumento de indução ou coação do sujeito passivo ao recolhimento do tributo independentemente de suas circunstâncias;
2. O pagamento ou o parcelamento de valores tributários controvertidos, apesar de quaisquer objeções legais ou de consciência dos contribuintes;
3. Prejudicaria algumas funcionalidades constitucionais relevantes, como: (a) a proteção e o estímulo ao pleno emprego e ao desenvolvimento (aumento do Custo Brasil); e (b) a proteção à confiança e à boa-fé do contribuinte arruinado economicamente, porém por conduta lícita (risco do empreendimento).

Naquela quadra, concluímos figurativamente que a criminalização do mero inadimplemento tributário seria equivalente ao tratamento por radioterapia, sem a preocupação com a precisão em atingir o inadimplente estratégico. De fato, os danos colaterais seriam muito maiores do que os hipotéticos benefícios aventados pela Corte Suprema durante o julgamento, mesmo porque a *ratio decidendi* que fora assentada não está calcada em prova empírico-econômica.

Em aprofundamento e atualização dos estudos consignados no artigo científico citado, prosseguimos com a pesquisa e o acompanhamento dos desdobramentos fático-jurídicos para confirmar ou infirmar nosso vaticínio. Esse desiderato, contudo, enfrentou e enfrenta dois obstáculos relevantes. Em primeiro lugar, a pandemia de Covid-19 inseriu no sistema jurídico-social variáveis capazes de influenciar o aumento ou a diminuição dos pagamentos tributários. Nesse contexto de ruína social e econômica pelo qual passamos, seria difícil isolar o efeito específico da decisão objeto do estudo na propensão do súdito para renunciar a seus direitos constitucionais em prol do conforto do arquivamento da persecução criminal. Não menos importante, também enfrentamos a escassez de dados brutos disponíveis. Conforme demonstraremos

no tópico adequado, os órgãos oficiais do Estado brasileiro não dispõem ou não disponibilizaram a maioria dos dados necessários ao alcance de base empírica consistente, ora apontando a falta de coleta, ora apelando para justificativas genéricas.

2 RECONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO ECONÔMICO-FUNCIONAL

Nos termos da racionalidade econômico-funcional descrita por Greco (2007; GRECO, 2011) e por Mello (2018), o objetivo da criminalização é maximizar a arrecadação tributária, diante de um quadro de suposta sonegação endêmica descontrolada.

O próprio voto do relator apela ao título “interpretação teleológica e consequencialista” (Tópico V), sendo que “teleológica” tem o sentido de “intencional” (*purposive*), isto é, a busca pelo “objetivo” normativo (BARAK, 2007). Principia por narrar os males dos crimes tributários (§ 48) e a circunstância de o ICMS ser o tributo mais sonegado⁶ [*sic*]. Registra que jurisdições mais rígidas, como a do Rio Grande do Sul, obtêm um grau de adimplência maior do que jurisdições mais tolerantes, como Santa Catarina (inadimplência de 4,52% frente a 8,21%, respectivamente). Por fim, sem indicar expressamente qualquer fundamentação específica, concluiu que a criminalização seria útil para proteger também a livre concorrência sobre as diversas causas do inadimplemento tributário ignoradas pelo voto, além da conduta estratégica do sujeito passivo, cf. (SORRENTINO, 2019, 2021).

Em sentido semelhante, o voto-vogal do Ministro Luiz Fux afirma expressamente que seu objetivo é dissuadir o delito de sonegação fiscal [*sic*], em caso de ICM [*sic*]. Tal como ocorre no voto do relator, a fundamentação está estruturada sobre simples correlação, sem indicação precisa de implicação. O voto assume que punir a simples inadimplência (pois de sonegação não se trata, visto que o tipo penal descrito no inciso II do art. 2º da Lei n. 8.137/1990 não se relaciona com escamoteações ou fraudes) induzirá o sujeito passivo ao pagamento. Evidentemente, tal argumento é insuficiente por não explicar como outros tipos de inadimplentes, que não os estratégicos, seriam induzidos empírica ou moralmente a realizar o pagamento. Em especial, os cenários do empreendedor arruinado (Mercador de Veneza) e do Desobediente Civil (Sócrates e Thoreau) simplesmente não seriam afetados pela criminalização do inadimplemento.

⁶ É imprescindível lembrar que o signo “sonegação” sempre remeteu à ideia de ocultação, penumbra, escamoteação; traços que a distinguiam até então do simples inadimplemento. Em termos legislativos, o crime de sonegação possui tipificação central no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, e não no art. 2º da mesma lei.

Curiosamente, nem no voto mais robusto, do Ministro Alexandre de Moraes, há menção de instrumentos importantes para a análise de comportamento (*behavioural analysis*). Por exemplo, indica-se a ineficiência das ações de execução fiscal em localizar dinheiro ou bens dos devedores, mas os dados não estão classificados de modo que se permita aferir se o caso é de fraude a credores ou de insolvência civil. De modo semelhante, o argumento ignora a razão de ser da distinção patrimonial, que é salvaguardar e fomentar a atividade econômica. O voto-vogal, tal como os demais, parece presumir inexistir distinção patrimonial entre sócios, administradores e suas pessoas jurídicas (o que, na verdade, é realidade empiricamente comprovável no Brasil – cf. SALAMA, 2014).

Por fim, mas não menos importante, o acórdão ignora as razões que levam à aderência tributária. Sabemos que a aderência tributária é função de duas variáveis importantes, o princípio do benefício (WICKSELL, 1967; SANDELIN, 2013) e a consistência do vínculo de representação democrática (por extrapolação de ARENDT, 1972). É equivocado imaginar que a criminalização do inadimplemento irá resolver o problema, sem a correção dos profundos vícios de: (a) ausência de qualquer retorno do tributo como custo por serviços públicos; e (b) da falta de identidade política do residente no país com seu Estado (que não se confunde com a Nação).

Em síntese, o raciocínio subjacente ao julgamento está calcado em bases econômicas muito frágeis, pois: (a) parte de correlações como se fossem implicações; e (b) ignora dados relevantes para demarcar os cenários de inadimplência, imprescindíveis para cálculo da conduta do sujeito passivo diante da inadimplência (possibilidade empírica e aderência moral).

3 ATUALIZAÇÃO DA PESQUISA EMPÍRICA

Ao longo de 2021, deflagramos uma série de pedidos de informação às autoridades fiscais, judiciais e administrativas, conforme autoriza a Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei n. 12.527/2011), cujas respostas estão sintetizadas no quadro abaixo:

PERGUNTA	DESTINATÁRIOS	RESPOSTA
Número de pagamentos ou de pedidos de parcelamento tributários realizados após o oferecimento da representação fiscal para fins penais. Qual a quantidade em 2018, 2019, 2020 e 2021?	Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul (Sefaz/ Procuradorias)	
1 - Entre 2018 e 2021, quantas sentenças condenatórias foram prolatadas e recursos julgados com base nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990? 3 - Se tiverem acesso ao Portal de Informações Gerenciais – Business Objects, quantos recursos extraordinários e habeas corpus foram recebidos e classificados como “Apropriação Indébita de Tributo Próprio Declarado, porém não pago”, nos moldes do RHC 163.334/STF?	CNJ	Dados inexistentes
1 - Entre 2018 e 2021, quantas sentenças condenatórias foram prolatadas e recursos julgados com base nos arts 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990? 3 - Se tiverem acesso ao Portal de Informações Gerenciais – Business Objects, quantos recursos extraordinários e habeas corpus foram recebidos e classificados como “Apropriação Indébita de Tributo Próprio Declarado, porém não pago”, nos moldes do RHC 163.334/STF?	STF	Dados inexistentes (canal LAI) Seria feita a pesquisa (canal interno)
Quantas Representações Fiscais para Fins Penais foram expedidas entre 2015 e 2021, que tivessem por substrato fático-jurídico a suposta apropriação indébita de tributo cujo respectivo valor foi repassado no preço da operação?	RFB	Dilação de prazo por dez dias
Quantos reeducandos encontram-se custodiados temporariamente nas instituições penais brasileiras devido à condenação nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990? Anos de 2015-2021 Quantos reeducandos encontram-se custodiados definitivamente nas instituições penais brasileiras devido à condenação nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990? Anos de 2015-2021 Quantos reeducandos encontram-se sujeitos ao cumprimento de penas no regime aberto ou análogo devido à condenação nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990? Anos de 2015-2021.	Depen	Dados inexistentes. Remeteu os pesquisadores às administrações penitenciárias de cada ente federado

<p>Quantos reeducandos encontram-se custodiados temporariamente nas instituições penais brasileiras devido à condenação nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990? Anos de 2015-2021</p> <p>Quantos reeducandos encontram-se custodiados definitivamente nas instituições penais brasileiras devido à condenação nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990? Anos de 2015-2021</p> <p>Quantos reeducandos encontram-se sujeitos ao cumprimento de penas no regime aberto ou análogo devido à condenação nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990? Anos de 2015-2021.</p>	<p>MJSP</p>	<p>Remeteu os pesquisadores ao Depen</p>
<p>1 - Quantas Representações Fiscais para Fins Penais foram expedidas nos anos de 2015 a 2021, que tivessem por substrato fático-jurídico a suposta apropriação indébita de tributo cujo respectivo valor foi repassado no preço da operação (e.g., "ICMS Próprio declarado, porém não pago")?</p> <p>2 - Quantas Representações Fiscais para Fins Penais foram expedidas nos anos de 2015 a 2021?</p>	<p>Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul; Distrito Federal</p>	<p>DF: Negou-se a informar; SP: Informou os totais, sem distinção; RJ: Entrou em contato telefônico para pedir esclarecimentos e solicitou prorrogação para atendimento.</p>
<p>Quantas denúncias foram oferecidas nos anos de 2015 a 2021, que tivessem por substrato fático-jurídico a suposta apropriação indébita de tributo cujo respectivo valor foi repassado no preço da operação (e.g., "ICMS Próprio declarado, porém não pago" Lei n. 8.137/1990, art. 2º; e.g. HC 399.109/STJ e RHC 163.334/STF)?</p>	<p>Ministérios Públicos de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Distrito Federal</p>	<p>MPDF: resposta com os números totais, sem distinção da motivação;</p>

Conforme se observa, os órgãos estatais afirmam possuir poucos dados relacionados à eficácia da criminalização do inadimplemento tributário. Dos órgãos que apresentaram resposta, nenhum informou correlacionar os pedidos de pagamento ou de parcelamento ao oferecimento da denúncia, nem à lavratura de representações penais para fins fiscais. Sem tais dados, é impossível corroborar empiricamente a asserção de eficiência do mecanismo.

A escassez de dados e a recalcitrância em deixar de informá-los ativa ou passivamente reforçam as constatações a que chegaram os pesquisadores do Núcleo de Estudos Fiscais – NEF, no sentido de que ainda há muito o que evoluir em matéria de transparência tributária (SANTI; CHRISTOPOULOS; ZUGMAN; BASTOS, 2013, p. 37).

Diferentemente do que se sugere no § 56º do voto do ministro relator, a circunstância de a taxa de inadimplência oficial ser inferior num estado que criminaliza a conduta é uma correlação, e não uma implicação. O argumento empregado ignora outras razões possíveis pelas quais o adimplemento em Santa Catarina é maior do que no Rio Grande do Sul, como a eficiência do aparato de *enforcement*. Ademais, o

universo de pesquisa é muito pequeno, de modo a haver fundada dúvida sobre sua representatividade. Dessa forma, não se está diante sequer de uma hipótese, mas de uma frágil conjectura.

Por outro lado, falta ao voto considerar todas as consequências prováveis da criminalização do mero inadimplemento tributário.

Numa delas, o voto afirma que há baixo risco de aplicação de pena restritiva de liberdade ao criminoso (§ 57º). Tal como o voto instrumentaliza a criminalização para alcançar um objetivo (aumento de arrecadação), as autoridades podem sentir-se incentivadas a manobrar a legislação para tornar mais gravosa a pena. Podem raciocinar que, com uma pena maior, o incentivo ao recolhimento do tributo também aumentará. Simples manipulação dos conceitos de concursos formal e material e de crime continuado permitiria ao Estado aumentar exponencialmente a punição.

O voto também deixa de abordar e de mensurar a eficácia dos instrumentos de incentivo patrimonial disponíveis. As punições civis em matéria tributária são elevadas, com a cobrança de multiplicidade concomitante de multas, além de juros e de correção monetária. Em pouco tempo, a dívida pode se tornar impagável.

Outro efeito deletério importante que o voto deixou de mensurar é o desestímulo que a criminalização do mero inadimplemento provoca no empreendedor, especialmente no tocante à potencialização das opções por desistir de empreender ou de repassar ao custo da atividade o novo risco gerado. (SORRENTINO; JANOTI, 2020; SORRENTINO, 2021, 2019).

4 CONCLUSÕES

Passados mais de 2 (dois) anos desde a realização do julgamento objeto do presente estudo (mérito do RHC 163.334), nota-se que os argumentos de cunho econômico-consequencialista utilizados naquela ocasião para delimitar a compreensão do tipo penal previsto no inciso II do art. 2º da Lei n. 8.137/1990, tal como apontados nos fundamentos consignados nos votos proferidos pelo ministro relator e pelos demais que o acompanharam, confirmam-se como meramente retóricos e desprovidos de qualquer base empírica.

Se nem mesmo as diversas autoridades fiscais, judiciais e administrativas dispunham à época do julgamento – e tampouco dispõem até hoje – de dados minimamente coletados e sistematizados sobre a quantidade de feitos concernentes

à apuração, lavratura de representações fiscais para fins penais e oferecimento de denúncias relativas a fatos amoldáveis ao crime descrito no inciso II do art. 2º da Lei n. 8.137/1990, obviamente não há como vislumbrar-se que o Supremo Tribunal Federal ponderou oportuna e adequadamente as consequências que poderiam advir do entendimento que consignou no julgado em análise.

O exercício hermenêutico procedido pela Corte Suprema para reconstruir o tipo penal em comento com base em fundamentos consequencialistas desprovidos de alicerce empírico, bem como a inexistência de constatações fáticas quanto ao desestímulo do cometimento de tal delito posteriormente ao julgamento, evidencia a utilização de *ratio decidendi* deveras insubsistente e insuficiente a infirmar as conclusões alcançadas no estudo inicial: o mero inadimplemento tributário não é nem poderia ser crime, pois: (i) não há dolo delitivo; (ii) acarreta responsabilidade objetiva; (iii) não há fraude; (iv) não há subterfúgios ao cumprimento da obrigação tributária; (v) não tutela efetivamente um bem jurídico; (vi) não cumpre a legalidade material; (vii) não é compatível com o ordenamento jurídico em sua inteireza; e (viii) viola direitos e garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Crises of the Republic**: Lying in politics; Civil disobedience; On violence; Thoughts on politics and revolution. New York, NY: Open Road Integrated Media, Inc.: Mariner Books, 1972. 1 online resource. (Harvest book). ISBN 978-0-547-70515-6.

BARAK, Aharon. **Purposive interpretation in law**. Princeton, N. J., Woodstock: Princeton University Press, 2007. 423 p. ISBN 9780691133744.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 163.334. O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. Relator: Min. Roberto Barroso, 18 dez. 2019. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Santa Catarina. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5562955>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 163.334. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 18 dez. 2019. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Publicação: DJE n. 271, Santa Catarina. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=75>, Santa Catarina. 4370634. Acesso em: 17 maio 2021.

GRECO, Marco Aurélio. Crise do Formalismo no Direito Tributário Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, Brasília, v. 1, p. 9–18, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/revista-pgfn/ano-i-numero-i/revista.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2021.

GRECO, Marco Aurélio. **Dinâmica da Tributação**: Uma visão funcional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARTINS, Ives Granda da Silva; SANTIAGO, Igor Mauler. A ameaça da prisão por dívida tributária: Decisão do STJ põe em risco milhares de empresários. **Folha de São Paulo**, 8 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/07/a-ameaca-da-prisao-por-divida-tributaria.shtml>. Acesso em: 23 ago. 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: Comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688–718, 2018.

MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; RIBEIRO, Juliana Queiroz; FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Reflexões sobre a criminalização do não recolhimento de ICMS declarado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 167, p. 129–147, 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com>.

br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistas-especializadas/rbccrim-167-mendes-buonico-reibeiro-fernandes-reflexoes-sobre-a-criminalizacao.pdf. Acesso em: 12 maio 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil**: História, direito e economia. São Paulo: Malheiros, 2014. 547 p. ISBN 8539202395.

SANDELIN, Bo (ed.). **Knut Wicksell**: Selected Essays in Economics. Nova Iorque: Routledge, 2013. Disponível em: https://play.google.com/store/books/details?id=nob1fxXhCMAC&rdid=book-nob1fxXhCMAC&rdot=1&source=gbs_vpt_read&pcampaignid=books_booksearch_viewport. Acesso em: 12 maio 2021.

SANTIAGO, Igor Mauler; BOTTINI, Pierpaolo. Prisão por dívida de ICMS viola a Constituição, a lei e a jurisprudência. **Revista Consultor Jurídico**, dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-12/consultor-tributario-prisao-divida-icms-viola-constituicao>. Acesso em: 23 ago. 2019.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CHRISTOPOULOS, Basile George; ZUGMAN, Daniel Leib; BASTOS, Frederico Silva (ed.). **Transparência Fiscal & Desenvolvimento**: Homenagem ao Professor Isaias Coelho. São Paulo: Fiscosoft, 2013.

SORRENTINO, Thiago Buschinelli. Consequências da criminalização objetiva do indébito tributário para o empreendedorismo A propósito do tipo do crime de apropriação indébita do ICMS “próprio” ou “declarado”: Criminalização objetiva do inadimplemento tributário a propósito do tipo do crime de apropriação indébita do ICMS “próprio” ou “declarado”. *In*: SORRENTINO, Thiago Buschinelli (org.). **Responsabilidade Tributária, Penal e Trabalhista dos Administradores de Pessoas Jurídicas**. São Paulo: TBS, 2019. Cap. 6.5.

SORRENTINO, Thiago Buschinelli. **Responsabilidade Tributária Patrimonial dos Gestores e dos Administradores de Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Dialética, 2021. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Responsabilidade-Tribut%C3%A1ria-Patrimonial-Administradores-Jur%C3%ADdicas-ebook/dp/B091SQHZ1Q/ref=tmm_kin_swatch_0?_encoding=UTF8&qid=1619275068&sr=8-1. Acesso em: 24 abr. 2021.

SORRENTINO, Thiago Buschinelli; JANOTI, Cesar Luiz de Oliveira. Criminalização objetiva do inadimplemento tributário: abordagem dogmática penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 93, p. 64–80, 2020.

WICKSELL, Knut. A new principle of just taxation. *In*: MUSGRAVE, R. A.; PEACOCK, A. T. (org.). **Classics In The Theory Of Public Finance**. New York: Macmillan St., Martin’s Press, 1967. p. 72–118.

IMPACTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS: O ELO ENTRE O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E O ROL TAXATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Gabriela Miranda Duarte¹

1 INTRODUÇÃO

A temática “impacto das decisões judiciais” pode ser observada sob a ótica procedimental, por exemplo, quando se analisa quanto um tribunal é leniente com a concessão da gratuidade de modo a estimular o ajuizamento de demandas denominadas frívolas. Ou mesmo a frequência com a qual um tribunal segue os precedentes vinculantes das cortes superiores em garantia da segurança jurídica, desestimulando os agentes no ajuizamento de determinadas ações.

Por outro lado, a questão pode ser debatida sob a ótica das consequências da decisão proferida não para as partes, mas sim para a realidade circundante. É preciso pensar no poder judiciário como uma parte do todo, de maneira a se reconhecer que seus pronunciamentos repercutem no coletivo, por exemplo, em seu aspecto econômico e social, e podem influenciar a dinâmica ao redor.

Este trabalho trata do impacto das decisões judiciais na segunda perspectiva. A percepção de que as decisões judiciais, em determinadas situações, não se limitam apenas às partes definidas nos processos, intensificou a discussão sobre o impacto econômico e social das decisões judiciais, sobretudo quando atenta para o protagonismo dos tribunais, os quais são acionados para resolver conflitos variados. O debate sobre a questão se reforça com o advento de previsão expressa na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 20, no sentido de que as consequências práticas da decisão judicial devem ser levadas em consideração, inserindo mais um elemento no processo argumentativo.

A partir desse contexto, este resumo busca examinar, com respaldo em consulta bibliográfica, como a atividade decisória judicial considera seu o impacto econômico e

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá. Pós-graduada em Docência do Ensino Superior pela Faculdade de Tecnologia do Amapá. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Amapá.

social e quais os limites para tal, mediante a apresentação de dois estudos de casos consubstanciados no Recursos Especiais n. 1.622.555, que afastou a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de financiamento de veículo com alienação fiduciária, e n. 1.733.013, o qual entendeu pela possibilidade de recusa de cobertura do procedimento não abrangido no rol editado pela Agência Nacional de Saúde ou por disposição contratual.

2 OS RECURSOS ESPECIAIS N. 1.733.013 E 1.622.555: EXEMPLIFICANDO A DISCUSSÃO

Quando se fala em impactos das decisões judiciais, os exemplos podem ser facilmente identificados: as decisões que envolvem o fornecimento de medicamentos, exames e procedimentos, sobretudo aqueles de elevado valor; aquelas atinentes à matéria tributária; as que se referem ao meio ambiente; ou as inúmeras que envolvem a revisão de contratos bancários.

A propósito do último tema, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, afetou o Tema 1.085, que irá examinar se a limitação de 30% prevista na lei regulamenta a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento se aplica ou não aos contratos de empréstimos bancários pactuados pelas partes e com previsão de desconto em conta-corrente mesmo que usada para percepção do salário (BRASIL, 2021). Não é difícil perceber que a decisão a ser proferida refletirá no mercado de concessão de crédito, tanto para as instituições financeiras quanto para os cidadãos que recorrem ao mecanismo para satisfazer suas despesas.

Neste resumo, a pretensão é apresentar como os impactos das decisões judiciais são considerados, o que será feito mediante discussão dos Recursos Especiais n. 1.622.555 e 1.733.013.

No primeiro, o Banco Volkswagen submeteu à apreciação do Superior Tribunal de Justiça a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária regidos pelo Decreto-Lei n. 911/1969.

Já no voto vencido do relator Marco Buzzi, que entendia pela aplicação da teoria, ou seja, se o devedor quitou parte significativa da dívida é descabida a concessão de medida liminar para busca e apreensão do veículo alienado, é possível extrair que o pronunciamento judicial deve se preocupar com os efeitos a serem sentidos pela sociedade consoante o seguinte trecho:

O diploma civilista estabeleceu expressamente a boa-fé objetiva como princípio orientador das relações contratuais, positivando, também, a função social como primado a ser observado quando do exame das relações contratuais, representando este último princípio a preocupação estatal no sentido de que satisfaçam não só o interesse das partes envolvidas no negócio, mas da sociedade como um todo, à qual interessa sejam devidamente cumpridos os contratos, de modo a permitir a segura circulação de riquezas, com o desenvolvimento econômico/social do país (BRASIL, 2017, p. 11).

Da mesma forma, do voto divergente e vencedor do ministro Marco Aurélio Bellize, colhe-se uma preocupação com os efeitos da decisão, por exemplo, quando afirma que acatar o adimplemento substancial, impedindo o prosseguimento da ação de busca e apreensão, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas do contrato (BRASIL, 2017).

Ou ainda quando ressalta que a incidência da teoria culminará no enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária e, por conseguinte, prejudicará “o consumidor adimplente, que, doravante, terá que assumir o ônus pelo inarredável enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária, naturalmente com o pagamento de juros mais elevados” (BRASIL, 2017, p. 33).

O ministro ainda se refere ao fato de que a realização de contrato com alienação fiduciária representa uma proteção para o credor que sabe de antemão que, em caso de inadimplência, poderá reaver o bem de forma rápida, sendo esta segurança quanto ao pagamento da dívida que permite aumento da concessão do crédito e conseqüente diminuição da taxa de juros, sob pena de se comprometer a economia de mercado, mormente se as decisões judiciais enfraquecerem o instituto. Assim, arremata dizendo que a “propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial” (BRASIL, 2017, p. 34).

Na mesma linha, o ministro Antônio Carlos Ferreira afirma que o uso equivocado da teoria, modificando os termos inicialmente contratados, a longo prazo, gera efeitos colaterais que “podem encarecer os custos da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos” (BRASIL, 2017, p. 40).

E conclui:

De fato, o instituto da alienação fiduciária é bastante útil para o desenvolvimento do país. Lembro que não se aplica exclusivamente ao financiamento de automóveis, mas também para a aquisição de imóveis e de maquinário, além de outros equipamentos, tanto na atividade agrícola quanto na industrial. Ele facilita o acesso ao crédito por permitir a concessão de empréstimo a pessoas que nem sequer possuem bens para a garantia do contrato e, sobretudo, diminui o risco da inadimplência, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito (BRASIL, 2017, p. 42).

A ministra Maria Isabel Gallotti também ressaltou sua preocupação com o encarecimento do crédito decorrente do entendimento abraçado pelo voto do relator. (BRASIL, 2017).

Ao final, prevaleceu o entendimento pela inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação regidos pelo Decreto-Lei n. 911/1969, reconhecendo a possibilidade de se determinar a busca e apreensão do bem ainda que o devedor tivesse efetuado pagamento substancial dos valores contratados.

Da leitura, infere-se que os ministros de forma complementar aos argumentos jurídicos, que não são objeto de estudo aqui, agregaram à fundamentação de seus votos as consequências que a decisão traria para o mercado financeiro face à necessidade de se garantir a segurança nas relações contratuais e na política de concessão de crédito mediante controle da inadimplência.

Já o Recurso Especial n. 1.733.013 não foi provido por unanimidade e manteve o entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná no sentido de reconhecer a não obrigatoriedade do plano de saúde em oferecer procedimento não abrangido no rol editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

No presente julgamento, várias entidades com representatividade adequada puderam participar na condição de *amicus curiae* e apresentaram manifestações sobre o tema, as quais revelam forte caráter consequencialista, uma vez que demonstram a preocupação com os efeitos advindos da decisão para o sistema de saúde suplementar que se ampara no mutualismo, ou seja, o custo do serviço oferecido é compartilhado por todos. E, ainda, que os valores dos planos são calculados previamente mediante estudos técnicos, sendo que os custos não previstos decorrentes do entendimento de

ser o rol exemplificativo iriam refletir nos usuários com o aumento das mensalidades, bem como poderiam inviabilizar as próprias operadoras.

Por exemplo, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor ponderou que entender o rol como exemplificativo implica em risco de desequilíbrio financeiro e atuarial com “impactos sobre os preços para os beneficiários/consumidores, exclusão de grupos do atendimento (em função do aumento dos preços) e sobrecarga do sistema público de saúde”. (BRASIL, 2019, p. 18).

Em contraposição, a Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde pontuou que a decisão favorável aos planos de saúde limita o acesso aos tratamentos, deixando os usuários distantes das soluções que a medicina disponibiliza. E o Conselho Nacional de Saúde chamou atenção para o fato de o rol taxativo aumentar a carga de atendimento no sistema único de saúde, bem como a demanda processual contra o sistema público. (BRASIL, 2019).

Na hipótese, o relator Ministro Luís Felipe Salomão apresentou farta argumentação jurídica com referência à legislação aplicável ao caso, porém também revelou sua preocupação com os desdobramentos da decisão, tanto que mencionou expressamente que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro exige dos operadores do Direito um viés consequencialista. (BRASIL, 2019).

Da própria ementa infere-se a conjunção dos argumentos jurídicos e consequencialistas que permeiam o voto, como se verifica no item 6, ao ressaltar que o rol está previsto em lei como direcionador da relação contratual a ser firmada entre as partes, porém não pode se tornar uma ferramenta que inviabilize a saúde suplementar:

O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente (BRASIL, 2019, p. 2).

Adentrando no voto, tal perspectiva se verifica, por exemplo, quando destaca o fato de que os gastos decorrentes da atividade desempenhada pelos planos de saúde são custeados pelos consumidores, ressaltando que:

(...) não se pode deixar de observar que o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo representaria, na verdade, negar a própria existência do “rol mínimo” e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. Lamentavelmente, salvo os planos de saúde coletivo empresariais, subvencionados pelo próprio empregador, em regra, os planos de saúde, hoje em dia, são acessíveis apenas às classes média alta e alta da população (BRASIL, 2019, p. 46).

Ainda discorrendo sobre a natureza mutualista e securitária dos planos e seguros privados de assistência à saúde, o relator menciona que, amparadas nos cálculos atuariais, as operadoras utilizam os valores dos prêmios para custear suas despesas e obter lucro e finaliza:

Como esclarecido pelas substanciosas manifestações dos *amici curiae* ANS, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e Instituto Brasileiro de Atuária, o rol propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação de planos e seguros de saúde. É que o menoscabo de “tais aspectos bem como a própria imposição pelos juízos de coberturas que não têm amparo na legislação vigente geram, muitas vezes, externalidades positivas para os consumidores e negativas para as operadoras de planos privados de assistência à saúde, resultando em distorções nos custos dos planos e, principalmente, nos seus cálculos e estudos atuariais, **impondo o oferecimento ao mercado de planos mais caros, que acabam restringindo o acesso de muitos consumidores a este mercado**” (SILVA, José Luiz Toro da. *Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde*. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 168) (BRASIL, 2019, p. 53).

O relator, sem se descuidar do aspecto jurídico, agregou à sua argumentação externalidades que a decisão poderia gerar na sociedade. A conjugação de razões jurídicas e consequentialistas reforça a ideia do Direito como um instrumento de solução de conflitos em uma sociedade complexa e dinâmica regida por normas jurídicas abertas e, de certa maneira, incapazes de abranger todas as situações fáticas que se concretizam no convívio social.

Ainda que exista agora uma imposição legal para que o jurista desenvolva seu viés consequencialista de forma a antever as consequências de sua decisão no mundo fático, permitindo um pronunciamento mais aliado às necessidades coletivas, deve-se observar os limites da utilização dos impactos da decisão. As consequências podem “e devem ser valoradas em conformidade com a ordem jurídica posta, como argumento subsidiário que é, mas nunca deixando de aplicar o direito para fundamentar a decisão em meros argumentos práticos” (BILHIM, 2016, p. 99), permitindo que as soluções encontradas se revistam de subjetividade, parcialidade e imprevisibilidade.

3 OS IMPACTOS DA DECISÃO JUDICIAL: LIMITES

Considerando a função inerente à atividade jurisdicional de efetivar direitos, é possível suscitar-se o questionamento: “Não é chegada a hora de se agregar a este parâmetro de justiça outros que possam ampliar o espectro de variáveis necessárias a serem consideradas nas deliberações do Estado-Juiz, em face da complexidade identificatória das relações sociais hodiernas”. (LEAL, 2010, p. 53).

Em resposta, pode ser invocado o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao prever de forma expressa: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Dessa forma, espera-se que haja uma melhora na fundamentação das decisões, uma vez que o referido dispositivo exige um incremento na argumentação que agora deverá também conter as consequências práticas da decisão, sendo que o parágrafo único do mesmo dispositivo determina que a “motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”, denotando que o magistrado deve demonstrar de forma clara as alternativas de solução e os efeitos de cada uma delas para depois escolher aquela alternativa que melhor se aplica ao caso concreto.

Na verdade, o “*caput* do art. 20 inaugura, em termos dogmáticos, o postulado hermenêutico do pragmatismo, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto”; (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 150).

O juiz pragmatista é aquele que utiliza as consequências da sua decisão como um elemento definidor dela mesma. Entretanto, se, por um lado, há quem afirme que “é preciso sensibilizar os decisores judiciais de que suas deliberações causam, sempre, endógena e exogenamente, impactos econômicos, e quando mais tais variáveis desta ordem estiverem presentes no processo da tomada de decisão, melhor será para todos os envolvidos” (LEAL, 2010, p. 81-82), deve-se observar que a fundamentação das decisões judiciais com amparo nas suas consequências não significa liberdade para que o magistrado decida sem considerar os parâmetros legais previamente fixados, colocando em risco a segurança jurídica e privilegiando a imprevisibilidade. (BILHIM, 2016, p. 89).

É preciso ter em mente que essa percepção traz um risco, qual seja, atribuir à consequência escolhida pelo magistrado uma importância extrema como elemento decisório e, ainda, dar ao magistrado:

(...) uma (sensação de) liberdade incompatível com os postulados de coerência e integridade do direito, já que pode estimulá-lo a querer dissociar-se das normas existentes (legislação) e da forma como elas vêm sendo aplicadas (precedentes) para proferir uma decisão que considere apenas uma utilidade contemporânea à própria decisão (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 153).

Não se pode utilizar essa determinação judicial para implementar o pragmatismo jurídico, que se caracteriza por não apresentar “nenhum compromisso com a segurança jurídica e a objetividade, propugnando que os conceitos e as normas jurídicas sirvam constantemente às necessidades humanas e sociais e que o direito ajuste suas categorias para se adequar às práticas da comunidade extrajurídica”. (EISENBERG; POGREBINSCHI, 2002, p. 112).

O juiz pragmatista é aquele que pauta suas decisões sobretudo nas suas consequências, de forma a prevalecer aquela cujas consequências irão atender às necessidades humanas. Isso porque “*the pragmatist thinks that concepts should be subservient to human need*” (POSNER, 1990, p. 1.664). Logo, “*judges use consequences to guide their decisions*”. (POSNER, 1990, p. 1.666).

É preciso impor limites, mormente quando se considera que, na sistemática processual atual, o processo é cooperativo, de maneira que todos os atores devem atuar conjuntamente com efetivo diálogo e com poder para influenciar a decisão proferida. Nesse sentido, cabe ao juiz assegurar um processo em contraditório, no qual as partes possam atuar de forma cooperativa e em igualdade.

Nesse sentido, interessante analisar proposta de aplicação do citado art. 20. A respeito, Didier Jr. e Oliveira (2019) estabelecem que o dever de considerar as consequências práticas da decisão deve obedecer alguns critérios para validar a sua utilização.

Os autores afirmam que primeiro devem ser avaliadas as consequências inerentes a todas as soluções dogmaticamente possíveis para o caso concreto, sendo que apenas serão consideradas as consequências que foram trazidas ao debate judicial mediante efetivo contraditório. Em continuação, defendem que o magistrado deve explicar racionalmente como chegou até aquelas possíveis consequências, impondo que a atividade de interpretação realizada deva estar em harmonia com legislação e precedentes de forma a manter a integridade do Direito, além de ser efetivada de forma célere, observando a razoável duração do processo. Por fim, cabe ao magistrado expor de forma clara o motivo pelo qual decidiu com fundamentos em tais consequências de detrimento de outras, sob pena de ser reconhecida a nulidade da decisão por ausência de fundamentação. (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2019).

Se, de um lado, a previsão legal atribui ao magistrado um dever de fundamentação que poderá propiciar decisões mais qualificadas e concretas; de outro, as decisões não devem romper com os parâmetros normativos existentes nem mesmo surpreender as partes com um novo argumento anteriormente não debatido.

4 CONCLUSÃO

A existência de decisões consequencialistas no Direito brasileiro não é uma novidade, mas a previsão expressa em lei de que as consequências devem ser levadas em consideração numa decisão judicial intensifica a discussão e permite que se examine a forma como se aplicar o mencionado dispositivo.

Se o Direito, ao ser efetivado, repercute na realidade social, correto imaginar que aquele que decide não pode desconsiderar os reflexos da sua decisão. Todavia, descabido que o decisor atente apenas para as consequências de sua decisão como elemento argumentativo, permeando as decisões de subjetividade e criando um cenário de insegurança.

A discussão aqui proposta teve o intuito de refletir sobre a atividade decisória, buscando analisar o dever de considerar as consequências da decisão sem descuidar dos limites que devem ser impostos ao magistrado em um Estado Democrático de Direito, sobretudo quando o protagonismo do Judiciário se intensifica diante da atuação ineficiente dos outros poderes.

REFERÊNCIAS

BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial: a argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIDIER JR., Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068>. Acesso em: 5 maio 2021.

EISENBERG, José. POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 1, n. 62, p. 107-121, mar. 2002. Disponível em: <http://novosestudos.com.br/produto/edicao62/>. Acesso em: 10 maio 2021

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos Econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wpcontent/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf . Acesso em: 5 maio 2021.

POSNER, Richard A. What has a pragmatism to offer law? **Southern California Law Review**, California, v. 63, 1990. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2823&context=journal_articles. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del4657compilado.htm. Acesso em: 2 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Recurso Especial n. 1.622.555**. Recurso especial. Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento de veículo, com alienação fiduciária em garantia regido pelo decreto-lei 911/69. Incontroverso inadimplemento das quatro últimas parcelas (de um total de 48). Extinção da ação de busca e apreensão (ou determinação para aditamento da inicial, para transmutá-la em ação executiva ou de cobrança), a pretexto da aplicação da teoria do adimplemento substancial. Relator. Min. Marco Buzzi, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502797328&dt_publicacao=16/03/2017. Acesso em: 2 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 1.733.013**. Planos e seguros de saúde. Recurso especial. Rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS. Atribuição da autarquia, por expressa disposição

legal e necessidade de harmonização dos interesses das partes da relação contratual. Caracterização como relação exemplificativa. Impossibilidade. Mudança do entendimento do colegiado (overruling). Relator. Min. Luis Felipe Salomão, 10 de dezembro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800740615&dt_publicacao=20/02/2020. Acesso em: 2 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Proposta de Afetação no Recurso Especial n. 1.863.973**. Proposta de Afetação. Recurso Especial. Rito dos recursos especiais repetitivos. Discussão consistente em definir se, no âmbito do contrato de mútuo bancário, em que há expressa autorização do mutuário-correntista para o desconto em conta-corrente das correlatas prestações, é aplicável ou não, por analogia, a limitação de 30% (trinta por cento) prevista na lei n. 10.820/2003. Relator. Min. Marco Aurélio Bellizze, 23 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000406103&dt_publicacao=06/04/2021. Acesso em: 5 maio 2021.

O ART. 40 DA LEI DE EXECUÇÃO E SUA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Pablo Enrique Carneiro Baldivieso¹

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o maior usuário do serviço judiciário é o Estado. Segundo Relatório Justiça em Números 2020 (ano-base 2019) apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, 55,8% dos 77 milhões de processos pendentes de julgamento no Poder Judiciário são referentes à fase de execução, sendo que das execuções 70% são referentes à execução fiscal, (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Registra-se que uma das conclusões do relatório é que o estoque de processos no Brasil teve uma redução de 2,4 milhões, nos últimos dois anos, com redução de negativa de 3%. Todavia, a execução fiscal continua sendo responsável por grande parte do acervo, pois o tempo de duração de uma execução fiscal é de cerca de oito anos, segundo dados extraídos do relatório Justiça em Números 2020, p. 258.

A taxa de congestionamento da execução fiscal é de mais de 87%, ou seja, de cada 100 processos em tramitação, 13 são baixados no decorrer do ano. Caso fossem subtraídos os processos de execução fiscal, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário reduziria o percentual para 60,4%, do total atual de 68,5%, tendo como ano-base 2019, conforme página 155 do relatório.

Embora reconheça-se que os dados do CNJ não sejam conclusivos em relação ao fenômeno da morosidade no Poder Judiciário brasileiro, o fato é que os feitos da execução fiscal estão entre os principais responsáveis pelo crescimento na taxa de congestionamento, que é aquela que afere a quantitativo de processos aguardando solução.

Registra-se ainda que uma das maiores fontes de arrecadação de recurso ocorre por meio da execução fiscal, pois segundo dados do CNJ houve um acréscimo de 10 bilhões de reais somente em 2019. Na execução fiscal, tanto é possível a

¹ Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra – UC, doutor em Direito pela UFBA, mestre em Direito pela UCB, pós-graduado *lato sensu* em Direito Tributário e Direito Público. Aluno especial do Mestrado Profissional em Direito da Enfam, juiz federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

arrecadação de dívidas tributárias quanto não tributárias. Portanto, a execução fiscal continua sendo um tipo de procedimento judicial essencialmente importante para a estrutura do Estado.

Portanto, surge o interesse de se verificar o sistema atual da Lei de Execução Fiscal à luz da perspectiva econômica, especialmente da análise econômica do Direito, pois aparentemente o sistema apresenta distorções quando se constata que embora seja o principal meio de arrecadação, em contrapartida, apresenta-se como o maior vilão da taxa de congestionamento do Judiciário brasileiro.

Segundo o doutrinador Ivo T. Gico Júnior, em seu artigo Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito:

“A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”.

Todo instituto jurídico pode ser explicado do ponto de vista econômico, especialmente se determinada norma serve ao fim social para o qual foi criada. Nesse sentido, explica novamente Ivo T. Gico Jr que a Análise Econômica do Direito (GICO JÚNIOR, 2010):

“Além de auxiliar em juízos de diagnóstico e prognose, a AED pode contribuir para a explicação da própria razão de existência de uma determinada norma jurídica, o que é normalmente o âmbito de investigação da Teoria da Escolha Pública (Public Choice), mas essa agenda de pesquisa já é bem mais complexa que a primeira e ainda está em desenvolvimento. E mesmo para as discussões normativas (i.e. o que o direito deve ser) a AED pode contribuir substancialmente ao indicar pontos de consenso e dissenso, mas aqui, como nos demais paradigmas, a controvérsia é muito mais intensa e a sua utilidade pode ser mais limitada”.

Destarte, quando se verifica que a atual sistemática de cobrança do crédito público é apontada como um dos maiores causadores de congestionamento do Judiciário brasileiro, percebe-se que o sistema de cobrança da Lei n. 6.830/1980, sob a lente da análise econômica do Direito, pode significar uma escolha equivocada por parte do legislador brasileiro, ou ainda se concluir que é possível aperfeiçoar o

sistema de cobrança existente, seja indicando melhorias legislativas, seja sugerindo melhor ajustamento de práticas por meio do diálogo interinstitucional.

Assim, entende-se que muito pode ser feito, em termos de política pública para melhorar a eficiência na cobrança do crédito fiscal, especialmente quando se verifica que muitos processos que continuam tramitando na Justiça estão aguardando uma solução que pouco contribuirá para o credor, ou mesmo para o Estado. Ademais, tratando-se especificamente da execução fiscal, um dos dispositivos que mais contribuem para a alta taxa de congestionamento de procedimento é o art. 40 da Lei n. 6.830 de 1980.

2 DESENVOLVIMENTO – O ART. 40 DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS

Analisando os dispositivos constantes da Lei de Execução Fiscal, vislumbra-se que o tempo de duração do trâmite do processo judicial de cobrança ocorre sobretudo pela aplicação da norma constante do art. 40 da Lei n. 6.830/1980², conjugada com o tempo de prescrição das dívidas tributárias ou fiscais.

O art. 40 da Lei n. 6.830/1980 é rotineiramente o dispositivo mais aplicado pela Lei de Execução Fiscal, uma vez que muitas vezes, como demonstrado, não foi possível encontrar qualquer patrimônio do devedor no curso da execução fiscal. Assim ocorrendo, caberá ao magistrado suspender o curso da execução fiscal pelo prazo de um ano e transcorrendo o lapso temporal mencionado o processo será arquivado. Esse arquivamento ocorrerá pelo prazo precricional do crédito, que, no caso tributário, é de no máximo cinco anos, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional.

Somente após findo o prazo de cinco anos do arquivamento do crédito fiscal para as dívidas tributárias e após a oitiva do credor é que poderá o magistrado aplicar o instituto da prescrição intercorrente dando fim ao processo judicial de cobrança.

² “Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. § 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. § 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução. § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo precricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. § 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda”. *In*: BRASIL, **Lei nº 6.830, DE 22 DE SETEMBRO DE 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm#:~:text=40%20%2D%20O%20Juiz%20suspender%C3%A1%20o,representante%20judicial%20da%20Fazenda%20P%C3%BAblica. Acesso em: 20 set. 2019.

Logo, o processo judicial fiscal em que não são encontrados bens fica “parado” no Poder Judiciário aguardando o surgimento de bens pelo prazo mínimo de seis anos.

Da conjugação dos dispositivos previstos no art. 40 da Lei n. 6.830/1980, fica evidente que um processo de execução fiscal no Brasil possui alta taxa de congestionamento e, por consequência, baixa resolutividade, justamente porque o processo de execução fiscal resta sem movimentação aguardando o aparecimento de bens do devedor para solver a dívida por um prazo muito longo.

Assim, quando o devedor não detiver mais capacidade contributiva para solver a dívida, a legislação determina que o processo fiscal fique aguardando no Judiciário o aparecimento de bens para possível cobrança e, ao final, caso não sejam encontrados bens, seja proferida decisão aplicando a prescrição quinquenal intercorrente e extinto o crédito do poder público, nos termos do art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/1980.

Do teor do texto do art. 40 da Lei n. 6.830/1980, se extrai a interpretação de que o prazo prescricional somente teria início após o processo ficar suspenso pelo prazo de um ano. É também o pensamento que vem se consolidando nos tribunais, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça, que editou o enunciado de Súmula n. 314 com a seguinte redação: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

O art. 40 da Lei de Execuções Fiscais é motivo de intenso debate na jurisprudência, principalmente porque estabelece um prazo de suspensão anual que vem a se somar ao prazo quinquenal de prescrição dos créditos tributários. O STF no RE n. 636.562-SC, (BRASIL, 2019) reconheceu a repercussão geral da matéria, notadamente porque a Corte Superior entendeu que é submetida à reserva de lei complementar a disposição do prazo sobre prescrição e decadência tributária, conforme entendimento firmado no Enunciado de Súmula Vinculante n. 8.

No RE n. 636.562-SC, o Ministro Joaquim Barbosa compreendeu que a matéria tem relevo constitucional justamente porque caberia à lei complementar nos termos do art. 146, III, da Constituição Federal dispor sobre prescrição e decadência em matéria de Direito Tributário. Disse ainda que haveria qualquer incompatibilidade entre a lei complementar e a lei ordinária, resolveria-se com base no texto constitucional, fls. 4 do acórdão.

No RE n. 636.562-SC, consta que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região teria declarado inconstitucional o *caput* e o § 4º do art. 40 da Lei n. 6.830/1980, por conflitar com a prescrição quinquenal prevista no art. 174 do Código Tributário Nacional – CTN. Logo, prevaleceria o CTN, que tem *status* de lei complementar em detrimento do prazo de suspensão previsto no art. 40 da Lei de Execução Fiscal, fls. 5 do acórdão. No RE n. 636.562-SC o plenário virtual do STF reconheceu a repercussão geral da matéria que ainda está pendente de análise por parte do Supremo Tribunal Federal.

O debate em torno do art. 40 é uma preocupação dos tribunais brasileiros com a matéria prevista no diploma que regula as execuções fiscais no Brasil. Tal inquietação reflete uma realidade diária nos processos de execução fiscal na justiça brasileira: muitos processos executivos ficam aguardando o surgimento de bens até que seja consumada a prescrição intercorrente.

Outrossim, é relevante ainda citar o julgamento proferido pelo STJ no REsp. n. 1.340.553-RS, representativo de controvérsia, em que o STJ firmou a seguinte tese, a qual transcrevemos seu inteiro teor, por ser de essencial relevância para o presente trabalho:

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80). 1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. 2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”. 3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no *caput* do art. 40 da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: “[...] o juiz suspenderá [...]”). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial

de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40 *caput* da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40 da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40 da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, *ex lege*. 4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973): 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.830/80 – LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução; 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução. 4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução. 4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 – LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. 4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera. 4.4.) A

Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial – 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. 4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973).

No caso julgado pelo REsp. n. 1.340.553-RS, destaca-se, o julgamento de um recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, em que se questiona a extinção de uma execução fiscal por terem decorrido mais de cinco anos do arquivamento, sendo que não foi intimada a União do despacho que determina a suspensão da execução fiscal, § 1º do art. 40, assim como não houve intimação para a decretação da prescrição intercorrente prevista no § 4º do art. 40, fls. 4 do acórdão.

O acórdão do STJ no REsp. n. 1.340.553-RS destaca mais uma vez a angústia que se passa no Judiciário brasileiro quando a matéria é execução fiscal. O relator do recurso, Ministro Mauro Campbell, inicialmente faz uma distinção entre o Recurso Especial n. 1.340.553-RS e o RE n. 636.562-SC, ao dizer que no recurso extraordinário trata de matéria diversa, pois somente aborda a constitucionalidade da suspensão do processo executivo fiscal, para os créditos de matéria tributária, prevista no art. 40 da Lei n. 6.830/1980, fls.7 do acórdão.

Contudo, existe uma situação que não foi tratada pela jurisprudência dos tribunais superiores, notadamente a expressão prevista no art. 40, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 que afirma: “o juiz ordenará o arquivamento dos autos”. No próprio julgamento do REsp n. 1.340.553-RS, proferido pelo STJ, a expressão arquivamento dos autos é entendida como um “arquivamento provisório”.

Não só o STJ, mas todo o Poder Judiciário interpreta que após a suspensão de um ano prevista no art. 40, os autos devem ser remetidos para o arquivo provisório para que se aguarde nos escaninhos da Justiça o período regular de prescrição do crédito, para tão somente depois de escoado o prazo, o processo ser desarquivado, para que seja decretada a prescrição intercorrente do mesmo.

Quer dizer, embora a Lei n. 6.830/1980 mencione a expressão “arquivamento dos autos”, o judiciário faz distinção entre o arquivamento provisório, aquele em que a execução permanece paralisada nos escaninhos da Justiça, com o arquivamento definitivo, aquele em que a execução, em tese, não poderia mais retornar ao Poder Judiciário, uma vez que a execução seria extinta por uma das hipóteses em que a execução deixou de existir.

A diferença, entretanto, é essencial para se compreender por que o Judiciário possui pilhas e mais pilhas de processos de natureza física, aguardando prazos prescricionais, sendo que tal distinção merece reflexão diante da inauguração do processo inteiramente eletrônico.

Igualmente, um dado fornecido pelo CNJ merece reflexão: o Poder Judiciário brasileiro fechou o ano de 2018 com 78, 7 milhões de processos em tramitação, conforme dados extraídos do Relatório Justiça em Números 2019. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9 % estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório.

Os gastos com o armazenamento de processos físicos são alarmantes, uma vez que é necessária estrutura física adequada para o armazenamento desses processos, sem contar a despesa necessária para se realizar o descarte, após se atingir o lapso temporal necessário para o documento ser descartado (FREITAS, 2019).

O tema foi regulado pela Portaria n. 113 de 2011 do CNJ³, onde se estabelece um manual de gestão documental do Poder Judiciário. Nesse manual são disciplinados procedimentos específicos visando gerir todo o ciclo de documentos que circula no âmbito do Poder Judiciário. O objetivo do manual⁴ é:

[...] racionalizar o ciclo documental, isto é, a produção ordenada; a tramitação e a guarda segura; a localização rápida e precisa; a preservação da documentação considerada permanente e histórica e a eliminação sistemática dos documentos que já perderam a sua importância para a instituição. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 7).

Consta ainda do manual que a guarda de processos arquivados para fins de preservação dos direitos das partes que buscaram a jurisdição deve ser mantida pelo

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Portaria n. 113, de 28 de outubro de 2011**. Dispõe sobre o Manual de Gestão Documental do Poder Judiciário, que integra a Recomendação n. 37, de 15 de agosto de 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n113-28-10-2011-presidencia.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

⁴ Ibidem, p.7

prazo de prescrição da execução nas hipóteses em que haja condenação (principal ou acessória), o qual é idêntico ao prazo de prescrição da ação, nos termos da Súmula n. 150-STF, conforme fls. 34 do manual.

No caso dos processos de execução fiscal, a guarda dos processos físicos deve acontecer pelo prazo mínimo da prescrição do crédito fiscal. No caso de dívidas tributárias, o arquivamento provisório é de cinco anos. Ademais, ainda haveria de se aguardar mais o prazo da ação rescisória e mais um ano, ou seja, três anos, mesmo o processo sendo arquivado definitivamente, fls. 35 do manual.

Todavia, aplicando-se o princípio da capacidade contributiva na execução fiscal, plano processual, vislumbra-se uma saída muito mais eficaz e racional. Inicialmente, a execução se desenvolve com interesse do credor, mas sob as balizas conferidas pelo Poder Judiciário com base na Constituição e nas leis. Portanto, cabe ao Poder Judiciário aferir, por meio da análise dos autos, se execução é viável ou não em determinado momento.

Assim, no caso do processo físico, uma vez aplicado o art. 40, *caput*, da Lei n. 6.830/1980, em consonância com o princípio da capacidade contributiva, deve o magistrado suspender o processo pelo prazo de um ano e logo após o transcurso do prazo, enviar os autos para o exequente para que este permaneça com processo pelo prazo prescricional do crédito ou caso o exequente não se responsabilize pela guarda dos autos, o magistrado deve enviar os autos ao arquivo definitivo, somente deferindo o desarquivamento, nos casos em que houver prova do retorno da capacidade contributiva do executado.

Com efeito, nos casos de processos judiciais eletrônicos, regulamentados pela Lei n. 11.419/2006, a distinção entre arquivo provisório e definitivo não faz qualquer sentido, pois toda e qualquer forma de arquivamento permite que os autos sejam desarquivados a qualquer momento, buscando-se a satisfação do crédito.

Dessa forma, defende-se uma aplicação cogente do princípio da capacidade contributiva no plano processual, especificamente na interpretação do art. 40 da LEF. A correta interpretação do art. 40, de acordo com a capacidade contributiva, fará com que o Judiciário possa determinar, caso o exequente não solicite por iniciativa própria, em caso de ausência de capacidade contributiva do executado, a suspensão da execução fiscal pelo prazo de um ano, e após o transcurso do prazo, o envio dos autos para o próprio exequente para que ele faça a análise da viabilidade da execução.

3 CONCLUSÃO

De todo o exposto, observamos que a política de incentivos da legislação brasileira em relação à execução fiscal merece melhoramentos, por vários aspectos. O primeiro seria o referente à demora na solução desses processos judiciais, visto que a execução fiscal atualmente é vista como a maior responsável pela taxa de congestionamento do Judiciário brasileiro.

O segundo seria no contexto de reformulação da legislação em consonância com a realidade brasileira atual, notadamente pela estruturação das procuradorias públicas, que podem responder pelas demandas como se escritórios de advocacia fossem.

O terceiro aspecto seria uma melhor interpretação no que diz respeito ao art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, que pode ser interpretada de forma a ajustar uma melhor medida no que diz respeito aos arquivamentos das execuções fiscais. Tudo isso pode ser visto do ponto de vista da análise econômica do direito como algo que gera desperdício, propiciando injustiças no sistema de cobrança judicial da dívida ativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 314**. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, p. 1160-1162, 12 dez. 2005. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 636.562-SC**. Constitucional. Tributário – Administrativo - Financeiro. Prescrição intercorrente. Marco inicial. Reserva de Lei Complementar de Normas Gerais para dispor sobre prescrição. Supremacia das disposições do Código Tributário Nacional por força da constituição. Art. 173 do Código Tributário Nacional. Art. 40, § 4º da Lei 6.830/1980 (Redação da Lei 11.051/2004). Relator: Min. Joaquim Barbosa, 21 abr. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1597961>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n. 8**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=8.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.340.553-RS. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Art. 40 e parágrafos da Lei n. 6.830/1980. Prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo. Ciência da Fazenda Pública quanto à não localização do devedor ou inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Início automático. Tema 566. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, **Informativo de jurisprudência**, n. 635, 12 set. 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0635.pdf. Acesso em: 31 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Br. **Portaria n. 113, de 28 de outubro de 2011**). Dispõe sobre o Manual de Gestão Documental do Poder Judiciário, que integra a Recomendação n. 37, de 15 de agosto de 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n113-28-10-2011-presidencia.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório Justiça em Números 2020**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Acesso em: 22 maio 2020, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 2 set. 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de. Brasil gasta milhões para guardar processos judiciais inúteis. **Revista Consultor Jurídico**, 4 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-04/segunda-leitura-brasil-gasta-milhoes-guardar-processos-judiciais-inuteis>. Acesso em: 27 set. 2019.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review** v. 1, n. 1, p. 7-32, 2010. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44. Acesso em: 2 set. 2019.

PROJETO ADOCE: ACORDOS APÓS INGESTÃO DE GLICOSE NO JUDICIÁRIO E SEUS IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS¹

Aline Vieira Tomás²

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ fixa anualmente as metas nacionais a serem alcançadas pelo Poder Judiciário Nacional. Tais metas norteiam os planos de gestão dos tribunais brasileiros, refletindo na dinâmica de trabalho adotada por cada magistrado em sua unidade jurisdicional.

A Meta 3 do CNJ dedicou-se ao estímulo à conciliação e estabeleceu os seguintes parâmetros à Justiça estadual: “[...] Aumentar o indicador índice de conciliação do Justiça em Números em dois pontos percentuais em relação ao ano anterior” (CNJ, 2020).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – TJGO editou a Meta 5 em seu Plano de Gestão 2019-2021, prevendo: “[...] Aumentar em 4% o índice de conciliação” (TJGO, 2019).

Segundo o Relatório Justiça em Números 2020 (CNJ, 2020), a série histórica do indicador índice de conciliação apresentou anuais declínios entre 2016 e 2019, ao contrário do estipulado na Meta 3 do CNJ. Em 2016, registrou-se índice de conciliação de 13,6%; em 2017, atingiu-se 13,5%. No ano de 2018, alcançou-se 12,7%, fechando 2019 com 12,5%.

No Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, observa-se que o índice de conciliação esteve em declínio de 2016 a 2018, mostrando uma retomada do crescimento em

¹ Para mais informações, cf. o artigo completo: TOMÁS, Aline Vieira. Resultados alcançados pelo projeto Adoce: acordos após ingestão de glicose observados em conciliações judiciais (processuais) e extrajudiciais (pré-processuais). **Revista Eletrônica do CNJ**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 212-232, dez. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/170> .

² Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás – PPDGP-UFG. MBA em Gestão do Poder Judiciário pela FGV. Especialista em Docência do Ensino Superior pela PUC-Goiás. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Autora dos projetos: Simplificar 5.0, Adoce, Concilia Net, Justiça em 24 horas e Multiplicar.

2019. Segundo publicação oficial³ do TJGO, o ano de 2016 alcançou 27,07%; 2017 decresceu para 20,70%; 2018 caiu para 11,36%, subindo para 13,86% em 2019.

Registre-se que tanto no âmbito do CNJ quanto do TJGO, as metas para conciliação foram as mesmas desde 2018, ano no qual surgiu a ideia do experimento ora apresentado, denominado Projeto Adoce: acordos após ingestão de glicose/dextrose⁴ observados em conciliações judiciais (processuais) e extrajudiciais (pré-processuais).

Trata-se de uma pesquisa empírica, surgida no contexto de índices de conciliação nacionalmente e regionalmente decrescentes, diferentemente do estipulado em metas nacionais e estaduais. Seu escopo é testar uma inovação jurisdicional simples (oferecimento de glicose), de fácil aceitação pelos jurisdicionados em conciliação (na forma de suco de uva), com foco no aprimoramento e na eficiência (art. 37 da Constituição Federal) da prestação jurisdicional, buscando o incremento do indicador índice de conciliação.

O experimento une conhecimentos do Direito e Glicobiologia (Bioquímica e Fisiologia), cujo escopo é averiguar, com transparência e responsabilidade embasadas em comprovações científicas da Medicina, se os efeitos da glicose no cérebro humano podem (ou não) influenciar na tomada de decisão das partes em audiência de conciliação, impactando no resultado dos acordos alcançados.

Para tanto, entre abril e dezembro de 2018, foi realizado o experimento-piloto do Projeto Adoce, em 650 audiências de conciliação de família, no 2º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc de Anápolis, Goiás, cuja apresentação e resultados alcançados são o objeto do presente resumo expandido.

2 DESENVOLVIMENTO

O Projeto Adoce situa-se no campo do Direito e Política Nacional de Conciliação (Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no

³ As publicações dos índices de conciliação anuais do Tribunal de Justiça de Goiás são feitas de forma digital em seu sítio eletrônico, onde podem ser localizadas as estatísticas de todo o estado por ano. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/nupemec/estatistica-das-conciliacoes-realizadas>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁴ Em razão da sua estrutura se apresentar somente na forma dextrógira, a glicose também é chamada de dextrose. Outro nome que ela recebe é açúcar de uva, pois é encontrada nessa fruta (FOGAÇA, 2019). Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/quimica/glicose.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

âmbito do Poder Judiciário) e visa ao incremento do índice de conciliação na unidade jurisdicional em que for aplicado.

O experimento continua em pleno funcionamento desde sua implementação, em abril de 2018, e surgiu como produto final de pesquisa em mestrado profissional em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás, cujo tema do produto final foi: Projeto Regulatório em Política Pública Conciliatória: pesquisa empírica sobre os efeitos da ingestão de glicose nos acordos das varas de família de Anápolis entre abril e dezembro de 2018.

Foi institucionalizado pelo Tribunal de Justiça de Goiás em dezembro de 2019 (Processo n. 201909000189595).

Apresenta caráter metodológico baseado em experimentação, em contexto conhecido como crise no Judiciário, expressão surgida, sob a ótica deste estudo, em virtude da sobrecarga de demandas judiciais à espera de julgamento, causada pelos problemas de estrutura e de funcionamento do próprio poder, bem como pelo crescimento acelerado na propositura de ações judiciais.

Na busca de transposição da crise, ganhou força, tanto em âmbito nacional quanto nas unidades federativas, a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse, notadamente com o Movimento pela Conciliação, surgido em 2006, com a missão de “contribuir para a efetiva pacificação de conflitos, bem como para a modernização, rapidez e eficiência da Justiça Brasileira”⁵, mister condizente com estratégias de combate à crise.

Com a mesma finalidade, advieram as metas nacionais do Conselho Nacional de Justiça e estaduais em cada tribunal, também na busca de administração da crise e aprimoramento da prestação jurisdicional. No caso das varas e Cejuscs de família, ganham destaque a Meta 3 do CNJ e a Meta 5 do TJGO, supra apresentadas, com foco na conciliação e mediação.

A equipe envolvida no projeto, como membros do movimento conciliatório atuantes em Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania com atribuição de Família, viu-se comprometida a colaborar com o combate a esse quadro de crise, propondo-se a investigar algo simples e de fácil colocação na prática forense. Testou-se, nesse intento, o experimento em sessões de conciliação realizadas em Cejusc,

⁵ O Movimento pela Conciliação tem portal próprio no sítio do Conselho Nacional de Justiça, com todas as informações disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>. Acesso em: 19 set. 2020.

tendo como objetivo principal verificar se fatores externos ao processo – considerando o caso concreto e a norma legal em abstrato⁶ como internos – poderiam contribuir para o aumento no número de soluções de consenso nas audiências, em um contexto de realismo jurídico⁷, para o qual as decisões judiciais não decorrem exclusivamente da racionalidade do julgador. Caso os resultados refletissem positivamente no número de acordos realizados, o objetivo do Projeto Adoce teria sido alcançado.

2.1 O EXPERIMENTO

O Projeto Adoce consiste, sinteticamente explicando, em procedimento básico da pesquisa experimental, cujo principal objetivo é identificar a influência da ingestão de glicose (suco de uva) em audiências de conciliação de família.

Para tanto, consiste na separação de audiências de conciliação da mesma natureza em duas salas distintas: grupo experimental/tratamento e grupo de controle. Tratam-se de duas amostras aleatórias, simples e independentes, rigorosamente recolhidas da mesma população pesquisada (partes e advogados de uma mesma unidade jurisdicional) e formadas a partir de demandas submetidas ao Poder Judiciário por iniciativa das partes (princípio da inércia da jurisdição), conforme a ordem cronológica dos protocolos judiciais, sendo aleatórias, portanto.

Para o primeiro grupo (experimental/tratamento), é manipulado o oferecimento de glicose, na forma de suco de uva (200 ml/pessoa), antes do início da sessão de conciliação. Para o segundo grupo (controle), apenas água é servida. Ao término das conciliações, são observados os resultados alcançados – realização ou não de acordo – sendo que para cada mês da pesquisa, os dados colhidos nos dois grupos amostrados são estatisticamente tratados para eventual replicação em outros

⁶ A pesquisa considerou, de maneira simplificada, como fatores internos ao processo judicial, o caso concreto e a norma legal em abstrato, com fundamento na definição jurídica de subsunção, que ocorre quando o caso concreto se enquadra à norma legal em abstrato, ou ainda considerando o silogismo jurídico em suas três etapas: uma premissa maior fundamentada na lei; uma premissa menor, fundada no caso concreto e a conclusão, tratando-se da aplicação da lei ao fato. A intenção em se destacar tais elementos endoprocessuais é em razão de a pesquisa averiguar se existe a influência de fatores externos ao processo no índice de conciliação.

⁷ Trata-se de corrente doutrinária da Filosofia do Direito para a qual o sistema jurídico é fato, afastando-se da metafísica e de visões idealistas do Direito. Explicado de forma muito simplificada, o realismo jurídico entende ser a decisão judicial a verdadeira forma de determinação do Direito. Suas principais versões se desenvolveram nos Estados Unidos e nos países escandinavos com formulações teóricas diferentes, e, a partir deles, difundiu-se para outros países (LOPES, 2004). E quando se diz que o realismo jurídico lida com fatos, não se trata do fato cotidiano ou do fato social, e sim da decisão judicial como fato, haja vista seus teóricos entenderem o Direito como o que os juízes e tribunais fazem ao decidir no caso concreto, e não o que o dever-ser dita como sendo o ideal ou eventualmente o que outras fontes do direito preconizam como caminho a seguir.

experimentos similares, satisfazendo o preconizado nos critérios de uma pesquisa empírica capaz de aferir a maior ou menor efetividade de uma política pública.

2.2 MOTIVAÇÃO: PESQUISA EMPÍRICA COM JUÍZES DE ISRAEL

A ideia do projeto originou-se do estudo de Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011), em *Extraneous factors in judicial decisions*, em que os autores afirmaram não ser apenas o ordenamento jurídico, mas também fatores psicológicos, políticos e sociais capazes de influenciar as decisões judiciais e, embora não tenham usado expressamente o termo “realismo jurídico”, o experimento de Israel enquadra-se nessa corrente doutrinária. No estudo, observaram que juízes criminais de Israel tendiam a deferir pedidos de liberdade provisória após as refeições, sendo que o percentual de indeferimentos subia na medida em que os níveis de glicose no sangue dos magistrados caía.

Surgiu daí a ideia para a modelagem do experimento controlado desta pesquisa: Atrelar Glicobiologia e Direito, verificando-se a possibilidade de um aporte de glicose influenciar no poder de decisão e no comportamento dos indivíduos submetidos a sessões de conciliação, refletindo nos resultados alcançados.

Para tanto, utilizou-se de instrumental jurídico, somado a conhecimentos médicos, aptos a fornecer suporte para o alcance dos direitos fundamentais buscados pela política pública conciliatória, especialmente o direito de acesso universal à justiça, previsto no art. 5º, XXXV⁸, da Constituição Federal, à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), bem como o dever constitucional de eficiência administrativa (art. 37 da CF) e a cooperação dos sujeitos processuais (art. 6º e art. 3º, § 3º, CPC), pilares importantes no contexto dos novos paradigmas do Direito Processual moderno.

2.3 CONTRIBUIÇÕES DA MEDICINA

A contribuição da Medicina com os fundamentos orgânicos ao experimento foi um diálogo com a Glicobiologia (Bioquímica e Fisiologia), observando a função da

⁸ Sob a ótica deste estudo, o acesso universal à justiça não se restringe ao sentido expresso constitucionalmente de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O alcance da justiça está hoje muito mais ligado a aspectos subjetivos relacionados ao que o cidadão foi em busca ao ingressar com um processo do que ao aspecto exclusivamente objetivo de se bater às portas do Judiciário em busca de uma solução que lhe será imposta por um juiz.

glicose/dextrose no cérebro e o processamento da recompensa alimentar em seres humanos, tendo como referenciais teóricos os princípios de Bioquímica, de Lehninger, e o Tratado de Fisiologia Médica, de Guyton e Hall.

Segundo os princípios de Bioquímica, de Lehninger, a glicose é o principal combustível para o cérebro, o qual não funciona sem esse substrato. Baixas quantidades de glicose no sistema nervoso central podem ocasionar danos, da mesma forma que níveis muito elevados de glicose no sangue também podem ter consequências fisiológicas sérias (NELSON; COX, 2014).

A Fisiologia prevê que a ingesta de alimentos de sabor doce provoca a estimulação elétrica de certas áreas límbicas do cérebro, denominadas centros de recompensa. Uma vez atingidos tais centros, são desencadeadas sensações agradáveis e de satisfação em humanos e animais (GUYTON; HALL, 2011).

De outro lado, se ocorre a estimulação elétrica de áreas conhecidas como centros de punição, as sensações experimentadas serão de terror, dor, medo, defesa, reações de escape e outros elementos da punição.

Os graus de estimulação desses dois sistemas opostos de resposta influenciam muito o comportamento humano e animal (GUYTON; HALL, 2011).

Assim, unindo-se os ensinamentos da Bioquímica e da Fisiologia, tem-se que: a) o consumo de glicose afeta uma das partes mais nobres do cérebro, o sistema mesolímbico, onde se situa o centro de recompensa; b) o sabor doce de um alimento, por si só, é suficiente para ativar o sistema de recompensa cerebral (SAWAYA, FILGUEIRAS, 2013), provocando a liberação dos neurotransmissores dopamina e serotonina, responsáveis pela sensação de bem-estar e satisfação.

E foi a partir de tais comprovações científicas que o Projeto Adoce concretizou-se: propondo-se a oferecer glicose, na forma de suco de uva, a um grupo de jurisdicionados em conciliação, a fim de acionar seus centros de recompensa cerebral. Isso porque, uma vez ativado tal sistema, a Glicobiologia descreve o desencadeamento de sensações agradáveis, de satisfação e de bem-estar, propensas a facilitar a comunicação, a disposição em ouvir e a abertura para negociar dos envolvidos, indo ao encontro do que está previsto na própria essência da política nacional conciliatória, em seu aspecto jurídico.

Ademais, se há a criação de ambiente favorável à construção de soluções de consenso, termina-se por possibilitar sua reverberação em um possível impacto

no índice de conciliação, uma vez que a tendência à celebração de acordos tem probabilidades aumentadas em um cenário como tal.

2.4 METODOLOGIA

O Projeto Adoce valeu-se de abordagem quantitativa, sendo um estudo de cunho experimental, composto por grupo de controle (sem oferta de glicose/dextrose) e por grupo experimental (com oferta de glicose/dextrose). Para a análise dos resultados alcançados, foram utilizados dois principais procedimentos estatísticos: 1. Teste qui-quadrado: procedimento descritivo de análise de diferença entre as proporções nos acordos nos grupos experimental e de controle; 2. Regressão logística binária: técnica analítica para correlacionar as variáveis responsáveis por influenciar a ocorrência dos acordos nas conciliações.

O nível de confiança do teste utilizado para os resultados da proporção de acordos alcançados, ao se comparar o grupo de controle e o grupo de experimento, foi o padrão de 99% (noventa e nove por cento) para os meses de abril, maio, julho, novembro e dezembro de 2018; 95% (noventa e cinco por cento) em agosto e 90% (noventa por cento) em setembro e outubro do mesmo ano, ao se verificar a influência da ingestão de glicose nos resultados das soluções de consenso.

2.5 Descrição básica da pesquisa experimental e resultados da ingestão de suco de uva no índice de conciliação

Nos termos do protocolo delineado na subseção 2.1, o experimento-piloto foi testado entre os meses de abril e dezembro de 2018, no 2º Cejusc de Anápolis, Goiás, onde são realizadas as audiências de conciliação provenientes da 1ª e da 2ª Vara de Família da comarca.

A amostra inicial foi de 659 audiências de conciliação, sendo 354 realizadas no grupo experimental, onde houve o oferecimento de glicose na forma de suco de uva. As demais 305 audiências da amostra ocorreram no grupo controle, para o qual apenas água foi oferecida.

Com base nos resultados provenientes desses dois grupos, foi possível compará-los estatisticamente, a fim de identificar a influência da ingestão de suco de uva na ocorrência dos acordos.

Os procedimentos estatísticos utilizados para comparar os grupos e analisar a dinâmica de ocorrência dos acordos foram: 1) comparação da proporção dos

acordos nos dois grupos, recorrendo, para isso, ao teste qui-quadrado de igualdade de proporções; 2) desenvolvimento de um modelo de regressão logística binária para identificar as variáveis observadas, determinantes da ocorrência dos acordos.

A organização do experimento seguiu critérios rígidos de pesquisa experimental empregada nas Ciências Sociais Aplicadas, expostos em livros-texto de referência para a área, tais como Dean e Voss (1999), Shadish, Cook e Campbell (2002), Doane e Seward (2011), Fávero (2014) e Triola (2015).

Conciliadores e auxiliares da pesquisa foram instruídos a registrar informações básicas das audiências de conciliação em planilhas Excel, posteriormente exportadas a um *software* de análise de dados estatísticos.

Todas as informações de requerentes, requeridos, advogados e conciliadores envolvidos foram codificadas para a garantia do anonimato. Essas informações, consideradas variáveis de análise, foram sistematicamente comparadas entre os dois grupos.

Das 659 audiências realizadas entre abril e dezembro de 2018, foram observados 61,912% de acordos e 38,088% de não acordos. Destes, ao se considerar separadamente o grupo experimental e o grupo controle, observou-se uma proporção geral dos acordos de 76,27%, no grupo experimental (que ingeriu suco de uva) e 45,24%, no grupo de controle (que ingeriu água). Assim, observou-se uma diferença de 31,03% a mais de acordos quando se ingere o suco de uva.

3 CONCLUSÃO

À luz de referenciais teóricos do Direito, Glicobiologia, Bioquímica e Fisiologia, realizou-se um experimento interdisciplinar no âmbito da Política Nacional de Conciliação, a fim de investigar se fatores externos ao processo, como a ingestão de glicose, poderiam (ou não) influenciar no indicador índice de conciliação, impactando diretamente nos resultados alcançados pela política pública.

Surgiu, assim, o Projeto Adoce, traçando um novo modelo procedimental às audiências conciliatórias, com impactos econômicos e sociais no sistema de justiça. O projeto consiste em um experimento que busca melhores resultados no número de acordos realizados, a um custo baixo (R\$ 2,90 por audiência), focalizando seus holofotes no jurisdicionado como pessoa humana em sua completude e sujeito de direitos.

Por esse último motivo, lança mão de fundamentos orgânicos previstos na Medicina, com a finalidade de acionar, através da glicose presente no suco de uva, os centros de recompensa cerebral das partes em conciliação. A finalidade é proporcionar-lhes bem-estar e satisfação, criando um ambiente adequado à concretização do acordo, mas não como um fim em si mesmo, mas como consequência natural de toda a responsabilidade e transparência de se empregar ciência médica a um experimento dentro do Poder Judiciário.

Após 9 meses de pesquisa, a hipótese do estudo foi confirmada, havendo a comprovação de que a ingestão de glicose/dextrose em alimentos de sabor doce pode colaborar com um aumento estatisticamente significativo do índice de conciliação da política pública judiciária de tratamento adequado de conflitos.

Tal conclusão deu-se porque, das 659 audiências de conciliação realizadas entre abril e dezembro de 2018 (305 observações no grupo de controle e 354 no grupo experimental), observou-se uma proporção geral dos acordos de 76,27%, no grupo experimental, e 45,24%, no grupo de controle. Uma diferença verificada de 31,03% a mais de acordos quando se ingere o suco de uva.

Referido aumento de 31,03% no índice de conciliação, mostrou-se 29,03% acima dos dois pontos percentuais buscados pela Meta 3 do CNJ e 27,03% superior aos 4% de aumento previstos na Meta 5 do Plano Gestor do TJGO. Configurou-se, dessa forma, percentual acima do estipulado pelas duas metas e que transpôs o cenário nacional de queda registrado no Relatório Justiça em Números para o mesmo período: de 13,5% em 2017 para 12,7% em 2018 (CNJ, 2020).

Desse modo, a partir de um teste de hipótese, os altos índices de conciliação atingidos pelo Projeto Adoce não só superam metas, mas forjam um novo procedimento em audiências conciliatórias que contribui, de maneira direta, para o aprimoramento na prestação jurisdicional, na medida em que solucionam maior número de feitos na audiência inaugural, impactando na razoável duração dos processos e, conseqüentemente, na eficiência da administração judiciária.

Chama atenção o impacto econômico do projeto por seu custo de apenas R\$ 2,90 (dois reais e noventa centavos) por audiência, investidos na aquisição da glicose em forma de suco.

Em uma visão macro, tem-se o impacto social alcançado pelo Adoce: a ampliação do acesso à ordem jurídica justa, pois ao se realizar a efetiva pacificação de conflitos através de decisões construídas de forma colaborativa pelas próprias

partes em conciliação, permite-se que o modelo de consensualidade empregado seja coerente com o objetivo que motivou o Poder Público a conceber a Política Nacional Conciliatória, mostrando como um experimento simples, de baixo custo e fácil adesão pode impactar em todo o sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 jan. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015a**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 31 jan. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Metas nacionais para 2020**. Aprovadas no XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário. Maceió/AL, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/encontros-nacionais/xiii-encontro-nacional-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 22 set. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Movimento pela conciliação**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>. Acesso em: 19 set. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.
- DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences of The United States of America**, Princeton, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 26 abr. 2011.
- DEAN, A.; VOSS, D. **Design and analysis of experiments**. Springer, 1999.
- DOANE, D. P.; SEWARD, L. E. **Applied statistics in Business & Economics**. New York: McGraw-Hill Irwin, 2011.
- FÁVERO, L. P. *et al.* (org.). **Métodos quantitativos com Stata**. Elsevier, 2014.
- FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. Glicose. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/quimica/glicose.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- GUYTON, Arthur C.; HALL, John E. **Tratado de fisiologia médica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LOPES, Mônica Sette. O Realismo Jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.l.], n. 45, p. 297-340, fev.

2014. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1298/1230>. Acesso em: 14 set. 2019.

NELSON, David L.; COX, Michael M. **Princípios de bioquímica de Lehninger**. 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

SAWAYA, Ana Lydia; FILGUEIRAS, Andrea. Abra a felicidade? Implicações para o vício alimentar. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 53-70, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 jul. 2018.

SHADISH W. R.; COOK, T. D.; CAMPBELL, D. T. **Experimental and quasi-experimental designs for generalized causal inference**. Boston: Houghton Mifflin Company, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS - TJGO. **Plano de Gestão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás para 2019/2021**. Organizado pela Secretaria de Gestão Estratégica. Goiânia: Divisão de Impressão Digital do TJGO, 2019. 74p. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/plano-de-gestao-2019-2021>. Acesso em: 22 set. 2020.

TRIOLA, Mário F. **Introdução à Estatística**: atualização da Tecnologia. Tradução e revisão técnica Ana Maria Lima de Farias, Vera Regina Lima de Farias e Flores. 11. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

A EXIGÊNCIA DE ADOÇÃO DE UM MÉTODO DECISÓRIO ADEQUADO À LEGITIMAÇÃO DA PROGNÓSE FORTE DE *PERICULUM LIBERTATIS*: AFERINDO O IMPACTO DA LEI ANTICRIME NO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO

Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo¹

1 INTRODUÇÃO

É cediço que, para decretação da prisão preventiva, o legislador pátrio exige que o julgador analise a presença da justa causa (prova da existência do crime e indício suficiente da autoria) e, ainda, a existência de “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, como se lê no *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal – CPP.

A par disso, a prisão preventiva deve ser decretada apenas excepcionalmente, quando outros meios cautelares não forem suficientes ou idôneos para assegurar a proteção dos bens, direitos e interesses tutelados pelo processo penal.

Por conseguinte, a análise do pedido de prisão preventiva é cindida em três aspectos: aferição da existência da justa causa, prognose do *periculum libertatis* e prognose da insuficiência ou inidoneidade de outras medidas cautelares alternativas à prisão.

Para bem delimitar o tema, esclarece-se que, dentre esses aspectos, a pesquisa restringiu-se à prognose de existência do *periculum libertatis*, entendendo-a como “forte” quando concretamente demonstrada a insuficiência das cautelares alternativas à prisão preventiva.

Acrescenta-se que a novel Lei n. 13.964/2019 acentuou a exigência de motivação para as decisões que decretam medidas cautelares, e, no que diz respeito a este estudo, exige que, na motivação da prisão preventiva, “o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (§ 1º do art. 315 do CPP). Tal dispositivo corresponde

¹ Mestranda em Direito e Poder Judiciário pela Enfam. Integrante do Grupo de Pesquisa Poder Judiciário, Direitos Fundamentais e Jurisdição Penal (GEPDI 6) da Enfam. Juíza federal substituta na Seção Judiciária de Minas Gerais.

ao princípio da atualidade (ou contemporaneidade) do *periculum libertatis*, como aponta Lima (2021, p. 334).

Para além disso, o legislador dispôs que não se considera fundamentada a decisão que, dentre outras hipóteses legais, “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (inciso II do § 2º do art. 315 do CPP).

Diante desse contexto, emergiu a problemática da pesquisa. Indagou-se: a exigência de esforço argumentativo introduzida pela Lei n. 13.964/2019 no CPP foi suficiente para extirpar decretos de prisão cautelar insuficientemente fundamentados, notadamente quando visem à garantia da ordem pública? Se não, a adoção de um método de análise e valoração racional da prova é capaz de conduzir a um padrão argumentativo adequado à legitimação da prognose forte de *periculum libertatis* antecedente à denúncia?

Os objetivos da pesquisa foram: i) apurar a persistência de decisões cautelares de decretação de prisão preventiva antecedente à denúncia com fundamentação insuficiente e dissonante das novas exigências do CPP, do entendimento pretoriano prevalente e, ainda, apartadas do suporte epistêmico atinente a métodos para uma adequada análise e valoração racional de evidências; e ii) investigar, a partir do procedimento abduutivo de inferência para melhor explicação, se a adoção de um método de análise e valoração racional da prova seria adequada para conduzir a uma estrutura argumentativa que legitime uma prognose forte de imprescindibilidade da decretação de prisão preventiva antecedente à denúncia, excludente de outras medidas cautelares alternativas.

Como estratégias metodológicas para se alcançar as respostas a tais indagações, adotou-se a análise de jurisprudência e a revisão bibliográfica.

As exigências de esforço argumentativo para a decretação de uma prisão preventiva consistem em robusta garantia penal e processual penal. Para Ferrajoli (2021), as garantias penais e processuais não são apenas garantias de liberdade e verdade contra a arbitrariedade: “São a principal fonte de legitimação da jurisdição e também, com um aparente paradoxo, o principal fator de eficácia da intervenção judicial”.

A par das exigências legais, e, ainda, do entendimento pretoriano prevalente, a ciência apresenta métodos e instrumentos com aptidão para conduzir o julgador a uma análise racional da pretensão prisional preventiva da acusação. Dentre esses

métodos, a Inferência para Melhor Explicação – IME é apresentada pela doutrina pesquisada como processo dinâmico de elaboração racional para a tomada de decisão, com aplicabilidade jurídico-processual, capaz de reduzir a ocorrência de erro no julgamento fático e de afastar o arbítrio.

Assim, o estudo adotou por hipótese que a técnica chamada inferência para a melhor explicação, frequentemente chamada de raciocínio abduutivo, pode conduzir a um modelo argumentativo adequado às exigências legais atinentes à decisão incidental que decreta a prisão preventiva do imputado como garantia da ordem pública, enfraquecendo eventual voluntarismo do julgador, reforçando a segurança jurídica e a garantia de liberdade e de verdade.

2 LEI N. 13.964/2019: A EXIGÊNCIA DE SOBRE-ESFORÇO ARGUMENTATIVO PARA LEGITIMAÇÃO DA PROGNOSE FORTE DE *PERICULUM LIBERTATIS*

A prisão preventiva, como medida coercitiva antecedente ao decreto condenatório, subsiste em nosso ordenamento jurídico para fins cautelares, “quer para proteger o processo e a própria jurisdição penal, quer para garantir a ordem pública, ou seja, a segurança da vítima e da sociedade” (CRUZ, 2021, p. 30), e deve submissão à regra da excepcionalidade, por colidir frontalmente com o princípio da presunção de inocência.

O que dizer, então, da excepcionalidade do decreto de prisão preventiva, fora de um contexto de flagrante delito, quando precede até mesmo o oferecimento da denúncia? Como essa decisão antecedente à denúncia pode legitimar-se à luz do princípio da não culpabilidade sem desnaturar-se em odiosa antecipação da pena?

As inovações inseridas no Código de Processo Penal pelo denominado Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), vigente desde 23 de janeiro de 2020, endossaram a preocupação secular de renomados juristas, jusfilósofos e outros pensadores de escola quanto à necessidade premente de se afastar o julgador de vieses cognitivos, voluntarismo, atecnia, exageros e precipitações. E fez isso acertadamente ao exigir um sobre-esforço argumentativo do magistrado na motivação da decretação da prisão preventiva, exigindo que seja indicada, concretamente, a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (art. 315 do CPP, no § 1º, novel redação).

A despeito da redação confusa e repetitiva das inovações introduzidas nos arts. 312 e 315 do Código de Processo Penal, Cruz (2021, p. 350) assevera que o “que

se pode ter como certo na teleologia da norma é que a fundamentação não pode ser abstrata, vaga, mas, sim, ‘concreta’”.

2.1 AFERINDO O IMPACTO IMEDIATO DO PACOTE ANTICRIME NA DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

Para aferir o impacto imediato do Pacote Anticrime na decretação de prisão preventiva, escolheu-se o método de pesquisa de jurisprudência.

A composição da amostra de estudo adotou os seguintes critérios de pesquisa: a) consulta eletrônica pela internet no banco de dados do Superior Tribunal de Justiça, disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>; b) seleção do campo de busca “pesquisa avançada”; c) alimentação dos seguintes campos de busca: c.1) data: 01/01/2020 a 12/07/2021, publicação; c.2) ementa/indexação: habeas corpus “prisão preventiva” “fundamentação insuficiente”; e c.3) manteve-se ativa a seleção das configurações “pesquisar sinônimos” e “pesquisar plurais”.

A escolha de tais critérios de pesquisa foi norteada por recortes jurisprudenciais assim justificados: 1) a seleção do sítio do Superior Tribunal de Justiça como local de busca deu-se em razão da competência da Corte como última instância em apreciação da legalidade de decisões das instâncias inferiores, vez que o objeto de estudo alinhava-se a aferir os impactos da Lei n. 13.964/2019; 2) o intervalo pesquisado buscou coerência com o objeto de pesquisa, por isso o termo inicial é imediatamente posterior à publicação da lei estudada, ocorrida em 24 de dezembro de 2019, findando na data de acesso à plataforma; e 3) os argumentos inseridos no campo “Ementa/Indexação” pretenderam alinhar a busca à pergunta da pesquisa: a exigência de sobre-esforço argumentativo introduzida nos arts. 312 (§ 2º) e 315 do Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/2019 alcançou o desiderato de coibir decretos prisionais (cautelares) com insuficiência de fundamentação?

E, para bem direcionar o resultado da busca, optou-se por colocar as expressões prisão preventiva e fundamentação insuficiente entre aspas, assim utilizadas como operador booleano de adjacência, o que ensejou uma seleção bem adequada ao objetivo da pesquisa.

O resultado dessa busca alcançou um total de 64 acórdãos e 1.728 decisões. Elegeu-se como amostra os 50 primeiros documentos exibidos na aba dos acórdãos, por se entender que a colegialidade dos julgados pudesse enfatizar o teor dos julgados e, por conseguinte, robustecesse o resultado da pesquisa. Essa amostra foi suficiente

para se alcançar a saturação da busca, vez que evidenciada a repetição do teor dos julgados e a pesquisa ser eminentemente qualitativa.

A análise dos dados constantes na amostra de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, coletada dentre julgados publicados após a Lei n. 13.964/2019, constatou que, ao arripio da teleologia normativa, a concessão de *habeas corpus* para revogação de prisões preventivas ainda é comumente fundamentada na ausência de argumentos idôneos e suficientes à excepcionalidade da medida cautelar coercitiva (ilustrativamente, STJ: AgInt no HC n. 576.847/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 2/6/2020; HC n. 563.269/SC, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 30/6/2020; HC n. 582.234/GO, Ministro Rogerio Schietti Machado Cruz, Sexta Turma, DJe 23/6/2020; HC n. 561.591/MG, Ministro Rogerio Schietti Machado Cruz, Sexta Turma, DJe 4/8/2020)².

Nos acórdãos analisados, constatou-se a reiterada recomendação dessa colenda Corte Superior para que as decisões de prisão preventiva contenham motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos e esteja ancorada em suporte probatório que demonstre a subsunção do caso às exigências legais e a imprescindibilidade da medida. E mais, em vários desses julgados é explícita a menção à vedação a considerações genéricas e vazias sobre o cabimento da medida excepcional.

A par disso, o Pacote Anticrime acrescentou ao art. 315 do CPP rol de vícios de fundamentação, cuja incidência enseja a nulidade da decisão, nos exatos termos do novel inciso VIII do art. 564 do mesmo código, mas tal apelo legislativo ainda não extirpou decretos prisionais com motivação eivada de insuficiência e/ou inidoneidade argumentativa do cenário nacional.

2.2 LEGITIMAÇÃO DA PROGNOSE FORTE DE PERIGO À ORDEM PÚBLICA

Não obstante o apelo para adoção de uma fundamentação idônea para o excepcional decreto prisional cautelar, o próprio legislador persistiu em erro ao manter a expressão vaga “garantia da ordem pública” no *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal como situação autorizadora para a prisão preventiva.

Diante dessa indeterminação terminológica, indaga-se: há uma prognose legítima, compatível com o nosso ordenamento jurídico, que possa sustentar que o investigado, em liberdade, enseje risco à ordem pública? O que legitimaria a prognose

² Disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

forte de perigo à ordem pública para justificar a decretação de prisão preventiva antecedente até mesmo ao oferecimento da denúncia?

Segundo a jurisprudência do STF, para que a decisão cautelar atenda aos imperativos constitucionais previstos nos arts. 93, IX, e 5º, XLVI, da Constituição da República, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva em relação a cada um dos cidadãos investigados³.

A par das exigências constitucionais, a Lei n. 13.964/2019 alterou o Código de Processo Penal, que passou a exigir que, na motivação da prisão preventiva, o juiz indique “concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (§ 1º do art. 315 do CPP). São esses os *standards* fixados pelo legislador anticrime: concretude e atualidade dos elementos de corroboração da prognose judicial de perigo à ordem pública.

Ao sustentar a validade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, Cruz lembra que países como França, Espanha, Itália e Portugal mantêm autorização legal expressa da custódia como medida de segurança ou de defesa social, estabelecendo “requisitos mais específicos e concretos para a decretação da cautela extrema”, e concita para que seja “responsável” a prognose judicial de perigo à ordem pública (2021, p. 263-277). Transcrevo significativo excerto:

Percebe-se, portanto, que a prisão cautelar também possui, em outros ordenamentos, funções de medida de segurança ou de defesa social, o que é compreensível ante a necessidade de proteger a sociedade contra investidas criminosas que perturbem a paz e a ordem públicas, em prognóstico judicial responsável, a ser feito com lastro nos dados constantes dos autos da investigação ou do processo.

A exortação do Ministro Rogério Schietti Machado Cruz corresponde ao entendimento da colenda Corte a que pertence, que exige que o decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública emerja de decisão enfaticamente fundamentada e corroborada pelos dados constantes dos autos.

³ HC 91.514, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 11-3-2008, 2ª T, DJe de 16/5/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#1007>.

Nesse sentido, e adotando-se o mesmo marco temporal de pesquisa (pós-advento do Pacote Anticrime), arestos do Superior Tribunal de Justiça confirmam decretos prisionais cautelares para garantia da ordem pública, reconhecendo, a partir dos elementos autuados, que as seguintes circunstâncias revelam risco ao meio social: “gravidade concreta do delito, evidenciada pelo *modus operandi*”⁴; demonstração de “periculosidade do acusado” e “extrema gravidade dos fatos”⁵; prova de o acusado ser integrante de grupo criminoso estruturado de alta periculosidade, voltado ao tráfico de drogas, homicídios e crimes patrimoniais⁶; “inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a decretação da prisão preventiva”⁷; e “quando se sabe que o delito de homicídio qualificado foi praticado em decorrência de disputa relacionada ao tráfico de drogas, porque patente o risco de reiteração delitiva”⁸.

Os acórdãos confirmatórios de decretos de prisões preventivas reforçam que é necessário um conjunto informativo concreto (testemunhos, documentos, relatórios de missão, perícias, relatórios de interceptação, dentre outros) que corrobore e dê força e suficiência à prognose judicial de perigo à ordem pública.

Assim, percebe-se que tanto a jurisprudência dominante como o legislador são enfáticos em exigir que as decisões cautelares tenham fundamentos concretos e atuais, estribados em suporte evidencial que se ajuste às hipóteses excepcionais.

2.3 A ADOÇÃO DE UM MÉTODO DECISÓRIO ADEQUADO À LEGITIMAÇÃO DA PROGNOSE FORTE DE PERIGO À ORDEM PÚBLICA

Do cotejo dos acórdãos pesquisados, apura-se a persistência de decretos prisionais preventivos com fundamentação insuficiente ou inidônea a par de outros tantos com argumentação concretamente corroborada por elementos autuados.

⁴ HC 640.940/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/6/2021, DJe 25/6/2021; RHC 144.326/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/6/2021, DJe 25/6/2021; AgRg no RHC 146.357/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 8/6/2021, DJe 21/6/2021.

⁵ RHC 138.585/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/6/2021, DJe 24/6/2021;

⁶ RHC 128.570/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/6/2021, DJe 25/6/2021

⁷ AgRg no HC 663.322/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/6/2021, DJe 24/6/2021; RHC 127.212/MA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/6/2021, DJe 25/6/2021. Disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 12 jul. 2021.

⁸ AgRg no RHC 136.997/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/6/2021, DJe 28/6/2021; HC 484.182/RS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 10/4/2019. Disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 12 jul. 2021.

A interpretação que se extrai dos dados obtidos nessa análise é que a persistência dos vícios de fundamentação em decisões que decretam a prisão preventiva incidentalmente pode estar ancorada em razões distintas, mas que guardam liame transversal. A primeira dessas razões consiste na leitura descontextualizada do art. 155 do CPP, que lhe concede liberdade de convicção na apreciação da prova, excluindo hipótese de fundamentação exclusiva nos elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, mas não esclarece que essa livre persuasão deve ser racional, explícita e enfaticamente motivada. Essa concepção, ainda arraigada em parte dos julgadores pátrios, como revelou a pesquisa jurisprudencial, resulta em intolerável contraste com a Constituição da República Federativa do Brasil. E, se não bastasse essa flagrante inconstitucionalidade, o interregno escolhido para seleção de julgados que compuseram a amostra estudada, qual seja o período posterior ao advento das inovações trazidas pela Lei n. 13.964/2019, revela que parte dos julgadores ainda desconsidera toda a ênfase dada pelo Pacote Anticrime à exigência de que as decisões sejam racionalmente motivadas. Outra razão, para o encontro de tantos julgados dando enfoque à ausência de fundamentação suficiente e idônea para a decretação de prisão preventiva, está na inexistência de previsão legal de um modelo uniformizador que adote ferramentas e critérios adequados para a análise e valoração racional do suporte evidencial, em que se deve erigir o decreto prisional. E, a par dessa omissão legislativa, apurou-se evidente dissociação entre as decisões reformadas pelos julgados analisados e os métodos científicos propostos para análise e valoração racional do suporte evidencial.

Não obstante, é possível afirmar que, para legitimação da decisão que decreta, incidentalmente, a prisão preventiva de um investigado, é necessário que o julgador considere a natureza excepcional dessa prisão cautelar, bem como eleja uma estrutura argumentativa que parta das evidências em busca de explicações. Mesmo quanto ao específico mister de explicar que a liberdade do investigado representa risco à garantia da ordem pública, o *standard* exige que a prognose revista-se de uma acentuada verossimilhança, o que apenas sói ocorrer quando o prognóstico partir de evidências e distanciar-se do voluntarismo do julgador.

E, justamente por partir de um conhecimento evidencial para o decreto da prisão preventiva incidental, é que o juiz deve utilizar critérios de valoração racional da prova e técnicas de argumentação que permitam estabelecer uma prognose forte de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Nesse ponto, ressurte dizer a doutrina apresenta ferramentas e critérios para que o julgador possa proceder à análise e valoração racional do cabimento do decreto de prisão preventiva antecedente à denúncia, de modo compatível com o sistema

da persuasão racional, possibilitando a prolação de uma decisão suficientemente motivada, isenta de vícios, erros e voluntarismos.

Dentre os vários métodos e ferramentas apontados pela doutrina como instrumentais à análise e valoração racional da prova, um deles emerge como esquema totalizador perante o *standard* probatório, seja em qual for o estágio da ação penal: a Inferência para Melhor Explicação – IME, o que não exclui a possibilidade de o julgador combinar outras técnicas ao esquema.

A inferência para melhor explicação é procedimento de raciocínio abduutivo apresentado por Allen e Pardon (2007) como uma alternativa a considerações meramente probabilísticas para a análise e valoração das provas. Argumentam os autores que considerações explicativas são mais adequadas que as meramente probabilísticas para a compreensão da prova, recomendando a aplicação de processo inferencial, bem conhecido no âmbito da filosofia da ciência, qual seja: abdução ou “inferência à melhor explicação”⁹.

Ao defenderem a adequação do raciocínio abduutivo ao *standard* “beyond a reasonable doubt” (para além da dúvida razoável), Allen e Pardon (2020) alertam que eventual imprecisão se insere na própria norma, no próprio padrão e não nas explicações dadas às evidências. Esse alerta é em tudo adequado à prognose judicial de perigo à ordem pública: a indeterminação terminológica não obsta a eleição de um processo inferencial voltado para busca de fatores explicativos para as evidências apresentadas como fundamento para o pleito de decreto prisional preventivo.

Scarpato (2020, p. 1-3) esclarece que a inferência para melhor explicação consiste em um processo dinâmico de inferência, que inclui várias atividades racionais sucessivas, mas integradas, quais sejam: abdução, especificação, investigação e avaliação.

As fases do procedimento de inferência para melhor explicação são assim apresentadas por Scarpato (2020, p. 2-3): i) abdução: atividade intelectual para listagem de potenciais explicações para os dados apreciados; ii) especificação: realiza o primeiro filtro epistêmico de seleção de hipóteses compatíveis com a atividade investigação ulterior e testagem; iii) investigação: consiste em testagens para eliminação de explicações potenciais insubsistentes e inclusão de novas hipóteses explanatórias, culminando com grupo de alternativas mais consistente; e iv) avaliação:

⁹ Allen, R. J. e Pardo, M. S., 2020.

juízo através de critérios explanatórios (coerência, consiliência, simplicidade, profundidade, falseabilidade) e de um exame de suficiência explanatória.

A partir da utilização do procedimento de inferência para melhor explicação, é possível estabelecer uma estrutura para o julgador alcançar o que se denominou de prognose forte de *periculum libertatis*, à semelhança do seguinte esquema: da análise das evidências insertas no processo, construir-se-ia o conhecimento evidencial em relação a determinado fato concreto do passado (mas de um passado “atual”, contemporâneo à análise), estabelecido por inferência, chegando-se ao prognóstico, positivo ou negativo, quanto ao risco efetivo de reiteração.

Esse prognóstico resultaria da seleção da melhor explicação para o fato em que a acusação fundamenta seu pleito prisional, valendo-se dos critérios explanatórios próprios do procedimento inferencial então utilizados pelo juiz, à luz do caso concreto. São eles: coerência, como ausência de contradição entre as proposições combinada com a presença de vínculos consistentes entre elas; consiliência como critério quantitativo, para se graduar a relevância dos dados analisados; profundidade, como indicação da sustentabilidade e suficiência da proposição. Scarparo (2020, p. 8), bem ilustra e entrelaça esses três critérios:

Imagine que um sujeito é investigado por suspeita de vínculos com o comércio de drogas, porque é frequentemente visto nas redondezas de um ponto de tráfico. Se perguntado pela autoridade policial a respeito, o suspeito pode negar envolvimento com a atividade criminosa e responder que simplesmente não sabe dizer porque vai até o local com frequência. Nesse caso, é bastante plausível supor que a tese de desvinculação criminosa não tem uma base sólida ou, ao menos, que há algo por detrás da afirmação. No entanto, se o suspeito indicar (e provar) que vai ao local porque gosta de visitar seu avô que ali mora, pode-se inclusive dissipar a própria suspeita inicial. Em outro exemplo, pode-se pensar na hipótese de alguém ter cometido um crime e a pertinência de se avaliar os motivos. Quando se encontra uma razão para justificar determinado ato, é mais aprofundada a inquirição. Thagard sustenta que o poder explanatório vai decorrer de um cenário de coerência que integra consiliência e aprofundamento. Indica o autor que, no desenvolvimento da IME, haverá em dado momento a ampliação do espectro de incidência da teoria, oferecendo maior consiliência. Posteriormente, novas evidências podem permitir desenvolver ainda mais a hipótese explanatória, em maior grau de profundidade. Por isso, sustentou que “geralmente, a hipótese mais profunda não é aduzida meramente para o propósito de explicar a hipótese básica, mas tem provas independentes que lhe dão ‘suporte’. Conecta-se, nessa linha, coerência, consiliência e profundidade.

A quarta virtude explanatória é a simplicidade, também chamada de princípio da economia: quanto mais parcimoniosa a explicação, mais próxima da correção. Scarparo (2020, p. 9) correlaciona a simplicidade da explicação com sua consiliência e alerta:

As explicações nas narrativas forenses que exigem uma grande coincidência de eventos e fatos para serem verdadeiras, embora potencialmente admissíveis e suscetíveis à prova das alegações, têm baixa verossimilhança, pois exigem alta complexidade e concomitância de eventos causais. Nesses casos, salvo boa sustentação explanatória por outras virtudes, possivelmente serão hipóteses descartadas no julgamento da causa em favor de explicações mais simples.

Scarparo (2020, p. 9) acrescenta ao procedimento a falseabilidade, como critério de demarcação para a aceitabilidade de explicações, vez que indica que uma proposição que pode ser testada é melhor do que as que não podem. E adverte que, ao final do processo inferencial, a melhor explicação encontrada ainda deve se sujeitar aos critérios de suficiência explanatória: “*standards* probatórios” ou “modelos de constatação”.

A respeito, Ferrer-Beltrán (2021, p. 201) faz duas advertências:

Em primeiro lugar, nada impõe que o *standard* de prova seja o mesmo para todos os tipos de processos.

(...)

Mais do que isso, mesmo se nos centramos unicamente no processo penal, convém distinguir entre os *standards* de prova exigidos para a tomada de diversas decisões durante o processo e aqueles para a decisão final sobre os fatos provados, que faz parte da sentença.

Assim, por exemplo: qual nível de corroboração considera-se suficiente para que ordenem medidas cautelares (como a prisão provisória) durante a instrução do procedimento sumário? Qual nível de corroboração da hipótese acusatória considera-se suficiente para concluir o procedimento sumário ordenando a abertura do júízo oral contra o acusado? E para o arquivamento final ou sumário? Que nível de corroboração da hipótese acusatória será suficiente para derrotar a presunção de inocência na sentença? E para considerar provada a hipótese da inocência (por exemplo, em relação à alegação de um alibi)?

(....)

Em segundo lugar, a definição concreta de cada *standard* de prova pressupõe uma decisão valorativa de incumbência do poder legislativo.

Exemplos de modelos de constatação estritamente relacionados à decisão cautelar de decreto de prisão preventiva antecedente à denúncia são encontrados nas expressões “indício suficiente” (CPP, art. 312), “concretamente” e “contemporâneos” (CPP, §1º, art. 315).

A adoção de um método com suporte epistêmico para a análise e valoração do pedido de prisão preventiva incidental pode ter sua conveniência e sua adequação questionadas perante a urgência da efetivação da medida cautelar. Todavia, nesse aspecto, a interpretação da pesquisa indica que a internalização da técnica aos múltiplos procedimentos de análise decisória efetivados diuturnamente pelo julgador ensejará um incremento gradual na velocidade de seu raciocínio abduativo e na acurácia de suas decisões.

3 CONCLUSÃO

Para que o impacto da Lei n. 13.964/2019 seja prospectivo, é adequada a adoção de um método decisório adequado à legitimação da prognose forte de *periculum libertatis*, notadamente quando pretender suficiência explanatória para justificar o cárcere serôdio para garantia da ordem pública.

A eleição do processo de Inferência para Melhor Explicação – IME pode contribuir para a erradicação de decisões com insuficiência ou inidoneidade de fundamentação, resultantes da análise de pedidos de prisão preventiva para garantia da ordem pública. O raciocínio abduativo proposto pelo método IME ensejaria um incremento significativo na acurácia das decisões cautelares, resultando na conformação do encarceramento preventivo aos estreitos e excepcionalíssimos limites legais e constitucionais.

Por fim, seja qual for o método adotado, a tomada de decisão cautelar deve ancorar-se em suporte epistêmico capaz de minimizar o risco de erro judicial e de contaminação por preconceito implícito; deve apresentar motivação racional e vir fundamentada em suporte evidencial concreto que justifique o excepcionalíssimo decreto prisional preventivo. E assim deve ser qualquer decisão judicial criminal proferida em um Estado Democrático de Direito, como garantia do devido e justo processo penal, a fim se sujeitar a eventual impugnação das partes e à revisão/ confirmação superiora.

REFERÊNCIAS

- ALLEN, Ronald Jay A.; PARDO, Michael S. The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence. **Journal of Legal Studies**, Chicago. v. 36. n. 1. jan. 2007.
- ALLEN, Ronald Jay A.; PARDO, Michael S. Probability, explanation and inference: a reply. **International Journal of Evidence and Proof**, [S. l.], n. 11. p. 307-317. oct. 2007.
- A ALLEN, Ronald Jay; PARDO, Michael S. Inference to the Best Explanation, Relative Plausibility, and Probability. **Philosophical Foundations of Evidence Law**, Oxford University Press. p. 1-26. oct. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3704982>. Acesso em:
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689**, 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 29 mai. 2021.
- CRUZ, Rogerio Schietti M. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 6. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm. 2021. 395 p.
- FERRAJOLI, Luigi. “Populismo judicial é a mais perversa forma de populismo”, diz Ferrajoli. [Entrevista concedida a] Rodrigo Haidar. **Revista Consultor Jurídico**, 24 de abril de 2021, 7h28. Disponível em: <http://www.conjur./2021-abr-24/entrevista-luigi-ferrajoli-professor-teorico-garantismo-penal>. Acesso em: 29 mai. 2021.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. 296 p.
- LAUDAN, Larry. Aliados extraños: La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal. **Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, [S. l.], v. 1. p. 305-327. 2007.
- LIPTON, Peter. **Inference to the best explanation**. 2. ed. London: Routledge. 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote anticrime**: comentários à Lei n. 13.964/19 artigo por artigo. 2 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. 622 p.
- SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45. n. 300. fev. 2020. p. 49-72.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Diego Martinez Fervenza Cantoario¹

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial tem sido impulsionado por diversos fatores. Em primeiro lugar, o incremento tecnológico das últimas décadas tem proporcionado ampliação exponencial da capacidade dos microprocessadores (KURZWEIL, 2010, p. 5-61). Por outro lado, há cada vez maior acesso das pessoas às ferramentas tecnológicas e aos meios de conectividade, seja em razão da redução de custos, seja em decorrência de sua portabilidade.

As novas tecnologias têm sido utilizadas de forma significativa também no campo da resolução de conflitos. Atualmente, o Poder Judiciário brasileiro dispõe de inúmeros sistemas de inteligência artificial que promovem desde a movimentação de atos processuais até a filtragem de recursos excepcionais, como é o caso do projeto Victor, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, ao contrário do que se verifica em outros países (GRECO, 2006, p. 107; FENOLL, 2018, p. 82), apesar da regulamentação do tema por atos do Poder Judiciário², têm sido tímidas as iniciativas para o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial voltados a atividades de apoio ao magistrado na valoração das provas, e que poderiam contribuir para uma prestação jurisdicional mais célere, bem como para conferir maior objetividade à motivação das decisões judiciais. Adiante, exploraremos algumas questões relevantes sobre o tema, sobretudo em face à compatibilidade desses sistemas com a regra da motivação das decisões judiciais. (Constituição, art. 93, IX).

¹ Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, desde 2009. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo – Anep. Redator da Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ. Professor convidado da Esman – Escola da Magistratura do Estado do Amazonas e da Eastjam – Escola de Aperfeiçoamento do Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Juiz de direito.

² Destaco especialmente a Portaria n. 271 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 AMPLITUDE DA APLICAÇÃO DOS SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA

Antes de adentrar na importância dos sistemas de inteligência artificial na valoração da prova, mostra-se imprescindível delimitar a amplitude da sua aplicação na prática de atos jurisdicionais.

Em primeiro lugar, não se mostra possível admitir que sistemas de inteligência artificial substituam completamente os magistrados na prática de atos processuais. Esta impossibilidade possui como fundamento questões de caráter normativo-prescritivo e filosóficas.

Dentre o primeiro campo de objeções, verifica-se a previsão constitucional do juiz natural (Constituição, art. 5º, inciso LIII; Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 8º), que para parcela significativa da literatura jurídica apenas será respeitada quando o ato jurisdicional for proferido por um juiz humano, e não por um sistema de inteligência artificial. (GRECO, 2020, p. 41; ROQUE, 2021, p. 71).

Outro relevante aspecto normativo consiste no fato de que a produção legislativa de diversos países, e entidades internacionais, tem ressaltado o direito das partes de não se submeterem a julgamentos exclusivamente proferidos por sistemas de inteligência artificial. Apesar de tais disposições não se apresentarem como vinculantes em relação ao Brasil, pois sequer ostentam a natureza de *soft law*, podem ser importantes para a interpretação de nossas normas, sobretudo sob a perspectiva dos direitos humanos, cuja interpretação deve ser realizada a partir do princípio *pro homine*. (RAMOS, 2012, p. 82).

Assim, no contexto europeu não se tem admitido julgamentos exclusivamente por sistemas de inteligência artificial sem a concordância das partes (art. 22 do Regulamento n. 679 de 2016 do Parlamento Europeu). Do mesmo modo, a Carta Europeia de Ética sobre o uso de inteligência artificial em sistemas judiciais e em seu ambiente estabelece o princípio “sob o controle do usuário”, que assegura a autonomia daqueles que utilizam tais sistemas, bem como a não vinculação dos usuários aos resultados produzidos por tais aplicações.

No Brasil, a Resolução n. 332 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que os sistemas de inteligência artificial operados pelo Poder Judiciário deverão assegurar a autonomia do usuário, de forma a proporcionar o seu incremento,

bem como possibilitar a revisão da proposta de ato jurisdicional, e das informações utilizadas para sua confecção, inexistindo qualquer vinculação à solução apresentada pela inteligência artificial (art. 17, incisos I e II).

Por outro lado, do ponto de vista ético-valorativo, é possível apontar a inconveniência de julgamentos pelo Poder Judiciário exclusivamente fundados em sistemas de inteligência artificial, ainda que referentes a algumas categorias de demandas, como aquelas envolvendo pequenos valores, ou quando o réu for revel (NIEVA-FENOLL, p. 34-36)³, sob pena de futuramente generalizarmos esta utilização.

Conforme bem atentou Oscar Chase, a relação entre Direito e cultura é circular, ou seja, o direito influencia a cultura de uma sociedade, e esta é por ele influenciada (CHASE, 2005, p. 134). Sob essa perspectiva, a admissão de julgamentos fundados exclusivamente em sistemas de inteligência artificial, ainda que restritas a categorias determinadas de procedimentos, ostentaria o potencial de causar mudanças estruturais que permitiriam a futura aceitação da expansão desta prática. Do mesmo modo, por imperativos pragmáticos, uma vez demonstrada a maior eficiência da máquina, seria provável que a aplicação outrora restrita a alguns procedimentos se expandisse. (GRECO, 2020, p. 63-66).

Se as críticas aqui tecidas apontam para a inadmissibilidade de julgamentos fundamentados exclusivamente em sistemas de inteligência artificial, o mesmo não se pode dizer em relação à utilização desses sistemas em auxílio à atividade do magistrado, sobretudo na valoração da prova. A inteligência artificial, bem aplicada, não desumaniza os processos, mas assegura a efetividade de direitos fundamentais.

2.2 APLICAÇÕES DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PRÁTICA DE ATOS PROCESSUAIS

Sem pretensão de exaustividade, é possível afirmar que há efetiva possibilidade de utilização de sistemas de inteligência artificial para: (a) automação de atos processuais sem conteúdo decisório; (b) julgamento, quando as partes consensualmente optarem por tal modalidade; e (c) suporte para a análise probatória.

No que diz respeito à automação processual, o Brasil tem registrado avanços. Há sistemas que promovem atos ordinatórios sem a necessidade de intervenção humana, como remessa de autos, expedições de intimações, expedição de certidões,

³ O autor defende a aplicação de julgamentos por sistemas de inteligência artificial quando se tratar de certas categorias de demandas.

e outros atos sem conteúdo decisório⁴. Essa atuação é importante para eliminar os tempos mortos do processo, reduzir os erros e aumentar a produtividade. (IWAKURA, 2020, p. 171).

Por outro lado, as partes também podem voluntariamente se submeter a julgamentos por sistemas de inteligência artificial, como ocorre com as plataformas SmartSettle (CORTES, 2011, p. 223-224) e Modria (NIEVA-FENOLL, 2018, p. 35-36).

Além dessas hipóteses, é de grande relevância a utilização de ferramentas de inteligência artificial para apoio na tomada de decisões, através dos denominados *decision suport systems*, que auxiliam os usuários ao tomar determinadas decisões revestidas de maior complexidade. Esses sistemas podem formular raciocínios de distinta complexidade, apontando hipóteses argumentativas e conclusões alcançadas, bem como são capazes de simular etapas do raciocínio jurídico, de forma a extrair conclusões a partir de normas jurídicas. (GRECO, 2006, p. 106-107).

A utilização de tais sistemas não é recente. A literatura jurídica aponta que na década de 1960, no Japão, começaram a ser utilizados sistemas para automatização de cotas hereditárias e para verificar a legalidade de pedidos de patentes. (GRECO, 2006, p. 107).

A utilização de sistemas capazes de valorar as provas presentes nos autos é relevante em razão do acesso aos vastos bancos de dados, muito superiores a nossa capacidade de observação, cuja análise pode ser realizada rapidamente, em decorrência da força de processamento dos sistemas de inteligência artificial (WOLKART, 2019, p. 12). Nesse ponto, tais estruturas digitais apresentam uma grande vantagem em relação ao julgador humano, que, lastreado em órgãos biológicos que funcionam essencialmente de forma analógica (cérebro), não são capazes de acompanhar a velocidade de processamento de informações da máquina. (KURZWEIL, 2010, p. 71).

Essa atividade, empreendida pelas máquinas, assemelha-se àquela desempenhada pelos juízes, que recorrem à experiência, que nada mais é do que um banco de dados, para analisar a credibilidade de determinada prova, com a ressalva de que a maior capacidade da máquina de considerar diferentes variantes poderá implicar em uma valoração mais objetiva das provas e alegações das partes. (NIEVA-FENOLL, 2018, p. 83-84).

Em relação à valoração da prova testemunhal, há sistemas que auxiliam na análise da sua credibilidade, como o Advokate, que verifica elementos como coerência

⁴ No Brasil, merece destaque o sistema Elis do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

da declaração; contextualização ou capacidade do interrogado de recuperar a descrição do cenário onde sucedem os fatos; existência ou não de corroborações por outros meios de prova; e existência ou não de comentários oportunistas na declaração. (NIEVA-FENOLL, 2018, p. 82-83).

Também os laudos periciais poderão ser analisados, utilizando-se, por exemplo, os critérios de Daubert, que consistem em parâmetros para valoração da prova científica. Assim, a máquina poderá auxiliar o juiz a verificar se é possível considerar o laudo confiável, por ter seguido todos os *standards* necessários. Do mesmo modo, algoritmos poderiam analisar com grande eficiência a autenticidade de documentos, considerando-se tanto as assinaturas quanto a forma como foram redigidos. (NIEVA-FENOLL, 2018, p. 102).

Contudo, a questão pode apresentar alguns problemas, especialmente em razão de desvios do algoritmo, como ficou conhecido no célebre caso *Loomis v. Wisconsin*. Nesse caso, julgado pela Corte Suprema de Wisconsin, um *state correction officer* produziu um *PSI (presentence investigation report)* que incluía uma certidão extraída do sistema de inteligência artificial (Compas), que atribuía ao acusado alto risco de reincidência. Posteriormente, um estudo realizado apontou que o algoritmo do sistema de inteligência artificial produzia resultados equivocados em patamar duas vezes superior quando se tratasse de acusados negros e do gênero masculino. Por essa razão, o acusado sustentou que a utilização do Compas violou seu direito ao devido processo legal, especificamente o direito à individualização da pena e de ser sentenciado com base em provas precisas. Também alegou, com base em prova estatística, que o algoritmo valorou negativamente elementos como gênero e etnia. (STATE, 2017, p. 1534).

A Suprema Corte de Wisconsin assentou que essa avaliação por algoritmos não violava o devido processo legal. Por outro lado, considerou que o Compas deveria incluir um alerta para assegurar que juízes promovessem o balanceamento das provas, considerando a ausência de certeza por parte da avaliação promovida pelo aplicativo, e o potencial tratamento discriminatório de minorias. (STATE, 2017, p. 1534).

Em razão de situações como essas, em que o algoritmo reproduz um tratamento discriminatório, a doutrina tem afirmado que as partes devem ter acesso ao código-fonte, ou compreender o funcionamento efetivo do algoritmo, pois caso contrário se estaria ferindo o contraditório entre as partes, e entre estas e o juiz (CARRATA, 2020, p. 511). Afinal, se atualmente se fala no abandono de um modelo processual assimétrico, em benefício de uma ordem processual isonômica, não faria sentido permitir a ausência de acesso à metodologia de funcionamento dos algoritmos.

Esses programas se lastreiam na utilização da estatística, o que os torna mais objetivos do que a intuição humana, e permite que se aproximem da realidade de um modo mais confiável. Entretanto, não se deve confiar irrestritamente nesta atividade, pois se baseia em dados de processos anteriores, e é possível que a informação pretérita não tenha sido coletada adequadamente, de forma a “contaminar” o algoritmo com vieses cognitivos discriminatórios. O risco da atividade promovida pelas estruturas digitais, quando ocorrer a contaminação, será a estabilização do resultado, com poucas possibilidades de o desvio ser encontrado e corrigido. (GRECO, 2020, p. 84).

Em relação ao modo como a inteligência artificial funciona, é preciso atentar que nos encontramos na denominada segunda onda da inteligência artificial, onde o desenvolvimento desta não se baseia em fluxogramas, mas sim em *supervised machine learning* e *deep neural networks*, nas quais em vez de seguir explicitamente regras articuladas, o sistema “aprende” a partir de vastos blocos de dados. (SUSSKIND, 2019, p. 264-265).

Nessas hipóteses, pode ocorrer que os algoritmos “produzam resultados sem que consigam informar como e por que isso ocorre” (GRECO, 2020, p. 33). O problema desta ausência de fundamentação é que o algoritmo poderá perpetuar vieses cognitivos repletos de vícios, tal como comportamentos discriminatórios. (VIANA, 2019, p. 35).

Richard Susskind aponta que, apesar dessa dificuldade, o desenvolvimento da inteligência artificial é capaz de dotar os sistemas de criatividade suficiente para não reproduzir eventuais vieses cognitivos discriminatórios contidos em base de dados. Os recentes desenvolvimentos na inteligência artificial, que resultaram nos movimentos criativos do programa AlphaGo, na partida contra Lee Sedol, seriam demonstrações neste sentido. (SUSSKIND, 2019, p. 289).

De todo modo, deve-se reconhecer que a existência de *black boxes* na utilização da inteligência artificial não se encontra em conformidade com a regra da motivação prevista na Constituição (art. 93, IX) e no Código de Processo Civil (art. 489, § 1º). A motivação, compreendida como um elemento legitimador do exercício da autoridade jurisdicional, é justamente o que diferencia o ato jurisdicional de mero exercício arbitrário do poder, e deve também compreender a transparência algorítmica (GRECO, 2020). Por essa razão, a literatura jurídica tem negado a possibilidade de utilização de algoritmos não supervisionados. (VALE, 2020, p. 639).

É necessário destacar que a Carta Europeia de Ética sobre o uso da inteligência artificial em sistemas judiciais e seu ambiente enumera, dentre os seus cinco princípios

gerais, o princípio da transparência, que consiste em permitir que os instrumentos de inteligência artificial possam ser submetidos ao controle externo.

Do mesmo modo, a Portaria n. 271 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça prevê, em seu art. 11, que “os modelos de inteligência artificial utilizados para auxiliar a atuação do Poder Judiciário na apresentação de análises, de sugestões ou de conteúdo devem adotar medidas que possibilitem o rastreamento e a auditoria das previsões realizadas no fluxo de sua aplicação”.

3 CONCLUSÃO

Se a admissibilidade de sistemas de julgamentos baseados exclusivamente em sistemas de inteligência artificial deve ser repudiada, não em decorrência de sua não realizabilidade no sentido fático-descritivo, mas sim em virtude de óbices de natureza normativo-prescritivo, é necessário admitir que existe um campo fértil para a sua utilização no campo da prática de atos que comportam automação, para o incremento dos denominados *online dispute resolution*, e sobretudo em auxílio ao juiz na valoração da prova.

A partir da aplicação de sistemas de inteligência artificial, a sentença poderá ter fundamentação mais robusta e menos intuitiva, de forma a permitir análise detalhada das provas constantes dos autos, em detrimento do mero subjetivismo do juiz na valoração das provas. Esse auxílio será legítimo, desde que as partes possam impugnar a aplicação do algoritmo aos fatos apresentados em juízo, pois caso contrário ocorreria a violação da motivação das decisões judiciais.

Do mesmo modo, não se deve subtrair completamente o subjetivismo do juiz na valoração da prova, pois se mostra necessário, conforme corretamente prevê a Carta Europeia de Ética sobre o uso da inteligência artificial em sistemas judiciais e seu ambiente, bem como a Resolução n. 332 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça, não deve ocorrer a vinculação do juiz às soluções fornecidas pelo algoritmo. Por fim, ao se considerar o caráter extrajudicial da motivação das decisões judiciais, é provável que a legitimidade das decisões continua a depender da intervenção humana, pois não é possível, no atual estado da arte, presumir que os sistemas de inteligência artificial poderão ser capazes de reproduzir toda a sensibilidade argumentativa do magistrado. Afinal, a argumentação jurídica é essencialmente persuasiva, e seus resultados apenas parcialmente poderiam ser utilizados pela máquina. Além disso, considerando-se que as situações fáticas são infinitas, bem como as possíveis interpretações a partir das

normas, o que se acentua no atual momento metodológico de pluralidade de fontes, a inteligência artificial muito poderá auxiliar o juiz, de forma a complementá-lo, mas sem substituí-lo⁵.

⁵ *Ibid.* p. 28.

REFERÊNCIAS

- CARRATA, Antonio. Decisione robotica e valori del processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Milani, anno LXXV (seconda serie), n. 2, p. 491–514, apr./giugno 2020.
- CHASE, Oscar. **Law, culture and ritual**. New York: New York Univeristy Press, 2005.
- CORTES, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. New York: Routledge, 2011.
- GRECO, Leonardo. A revolução tecnológica e o processo. *In*: GRECO, Leonardo (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 89-110.
- GRECO, Luís. **O poder de julgar sem responsabilidade do julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- STATE v. Loomis. Wisconsin Supremo Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 130, n. 5, p. 1530-1537, mar. 2017. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>. Acesso em: 2 maio 2021.
- IWAKURA, Cristiane. **Princípio da interoperabilidade**. São Paulo: Dialética, 2020.
- KURZWEIL, Ray. **The singularity is near**. London: Duckworth, 2010.
- NIEVA-FENOLL, Jordi. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. **Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas**. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 22, n. 1, p. 58–78, 2021.
- SANTOS, Paulo Henrique dos; WOLKART, Erik Navarro (org.). **Inteligência artificial e direito processual**. Salvador: Juspodvm, 2020. p. 629–642.
- SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the Future of Justice**. Oxford: Press, Oxford University, 2019.
- VALE, Luís Manoel Borges do. A tomada de decisão por máquinas: a proibição, no direito, de utilização de algoritmos não supervisionados. *In*: NUNES, Dierle; LUCON,

Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Juiz-robô e a decisão algorítmica: a inteligência artificial na aplicação dos precedentes. *In*: ALVES, Isabella Fonseca (org.). **Inteligência artificial e processo**. São Paulo: D'Plácido, 2019. p. 21-46.

WOLKART, Erik Navarro. Tecnologia e precedentes: do portão de Kafka ao panótipo digital pelas mãos da jurimetria. *In*: ALVES, Isabella Fonseca (org.). **Inteligência artificial e processo**. São Paulo: D'Plácido, 2019, p. 7–21.

PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DA PROVA E A MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO NO CRIME DE ROUBO

Viviane de Faria Miranda¹
Paulo César Moy Anaisse²

1 INTRODUÇÃO

A presença de majorantes que circunstanciam os tipos penais dão-se por diversos motivos, normalmente associados à política criminal. Por vezes, refere-se à maior reprovabilidade da conduta, em razão de um juízo de valor da coletividade social. Em outros casos, trata-se de uma circunstância que aumenta o risco sobre a vítima ou sobre terceiros, o que importa no aumento de pena. É nesse segundo caso que se encontra a causa de aumento (majorante) estudada no presente resumo. Aborda-se, aqui, a incidência da majorante do emprego da arma de fogo, disposta no art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal Brasileiro. Mais especificamente, o objeto de estudo é a posição jurisprudencial no sentido de que é dispensável o auto de apreensão e a realização de laudo pericial que ateste a letalidade do artefato de fogo, bastando a palavra da vítima ou de testemunha presencial para incidir o aumento de pena.

Sendo assim, parte-se da premissa de que a prova testemunhal ou o depoimento da vítima acerca do emprego de arma de fogo no roubo deve ser considerada prova circunstancial, na medida em que não permite a aferição se a arma de fogo era de brinquedo, ou, mesmo sendo verdadeira, se impunha potencialidade lesiva (capacidade de disparo, municiamento). Então, a partir desse entendimento, propõe-se o seguinte problema de pesquisa: a prova circunstancial utilizada (depoimento da vítima ou de testemunha) deve ser considerada meio probatório suficiente para a majoração da pena do crime de roubo pelo emprego de arma de fogo?

Metodologicamente, para responder-se ao problema de pesquisa, parte-se de uma revisão bibliográfica sobre a utilização de provas circunstanciais e diretas no Direito Penal, à luz do princípio da necessidade da prova. Então, em um segundo momento, o estudo identificará, em uma amostragem realizada no Superior Tribunal

¹ Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mestranda em Direito – ênfase em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – Uniritter.

² Juiz federal. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Católica de Brasília e mestrando da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam.

de Justiça – STJ e nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS e de São Paulo – TJSP, o entendimento jurisprudencial prolatado por esses órgãos. Observa-se que é amplamente majoritário o entendimento de que prescinde o auto de apreensão e a realização de perícia na arma de fogo para a caracterização da majorante. O objetivo principal do estudo é contribuir cientificamente para uma dogmática comprometida com os postulados do Estado Democrático de Direito, notadamente o princípio da presunção de inocência (CF, art.5º, LVII).

2 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO NO ROUBO

O crime de roubo e a causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo estão assim previstos no Código Penal Brasileiro:

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

[...]

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei n. 13.654, de 2018)

I – Se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei n. 13.654, de 2018) (BRASIL, 1940)

Essa circunstância majorante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou a previsão anterior de “emprego de arma”, de forma genérica, que aumentava a pena de 1/3 até a metade, para incluir de forma mais gravosa o emprego de arma de fogo, provocando o aumento de pena em 2/3³. Tal crime foi incluído na Lei dos Crimes Hediondos pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL, 1990, 2019).

Não restam dúvidas de que o uso de arma de fogo de brinquedo, defeituosa ou desmuniada, caracterizam a grave ameaça suficiente para ver-se configurado o tipo penal roubo. Como bem leciona Bittencourt (2019, p. 719), “a simulação de estar armado ou a utilização de arma de brinquedo, quando desconhecida ou não percebida pela vítima, constituem grave ameaça, suficientemente idônea para caracterizar o

³ Posteriormente, com a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, alcunhada de Pacote Anticrime, o uso de arma branca voltou à previsão legal no art. 157, § 2º, VII.

crime de roubo”. A dúvida reside, portanto, não na tipificação, mas na adequação da circunstância àquela prevista no § 2º-A:

A inidoneidade lesiva da arma (de brinquedo, descarregada ou simplesmente à mostra), que pode ser suficiente para caracterizar a ameaça tipificadora do roubo (*caput*), não tem o mesmo efeito para qualificá-lo, a despeito do que pretendia a equivocada Súmula n. 174 do STJ, em boa hora revogada, atendendo a súplica unânime da doutrina nacional. O fundamento dessa majorante reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego de arma (revólver, faca, punhal etc.) representa e não no temor maior sentido pela vítima. Por isso, é necessário que a arma apresente idoneidade ofensiva, qualidade inexistente em arma descarregada, defeituosa ou mesmo de brinquedo. Enfim, a potencialidade lesiva e o perigo que uma arma verdadeira apresenta não existem nos instrumentos antes referidos (BITENCOURT, 2019, p. 727).

A súmula a que se refere o autor, Súmula n. 174/STJ, dispunha que: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena” e foi cancelada em 24 de outubro de 2001, no julgamento do Recurso Especial – REsp n. 213.054-SP. O cancelamento deu-se pela crítica doutrinária ao caráter subjetivo que se atribuía à arma de brinquedo – a sua capacidade de gerar temor na vítima – quando esse aspecto já era elemento essencial do tipo penal roubo em sua forma simples. Então, com o cancelamento da súmula, mostra-se a possibilidade de uma interpretação objetiva da arma (ainda antes da alteração legislativa de 2018) para que somente aquelas com efetivo potencial lesivo majorassem o roubo.

O processo penal tem uma finalidade retrospectiva: pelas provas, “pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença” (LOPES JR., 2018, p. 345). Sendo assim, o entendimento de que somente armas com efetivo potencial lesivo, devidamente comprovado, são capazes de majorar o roubo deve ser visto como o mais adequado à luz da doutrina sobre o tema da valoração racional da prova em Direito Penal e Direito Processual Penal.

O Código de Processo Penal brasileiro admite o sistema do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional, conforme seu art. 155⁴ (BRASIL, 1941). Além disso, admite expressamente a utilização de indícios, que conceitua em seu art. 239

⁴ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei n. 11.690, de 2008)

como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (BRASIL, 1941). De fato, o problema não reside na mera utilização de indícios, mas na capacidade de os indícios e as provas diretas afastarem a dúvida razoável que sustenta a presunção de inocência, garantia fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, no particular, e de qualquer Estado Democrático de Direito, no geral.

Portanto, é possível a condenação, ou a majoração de determinada condenação, com base em prova circunstancial/indiciária, desde que a prova apresentada seja suficiente para afastar outras hipóteses ou justificativas, de modo a afastar a presunção de inocência e não se constituir em analogia *in malam parte* (INGRAM, 2009). Como leciona Lopes Jr (2018, p. 355), “o juiz, que deve ter por hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada, e não a aceitando se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada”. Tal situação não parece ser o caso de permitir apenas o depoimento da vítima ou de testemunha como suficiente para a alta majoração, em 2/3, da pena provisória em caso de roubo com emprego de arma de fogo. Contudo, a jurisprudência amplamente majoritária tem apresentado entendimento diverso, conforme se demonstra abaixo.

3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Embora a jurisprudência posicione-se pela inadmissibilidade da majorante do emprego de arma de fogo por seu porte simulado⁵, restando nesse caso o roubo simples da forma prevista no *caput* do art. 157, posicionamento diverso é adotado pelos tribunais no caso de arma de fogo sem potencial lesivo, porque desmuniada ou incapaz de efetuar disparos. Esse posicionamento jurisprudencial firma-se com o julgamento, em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal – STF do Habeas Corpus – HC n. 96.099-RS:

⁵ Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa: PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. QUALIFICADORA DO USO DE ARMA. SIMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. [...] 5. **É pacífico o entendimento deste tribunal de que a simulação do emprego de arma de fogo configura grave ameaça, elementar do crime de roubo, porém não caracteriza a causa de aumento de pena pelo uso de arma.** 6. Havendo as instâncias ordinárias utilizado a simulação da arma de fogo para qualificar o roubo, caracteriza-se o constrangimento ilegal. 7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a majorante do uso de arma, fixando a pena dos pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias – multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto. (HC 229.221/SP, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015) [*grifo nosso*]

ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II – Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*. III – **A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial.** IV – Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V – A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI – Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII – Precedente do STF. VIII – Ordem indeferida”. (STF, HC 96.099/RS, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/2/2009, DJe 5/6/2009). [grifo nosso]

Na ocasião, o então Ministro César Peluzo fez a observação de que, se para incidir essa majorante precisasse da apreensão e da perícia da arma de fogo, só haveria aumento de pena nas hipóteses em que o agente é preso em flagrante, porque, do contrário, seria impossível provar o emprego da arma de fogo com potencial lesivo. A incidência dessa causa de aumento de pena seria, portanto, compatível com qualquer meio de prova e a principal prova, nesse caso, pode ser a palavra da vítima, firme, segura e imparcial, por prova testemunhal, por gravações de circuito de câmeras de segurança e até pela confissão do réu. Esse entendimento reproduziu-se nos julgados do STJ e do TJRS de forma amplamente majoritária, como se lê das ementas colecionadas abaixo:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO COM BASE EM PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. [...] 3. **A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º-A,**

I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há comprovação testemunhal atestando o seu emprego. 7. Writ não conhecido. (HC 606.493/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe 21/9/2020) [grifo nosso]

EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAJORANTE CONFIGURADA. Causa de aumento que prescinde de apreensão e perícia do artefato, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova. Entendimento do STF. Caso em que as vítimas foram claras ao acusar o uso de um revólver na empreitada delitativa, com o qual os acusados obtiveram o êxito de intimidá-las. Evidente a maior gravidade que o uso do artefato confere ao delito, tanto é, que foi expressamente previsto pelo legislador como majorante do crime, diferenciando-se da mera grave ameaça, que pode ser exercida por outros meios. Tese desacolhida. [...] APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. UNÂNIME. (Apelação Crime, n. 70077010817, Quinta Câmara Criminal - Regime de Exceção, Tribunal de Justiça do RS, Relator: JONI VICTORIA SIMÕES, Julgado em: 24/4/2019) [grifo nosso]

No mesmo sentido, o TJSP, por sua 3ª Câmara de Direito Criminal, na Apelação n. 1531402-59.2019.8.26.0228, que no ponto manteve a sentença de primeiro grau sob o argumento de que emprego de arma de fogo restou demonstrado pelas palavras das vítimas. Se a arma fosse de brinquedo, conforme disse a apelante, deveria trazer comprovação a respeito, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, ou, ainda, na Apelação n. 0004121-77.2019.8.26.0108, na qual a 14ª Câmara de Direito Criminal, quanto à incidência da majorante, manteve a sentença sob o fundamento de que a falta de apreensão da arma não impede o acolhimento da majorante, pois o que interessou foi a grave ameaça com ela exercida, impossibilitando as vítimas de oferecerem qualquer resistência.

É interessante pontuar, contudo, que nas ocasiões em que o artefato é periciado e resta demonstrada sua inaptidão para o disparo, a majorante é afastada⁶. Desse

⁶ Veja-se os seguintes julgados do TJRS: APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ART. 157, § 2º, INC. II, DO CÓDIGO PENAL. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA COMPROVADAS. MAJORANTE DO CONCURSO DE AGENTES CONFIRMADA. **RATIFICADO O AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO.** [...] 3. **Não obstante a palavra da vítima testificando o emprego de arma de fogo (bem como ser prescindível sua apreensão e perícia), no particular, o artefato utilizado foi apreendido e, submetido ao exame, constatado a inaptidão para fins de produção de disparos, ou seja, ausência de potencial lesivo. Afastamento mantido.** [...] APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDA. RECURSOS DAS DEFESAS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Criminal, n. 70083500579, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator(a): LIZETE ANDREIS SEBEN, Julgado em: 29/1/2020) [grifo nosso] APELAÇÃO CRIME. ROUBO. [...]. **MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. Não reconhecida a majorante do emprego de arma de fogo posto que a arma apreendida foi periciada (fl.184) e ficou constatada a sua inaptidão para produção de disparos.** [...] APELO MINISTERIAL IMPROVIDO.

modo, gera-se uma violação da isonomia entre os réus na medida em que os sujeitos à perícia recebem tratamento menos gravoso, ou, pelo menos, mais adequado à realidade fática da conduta praticada, enquanto àqueles a quem não se sujeita a análise pericial do artefato, é aplicada uma presunção de culpa, não no tocante ao crime em si, mas quanto à presença de uma causa de aumento.

Cumpra ainda realçar que, via de regra, a prova oral referente à utilização de arma de fogo dá conta de sua utilização para configuração da grave ameaça e consecução do crime, não propriamente de sua capacidade de disparo ou municionamento. Assim, para a corrente que entende que a prova oral é suficiente para, além de demonstrar a grave ameaça, concluir a letalidade do artefato, resta a crítica de que, sem qualquer elemento indiciário corroborativo⁷, migra-se por presunção a capacidade lesiva típica do armamento de fogo para o conjunto probatório que fundamentará eventual condenação.

Pontua-se que, devido ao princípio da presunção de inocência, não cabe ao réu provar os fatos descritos na denúncia. A responsabilidade da defesa é criar uma dúvida razoável que questiona os fatos apresentados pelo Ministério Público. A prova, um dever para a acusação, reveste-se como direito para defesa (LOPES JR., 2018):

É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias, senão atribuição ao acusador, ou seja, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência. Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente (LOPES JR., 2018, p. 356-357).

Outrossim, à luz do que fora apresentado, parece-nos haver uma inadequação na aplicação da majorante do emprego de arma com o mero relato das vítimas ou de testemunhas. O objetivo da existência de uma circunstância de causa de aumento de pena no roubo com o emprego de arma de fogo é o de prever uma majoração da pena

APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. PARA O REDIMENSIONAMENTO DA PENA DE MULTA. (Apelação Crime n. 70077394161, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator(a): GENACÉIA DA SILVA ALBERTON, Julgado em 22/8/2018). [*grifo nosso*]

⁷ Como por exemplo a demonstração da intenção do acusado de ocultar o artefato.

em razão da maior letalidade, que supera a grave ameaça prevista no *caput* do artigo, que por si só caracteriza o roubo simples. Assim, a demonstração da capacidade de disparo do artefato utilizado deveria ser condição para reconhecimento da majorante do emprego de arma.

4 CONCLUSÃO

Não se desconhece a grave situação de insegurança da atualidade, sendo o roubo um dos crimes mais recorrentes. Tampouco se busca aqui discutir a importância da majoração da pena em casos que o potencial lesivo é maior, como o emprego de arma de fogo, que pode levar ao latrocínio, crime gravíssimo em que, além do bem jurídico patrimônio, tutela-se a vida da vítima. O que não se pode admitir, no entanto, é que o Direito Penal e Processual Penal, à vista dos anseios sociais, sejam alterados em seus princípios, a fim de se ver interpretações em prejuízo do acusado. Tal postura fere os direitos e garantias individuais que são basilares ao Estado Democrático de Direito.

O que se observa, na prática, é que a utilização de uma arma de fogo idônea ou inidônea corresponde, na imensa maioria das vezes, ao mesmo aumento de pena, o que se afasta da proposta do legislador, que era de punir com maior rigor práticas com maior potencial lesivo. No caso de majorar a pena de armas desmuniadas ou sem potencial de disparo, está se permitindo a majoração de uma conduta quando não se opera a subsunção perfeita do fato à norma. É uma exceção que abre precedentes para outras situações e coloca em risco uma série de postulados que garantem o equilíbrio do poder de punir do Estado em face dos direitos dos seus cidadãos.

Além disso, o maior rigor aplicado sem a devida cautela e a observação das garantias e dos direitos que estruturam o penalismo contemporâneo não possuem o condão de resolver o problema da criminalidade generalizada. Pelo contrário, parece-nos que a aplicação generalizada da majorante aqui estudada pode levar ao uso, pela atividade criminoso, de armas com efetivo potencial lesivo no mais das vezes, o que vai apenas aumentar o risco à população.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, C. R. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 23 fev. 2021.

INGRAM, J. L. **Criminal Evidence**. 10. Ed. [S. l.]: Anderson Publishing Co., 2009.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

A GESTÃO COMO FIM SOCIAL E A ESTRATÉGIA: INDUTORES DE AÇÕES DE AGREGAÇÃO DE VALOR NO PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE

José Laurindo de Souza Netto¹
Gustavo Calixto Guilherme²

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema central a função social da gestão e a Estratégia Nacional do Poder Judiciário no intuito de investigar a influência nas ações de agregação de valor que são realizadas pelo Poder Judiciário paranaense.

Na Era Exponencial e no contexto da Revolução 4.0, as organizações devem estar preparadas para os novos desafios, o que impõe uma postura voltada à inovação, à eficiência e principalmente à gestão como fim social, voltada para o ser humano.

A estratégia institucional é a ampla gama de propósitos, objetivos e diretrizes para construir uma situação futura, que deve servir como indutor das ações que são concretizadas por determinada organização.

Nessa perspectiva, o objetivo desta pesquisa é analisar a gestão como fim social, a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2021-2026, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, apresentar o plano de gestão para o biênio 2021-2022, além de algumas ações de agregação de valor realizadas no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A pesquisa justifica-se diante da necessidade da utilização da gestão como função social, com foco no indivíduo, em alinhamento às diretrizes constitucionais e ao planejamento estratégico institucional.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

¹ Estágio de pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Mestre e doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Desembargador e presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

² Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Assessor jurídico-administrativo da presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Primeiramente, serão apresentados os princípios do Estado Constitucional e a necessidade de utilização da gestão como fim social, direcionada ao desenvolvimento das capacidades humanas.

Em um segundo momento, será abordada a Estratégia Nacional do Poder Judiciário, o plano de gestão do Tribunal de Justiça do Paraná para o biênio 2021-2022 e as ações que estão sendo realizadas de agregação de valor à prestação jurisdicional.

Por fim, será demonstrada que a gestão como fim social e a estratégia atuam como guias, como indutoras, nas atividades de inovação e na melhoria contínua dos serviços prestados ao cidadão.

2 A GESTÃO COMO FIM SOCIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela eficaz da esfera individual de liberdade. Com as constituições democráticas do século XX, o aspecto da Constituição como norma diretiva fundamental assume protagonismo, dirigindo-se aos poderes públicos e condicionando os particulares de maneira a assegurar a realização dos direitos fundamentais-sociais (STRECK, 2014, p. 113-114).

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem entre os seus valores supremos a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o desenvolvimento nacional para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa deve constituir o objetivo supremo da ordem jurídica, impondo aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna. (NOVELINO, 2010, p. 340).

A realização plena do preceito constitucional da cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados. (PIOVESAN, 2014, p. 91).

Na sua perspectiva objetiva, o direito ao desenvolvimento sustentável significa a proteção do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como a vida, a saúde e o meio ambiente equilibrado. (WEDY, 2018).

Os ditames constitucionais reaproximam o Estado e a sociedade, passando esta a exigir daquele uma posição mais ativa na busca da redução das desigualdades, visando proporcionar liberdade aos indivíduos. O Estado Social de Direito objetiva conciliar a economia capitalista e o bem-estar social, o que faz por meio do reconhecimento constitucional dos direitos sociais fundamentais e da regular intervenção estatal na economia e na propriedade privada. (SILVA, 2014, p. 285-286).

O reconhecimento do ser humano como o centro de todo o sistema normativo está atrelado à necessidade de atendimento à função social.

A função social da propriedade está prevista no art. 5º, inciso XXIII, do texto constitucional: “A propriedade atenderá a sua função social”, bem como constitui-se em princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, III). No “novo” Estado não mais se mostra suficiente a percepção de propriedade estritamente privada. A função social passa a condicionar o exercício do direito de propriedade ao cumprimento de uma finalidade, qual seja, a consecução do bem-estar coletivo, considerando aspectos sociais, econômicos e ambientais. (BERTONCINI; OIKAWA, 2019, p. 231).

O princípio da função social também incide sobre a empresa. O Estado Social, na busca pela real liberdade dos indivíduos e pelo fim das desigualdades materiais, intervém na economia atribuindo novos papéis à empresa por meio da sua funcionalização social. O art. 170 corrobora o entendimento ao estabelecer que a ordem econômica deve promover a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, de forma a assegurar a dignidade humana e a justiça social. (BERTONCINI; OIKAWA, 2019, p. 235).

Um dos grandes desafios da atualidade é assegurar a garantia dos direitos fundamentais constitucionais e promover o desenvolvimento nacional em meio a um cenário disruptivo, de transformação rápida e de modificação do processo civilizatório.

A Era exponencial vivenciada é o volume de informação, tecnologia e conhecimento que se expande de forma desmedida e atinge toda a sociedade.

Esse novo cenário exige que as organizações estejam preparadas para os novos desafios e impõe uma postura voltada à inovação, à eficiência e principalmente à gestão como função social, focada no ser humano.

Na história, poucas instituições surgiram tão rapidamente como a gestão ou tiveram impacto tão grande. A gestão transformou a estrutura social e econômica dos países desenvolvidos e criou uma economia global. É responsável pelo uso produtivo

do conhecimento. É por esse motivo que a tarefa fundamental da gestão continua a ser a mesma: tornar as pessoas capazes de trabalhar em equipe, partilhar objetivos comuns, valores, e se desenvolverem para se adaptarem à mudança, para se tornarem cada vez mais qualificadas. (DRUCKER, 2001).

A gestão também é trabalhar com a mudança de *mindset*, a maneira de pensar. O *mindset* depende muito de quem está no comando e do planejamento. Os resultados das pessoas dependem de sua programação mental, do conjunto de pensamentos e crenças individuais que determinam o comportamento humano. O objetivo das organizações atuais é estabelecer uma nova cultura, engajando os colaboradores a desenvolver um *mindset* crescente, incluindo a gestão de pessoas, a gestão colaborativa, a inteligência emocional e a inovação como pilares estratégicos.

Nesse quesito, é fundamental o gerenciamento de *soft skills*, habilidades comportamentais e o quanto os indivíduos estão com a mente aberta para absorver as informações e as inovações. A constante aprendizagem em habilidades comportamentais, como persuasão, criatividade, adaptabilidade e inteligência emocional são fundamentais em um período de tantas mudanças.

Na década de 1990, o psicólogo estadunidense Daniel Goleman criou o termo inteligência emocional, com o intuito de saber lidar e controlar as emoções. O desenvolvimento dos aspectos fundamentais do Quociente Emocional – QE, como a autoconsciência, o autocontrole, a consciência social e a habilidade de gerir relacionamentos se traduzem em sucesso profissional. (GOLEMAN, 2011).

Enquanto a inteligência emocional determina nosso potencial para aprender os fundamentos do autodomínio, a competência emocional mostra o quanto desse potencial dominamos de maneira que ele se traduza em capacidades profissionais. (GOLEMAN, 2011).

É evidente que a inteligência artificial e as novas tecnologias devem ser cada vez mais utilizadas, mas deve-se ter em mente também a inteligência emocional, que está diretamente relacionada à liderança, e jamais esquecer da presencialidade, das relações humanas e sociais.

Assim, os órgãos públicos e privados devem focar sua atuação e estratégia principalmente em seus recursos humanos, não só no aspecto interno, no intuito de obter lucro ou de aumentar a eficiência, mas também no desenvolvimento do indivíduo, na evolução do conhecimento, na integração de pessoas como forma de atingir objetivos comuns e contribuir com a sociedade, utilizando a gestão como fim social.

A gestão deve permitir que as instituições e os seus integrantes cresçam e se desenvolvam consoante às oportunidades e às necessidades. A formação e o desenvolvimento devem ser contínuos. (DRUCKER, 2001).

São novos tempos, voltados ao desenvolvimento humano a fim de gerar eficiência, atingir objetivos e desenvolver a sociedade, utilizando a gestão como fim social.

É o ser humano no centro da agenda institucional. O cidadão no centro das estratégias. (PICCOLI, 2018, p. 106).

3 A ESTRATÉGIA NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

A Estratégia organizacional refere-se ao conjunto de grandes propósitos, dos objetivos, das metas, das políticas e planos para concretizar uma situação futura desejada. (FERNANDES; BERTON, 2005, p. 7).

A Gestão Estratégica e Planejamento do Poder Judiciário 2021-2026 foi instituída pelo Conselho Nacional de Justiça por advento da Resolução n. 325/2020, que estabeleceu a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o próximo sexênio. A missão, a visão, os valores, os macrodesafios do Poder Judiciário e os indicadores de desempenho são os componentes da Estratégia do Judiciário 2021-2026.

A missão primordial do Judiciário é a realização da justiça e sua visão de futuro é ser efetivo e ágil na garantia dos direitos e que contribua para a pacificação social e para o desenvolvimento do país.

Os macrodesafios do Poder Judiciário foram estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, divididos em três grandes eixos: i) sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e no fortalecimento da relação institucional do Poder judiciário com a sociedade; (ii) processos internos, na agilidade e produtividade na prestação jurisdicional, enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais, prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos, consolidação do sistema de precedentes obrigatórios, promoção da sustentabilidade, aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal, da gestão administrativa e da governança judiciária; e (iii) aprendizado e crescimento, com o aperfeiçoamento da gestão de pessoas, da gestão orçamentária e financeira, e fortalecimento da estratégia nacional de TIC e de proteção de dados.

No Poder Judiciário, as diretrizes recentes do Conselho Nacional de Justiça traduzem o anseio pelo novo e por um serviço judicial mais efetivo e transparente. Prova disso é a criação recente do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – LIODS, do Conselho Nacional de Justiça (Portaria n. 119/2019 do CNJ) e da Meta 9 atribuída à Justiça estadual, que trata da integração da Agenda 2030 ao Poder Judiciário. (SOUZA NETTO; GUILHERME; GARCEL, 2020).

A Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, e possui 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que buscam fortalecer a paz universal e a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, para promover uma vida digna para todos, dentro dos limites do planeta.

Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são: (1) Erradicação da pobreza; (2) Fome zero e agricultura sustentável; (3) Saúde e bem-estar; (4) Educação de qualidade; (5) Igualdade de gênero; (6) Água potável e saneamento; (7) Energia limpa e acessível; (8) Trabalho decente e crescimento econômico; (9) Indústria, inovação e infraestrutura; (10) Redução das desigualdades; (11) Cidades e comunidades sustentáveis; (12) Consumo e produção responsáveis; (13) Ação contra a mudança global do clima; (14) Vida na água; (15) Vida terrestre; (16) Paz, justiça e instituições eficazes; e (17) Parcerias e meios de implementação.

Em razão de sua abrangência, a implementação dos ODS e o atingimento das metas da Agenda é um grande desafio e depende de empenho conjunto e atuação de todos: governo, que possui uma função primária e crucial, pois estabelece políticas públicas de desenvolvimento; sociedade civil; setor privado; academia e cidadãos (LUCCHESI; ROSA, 2020, p. 24).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná criou um plano de gestão para o próximo biênio, com o objetivo de inserir o ser humano no centro do sistema de justiça, e estão sendo implementadas diversas iniciativas alinhadas aos macrodesafios da Estratégia Nacional do Poder Judiciário e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

4 O PLANO DE GESTÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ E AS AÇÕES DE AGREGAÇÃO DE VALOR

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi criado o plano de gestão³ para o biênio 2021-2022, atrelado aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, à Estratégia Nacional do Poder Judiciário e a cinco princípios basilares, que formam a base de todos os valores existentes no Estado Democrático de Direito.

Os princípios do plano de gestão são: (i) a valorização do ser humano; (ii) o aumento da eficiência; (iii) a ampliação da capacitação; (iv) o uso racional de recursos; e (v) a aproximação do Poder Judiciário com a população. Todas as atividades, ações de agregação de valor realizadas na gestão, estão sendo indexadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, aos macrodesafios do Poder Judiciário e aos princípios basilares de gestão.

A valorização do ser humano abrange todos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas. Refere-se ao respeito ao próximo, o valor mais importante dos dias atuais. Traz toda a necessidade de diálogo, interno e externo, ou seja, é a valorização não só de quem presta a justiça, mas de quem recebe a prestação jurisdicional.

No âmbito interno, foi criado o projeto Movimento⁴, relacionado ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 3: Saúde e bem-estar, que disponibiliza atividades que tenham o objetivo de promover a saúde integral e o bem-estar dos colaboradores, como atividades de ginástica laboral, postura, meditação, entre outras.

Na perspectiva de quem recebe a prestação jurisdicional, em atendimento ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 10: Redução das desigualdades, e ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16: Paz, justiça e instituições eficazes, foi criada a Central de Medidas Socialmente Úteis – Cemsu⁵. A Central de Medidas Socialmente Úteis utiliza a política pública de justiça restaurativa, uma justiça nova, que transforma, iniciando no Direito Criminal, mas se expande para todas as áreas. No

³ Para mais informações sobre o tema, Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. O ser humano como centro da justiça. Paraná: TJPR, 2021-2022. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/47452908/14+PLANO+DE+GESTA%CC%83O+PAGINA+SIMPLES+%281%29.pdf/1bb2967d-036c-33e6-fdda-6f177a6053a8>. Acesso em; 11 maio 2021

⁴ Para mais informações sobre o tema, Cf. <https://www.tjpr.jus.br/web/movimento/inicial>. Acesso em: 11 maio 2021.

⁵ Para mais informações sobre o tema, Cf. https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/tjpr-inaugura-a-central-de-medidas-socialmente-uteis-no-centro-judiciario-de-curitiba/18319. Acesso em: 11 maio 2021.

modelo tradicional, o que se busca é a pena, a prisão, independente da recuperação do indivíduo, do dano que ele cause para a sociedade e da responsabilização visando à prevenção. A Central de Medidas Socialmente Úteis atua justamente nessa lacuna, como órgão gestor de alternativas penais, que substitui a pena restritiva de liberdade por medidas socialmente úteis, muito mais produtivas à sociedade, auxiliando o indivíduo infrator a se conscientizar por meio da aplicação da Justiça Restaurativa, visando à reinserção social e à prevenção da violência. A Central de Medidas Socialmente Úteis do Fórum Criminal de Curitiba realiza atividades como atendimentos pré e pós-custódia, círculos restaurativos, audiências de mediação e encaminhamento para a prestação de serviços à comunidade.

Especificamente sobre o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: Igualdade de gênero, foi criada a Cemsu Mulher⁶, implementada com a finalidade de promover o protagonismo e a emancipação da mulher na sociedade. A Central também criou o Projeto Remição por Práticas Restaurativas, proposta inédita no país, que abre a possibilidade de remição da pena por meio da Justiça Restaurativa.

O segundo princípio de gestão é o aumento da eficiência. Como resposta à inovação que se faz necessária na Era Exponencial, no contexto da Justiça 4.0, e direcionado pelo Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16: Paz, justiça e instituições eficazes, a principal medida adotada foi a criação do Ateliê da Inovação.

O Ateliê da Inovação é um espaço físico com equipe multidisciplinar e três salas, denominadas *workshop*, *sprint* e situação, onde são colocadas as problemáticas mediante análise de dados no sistema de Business Intelligence, com servidores de diversas áreas do tribunal para criar soluções ágeis aos problemas identificados nas unidades jurisdicionais e administrativas.

Em conformidade com a Resolução n. 372/2020 do Conselho Nacional de Justiça, foi instituído o Balcão Virtual, lançado em abril de 2021, plataforma destinada ao atendimento, por videoconferência, de partes, advogados ou interessados nos processos em trâmite na Justiça estadual. O Balcão Virtual surge para garantir o êxito do Juízo 100% digital e auxiliar na mudança cultural trazida pela pandemia.

O terceiro princípio é o uso racional de recursos, que abrange vários Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, como por exemplo o ODS 7: Energia acessível e limpa, e o ODS 11: Cidades e comunidades sustentáveis. O Tribunal de Justiça do Paraná

⁶ Para mais informações sobre o tema, Cf. https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnlQe/content/2-vice-presidencia-do-tjpr-lanca-cemsu-mulher/14797?inheritRedirect=false. Acesso em: 11 maio 2021.

possui um monitoramento de despesas com energia via sistema de inteligência de negócios, que proporciona a análise de dados e de redução de custos nas comarcas. Além disso, o tribunal tem um projeto com a Copel – Companhia Paranaense de Energia de eficiência energética, que tem como objetivo a substituição de lâmpadas fluorescentes por unidades de LED, mais vantajosas e econômicas, além de terem uma vida útil muito maior.

O quarto princípio é a ampliação da capacitação, relacionada ao ODS 4: Educação e qualidade. A educação e a capacitação são os maiores instrumentos de transformação do ser humano. Nesse momento de modificação do processo civilizatório, é indispensável o conhecimento para uma constante evolução. Como ensina Peter Drucker (2001), o pai da Administração Moderna, “o conhecimento e a informação são os recursos estratégicos para o desenvolvimento de qualquer país. Os portadores desses recursos são as pessoas”.

A principal ação de agregação de valor para a capacitação foi a criação da Escola Judicial do Estado do Paraná, aprovada em sessão do Órgão Especial em março de 2021. A Escola Judicial está sendo implementada para ser o órgão oficial de capacitação de magistrados e servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com competência para definir as diretrizes básicas para a formação e o aperfeiçoamento do quadro funcional, fomentar pesquisas e promover cursos nas mais diversas áreas do conhecimento, com ênfase na formação humanística. Já estão sendo ofertados cursos *in company*, cursos de formação de gestores, de gestão de competências, planejamento estratégico, gestão de conflitos e técnicas de negociação, *compliance*, entre outros.

Por fim, a aproximação do Poder Judiciário à sociedade, por meio do acesso à justiça, por ações de transparência e pelo diálogo com o cidadão. Contempla os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 10 (Redução das desigualdades), 11 (Cidades e comunidades sustentáveis), 16 (Paz, justiça e instituições eficazes) e o 17 (Parcerias e meios de implementação) visando a melhoria do serviço público. Entre os diversos projetos, estão sendo realizadas a modernização do *site* e do Portal da Transparência, o sistema de busca de jurisprudência e ações de comunicação e diálogo imediato com a população, como por exemplo por meio do Programa Em Foco e o programa De Olho na Justiça, que trazem informações dos serviços judiciais prestados em prol de toda a sociedade.

5 CONCLUSÃO

A gestão é o instrumento transformador da realidade econômica e social, responsável pelo uso produtivo do conhecimento para tornar as pessoas capazes e aprimorar as aptidões individuais em busca de objetivos comuns.

Na Era Exponencial, cada vez mais cresce a necessidade da prática da gestão como função social, entendida como estratégia para o alcance das metas institucionais e da Agenda de Direitos Humanos, por meio do desenvolvimento do indivíduo.

A Estratégia Nacional do Poder Judiciário está fundada na perspectiva da sociedade, de processos internos e do aprendizado e crescimento, com o aperfeiçoamento da gestão de pessoas.

Como resposta ao trabalho, conclui-se que a gestão como função social e a Estratégia Nacional do Poder Judiciário funcionam como guias, como indutores das ações de valor realizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

As atividades são baseadas na gestão como fim social, no desenvolvimento do indivíduo e no ser humano como o centro do sistema de Justiça.

Por fim, a continuidade das práticas que estão sendo realizadas e o foco no ser humano contribuirão na busca das metas estratégicas institucionais e do objetivo maior da Agenda 2030 de promover uma vida digna e fortalecer a paz universal.

REFERÊNCIAS

BERTONCINI, Mateus; OIKAWA, Mariana Mendes Cardoso. O consumo consciente e a educação para o consumo como função social da empresa. *In*: GUNTHER, Luiz Eduardo; KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos (coord.). **Estudos em homenagem ao professor Clayton Reis**. Curitiba: Instituto Memória: 2019. Cap. 11.

BRASIL. **Plataforma Agenda 2030**. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/>. Acesso em: 11 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Portal CNJ**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 10 maio 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (Brasil). **Portal TJPR**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/>. Acesso em: 11 maio 2021.

DRUCKER, Peter F. **A Gestão como função social**. Condensado do livro The Essencial. DRUCKER, Peter F. A Gestão como função social. [S. l.]: Livraria Nobel, 2001.

Adets Assessoria e desenvolvimento para o Excelência do Terceiro setor. [S. l.]: ADETS. Disponível em: http://www.adets.com.br/gestao_como_funcao_social.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

FERNANDES, Bruno Henrique Rocha; BERTON, Luiz Hamilton. **Administração Estratégica**: da competência empreendedora à avaliação de desempenho. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência Emocional** [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

LUCCHESI, Camila Kososki; ROSA, Jaqueline Lobo da. **Novas reflexões sobre o pacto global e os ODS da ONU**. 1.ed. Curitiba: NCA Comunicação e Editora, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2010.

PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial**: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação do ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL; Adriane. Planejamento Estratégico Sustentável do Poder Judiciário Paranaense. **Revista Eletrônica do CNJ**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 153-166, dez. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/152>. Acesso em: 11 maio 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WEDY, Gabriel. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Consultor jurídico**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/ambiente-juridico-direito-fundamental-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 11 maio 2021.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A LUTA CONTRA O RACISMO

Amaury Silva¹

1 INTRODUÇÃO

1.1 Delimitação do tema

A proposta em questão versa sobre a adoção dos preceitos, parâmetros e das práticas da Justiça Restaurativa para o enfrentamento do racismo nas suas manifestações que constituam fatos típicos penais. A problemática do racismo em uma escala global permanece em posição de destaque como mecanismo de densa amplitude para a afetação dos direitos humanos. Essa premência tem suscitado uma expectativa de que a adoção do punitivismo como medida de cunho criminal conduziria a um resultado satisfatório na luta antirracista. A fidúcia é depositada de tal modo no caráter retributivo da pena que orienta o enfrentamento das questões raciais.

1.2 Problemática

Realizando o tensionamento das reflexões surgidas a partir da percepção intuitiva do tema, com os casos de práticas raciais que se enquadram em tipos penais (Lei n. 7.716/1989 e art. 140, § 3º, CP) e a forma de resposta adotada pelo sistema brasileiro de Justiça Criminal consubstanciada no modelo retributivo que orienta a aplicação de sanções no Direito Penal, algumas questões passam a ser suscitadas da seguinte forma: a) a aplicação do modelo retributivo de resposta penal no âmbito dos crimes raciais resulta efetivo e suficiente na luta antirracista?; e b) a adoção do modelo de Justiça Restaurativa nas intervenções do sistema de Justiça Criminal no Brasil podem trazer contribuições favoráveis na luta antirracista? Quais seriam as vantagens de sua adoção e prática?

1.3 Objetivos

O resumo em desenvolvimento busca como tarefas para o empreendimento acadêmico o contato com dois modelos centrais que orientam a resposta da jurisdição

¹ Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professor universitário. Mestre em Estudos Territoriais e doutor em Ciências da Comunicação interface com Direito. Autor de obras jurídicas.

penal ao fenômeno criminal. De modo mais específico, a construção realiza um recorte na escala da abordagem, para concentrar as reflexões nos tipos penais considerados crimes de racismo no Brasil.

Diante desse panorama, os objetivos foram organizados da seguinte maneira: a) compreender os parâmetros conceituais do modelo retributivo e restaurativo para a aplicação de penas pelo sistema brasileiro de Justiça Criminal; b) descrever as principais distinções entre os dois modelos; c) abordar o fenômeno do racismo com aportes históricos e antropológicos; d) identificar o conjunto dos crimes de racismo previstos na legislação penal brasileira; e e) descrever a forma de atuação da Justiça Restaurativa na abordagem aos crimes de racismo.

1.4 Referencial teórico

O racismo como fenômeno humano e social repercute de modo profundo no campo jurídico. As bases de sustentação das teorias raciais são organizadas em três segmentos distintos: tipologia racial, darwinismo social e estudos protossociológicos, como observado por Duarte (2009).

Essa reflexão mobiliza uma compreensão no sentido de se admitir um padrão de conduta e cânones que são dados a ver como normalizados e normalizadores na sua incidência em diversas relações estabelecidas no âmbito social, autorizando concluir pelo apontamento da existência de um racismo estrutural como anotado por Almeida (2018). Quanto ao devir negro no mundo, Mbembe (2018) articula uma concepção esclarecedora de que o racismo não possui um fim em si mesmo; ideologias totalitárias, concentração econômica e de poder e invisibilidade das minorais constituem elementos maciços para uma abordagem ao racismo e o encaminhamento de uma superação possível.

Com esse desiderato, para que a humanidade consiga atingir esse progresso, Mbembe (2018) exara uma perspectiva de convite à luta, para um mundo além das raças. Para tanto, todos devem se sentar à mesma mesa para uma crítica política e ética sobre o racismo com vigor, inspirados pela partilha, a ideia do comum e uma abertura para a exterioridade.

Ao se transportar essa crítica para os confins do sistema de Justiça Criminal, não é ocioso destacar que exista uma ideia de que a punição com mais rigor pela majoração de penas em relação aos tipos penais que expressem racismo resultaria em uma emergência para maior eficácia na luta antirracista. A solução de tais conflitos sem a adoção de medidas punitivas para ser institucionalizada como uma invariável,

consoante a anotação de Santos (2015), transmite uma sensação de impunidade qualificada por uma naturalização do próprio racismo.

Em Raizman (2011), estabelece-se a premissa binária na qual se funda a expectativa de que a retribuição seja aplicada com o êxito para a solução do litígio penal: se o crime é a negação do direito, a pena passa a ser a afirmação do direito, pois nega a negação.

Mesmo com a transformação do modelo retributivo em eclético, guardando-se referência preponderante da resposta como mal aplicado contra o mal, seu objetivo lança-se a uma proposição que evite a reincidência e conclame os outros pares do sujeito condenado a se absterem da mesma conduta, conforme sintetiza Bittencourt (2004) em análise à teoria unificadora.

Traduzida essa reflexão para a medição que propicia a estatística, observamos nos dados constantes do Levantamento de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional – INFOPEN 2019/2 que o Brasil apresenta uma taxa de aprisionamento de 359,40 prisões a cada grupo de 100.000 habitantes, quadro que posiciona o nosso país no 26º lugar do *ranking* mundial. Considerando o critério ou fator de análise da cor ou etnia da população carcerária, o Infopen 2019/2 mostra um percentual de 43,86% formado por presos de cor ou etnia parda; um percentual de 28,4% da população carcerária de cor ou etnia branca, e, finalmente, 17,78% de cor ou etnia preta. A soma dos percentuais referentes aos grupos que se consideram como presos de cor ou etnia pretas e pardas alcança 61,64% da população carcerária do Brasil (INFOPEN 2019/2).

Um raciocínio em torno das duas últimas décadas no Brasil, a partir dos dados acima colhidos no censo, tem-se o seguinte quadro de crescimento da população carcerária: no ano de 2000, o total era de 232.755 presos; 496.251 presos em 2010 (aumento superior a 100%) e em 2019 eram 755.274 presos (INFOPEN 2019/2). Por outro lado, segundo o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente, o relatório Reentradas e reiterações infracionais – um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros, considerando o período de 2015 a dezembro de 2019, revela que a taxa de reincidência no sistema prisional brasileiro é de 42,5%.

Não se pode olvidar que o Excelso STF proclamou em sede da ADPF 347, Relator Ministro Edson Fachin, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, reconhecendo a omissão do Estado na efetivação dos direitos fundamentais dos presos condenados ou provisórios.

O Direito Penal passou a gravitar de acordo com Sica (2007) como um universo jurídico paralelo aos demais ramos jurídicos, o que resultou na sua permanente reprovação pela mediação.

A essência do modelo restaurativo é a reparação do que foi desequilibrado e quebrado pela conduta ofensiva. Nesse aspecto, como a afetação de uma conduta delitiva não se limita aos impactos causados na vítima e no Estado, mas engloba a própria comunidade, amigos, parentes e o ofensor, toda essa ecologia que se instaura na subjacência do episódio deve assumir um protagonismo na escuta e construção das intervenções.

O acordo restaurativo é concretizado com a formação de um consenso que não imprima pena privativa da liberdade ou restritiva de direito. Pinto (2005) esclarece que essas soluções envolvem pedido de desculpas, reparação, restituição e prestação de serviços comunitários.

Os modelos a serem empreendidos na aplicação da Justiça Restaurativa são múltiplos e, obviamente, em vias de atualização em virtude de sua recentidade. Podem ser mencionados como os mais utilizados, conforme observação de Pinto (2017), a mediação entre vítima e ofensor, conferências familiares e processos circulares.

Definida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ como o conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado, a Justiça Restaurativa é objeto de Política Pública Nacional no âmbito do Poder Judiciário no Brasil (Resolução n. 225/2016 do CNJ) .

Tratando da implantação da Justiça Restaurativa pelos tribunais brasileiros, a Resolução n. 300/2019 do CNJ alterou a redação da Resolução n. 225/2016, estabelecendo prazo para a elaboração de plano de implantação, difusão e expansão da Justiça Restaurativa para sua consecução no Brasil e criando o Fórum Nacional de Justiça Restaurativa com previsão de reunião anual.

A adoção do critério de justiça consensual e reparadora no Brasil é manifesta pela presença dos institutos da transação penal (art. 74 da Lei n. 9.099/1995), suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) e acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal). Esse sistema, cuja finalística não se dirige à aplicação de penas privativas da liberdade ou articulação do

modelo retributivo, absorve a previsibilidade dos crimes de racismo, previstos na Lei n. 7.716/1989, e na injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, CP.

De tal maneira, os conteúdos a serem estabelecidos são simétricos a uma intervenção própria da Justiça Restaurativa, com a vantagem de se assegurar a efetividade do despertar da consciência plural e democrática para o afastamento da discriminação, conforme previsto no art. 4º, § 2º, da Lei n. 7.716/1989. A promoção da igualdade com o reconhecimento da história, da formação educacional e de compreensão do fenômeno do racismo pode ser utilizada como proposição eficaz, a partir de incursões que resultem na valorização da tolerância, do respeito e da convivência fraterna e solidária.

A produção do presente resumo pretende com esse arrazoado, destacando-se o reconhecimento da centralidade problemática da questão do racismo e considerando que a Justiça Restaurativa integra parâmetro da Polícia Judiciária Nacional no Brasil, contribuir com suportes teóricos e práticos para que o modelo restaurativo seja adotado como meio para o tratamento dos casos penais envolvendo os crimes de racismo de modo prioritário e sem comprometimento do sistema retributivo na eventualidade de não ser alcançada ou possível por outra razão a solução consensual.

1.5 Método

A abordagem estratégica selecionada para a presente investigação concentra-se de modo precípua no método dedutivo e histórico. Com essa concepção, a partir do primeiro modelo, adotaremos a reflexão sobre as informações gerais a respeito do racismo e o sistema retributivo de aplicação da pena para estabelecermos uma caminhada procedimental até a articulação da incidência da Justiça Restaurativa como fórmula de responder aos crimes de racismo. Esse enfoque implica a consideração também do método histórico para se realizar a processualidade quanto ao desenvolvimento conceitual e prática daquelas categorias (racismo e sistema penal) em faixas temporais pretéritas até o momento atual.

Reputa-se que a combinação desses arranjos metodológicos, constantes em Gil (1994), seja adequada e suficiente para o tratamento que se pretende como incisão sobre o objeto da pesquisa.

2 DESENVOLVIMENTO

Visando ao desempenho de uma incidência empírica sobre as hipóteses de crimes de racismo, como amostragem para a aplicação da Justiça Restaurativa, selecionamos, de acordo com Pinto (2017), os modelos mais comuns para seu empreendimento, isto é, mediação entre vítima e ofensor, conferências familiares e processos circulares. A partir dessa escolha, criamos de forma abstrata e totalmente ficcional três episódios fáticos que são subsumidos à previsão típica penal da Lei n. 7.716/1989 e do art. 140, § 3º, do CP. Destinamos cada um dos modelos da Justiça Restaurativa como meio de solução para o enfrentamento e as conclusões advindas, para utilização exclusiva nos três episódios, de modo que cada modelo fosse aplicado a apenas uma determinada circunstância. Em seguida, tensionamos as soluções trazidas pelo sistema da Justiça Restaurativa, traçando-se um paralelo hipotético sobre virtual abordagem a respeito daquele caso concreto pela Justiça Retributiva. Finalizado esse procedimento metodológico, no item três, discorreremos sobre os apontamentos finais.

A mediação entre ofensor e vítima consiste basicamente na condução de uma aproximação entre essas partes que foram protagonistas de um antagonismo que produziu um conflito. A elaboração considera a hipótese de uma reunião frente a frente, produzindo a oportunidade de reflexão e reavaliação das condutas alheias e da sua própria conduta, conforme Pinto (2017).

Ainda deve se destacar nos termos do posicionamento de Azevedo (2016) que o mediador não impõe uma solução, mas estimula os envolvidos à geração das opções, obtendo uma compreensão conjuntural sobre o fato.

No propósito das conferências familiares, o impulsionamento delibera uma interseção para o envolvimento de membros da família, amigos, policiais e operadores do Direito e a participação do facilitador. Segundo Pinto (2017), oferta-se uma narrativa inicial dos fatos, com a oitiva dos envolvidos e seus acompanhantes. Na sequência, deve ocorrer a sensibilização do ofensor e, com o apoio dos seus próximos e diante desse reconhecimento de responsabilidade, a transmissão da oferta de solução para o impasse, que passa a ser avaliada pela vítima e seu grupo, que delibera a respeito e se de forma positiva, concretiza-se o modo de restauração dos laços e vínculos desfeitos pela ação infracional.

Os processos circulares, também conhecidos como círculos restaurativos, são apresentados como forma de diálogo que objetiva a construção de um espaço para o

debate de questões densas e que a princípio são de difícil solução, conforme reflexão de Pranis (2010). O procedimento é constituído por três etapas, iniciando-se com o convite ao ofensor e ao ofendido, que, aceitando, podem mobilizar outras pessoas para a efetiva participação na dinâmica.

Em seguida, consoante explicação de Pinto (2017), o facilitador desenvolve uma introdução discursiva que ressalta as qualidades dos envolvidos, situando a ofensa como o aspecto negativo de qualquer pessoa, mas que não se realiza de maneira isolada. Nesse estágio, os participantes fazem relatos e manifestações de cunho valorativo sobre suas trajetórias e expectativas. Finalizada essa fase imersiva, movimenta-se para a exteriorização dos aspectos do acontecimento que é alvo da intervenção restaurativa, sob um enfoque revelador e liberatório da emoção, do sentimento e da motivação para as ações e condutas. Com a fala e a manifestação asseguradas, a proposta com a conscientização pelo ofensor é sugerida e, para ser sufragada, exige-se a adesão de todos.

Os casos hipotéticos como construtos para a associação e vínculo aos modelos restaurativos são os abaixo especificados:

Caso 1

Sêneca trabalha como entregador em uma empresa que presta serviços *delivery* de alimentos em atendimento por aplicativo de mensagens. Possui tatuagens nos braços e no pescoço. Apresenta cabelos crespos e cheios, a cor da sua pele é preta e usa brinco na orelha direita. Ao fazer uma entrega em um condomínio de apartamentos, o porteiro, após consultar o morador destinatário do produto, admitiu a subida de Sêneca, que utilizou o elevador social. Deveria fazer a entrega no décimo andar, mas ao chegar no quarto andar adentrou um senhor ao elevador com atitude perplexa e palavras enérgicas determinando-lhe que saísse de imediato e que se quisesse executar a entrega, deveria utilizar as escadas ou o elevador de serviços. Sêneca não concordou com a abordagem e o seu interlocutor se identificou como o síndico Zenão, afirmando em tom de esclarecimento decisivo que aquele elevador não poderia ser utilizado por negros naqueles trajes e com aquela aparência. Avisou que chamaria o porteiro e a polícia se fosse necessário. Sêneca acionou a polícia para registro do episódio, que resultou em uma persecução penal por pretensa infração ao art. 11 da Lei n. 7.716/1989.

Caso 2

Pitágoras de Samos participava de uma disputa de MMA – *Mixed Martial Arts* contra Mílon de Crotona. Na arquibancada, um grupo de seus torcedores fazia incentivos. Toda vez que Pitágoras se aproximava de Mílon, alisava a própria pele adquirindo uma feição de aversão, dirigindo-se aos seus torcedores e depois a Mílon, que é uma pessoa negra, fazendo sinal de negação com o polegar. Nos embates físicos, Pitágoras sempre gritava expressões contra Mílon: “Vocês negros são todos imundos! Não merecem vitória! Não merecem vida!”. Em seguida, voltava-se à torcida e exclamava: “Vamos acabar com essa raça, esses negros não merecem lutar no MMA!”. Parte da plateia interagiu e ficava alvoroçada com as palavras de Pitágoras em sinal de aprovação. A luta não se encerrou, pois a organização suspendeu o evento e convocou a polícia. O acontecimento recebeu uma capitulação legal de crime de induzimento ao preconceito de raça previsto no art. 20, *caput*, Lei n. 7.716/1989.

Caso 3

Cleantes de Assos voltou para a casa depois de um dia muito tenso no trabalho. Procurou pelas duas filhas para saber da rotina diária, mas encontrou-as agarradas à mulher Hipátia de Alexandria. Todas as três abraçadas, mãe e filhas, choravam. Com muito custo, Hipátia conseguiu contar o que tinha ocorrido: na saída da escola, houve um desentendimento das filhas com uma colega que estava acompanhada da mãe. Assim, esta genitora que se identificou como Aspásia passou a se dirigir às filhas de Hipátia como crioulinhas macumbeiras e que não deveriam estar em colégio de gente de bem. Hipátia acrescentou que Aspásia ainda divulgou um vídeo com a imagem do acontecimento em suas redes sociais. Cleantes de Assos consolou sua família e avisou que levaria o caso à Justiça. Contratou um advogado para representar ao Ministério Público pelo crime do art. 140, § 3º c/c art. 141, § 2º, CP.

Associamos os três modelos de aplicação prática da Justiça Restaurativa nos crimes de racismo para o tratamento dos episódios. Para o Caso 1, selecionamos as conferências familiares; no Caso 2, a mediação entre ofensor e vítima; e para o Caso 3, os processos circulares.

No Caso 1, as reuniões próprias das conferências familiares, organizadas em sua desenvoltura pelo facilitador, devem ser inspiradas por uma proposição que venha abrigar os familiares da vítima, o ofensor, o porteiro, o morador destinatário da encomenda e alguém da organização para a qual o ofendido prestava o serviço de entrega. Além disso, podem integrar esse grupo os familiares do síndico (ofensor) e

outros moradores, pois o acontecimento se desenvolveu em um palco que é objeto de comunhão e de modo mediato interessa a todos.

Essa mobilização deve contar com a apresentação dos efeitos deletérios e agudos de afetação à isonomia, à dignidade humana e à anormalidade da conduta que busca um viés de segregação. O resultado conducente a uma sensibilidade do ofensor pode expressar sua oferta de solução como pedido de desculpas, conhecimento da história no Brasil sob o viés da diáspora africana para se promover a consciência e a compreensão da nossa formação como povo. Reuniões didáticas e para construção dessa percepção podem ser objeto de incentivo para a participação dos condôminos naquele ambiente. Outras abordagens como reparação civil e prestação de serviços podem ser adotadas.

No Caso 2, observamos a pertinência de adoção da mediação entre ofensor e vítima para buscar modos de resolução do impasse, sem a imposição das regras da Justiça Retributiva. Diante do fato, tem-se a percepção de que a partir da conduta do ofensor e da vítima, há possibilidade de que seja construída uma mensagem com aptidão de alcançar o público torcedor que participou do evento e todo o público que aprecia a atividade desportiva. Assim, o mediador deverá buscar nos encontros e sessões com os envolvidos dar oportunidade a essa elaboração por ambos, para uma transição de reconhecimento pelo ofensor da posição de igualdade com seu concorrente em todos os termos, não só na questão da disputa, como na dignidade humana que todos possuem. Agregando-se essa posição inequívoca de ambos, a mobilização para informar ao público fã da atividade e, individualmente de ofensor e vítima, abre espaço e oportunidade para uma conscientização plural. A resposta pode ensejar pedido de desculpas e divulgação em outro encontro ou luta a ser realizada, com publicidade ampla de reflexão sobre a arbitrariedade do racismo e a necessidade de sua superação.

Para o Caso 3, os processos circulares se mostram como procedimento potente para envolver todo o universo da escola e das famílias nas quais se desencadeou o comportamento racista. Com isso, o facilitador, a partir da aceitação da participação da ofensora e das vítimas, deve incentivar o convite a outras pessoas. O evento em si não se limita à afetação das vítimas, mas transcende para o espaço escolar, que nitidamente deve ser um ambiente de desenvolvimento da tolerância e da liberdade, sem preconceitos ou discriminações. A presença de crianças exige uma cautela maior do facilitador para que os caminhos de diálogos sejam observados de acordo com essa condição.

3 CONCLUSÃO

O desenvolvimento da proposição foi satisfatório para se chegar a uma compreensão tensionada dos critérios e das referências conceituais inerentes ao modelo retributivo para tratamento da questão criminal, em cotejo com a opção restaurativa.

Elaborou-se ainda um raciocínio em torno da utilização supletiva da Justiça Restaurativa, comparando-se seus valores e objetivos, ante a diversidade na comparação com o esquema hermético da retribuição: infração – sanção – castigo. Nesse contexto, é inexorável a conclusão de que a participação mais democrática e próxima da reconstrução das bases afetadas pelo fenômeno criminal ofertada pela Justiça Restaurativa tende a ser mais significativamente importante e transformadora do que a solução trazida pela dialética da Justiça Retributiva.

A perspectiva de densidade de uma solução que envolva o contexto dos fatos, as falas, costumes, ritos e opiniões das personagens adquirem um relevo de preparação e recondução de trajetórias e posicionamentos. Desenvolveu-se ainda uma análise que pretendeu ser articulada de modo interdisciplinar para entender o racismo sob o ângulo histórico e jurídico, alcançando-se os conteúdos da Lei n. 7.716/1989 e do art. 140, § 3º, do CP, que cuida dos crimes de racismo e injúria racial no Brasil. Na exploração do manancial teórico, buscou-se a interseção possível entre a Justiça Restaurativa e a luta antirracista, a partir da adoção do modelo alternativo para tratamento dos episódios concretos de crimes racistas, enquadrados nos tipos penais acima descritos.

Para essa finalidade, houve a seleção de três modelos de atuação da Justiça Restaurativa (mediação, conferências familiares e processos circulares) que foram direcionados à aplicação hipotética a três casos fictícios que, em tese, configuravam hipóteses de crimes racistas. Foram ensaiadas formas de abordagem aos eventos, a partir da condução pelos modelos restaurativos.

A Justiça Restaurativa aplicada aos crimes de racismo traz a vantagem em relação ao modelo retributivo, presente nos demais delitos sem tal especificidade, como a efetividade sem encarceramento; participação democrática; reconstrução dos laços quebrados; e contribuição para uma cultura de paz e solidariedade.

Mesmo que outros modelos sejam adotados e sejam pensadas outras formas de atuação alternativa à retribuição que resultem mais aparelhadas e condicionadas

para um aprimoramento na tarefa do Estado em realizar a proteção eficiente ao bem jurídico da igualdade, é inegável a vantagem primordial do diálogo para a superação do racismo. Se no modelo ortodoxo não existe qualquer chance dessa mudança, pois as consequências de sua intervenção são entregues aos efeitos limitados e distorcidos do punitivismo, a probabilidade de que pelo caminho da partilha e da abertura para a exterioridade sejam visualizadas melhores trocas e comprometimentos, torna-se uma meta que no âmbito da Política Criminal só pode ser alcançada pelo planejamento e pela organização da Justiça Restaurativa.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte, MG: Letramento, 2018.
- AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial.** Brasília, DF: CNJ, 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório INFOPEN.** 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 11 maio 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 13 maio 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 13 maio 2021.
- BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 13 maio 2021.
- BRASIL. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em: 13 maio 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 225/2016.** Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Presidência do Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 13 maio 2021.
- DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia & Racismo:** introdução à criminologia brasileira. Curitiba, PR: Juruá, 2009.
- GIL, A.C. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- MBEMBE, Achile. **Crítica da Razão Negra.** Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 edições, 2018.

PINTO, Renato Sócrates Gomes *et al.* **Justiça Restaurativa**. Coletânea de Artigos. Ministério da Justiça /PNUD, 2005.

PINTO, Simone Matos Rios. **Justiça Restaurativa na ótica da Teoria do Discurso**. Belo Horizonte: EJEJF/MG – Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, 2017.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**: Teoria e Prática. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RAIZMAN, Daniel Andrés. **Direito Penal**. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação. **Rev. Inst. Estud. Bras.**, São Paulo, n. 62, p. 184-207, dez. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0020-38742015000300184. Acesso em: 13 maio 2021.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Amaury; Artur Carlos. **Crimes de Racismo**. Rio de Janeiro: Editora Mizuno. 2. ed. 2020.

A PARTICIPAÇÃO DE ASSESSORES NO PROCESSO DECISÓRIO BRASILEIRO COMO IMPORTANTE MECANISMO DE GESTÃO JUDICIAL EM BUSCA DE EFICIÊNCIA

Fabio Nunes De Martino¹

1 INTRODUÇÃO

Dentro de um contexto de excesso de demandas judiciais, que atinge boa parte dos países do globo, aliado a uma necessidade de prestar uma jurisdição eficiente, a utilização de assessores², para auxílio dos juízes, em atividades tipicamente jurisdicionais, foi uma das estratégias adotadas pelas gestões judiciais de diversos países, e no Brasil não foi diferente.

Assim, no intuito de obter uma atuação mais eficiente, entendida sob o prisma de um melhor desempenho judicial quantitativo, optou-se pelo auxílio de assessores com importantes funções dentro do processo decisório.

Não obstante a opção adotada, existem várias preocupações relacionadas às implicações que essa participação possa ter no conteúdo das decisões judiciais, seja pela possibilidade de influências indevidas, pela atuação de assistentes em substituição de juízes, quando não são legitimados nem capacitados para tanto, ou mesmo pela falta de limites e de transparência na forma como se dá todo o processo decisório.

A partir desse panorama, o presente estudo objetiva compreender como se dá esse fenômeno no Brasil, apontando benefícios e riscos dessa relação e, ao final, sugerir medidas aptas ao aprimoramento da prestação jurisdicional brasileira.

¹ Juiz federal. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense, mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo.

² Optou-se por utilizar prioritariamente essa nomenclatura que é a mais conhecida no Brasil, embora em outros países os assessores sejam denominados assistentes judiciais ou *law clerks*, no caso particular dos Estados Unidos.

2 A CONTRATAÇÃO DE ASSESSORES COMO UMA DAS ESTRATÉGIAS ADOTADAS PARA O ENFRENTAMENTO DO EXCESSO DE DEMANDAS JUDICIAIS E A BUSCA POR UMA JUSTIÇA MAIS EFICIENTE

No início da década de 1980, verificou-se, em países desenvolvidos, um fenômeno denominado *New Public Management*, que tinha como objetivo principal a priorização da eficiência no setor público (WORLD BANK, 2011).

Esse amplo movimento também alcançou o Poder Judiciário daqueles países a partir da década de 1990³, tendo essas mudanças alavancado uma busca dos tribunais pelo oferecimento de melhores serviços para os cidadãos (WORLD BANK, 2011).

Dessa forma, a busca por prestação jurisdicional eficiente passou a permear a atuação do Poder Judicial dos mais diversos países e, a partir da crescente judicialização ocorrida no mundo⁴, as administrações judiciárias passaram a adotar estratégias para o enfrentamento da grande procura pelo Poder Judiciário.

Para fazer frente ao grande número de casos e enfrentar a crescente demanda processual, os sistemas judiciais de inúmeros países vêm adotando três linhas principais de atuação: mudança de normas e procedimentos judiciais, investimento em tecnologia da informação e contratação de juízes e assistentes judiciais (GOMES; GUIMARÃES, 2013).

Na Europa, por exemplo, nos últimos anos vêm sendo encampadas reformas com o objetivo de obter eficácia, eficiência e transparência, tendo os estados-membros adotado medidas como a especialização de juízes, a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos e a implementação de novas estruturas de gestão na administração dos tribunais (MAK, 2008).

³ A Holanda foi um dos primeiros países europeus a implementar os conceitos do *New Public Management* no Judiciário, na década de 1980. Nesse ponto, pretendeu vincular os orçamentos repassados aos tribunais à carga de trabalho existente, mas essa tentativa teve inúmeros debates subsequentes, especialmente pela dificuldade de aferição da complexidade dos diversos tipos de atos provenientes dos tribunais. Foram nomeados gestores administrativos para os tribunais e isso acabou gerando problemas com os juízes, que se sentiram excluídos dos aspectos operacionais dos tribunais (WORLD BANK, 2011).

⁴ Cappelletti e Garth (1998) fazem um apanhado histórico e mencionam as três ondas de acesso à justiça nos países centrais. Inicialmente, buscou-se o aperfeiçoamento da assistência judiciária para os pobres, seguindo-se de uma onda de aperfeiçoamento dos mecanismos existentes para o fim de proteger os direitos difusos e, em uma terceira onda, buscou-se uma concepção mais ampla de acesso à justiça, visando à prevenção de conflitos e à implementação de soluções alternativas à via tradicional dos tribunais, como, por exemplo, a arbitragem e a conciliação.

Bieri (2016), ao fazer um estudo sobre a realidade da Suíça, elencou algumas medidas que podem ser tomadas para dar conta dessa elevada carga de trabalho: contratar novos juízes, fazer reformas processuais com o intuito de simplificar procedimentos, reformas gerenciais na busca de mais eficiência, implementação da justiça eletrônica e contratação de novos assistentes para os juízes.

No Brasil, não foi diferente, pois foram realizadas diversas reformas processuais buscando maior racionalização dos processos⁵, foi feito um maciço investimento em tecnologia⁶, foi aprimorada a gestão judicial⁷ e, também, foram realizadas contratações de assessores com o objetivo de auxílio aos juízes na consecução das atividades jurisdicionais.

Assim, em busca de uma prestação jurisdicional mais eficiente, a gestão judicial brasileira optou pela contratação de assessores como uma das estratégias adotadas para o enfrentamento do excesso de demandas.

3 O PAPEL DESEMPENHADO PELOS ASSESSORES NO PROCESSO DECISÓRIO E AS CRÍTICAS EXISTENTES

Holvast (2016) explica que a contratação de assistentes judiciais em todo o mundo decorreu principalmente da necessidade de prestar a jurisdição com eficiência, esclarecendo, ainda, que praticamente todos os sistemas judiciais empregam algum tipo de assistente, mas a posição que ocupam no processo judicial e as funções desempenhadas variam significativamente de jurisdição para jurisdição.

Em alguns países, os assessores são profissionais do Direito e fazem parte de uma estrutura permanente⁸, ao passo que existem sistemas judiciais que contratam estudantes recém-formados para exercer a função pelo período de um ou dois anos⁹.

Por outro lado, existem quatro formas diferentes de organizar assistentes judiciais: um assistente judicial ou vários deles podem trabalhar com um juiz, o que

⁵ Por exemplo, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao tratar do incidente de resolução de demandas repetitivas com o objetivo de racionalizar a divisão de trabalho e possibilitar que o Poder Judiciário tenha uma atuação mais eficiente.

⁶ Por exemplo, o Relatório Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2020, demonstra que o percentual de casos novos que ingressaram através do processo eletrônico em toda a justiça brasileira passou de 30,4% em 2013 para 90,7% em 2019 (CNJ, 2020).

⁷ Especialmente a partir da criação do Conselho Nacional de Justiça.

⁸ É a regra no Brasil.

⁹ Assim ocorre na maior parte das cortes norte-americanas.

se denomina “sistema de gabinete” e ocorre, por exemplo, na Alemanha, na Letônia e na Polônia. Os assistentes judiciais também podem ser vinculados a um painel de juízes, como ocorre, na Suécia e na Romênia. Uma terceira forma de divisão organiza os funcionários em um *pool* de funcionários que trabalham com juízes diferentes. Finalmente, em uma quarta possibilidade que raramente é utilizada, equipes de assistentes judiciais são formadas para casos especiais, como ocorre no Tribunal Penal Internacional (CCJE, 2019).

As funções desempenhadas pelos assessores variam a depender do sistema judicial, mas em geral exercem importantes funções no processo decisório. Na Suprema Corte norte-americana, por exemplo, os assistentes têm bastante proximidade com os juízes e auxiliam em diversas funções, como fazer a seleção dos casos que serão admitidos na corte (*petitions for certiorari*)¹⁰, escrever memorandos, auxiliar na escrita e no aprimoramento das opiniões e ajudar os juízes na preparação das alegações orais (BONICA *et al.*, 2018).

Na Europa, as cortes constitucionais possuem assistentes que exercem importante função no processo de tomada de decisão, embora o número de assessores e a nomenclatura variem de país para país. A principal função dos assistentes consiste na pesquisa de questões jurídicas e na elaboração de projetos de sentenças, mas, em algumas cortes, também exercem uma função de filtragem de petições. Os funcionários trabalham vinculados a cada juiz, normalmente no número de 3 ou 4, e a divisão de trabalho varia entre os países e mesmo dentro das cortes (KELEMEN, 2016). Em alguns países europeus, como a Bélgica, a Croácia e a Rússia, os assistentes judiciais estão autorizados a redigir uma decisão¹¹, enquanto em outros países, como em Andorra, na Irlanda e no Reino Unido, eles não têm essa possibilidade (CCJE, 2019).

Assim, a participação de assessores em auxílio aos juízes na atuação jurisdicional típica é um fenômeno mundial que também se reproduz no Brasil.

¹⁰ Os *law clerks* analisam os recursos encaminhados para a Suprema Corte e elaboram os *certiorari memoranda*, que contêm um resumo dos fatos e uma recomendação para conceder ou negar o recurso. Para muitos estudiosos, essa seria a função dos *law clerks*, em que eles possuem a maior influência sobre os juízes (HOLVAST, 2016).

¹¹ Mesmo nos países que admitem o auxílio dos assistentes na confecção de decisões, essa tarefa não é admitida por todos os juízes. Nesse sentido, Kelemen (2016) menciona um juiz chamado Attila Harmathy, da Corte Constitucional da Hungria, que era conhecido por escrever todas as decisões sozinho, mas seria exceção.

4 A PARTICIPAÇÃO DOS ASSESSORES NO BRASIL

Conforme dados extraídos do CNJ (2020), do total de 268.175 servidores que prestam auxílio ao Poder Judiciário, pelo menos 227.189 (84,75%) são do quadro efetivo, vinculados ao Poder Judiciário Federal ou aos diversos estados-membros, e selecionados através de concurso público, o que demonstra que, predominantemente, são adotadas estruturas de carreira em vez de contratações pontuais por um período fixo, como ocorre em diversos outros países¹².

Dessa forma, se forem considerados apenas os servidores que atuam na área judicial (excluindo aqueles que atuam na área administrativa), haverá uma impressionante marca de aproximadamente 100 servidores por cem mil habitantes ou, por outro prisma, se chega a uma média de 11 servidores da área judiciária por juiz (CNJ, 2020).

Na Europa, a proporção de servidores auxiliando os juízes é bem menor, tendo no ano de 2016 a média de 55,2 assessores por cem mil habitantes e de 3,4 servidores (*non-judge staff*) por juiz profissional¹³ (CEPEJ, 2018).

Ao comparar os dados do sistema judicial brasileiro com os dados extraídos dos países europeus, Da Ros (2015) observa que, embora individualmente os magistrados brasileiros sejam responsáveis por mais casos, os dados também confirmam que, no Brasil, existem mais funcionários que auxiliam os juízes e essa diferença mostra que os magistrados brasileiros exercem um papel de gestor de equipes mais acentuado do que em outros países, concluindo que tal constatação merece maiores estudos.

No Brasil, todos esses funcionários são divididos entre os diversos tribunais e juízos de primeiro grau, sendo que alguns trabalham nas secretarias, exercendo funções burocráticas, como atendimento, attermação e cumprimento, ao passo que outra parcela considerável desses servidores trabalha de forma vinculada a gabinetes em que são supervisionados por juízes, desembargadores ou ministros¹⁴.

¹² Nesse ponto, cabe ressaltar que, dentro de cada ramo da justiça, existem também funcionários comissionados que não fazem parte de uma estrutura orgânica e são contratados diretamente pelos juízes, mas essa não é a regra. Freitas (2018) traça um panorama geral, no sentido de que a maioria dos cargos públicos exercidos pelos servidores do Poder Judiciário brasileiro são providos por concurso público, enquanto uma parte menor, geralmente em funções de alta direção, admite nomeação pelo critério da confiança. Nesse sentido, no ano de 2019, 84,75% dos servidores do Poder Judiciário eram do quadro efetivo, ao passo que apenas 7% eram comissionados sem vínculo efetivo (CNJ, 2020).

¹³ Na Holanda, por exemplo, existe uma média de 1,3 assessores por juiz no primeiro grau e 0,8 no segundo grau (HOLVAST, 2016). No ano de 2012, havia 2.403 juízes e 5.500 outros funcionários na Holanda (HOLVAST, 2014).

¹⁴ Por conta da complexidade da organização do Poder Judiciário brasileiro cabe referir que existem diversas realidades a depender do ramo judicial, do grau de jurisdição e da localização em que se situe a unidade judicial.

5 PARTICULARIDADES EXISTENTES NO BRASIL QUE EXIGEM ATENÇÃO DA GESTÃO JUDICIÁRIA

Existem pelo menos quatro particularidades no sistema judicial brasileiro que exigem uma maior atenção dos gestores do Poder Judiciário: falta de transparência nas funções exercidas pelos assessores, grande número de assessores por juiz, organização dos assessores em carreira e excesso de demandas judiciais¹⁵.

Embora auxiliem diretamente os juízes em importantes etapas do processo decisório, os assessores não possuem a sua atividade regulada de forma transparente pelos marcos legais brasileiros.

Assim, a Constituição Federal, o Código de Processo Civil¹⁶ e as leis de criação das carreiras¹⁷ praticamente nada dispõem sobre as relevantes funções dos assessores, incluindo a elaboração de minutas de despachos e de sentenças.

Embora na prática jurisdicional a imensa maioria dos juízes e desembargadores se utilizem do auxílio de servidores para a confecção de decisões, sentenças e votos, tudo sobre a sua orientação, acompanhamento e revisão, é criticável o fato de essa relação entre juízes e assessores não ser transparente como deveria, pois a lei processual continua estabelecendo que as decisões devem ser redigidas e assinadas pelos juízes e o próprio Código de Ética da Magistratura Nacional, elaborado pelo CNJ, silencia-se a respeito (LEAL JÚNIOR, 2011).

Nesse mesmo sentido, Veronese *et al.* (2017) defendem que a atividade do assessor no Brasil deveria ser melhor regulada, assim como ocorre nos Estados Unidos, através de livros-padrão, de códigos de conduta e até por meio de manuais de redação.

Uma segunda característica brasileira, que difere de outros países, diz respeito ao elevado número de assessores por juiz, o que poderá elevar o risco de eventuais influências no processo decisório. Nesse sentido, McCree Jr. (1981) alertava no

¹⁵ De acordo com pesquisa elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (2020), em 2019, foram ajuizadas no Brasil 30.214.346 (trinta milhões, duzentos e catorze mil e trezentos e quarenta e seis) novas demandas, sendo constatadas, além das novas ações, a existência de 77.096.939 (setenta e sete milhões, noventa e seis mil e novecentos e trinta e nove) processos pendentes de julgamento em todos os ramos do Poder Judiciário brasileiro.

¹⁶ O Art. 149 do CPC elenca os auxiliares da justiça, mas nada fala a respeito dos assessores e o art. 205 do mesmo diploma legal trata as decisões judiciais como se fossem elaboradas apenas pelos juízes sem qualquer tipo de auxílio.

¹⁷ Por exemplo, a Lei n. 11.416/2006, que dispõe sobre os servidores do Poder Judiciário da União, não menciona nas atribuições do analista judiciário a atribuição de elaborar minutas de despachos e de sentenças.

sentido de que o número de assistentes por juiz deve ser limitado, pois o juiz não tem como supervisionar o trabalho de um grande número de assistentes.

Bieri (2016) menciona que o processo deliberativo requer esforço e perda de tempo e, na atuação diária, os juízes têm pouco tempo para avaliar os casos, sendo que a supervisão de diversos assistentes torna-se uma grave ameaça para a independência judicial. Além disso, um juiz que tem muitos assistentes acaba se concentrando demasiadamente nas tarefas de gestão e isso pode fazer com que não se preocupe o suficiente com a jurisdição.

Holvast (2016) também reforça a preocupação com sistemas judiciais em que a proporção de assistentes por juiz seja alta, pois isso pode gerar riscos maiores de influência no processo decisório.

Por outro lado, a organização dos assessores em carreira é um terceiro ponto de cautela a ser adotado pelos gestores brasileiros, especialmente com relação aos riscos de influência nas decisões judiciais.

No Brasil, a grande maioria dos assessores é composta por servidores públicos efetivos, selecionados por concursos públicos¹⁸, que buscam cooptar os candidatos mais bem preparados¹⁹. Assim, em regra, a seleção não é feita diretamente pelo juiz, mas pelo setor administrativo do tribunal, ficando esses servidores vinculados a algum juízo ou tribunal que não teve qualquer participação na seleção desse servidor.

Esse ponto é muito importante e diferencia o Brasil dos sistemas em que o assistente é escolhido pelo juiz para trabalhar por um período fixo, prestando a sua função de forma direta ao juiz. Nesse ponto, Veronese *et al.* (2017), ao comparar os assistentes que atuam nos tribunais superiores brasileiros com os *law clerks* norte-americanos, conclui que essa função no Brasil está vinculada a uma atividade burocrática de apoio ao juiz, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde existe uma relação entre mestre e aprendiz.

A possibilidade de um assistente exercer uma influência indevida no juiz é muito maior em uma realidade como essa do que na norte-americana, haja vista que o vínculo com o juiz é menor, normalmente não existe uma afinidade ideológica e, principalmente, pelo fato de que os funcionários não possuem um vínculo temporário,

¹⁸ De acordo com censo realizado em 2013, até aquela data, 96,2% dos servidores efetivos do Poder Judiciário ingressaram no serviço público através de concurso público (CNJ, 2014).

¹⁹ Conforme informações coletadas no censo do Poder Judiciário (CNJ, 2014), existia, em 2013, um percentual de 79,9% de servidores com curso superior ou pós-graduação e apenas 20,1% dos servidores não tinham curso superior.

mas sim um vínculo fixo com o sistema de justiça, possuindo, em muitos casos, mais experiência do que os juízes em determinada área de atuação.

Por fim, também deve ser mencionada uma quarta característica existente no Brasil e que está relacionada à grande quantidade de demandas existentes no sistema brasileiro, sendo que boa parte delas são oriundas de litigantes habituais, com destaque para o Poder Público e para grandes empresas violadoras de direitos do consumidor, principalmente, ou prestadoras de serviços públicos. Assim, por muitas vezes, um mesmo juiz se vê ao mesmo tempo tomado por casos complexos que demandam intensa deliberação e por casos repetitivos que demandam mais uma adequada gestão processual e de recursos humanos.

6 CAMINHOS A SEREM SEGUIDOS PELA GESTÃO JUDICIAL BRASILEIRA

O primeiro ponto a ser melhorado está relacionado à necessidade de tornar o processo de tomada de decisão pelos juízes mais transparente. Em um Estado Democrático de Direito, não mais se aceita que procedimentos, rotinas e divisões de tarefas sejam feitas sem transparência. As pessoas precisam saber como os processos são julgados por toda a justiça brasileira, do primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal.

Mason A. (2003) esclarece que o processo de tomada de decisões judiciais deve ser transparente ao público, mesmo que revele etapas e julgamentos de valor que possam ser objeto de críticas, sob pena de prejudicar a confiança existente na administração de justiça. No mesmo sentido, Freitas (2007, p. 79) deixa claro que atualmente a gestão judiciária exige a participação de todos: “Uma coisa, todavia, é certa, a política judiciária e a administração da Justiça não são mais problemas exclusivos dos juízes, mas sim de toda a sociedade”.

Dessa forma, a colocação da questão com mais transparência será muito importante para que todos saibam como se dá o processo decisório do Poder Judiciário, incluindo as suas dificuldades, os seus métodos e as suas escolhas, sendo que essa transparência possibilitará que a própria sociedade aumente a confiança nas suas instituições e, principalmente, que possa contribuir com a melhora do serviço prestado.

Um segundo caminho necessário para enfrentar a realidade brasileira permeada com muitas demandas e com uma alta relação de assessores por juiz relaciona-se à necessidade de treinamento dos juízes para que saibam como gerir as pessoas e os fluxos processuais.

Na primeira metade da década de 1990, a Escola da Magistratura francesa já fornecia treinamento com foco em gestão aos juízes (WORLD BANK, 2011). Na Europa, verifica-se uma tendência no sentido de que os Estados forneçam aos juízes treinamentos voltados à função de gestão, sendo que, em quase 30% dos países, esse treinamento é obrigatório, sendo facultativo em aproximadamente 90% dos países (CEPEJ, 2018).

No mesmo sentido, o Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, através da Opinião n. 22 de 2019 (CCJE, 2019), orienta que os juízes sejam formados nas competências relacionadas à liderança, ao ato de delegar e às formas de se comunicar com os seus funcionários.

No Brasil, também ocorreu uma evolução na forma como devem ser aprimoradas as competências relacionadas à gestão por parte dos magistrados. Por exemplo, a Resolução Enfam n. 2/2016, alterada pela Resolução Enfam n. 2/2017²⁰, elenca, no anexo II, entre os temas abordados pelo conteúdo programático do curso de formação dos novos juízes, a administração da atividade judiciária, incluindo a gestão processual, a gestão de pessoas e de materiais e de resultados. Além desse relevante conteúdo, o Tema 3 da mesma resolução, que se relaciona com a técnica dos atos judiciais e elaborações de sentenças e decisões, descreve, entre outras, as seguintes diretrizes que deverão seguidas pelo curso: “[...] A decisão e a sua escrita. A construção do texto pelo juiz. Delegação e gestão textuais (o juiz e os seus auxiliares) [...]”.

Por fim, um último caminho importante a ser trilhado se relaciona com a necessidade de especialização dos juízes para diminuir as possibilidades de influências indevidas no processo decisório.

Embora nos últimos anos tenham ocorrido especializações no Poder Judiciário brasileiro, ainda é muito comum a existência de juízes generalistas, especialmente em varas no interior, que são obrigados a ter conhecimento sobre diversos assuntos²¹. Nessa linha, Holvast (2016) explica que o risco de influência nas decisões judiciais é maior nos casos em que os funcionários são altamente especializados, e isso obriga o juiz a ser mais cauteloso nesse tipo de relação.

²⁰ Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/102269/Res_2_2016_enfam_Atualizado2.pdf. Acesso em: 9 set. 2020.

²¹ No que se refere à Justiça Estadual, em 2019, ainda são constatadas diversas unidades judiciárias que acumulavam mais de uma competência, como, por exemplo, 1.813 varas de juízo único, 672 varas com juizado especial adjunto, 640 juizados acumulando mais de uma competência, entre outros (CNJ, 2020, p.198).

7 CONCLUSÃO

O desenvolvimento desse trabalho procurou analisar de que forma o auxílio de assessores no processo decisório se dá na realidade brasileira, apontando particularidades que diferenciam o Brasil de outros países e sugerindo caminhos para o aperfeiçoamento da gestão judicial brasileira.

Como pano de fundo, observa-se por um lado a atuação dos assessores como um importante mecanismo de busca por uma atuação mais eficiente e, por outro lado, existe uma preocupação com a qualidade da jurisdição que é prestada. Embora uma primeira análise possa indicar que se tratam de forças inconciliáveis, não é essa a conclusão que se extrai da pesquisa.

Diante da grande quantidade de processos e do protagonismo exercido pelo Poder Judiciário em todo o mundo, é fundamental que os juízes, em conjunto com os assessores, busquem um melhor desempenho judicial. Para isso, é preciso que haja a assunção, por parte dos juízes, de novas molduras para a sua atuação, que incluam não apenas a função judicante propriamente dita, mas também essa relevante missão de gerir pessoas, processos e fluxos de trabalho.

Atualmente, a sociedade espera que o juiz cumpra esse complexo papel de gerir toda essa estrutura de um poder que possui no cerne da sua atuação a missão primordial de resolver os cada vez mais complexos conflitos sociais. Ao lado do juiz, os assistentes judiciais, embora de forma invisível, também desempenham um papel fundamental, pois, sem eles, não seria possível que a máquina judicial fosse movimentada de forma eficiente.

Assim, deve ser ponderado que um funcionamento eficiente não impede que seja prestado com qualidade, mas para isso é necessário que os sistemas judiciais adotem medidas para garantir um funcionamento harmônico, como a fixação de limites claros de atuação, o treinamento de todos os envolvidos e que seja dada uma maior transparência sobre a mecânica interna do processo decisório.

REFERÊNCIAS

BIERI, Peter. Law Clerks In Switzerland – A Solution To Cope With The Caseload? **International Journal For Court Administration**, [S. l.]. v. 7. n. 2. p. 29-38, 2016. Disponível em: <https://www.iacajournal.org/articles/abstract/10.18352/ijca.201/>. Acesso em: 7 ago. 2020.

BONICA, Adam; CHILTON, Adam; GOLDIN, Jacob; ROZEMA, Kyle; SEN, Maya. Legal Rasputins? Law Clerk Influence on Voting at the U.S. Supreme Court. **The Journal of Law, Economics, & Organization**, [S. l.]. v. 35. p. 1-36. 2018. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/msen/files/clerk-influence.pdf>. Acesso em: 4 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 11.416/2006, de 15 de dezembro de 2006. Dispõe sobre as carreiras do Poder Judiciário da União. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 dez. 2006. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2011.416-2006?OpenDocument. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 Mar. 2015. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.105-2015?OpenDocument. Acesso em: 10 mar. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. Disponível em: https://www.academia.edu/6522484/MAURO_CAPPELLETTI_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A. Acesso em: 26. maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Censo do Poder Judiciário**: VIDE: Vetores iniciais e dados estatísticos / Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/CensoJudiciario.final.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em Números 2020**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE). **Opinion n° 22 (2019) of the Consultative Council of European Judges (CCJE)**. The Role of Judicial Assistants. Strasbourg, November, 2019. Disponível em: <https://rm.coe.int/opinion-22-ccje-en/168098eeeb>. Acesso em: 9 ago. 2020.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR**, [S. l.], v. 2. p. 1-15. 2015. Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Resolução n. 2 de 8 de junho de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 de junho de 2016. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/102269/Res_2_2016_enfam_Atualizado2.pdf. Acesso em: 9 set. 2020

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ) **European judicial system. Efficiency and quality of justice**. CEPEJ SUDIES Nº 26. Edition 2018 (data 2016), [s. l.], 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c>. Acesso em: 9 ago. 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. A eficiência na administração da Justiça. **Revista da Ajufergs**, [s. l.], n. 3. 2007. Disponível em: <https://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/3/aeficincianaadministraodajustia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. A redefinição das funções dos servidores do judiciário no século XXI. **Consultor Jurídico**, São Paulo, out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-07/segunda-leitura-novas-funcoes-servidores-seculo-xxi>. Acesso em: 24 nov. 2019.

GOMES, Adalmir de Oliveira; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Desempenho no Judiciário. Conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro. v. 47. n. 2. p. 379 a 402. abr. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8063/6852>. Acesso em: 15 ago. 2020.

HOLVAST, Nina L. Considering the consequences of increased reliance on judicial assistants: a study on Dutch courts, **International Journal of the Legal Profession**, [S. l.], v. 20. n. 1. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2015-29, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2607443&download=yes. Acesso em: 6 set. 2020.

HOLVAST, Nina. The Power of the judicial assistant/law clerk: looking behind the scenes at courts in the United States, England and Gales, and the Netherlands. **International Journal for Court Administration**, [S. l.], v.7. n. 2. 2016. Disponível em: https://pure.uva.nl/ws/files/25074858/The_power_of_the_judicial_assistant.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.

KELEMEN, Katalin. The decision-making process of European constitutional courts. A comparative perspective. **Diritti comparati. Working paper**, [S. l.], v. 1. 2016.

Disponível em: <https://oru.diva-portal.org/smash/get/diva2:1076126/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. Edição e revisão de textos na perspectiva do juiz e de seus auxiliares na produção de textos judiciários. **Revista de Doutrina TRF4**, Porto Alegre, n. 41, 2011. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/candido_junior.html. Acesso em: 21 set. 2020.

MAK, Elaine. The European Judicial Organisation in a New Paradigm: The Influence of Principles of 'New Public Management' on the Organisation of the European Courts. **European Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 6, p. 718–734, 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/227730088_The_European_Judicial_Organisation_in_a_New_Paradigm_The_Influence_of_Principles_of_'New_Public_Management'_on_the_Organisation_of_the_European_Courts. Acesso em: 9 ago. 2020.

MASON, Anthony. The Nature of the Judicial Process and Judicial Decision-Making. In: SHEARD, Ruth (ed.). **A Matter of Judgment: Judicial Decision-making and Judgment Writing**. v. 2. [S. l.]: Education Monograph Judicial Commission of New South Wales. 2003. p 1-14. (Series Judicial Commission of New South Wales). Disponível em: <https://www.judcom.nsw.gov.au/wp-content/uploads/2016/07/education-monograph-2.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

MCCREE JR., Wade H. Bureaucratic Justice: An Early Warning. **University of Pennsylvania Law Review**, [S. l.], v. 129, n. 4, 1981. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4752&context=penn_law_review. Acesso em: 15 ago. 2020.

VERONESE, Alexandre; CIPRIANO, Najara de Paula; GONÇALVES, Nicolle Wagner; OLIVEIRA, Paloma da Costa. Vida de Assessor: as funções de assessoria judiciária em tribunais superiores no Brasil e nos Estados Unidos em perspectiva comparada. **Contemporânea**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 365-390. 2017. Disponível em: <http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/572>. Acesso em: 24 nov. 2019.

WORLD BANK. **Improving the Performance of Justice Institutions**. Colômbia: The World Bank, 2011. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/244521468230960192/pdf/637250WP0Impro00Box0361524B0PUBLIC0.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

DESAFIOS PARA A JUSTIÇA BRASILEIRA PÓS-PANDEMIA – JUSTIÇA 4.0

Carmen Silvia Lima de Arruda¹

A crise sanitária da Covid-19 colocou em cheque o sistema público de saúde, descortinou uma enorme crise social, com os altos índices de desigualdade social, como consequência da crise na estrutura educacional exteriorizada nos altos níveis de analfabetismo, agravando a crise econômica, marcada pelo baixo crescimento econômico, assim como a crise ambiental, com o aquecimento global. Qualquer pretensão de superação deste difícil quadro exigirá união de esforços, com dedicação, integridade, solidariedade, transparência e sustentabilidade.

Diante deste cenário, é possível prever que o Poder Judiciário, massivamente pressionado a dar respostas rápidas ao cidadão, passe a ser ainda mais demandado. O conhecido fenômeno da “judicialização”, que ocorre quando “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2008, p. 24), certamente voltará a exigir novas medidas de enfrentamento.

Já se reconhecia na digitalização do Poder Judiciário a resposta necessária ao gerenciamento do enorme volume de demandas. A utilização dos meios eletrônicos na tramitação dos processos judiciais autorizada pela Lei n. 11.419/2006², aliadas aos modernos dispositivos do Novo Código Processo Civil³, trouxe-nos as ferramentas necessárias para enfrentamento desses desafios.

Em plena era de revolução digital, exponencialmente impulsionada pela pandemia de Covid-19, no presente trabalho procuramos examinar os novos desafios enfrentados pela Justiça brasileira, e quais possíveis medidas podem ser adotadas para atingir níveis satisfatórios de digitalização impostos para adequar-se ao governo digital.

¹ Juíza federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Doutora em Sociologia e Direito pelo PPGSD/UFF. PhD em Direito Público pela Università di Pavia. Mestre em Justiça Administrativa pela UFF. Juris Doctor pela University of Miami, com especialização em Direito Comparado.

² BRASIL. **Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 2 maio 2021. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 2 maio 2021.

³ BRASIL. **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/l13105.htm. Acesso em: 2 maio 2021.

1 E-GOVERNO

Adentramos o século XXI em plena revolução tecnológica, a Quarta Revolução, modificando a maneira como vivemos e nos relacionamos. Caracterizada pelo volume e pela variedade de informações trocadas em alta velocidade no ambiente digital (três “Vs”), atingimos a realidade do Big Data, na qual integração e conectividade tornaram-se a tônica. Inseridos nessa nova era, em que a gestão da informação se tornou primordial, os governos foram obrigados a se modernizar.

Não podemos esquecer que o início do século XXI foi também marcado pelo compromisso assumido pela Cúpula das Nações Unidas em Nova York, em 2015, com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável⁴ estabelecendo objetivos globais de desenvolvimento sustentável – ODS, a serem implementados no mundo até 2030, visando compatibilizar o desenvolvimento econômico com a promoção do bem-estar de todos, por meio da diminuição da pobreza, promoção da saúde e proteção do meio ambiente.

Com a eclosão da pandemia de Covid-19, a digitalização foi exponencialmente acelerada em todas as esferas, tanto pública como privada, num processo sem precedentes, sem espaço para ineficiência, sem volta.

Os dispositivos legais existentes necessitaram de rápida atualização para o governo digital. Tivemos um verdadeiro arsenal legislativo, abrindo novos horizontes para o desenvolvimento. O maior desafio do Brasil no século XXI será a concretização dessas recentes mudanças rumo ao governo digital que deve traduzir-se em benefícios concretos para a população, incluído o acesso à justiça.

Vivemos uma nova era digital e temos que responder com uma nova justiça, a Justiça 4.0.

1.1 Novo arcabouço jurídico

Um grande esforço legislativo vem sendo feito visando à inserção do Brasil na era digital. Vimos a edição de um verdadeiro aluvião legislativo, que precisa de efetiva execução pelos demais Poderes do Estado, especialmente do Poder Judiciário,

⁴ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Brasília: 2022c. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 4 fev. 2018.

para atender aos anseios da sociedade contemporânea, comprometida com o desenvolvimento sustentável.

Dando início a uma nova era no Direito Público, destacamos a Lei n. 13.655/2018⁵, alterando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶, que acrescentou dez novos artigos especialmente direcionados expressamente ao juiz – além do administrador e controlador – que doravante, ao decidir, deverão considerar “as consequências práticas de suas decisões”⁷, e explicitar, com transparência, a motivação⁸ de forma a permitir sua plena compreensão e ampla sindicabilidade.

O fio condutor da boa governança, com seus elementos essenciais, motivação, participação popular e acesso à informação, vem trazendo modernos conceitos, como consequencialismo, proporcionalidade e equidade à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inaugurando assim uma nova era para o Direito Público.

Com expressa referência ao meio digital, a LINDB dá ênfase à participação popular, por meio da utilização de consulta pública, como previsto no art. 29, é “para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”.

A seguir, tivemos a edição da Lei Geral de Proteção de Dados: a Lei n. 13.709/2018. Inspirada pela legislação europeia⁹, como um reconhecimento oficial da importância da gestão e proteção dos dados pessoais nos meios digitais, em especial no Poder Judiciário, a Lgpd trata da proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado.

A Lgpd tem o desafio de compatibilizar os direitos fundamentais de liberdade e privacidade; a liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião com a proteção da intimidade, honra e imagem, direitos igualmente protegidos

⁵ BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em: 2 fev. 2021.

⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 2 fev.2021.

⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 2 fev. 2021.

⁸ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” “Parágrafo único. A motivação demonstra a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

⁹ General Data Protection Regulation. Disponível em: <https://eugdpr.org/>. Acesso em: 1 jun. 2019.

constitucionalmente, que devem ser equacionados com o desenvolvimento econômico e tecnológico e inovação; e a livre-iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor¹⁰.

Mais recentemente, em meio à pandemia de Covid-19, foi aprovada a Lei n. 14.129/2021¹¹, a Lei do Governo Digital, dispondo sobre princípios, regras e instrumentos para o governo digital e para o aumento da eficiência pública, trazendo princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e aumento da eficiência pública, igualmente aplicável ao Poder Judiciário por expressa disposição do art. 2º¹².

A referida lei estabelece princípios e novas diretrizes para desburocratização e instrumentalização da digitalização, visando à modernização, ao fortalecimento e à simplificação do atendimento digital, com a disponibilização em plataforma única do acesso às informações e aos serviços públicos e transparência na execução dos serviços públicos e o monitoramento da qualidade desses serviços por meio do incentivo à participação social no controle e na fiscalização da administração pública.

Como componentes do governo digital, foi prevista a Base Nacional de Serviços Públicos, Cartas de Serviços aos Usuários, que serão bases abertas de interoperáveis em padrão comum, e Plataformas de Governo Digital, com ferramentas digital de solicitação de atendimento e acompanhamento da entrega de serviços públicos e painel de monitoramento do desempenho dos serviços públicos.

As plataformas e os portais oficiais deverão apresentar identificação do serviço e suas principais etapas; possibilidade de solicitação, agendamento e acompanhamento digital, avaliação da satisfação dos usuários em relação aos serviços públicos prestados, e implementação de sistema de ouvidoria entre outras funcionalidades.

A adequação do Poder Judiciário à utilização das novas tecnologias digitais vem demandando determinação e investimentos para sua efetiva implantação. Tais esforços não se limitam aos gastos e às despesas públicas, mas há outros importantes aspectos, como ressaltado por Brega (2015, p. 150), “com as novas tecnologias, por

¹⁰ BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

¹¹ BRASIL. **Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021**. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14129.htm. Acesso em: 10 de maio 2021.

¹² “Art. 2º Esta Lei aplica-se: I – aos órgãos da administração pública direta federal, abrangendo os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União, e o Ministério Público da União;”

exemplo, é possível ter conhecimento atualizado sobre o andamento de um expediente, ou mesmo a respeito do desempenho de programas governamentais”, demandando ainda treinamento e atualização constante das equipes e de servidores para inserção no ambiente digital.

2 DIGITALIZAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO

Apesar de todos os esforços legislativos rumo à digitalização, precisamos alinhar estratégias com os demais poderes, visando à sua efetiva implantação, especialmente para obter efetividade nas decisões judiciais.

O desafio é enorme: desde 2004, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ disponibiliza anualmente os dados da judicialização no Brasil¹³, lançando o primeiro instrumento de gestão do Poder Judiciário. No último levantamento, apurou-se a existência de 77,1 milhões de processos em tramitação em 2019¹⁴, e uma franca aceleração da virtualização da Justiça.

No entanto, é preciso avançar mais. Impulsionado pela Lei do Governo Digital, o CNJ editou a Resolução n. 385/2021¹⁵, visando à modernização do Judiciário e imprimindo maior eficiência. Ficou autorizada a implantação dos Núcleos de Justiça 4.0 para tramitação de processos em conformidade com o Juízo 100% Digital, com atendimento remoto, e todos os atos praticados pela internet, pelo meio eletrônico, devidamente gravado e registrado, assegurando o atendimento virtual, proporcionando mais agilidade, eficiência e economia ao jurisdicionado¹⁶.

¹³ Justiça em Números. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 maio 2021.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em Números 2020. Sumário Executivo**. Brasília, DF: CNJ, 2020. p. 4. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁵ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original18544020210407606dfff01fe8d.pdf>. Acesso em: 2 maio 2021.

¹⁶ Em julho de 2021, o TRF2 implantou o Núcleo de Justiça 4.0 especializado em matéria de saúde pública. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/trf2-dispo4wwwwwwwwwwwwwww 'nibiliza-cartilha-do-nucleo-de-justica-4-0-da-justica-federal-da-2a-regiao/>. Acesso em: 2 dezembro 2021. Cartilha 4.0. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/portal/wp-content/uploads/sites/28/2021/06/438_virtual-cartilha-digital-nucleo-de-justica-4-0-da-2a-regiao-30_06.pdf. Acesso em: 2 dez. 2021.

Também em maio de 2021 o Plenário do CNJ aprovou seis novas boas práticas no eixo Governança da Tecnologia da Inovação e Comunicação¹⁷, voltadas para melhoria da prestação jurisdicional e agilização interna dos dados. São medidas inovativas, visando sempre à melhoria da prestação do serviço. O momento é de olhar para as necessidades do usuário do serviço, no qual o cliente é o cidadão e é para ele que os esforços na prestação jurisdicional devem ser voltar.

Atender à Lei n. 14.129/2021 significa desenvolver plataformas e aplicativos que permitam acessibilidade rápida das informações judiciais pelo cidadão. Informações claras, atualizadas, precisas, acessíveis de forma segura, observando a Lgpd, e preferencialmente de forma simples, pelo próprio CPF, permitindo ao cidadão saber a previsão do tempo de espera pelo provimento jurisdicional, seu lugar na fila de atendimento, e quiçá a probabilidade de êxito.

A disponibilização das informações garantem maior segurança jurídica, indicando até possível conveniência de composição ou acordo. Tudo com a utilização de uma linguagem cidadã, que garanta maior compreensão da fundamentação e motivação das decisões, atendendo aos comandos da Lindb.

Com o auxílio de uma política de dados abertos, com interatividade entre os agentes públicos, visando a uma resposta rápida e efetiva ao cidadão, é possível maior efetividade das decisões judiciais. Novas plataformas devem ser desenvolvidas tendo por alvo a acessibilidade jurisdicional ao cidadão, com comunicação segura facilitada por aplicativos em dispositivos móveis.

¹⁷ 1) Sigma – Ranqueamento de modelos de atos judiciais a partir de peças processuais (Tribunal Regional Federal da 3ª Região): a prática utiliza a inteligência artificial em um sistema de centralização dos modelos e ranqueamento para elaboração das minutas pelos gabinetes, identificando nas peças processuais informações-chave para a seleção dos modelos e, dessa forma, sugerir ao usuário os que já foram utilizados em casos semelhantes.

2) Sistema Exe15 (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região): o objetivo da prática é formar o banco de penhoras e diligências, operacionalizar a realização de hastas públicas unificadas do regional e os procedimentos de pesquisa patrimonial avançada.

3) Equipe de Gestão de Dados (Tribunal Regional Federal da 3ª Região): busca disseminar a cultura de gestão de dados na administração da Justiça Federal de São Paulo, prestar consultoria interna em gestão de dados, desenvolver projetos em gestão de dados, especialmente relacionados à coleta, extração e integração desses dados e à criação de relatórios gerenciais.

4) Incubadora de Soluções Tecnológicas do iJuspLab (Tribunal Regional Federal da 3ª Região): atua como uma ponte entre os usuários e a TI, filtrando as demandas que podem ser atendidas por soluções já existentes e auxiliando os usuários na formulação adequada das demandas que realmente necessitam de atenção.

5) Programa e-Vara (Tribunal Regional Federal da 3ª Região): a prática busca a construção de um modelo organizacional atualizado, eficiente e inovador, em conexão com técnicas modernas de gestão e em sintonia com os anseios de todos os usuários do Poder Judiciário.

6) Sistema de Informação Predial (Tribunal Regional Federal da 3ª Região): aprimora os meios de coleta e a disponibilização das informações atualizadas e completas sobre os imóveis administrados pela Diretoria do Foro da Seção Judiciária de São Paulo.

São esses os novos rumos para adequar aos novos tempos: a orientação do CNJ é de instalação de laboratórios nos tribunais para implementação de ideias que criem uma forma de atuação, com novos produtos, serviços e processos de trabalho, de maneira diferente e eficaz para solucionar os problemas complexos enfrentados¹⁸.

O Poder Judiciário tem que se modernizar para enfrentar os desafios do século XXI. O atendimento das metas de desenvolvimento sustentável estabelecidos pela Agenda 2030 da ONU para o Judiciário não se limita ao Objetivo 16: Paz, Justiça e Instituições eficazes – promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, devendo ainda proporcionar o acesso a justiça para todos, com vistas a construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis¹⁹.

3 CONCLUSÃO

O grande desafio do século XXI será dar concretude às mudanças para implantação de um Poder Judiciário compatível com o governo digital, com foco no desenvolvimento sustentável, e efetivamente prestando melhores serviços à sociedade, diminuindo as desigualdades, com responsabilidade social e transparência, e possibilitando o acesso à justiça a todos.

Os princípios da boa governança aplicados ao Poder Judiciário exigem procedimentos mais simples, desburocratizados, devendo ser repudiada qualquer pretensão de substituição da burocracia física pela burocracia digital. A pandemia de Covid-19 serviu como um acelerador do processo de digitalização, comprovando ser possível a garantia da prestação da Justiça de forma remota, desde que providas das plataformas digitais acessíveis e desenhadas para prestação das atividades judiciais para solucionar os conflitos de forma eficaz.

Precisamos da colaboração de todos para expandir as novas práticas para todo o Judiciário brasileiro, o que demandará investimento em treinamento e equipamentos que possibilitem não apenas o trabalho, mas também o acesso digital à população mais carente, e levando a digitalização para áreas sociais.

¹⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-tem-politica-de-gestao-da-inovacao/>. Acesso em: 30 maio 2021.

¹⁹ Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 30 maio 2021.

Sabemos que a simples existência de comandos legais genéricos não bastam. Precisamos dar concretude à norma legal, à Lei do Governo Digital. O novo paradigma de governo digital não se limita à esfera executiva, devendo espalhar-se pelos demais poderes, especialmente o Judiciário, tanto federal como estaduais, proporcionando maior acessibilidade, qualidade, eficiência, rapidez, controle e transparência.

Cabe a cada um de nós, operadores do direito, adequarmos-nos à nova realidade digital, para poder extrair o melhor desta revolução digital, contribuindo para a boa governança no Judiciário. O momento é de união de esforços visando à eficiência com transparência, à evolução do Poder Judiciário digital, com foco na cidadania, na justiça social, visando à construção de uma sociedade mais justa e com menos desigualdades, e assim atingir as metas estabelecidas pela Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)hesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=BARROSO%2C+Luis+Roberto.+Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C+Ativismo+Judicial+e+Legitimidade+Democr%C3%A1tica.++%5BSyn%5DThesis%2C+Rio+de+Janeiro%2C+vol.5%2C+n.+1%2C+2012&btnG=. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021**. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei n. 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei n. 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017. Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14129.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da

Internet). Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Decreto n. 10.332, de 28 de abril de 2020. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ed. 81, 28 abr. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.332-de-28-de-abril-de-2020-254430358>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e direito administrativo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

KARTTUNEN, Marianna B. **Transparency in the WTO SPS and TBT Agreements: The Real Jewel in the Crown**. England: Cambridge University Press. 2020.

MARINHO, Tatiana Cerginer. **Saúde Transparente**: uma análise do cumprimento da Lei de Acesso à Informação nas instituições públicas federais de saúde. 2017. 89 f. Dissertação (Mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. p. 85. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19480>. Acesso em: 26 ago. 2018.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Covid-19 e o Poder Judiciário: uma perspectiva comparada e nacional. *In*: ARRUDA, Carmen; CUNHA FILHO, Alexandre, ISSA, Rafael; SCHWIND, Rafael. **Direito em Tempos de Crise**. v. III. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MENDES, Joyce Martins. **Governo Eletrônico no Brasil**. São Paulo: USP, 2016. p. 6. Disponível em: http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/2017/02/Artigo-Governo_Eletronico_-24-10-16.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

RIBEIRO, Marcelo Miranda; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Análise crítica do e-government como instrumento de eficiência da arrecadação tributária. **Revista de Direito Empresarial**, ano 9, n. 3, p. 10, set./dez. 2012.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Participação popular na administração pública** - as audiências públicas. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

SABBATINI, Renato M. E. e-Saúde. *In*: KNIGHT, Peter Titcomb; FERNANDES, Ciro Campos Christo; CUNHA, Maria Alexandra (org.). **E-Desenvolvimento no Brasil e no mundo** – subsídios e programa e-Brasil. São Paulo: YENDIS, 2007. Cap. 7.2. Disponível em: <http://www.sabbatini.com/renato/papers/e-saude.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

VAUGHN, Robert G. Transparency in the Administration of Laws: the relationship between differing justification for transparency and differing views of Administrative Law. **American University International Law Review**, Washington, v. 26, n. 4, p. 969-982, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=auilr>. Acesso em: 1 jun. 2019.

VILLELA, Renata Rocha. Produção Legislativa em tempos de Crise. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Carneiro da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; ISSA, Rafael; SCHWIND, Rafael (coord.). **Direito em Tempos de Crise**. V. I. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

EFETIVIDADE NA JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: O MODELO DO CÍRCULO DE CONCILIAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Marina Rocha Cavalcanti Barros Mendes¹

1 INTRODUÇÃO

Direitos sociais são aqueles que dependem de prestações positivas do Estado. Para provê-los, a administração pública deve atuar de forma organizada e planejada, por meio de políticas públicas.

A judicialização de tais direitos tem gerado processos coletivos extremamente complexos e altamente relevantes do ponto de vista social, os quais, ao se vestirem com os trajes processuais tradicionais, caem em um limbo que não lhes permite atingir a sua função mais importante: fazer valer o direito previsto na norma.

Os processos em que se pede a garantia de um direito social (prejudicado pela ausência ou insuficiência da respectiva política pública), na prática, não se enquadram no modelo reservado para os processos judiciais tradicionais: as partes normalmente não têm objetivos contrapostos quanto ao mérito (embora tenham divergências em relação ao responsável pelos custos). Além disso, a sentença tradicional em muitos casos não resolve o conflito porque a execução não consegue impor o cumprimento forçado da obrigação, que por vezes implicará mudanças estruturais.

Além de a sua prática ser altamente problemática, tais processos também são questionados na esfera teórica: políticas públicas podem ser enfrentadas pelo Judiciário ou, do contrário, são da competência apenas do Poder Executivo? Dispõe o Judiciário dos conhecimentos e mecanismos necessários para lidar com uma situação tão complexa ou sua intervenção acaba por prejudicar a organização dos serviços públicos? Os críticos dizem que se trata de uma indevida “judicialização da política”, ou de um condenável “ativismo judicial”, que desrespeita a separação de poderes.

Portanto, a judicialização de políticas públicas encontra críticas tanto sob a ótica da efetividade quanto sob a ótica da legitimidade.

¹ Juíza federal desde 2006. Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutoranda em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Coordenadora e idealizadora do Círculo de Conciliação em Políticas Públicas da Justiça Federal do Piauí.

Diante dessas percepções, a pergunta que motiva este trabalho é: há um modelo de processo civil mais adequado que o tradicional para efetivar os direitos sociais dependentes de políticas públicas?

O objetivo deste trabalho é propor um procedimento que seja capaz de lidar de forma efetiva com direitos sociais dependentes de políticas públicas e, ao mesmo tempo, respeite a separação de poderes e não prejudique inadvertidamente o funcionamento da administração como um todo.

O protótipo construído foi experimentado pelo Círculo de Conciliação em Políticas Públicas, na Seção Judiciária do Piauí².

No presente trabalho, pretende-se explicar o modelo proposto e analisar os frutos colhidos na experiência realizada. A metodologia utilizada para apurar os resultados é o estudo de casos.

O modelo ora apresentado é a repercussão no processo civil de ideias desenvolvidas por autores de Teoria Política e Filosofia do Direito, apresentadas sinteticamente a seguir.

Clune (1983), ao propor um modelo geral de implementação de políticas públicas, joga luzes sobre a disputa política que está sob a superfície das políticas públicas e dos direitos consolidados nos documentos jurídicos. Rejeita a ideia de que, uma vez proclamado o direito em uma norma, a aplicação dele poderia ser de alguma forma automatizada pelo Judiciário. Entende que a norma jurídica determina comportamentos de uma maneira única e poderosa, mas isso não elimina a existência de forças em disputa também no momento da implementação, as quais o Judiciário não pode ignorar, sob pena de serem inefetivas e fantasiosas as suas decisões. A condução de processos que envolvem políticas públicas – mais do que qualquer outro – precisa ser permeável a essa disputa, sem obviamente perder o poder qualificado do juiz de impor providências e fazê-las cumprir.

Essa necessidade de interatividade nos processos que envolvem políticas públicas não significa retirar o poder de comando do julgador, mas lhe permite adotar medidas – conciliadas ou impostas, se for necessário – que sejam factíveis, realistas e produtivas, uma vez que lhe oferece subsídios para responder a questões a respeito das peculiaridades da política pública colocada em xeque, tais como as providências

² O Círculo de Conciliação em Políticas Públicas da Justiça Federal do Piauí foi formalizado por meio da Portaria n. 180/2016. https://portal.trf1.jus.br/data/files/C0/90/3A/60/2F3C7510BE58FA75052809C2/Portaria%20180%202016-DIREF%20-%20aprova%20regulamento%20do%20c_rculo%20de%20concilia__o.pdf.

específicas a serem adotadas, em que medida e em que prazo. São respostas que não estão prontas na norma, mas que, se não calibradas corretamente, podem desorganizar todo um sistema de prestações públicas, além de tornar impossível o cumprimento forçado da obrigação. Em resumo: a dinâmica própria da política pública não é calma e ordenada, mas marcada por idas e vindas.

Não à toa o caráter prospectivo da denominada “litigância de direito público” ganha tanta relevância. Na litigância tradicional, baseada em direitos individuais contrapostos de forma binária, é forte o acento retrospectivo, no sentido de que o objetivo do processo judicial é restabelecer a situação anterior, que foi alterada pela ilegalidade cometida, e compensar a parte afetada pela ofensa. Na litigância de direito público, que envolve políticas públicas, ao contrário, o objetivo é construir uma realidade diferente da existente, quando esta gera ofensa a direitos que transcendem a esfera meramente individual. Portanto, enquanto a primeira pretende restabelecer o *status quo*, a segunda se ocupa de construir um novo.

Nesse sentido, Chayes (1976) destaca que o Estado de Bem-Estar Social trouxe para o repertório jurídico democrático o novo tipo de litígio, o “litígio de direito público”, no qual o Judiciário se ocupa de romper com as estruturas de instituições que, pelo seu baixo desempenho crônico, são responsáveis pelos padrões legais vigentes de ofensas a direitos, em especial direitos sociais, relativos a serviço de saúde, educação pública, sistema penitenciário, programas de habitação, entre outros.

Sabel e Simon (2004), dando um passo além de Chayes, apresentam uma proposta baseada no experimentalismo, em que, no lugar da tradicional imposição de cima para baixo (*top-down*) pelo julgador, é priorizada a busca de soluções por meio da negociação contínua das partes interessadas, para garantir a reestruturação de instâncias da administração pública que sistematicamente deixam de cumprir sua tarefa de efetivar direitos. Aqui, têm lugar os denominados “direitos de desestabilização”³, que rompem com a noção liberal de que caberia ao processo judicial garantir direitos subjetivos. Em uma ampliação de horizontes, o objetivo não é manter o contexto estabilizado, afastando uma ofensa pontual e individual, mas romper a estrutura, quando ela é injusta e ofensiva a direitos. Assim, dos direitos de desestabilização decorre a pretensão de reestruturar as instituições públicas que falham cronicamente no cumprimento de suas obrigações.

³ Os autores encontraram a terminologia e o conceito dos “direitos de desestabilização” em: UNGER, Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy.** London: Cambridge University Press, 1987.

Nesse modelo que prioriza o experimentalismo, há maior flexibilidade e provisoriedade na construção de soluções, que partem da realidade das partes, com definição dos objetivos que precisam ser atingidos e da forma de medi-los, o que implica a institucionalização de um processo de aprendizagem. Isso significa, por um lado, um maior envolvimento do Judiciário porque sua atuação é contínua, vez que as soluções construídas são constantemente sujeitas à reconstrução a partir dos resultados obtidos. Mas, por outro lado, há um menor envolvimento do Judiciário porque não cabe a ele ordenar uma solução fixa, mas as partes alimentarem o processo com suas visões, possibilidades e compromissos. Nesse contexto, a alegação de que, na judicialização de políticas públicas, os tribunais acabam por atuar sem legitimidade e sem efetividade, é minimizada pelo referido processo colaborativo contínuo.

2 DESENVOLVIMENTO

No modelo tradicional, o Judiciário tem por objetivo encontrar no ordenamento posto a solução para a controvérsia, dando, assim, razão a uma das partes por meio da sentença, a ser executada forçadamente, se necessário.

Já no Círculo de Conciliação em Políticas Públicas, o Judiciário ocupa-se de construir uma solução que, pela sua complexidade e contingência, não está pronta no ordenamento. A construção ou o aprimoramento de uma política pública demanda decisões políticas, além de análises técnicas, econômicas e financeiras, que transcendem a perspectiva meramente jurídica que cabe ao juiz.

O modelo ora proposto baseia-se nos seguintes princípios:

- Construção participada das decisões;
- Esgotamento do conflito;
- Respeito às considerações técnicas;
- Enfrentamento das causas do problema;
- Abertura para a construção de soluções alternativas;
- Gradatividade de atuação;
- Acompanhamento de resultados.

Quanto ao procedimento, o processo é remetido pelo juiz natural para um órgão especializado, batizado de Círculo de Conciliação em Políticas Públicas, em que são realizadas audiências cadenciadas, presididas pelo juiz conciliador.

A audiência inaugural, denominada “audiência de identificação de posições”, tem por objetivos:

- Identificar a posição de cada uma das partes em relação ao pedido formulado;
- Mapear o cenário e o histórico no bojo do qual se insere a controvérsia;
- Apurar as limitações e as possibilidades de cada um dos envolvidos;
- Fixar um cronograma de providências que, conjugadas, permitam a realização do objetivo da demanda.

Construído o cronograma, como fruto do diálogo entre as partes, as audiências seguintes são de acompanhamento e têm por objetivo não apenas cobrar o cumprimento do cronograma, mas também, e especialmente, verificar a adequação das medidas adotadas e o eventual surgimento de dificuldades não programadas, as quais devem ser fruto também de diálogo entre as partes e de construção coletiva de soluções.

Ao todo⁴, tramitaram pelo Círculo de Conciliação em Políticas Públicas mais de 200 processos, entre feitos na fase inicial e feitos que tinham longa tramitação nas varas. Destes, 37% foram extintos porque o litígio foi solucionado, 30% continuam em tramitação (a maioria deles na fase de acompanhamento do cumprimento do cronograma firmado) e 33% foram devolvidos para a vara, porque a resolução consensual se mostrou inviável.

O estudo dos casos em que foi possível construir um cronograma de ação ofereceu os seguintes achados de pesquisa:

- As obrigações foram cumpridas à medida que deliberadas e incluídas em cronograma, sem necessidade de se inaugurar o processo de execução;
- O desfecho dos processos não está ocorrendo por ato impositivo do Juízo, mas sim pelo cumprimento do cronograma construído em conjunto pelas partes;

⁴ Números aproximados, em razão de inconsistências pontuais nos relatórios informatizados.

- Foram alcançados resultados maiores do que os pretendidos na petição inicial, em muitos casos;
- Em alguns casos, houve a necessidade de adaptação do cronograma em certo momento do feito, quando os resultados inicialmente projetados não foram atingidos ou quando surgiram eventos não previstos;
- Não houve necessidade ainda, em qualquer dos feitos, de designar perito do Juízo, apesar de os processos tratarem de assuntos técnicos;
- A participação do representante judicial não é suficiente, sendo indispensável a participação também do gestor e técnico, a fim de viabilizar discussões efetivas e produtivas sobre as providências a serem adotadas e facilitar o estabelecimento dos cronogramas por quem tem poder de deliberação.

3 CONCLUSÃO

Os resultados colhidos mostram que a mudança no procedimento implica, na sua essência, uma mudança no próprio papel que se atribui ao processo civil e aos seus institutos, conforme constatações a seguir.

- Não há uma divisão entre processo de conhecimento e processo de execução, afinal a solução correta para a lide não está pronta no ordenamento para ser alcançada pelo juiz e imposta por meio de uma sentença (conhecimento), que, por sua vez, será imposta de maneira forçada (execução). A solução para o litígio é construída e não dada em abstrato. Com isto se supera um dos grandes problemas da judicialização de políticas públicas, que é a efetividade, porque a solução para a promoção do direito ameaçado é construída levando em consideração as possibilidades, peculiaridades e dificuldades da própria estrutura que se quer rever.
- A sentença não traz em si a solução do conflito, mas tão somente homologa o cronograma ou ratifica as medidas adotadas. A visão do juiz, no processo tradicional, por mais profundo que seja o contraditório, não é capaz de conferir a ele o *know how* de um administrador público, tampouco as informações necessárias para a complexa atividade de construção de uma política pública. De forma conjunta, por outro lado, é possível arregimentar as possibilidades e caminhos possíveis, com a contribuição dos envolvidos, impulsionados pelo processo judicial, o que, por sua vez, consegue afastar

o argumento de que, na judicialização de políticas públicas, o juiz invade a competência do administrador.

- As preclusões precisam ser relativizadas, porque a construção de soluções não se dá de forma instantânea, no momento de uma sentença ou de uma liminar. Ao contrário, é um fruto de um processo de implementação, no qual há erros e acertos, de forma que o procedimento deve ser arejado para permitir aprendizados.
- O princípio dispositivo perde parte do seu sentido porque, em processos que envolvem políticas públicas, a grande controvérsia não é qual o direito, mas sim como concretizá-lo. Assim, a questão de saber se o autor tem razão no seu pedido é superficial face ao grande desafio desse tipo de processo, que é efetivar uma política pública que consiga viabilizar os direitos. Declarar de quem é o direito, nos termos de um pedido tradicional formulado na petição inicial, é apenas uma pequena parte do problema.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Félix (org). **Processos estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

CLUNE, William. Um modelo político de implementação para as políticas públicas: os papéis dos direitos e dos juristas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 2. n. 1. abr. de 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 117. p. 1016, fev. de 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1998.

UNGER, Mangabeira. **O movimento de estudos críticos do direito**: outro tempo, tarefa maior. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

ESPECIALIZAÇÃO – UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A CELERIDADE PROCESSUAL

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz¹

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte da constatação de que a massificação de demandas implica demora processual, de modo a exigir do gestor um olhar acurado sobre a identificação de medidas que possam minorar o tempo de tramitação perante o Judiciário.

Para se ter uma ideia, a publicação Justiça em Números 2019, item 10.1, p. 205-208, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ demonstra que o assunto judicial “benefícios em espécie de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez” corresponde a 80% das demandas que tramitam perante os juizados federais, com reflexos para as turmas recursais.

Cioso desse quantitativo elevado, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, exercendo a missão de gerir a política pública judiciária por meio do Departamento de Pesquisas, convocou estudo com o campo temático – Impactos da Atuação do Poder Judiciário sobre a Política Pública Previdenciária (Edital 1/2019). Em seu relatório parcial, publicado em 30 de abril de 2020, a Insper – instituição sem fins lucrativos dedicada ao ensino e à pesquisa vencedora do certame, concluiu pelo aumento de 140% das demandas de natureza previdenciária e assistenciais entre 2015 e 2018.

Afora essa iniciativa, não houve ainda incursão da comunidade acadêmica sobre a realidade para verificar o que pode ser feito para reduzi-la, se há algum padrão que possa permitir uma mudança de direcionamento e se há alguma inconformidade que possa ser corrigida para aprimorar o processamento. As discussões dos profissionais do Direito usualmente são centradas nos institutos jurídicos, sobretudo os veiculados em legislações recentes, verdadeiras novidades do sistema, deixando de lado a pesquisa de campo, até porque a metodologia aprendida nos cursos jurídicos centra-se muito no texto discursivo.

¹ Juíza federal, mestranda em Perícias Forenses, mãe e dona de casa. “Especialização é na realidade a chave para o caráter dos sistemas abstratos modernos.” (Anthony Giddens)

Sob o enfoque, o artigo se propõe a contribuir para a gestão processual das decisões judiciais. O exame das demandas individualizadas sobre o assunto mais recorrente na Justiça Federal poderá mostrar padronização de condutas que permitam o aprimoramento do tema, como, por exemplo, a identificação de experiências exitosas no campo da celeridade processual com o consequente desenvolvimento das populações prontamente atendidas, bem assim a economia de recursos destinados ao processo.

A despeito da falta de informação e de dados estatísticos sobre o assunto, que é corroborado pela realidade brasileira dispersa em cinco Tribunais Regionais Federais – TRFs², cada qual com seu sistema diferente informatizado, o que certamente gera dificuldades para o pesquisador. No entanto, a ideia é realizar levantamento de dados sobre o tempo médio de processo em juizados especiais federais representativos dessas cinco regiões, miscigenando entre capitais e varas de interior, algumas com natureza urbano-industrial; outras com caráter interiorano-rural.

O objetivo da pesquisa é, assim, computar o tempo de tramitação do processo, se há diferença entre as regiões do país e se é possível identificar o porquê.

Todos esses aspectos confirmam a importância e a originalidade desse desafiante tema, a despertar atenção do leitor.

2 METODOLOGIA

O método eleito consistiu no estudo transversal e retrospectivo dos processos ajuizados entre 2015 e 2019 com assunto judicial de Benefícios em Espécie – Auxílio-doença e Aposentadoria por Invalidez em cinco varas federais. A escolha das varas levou em conta critérios geográficos e econômicos, tais como caracteres rurais, urbanos, de interior e de capital, especializadas ou não em matéria previdenciária, e recaiu sobre Macapá – AP-TRF1 (3ª Vara, com competência de Juizado), Rio de Janeiro – RJ-TRF2 (11ª Vara de Juizado, especializada em previdenciário), São

² A Constituição Federal de 1988 reformulou a estrutura judiciária federal do Brasil, que se destina a julgar demandas em que haja participação de ente federal, suas autarquias ou fundações, mediante extinção do Tribunal Federal de Recursos - TFR que foi substituído pelos Tribunais Regionais Federais – TRFs, com sedes em Brasília (TRF 1ª Região), Rio de Janeiro (TRF 2ª Região), São Paulo (TRF 3ª Região), Porto Alegre (TRF 4ª Região) e Recife (TRF 5ª Região). Os Tribunais Regionais Federais englobam duas ou mais seções judiciárias, conforme definido a seguir: TRF 1ª Região – Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins; TRF 2ª Região – Espírito Santo e Rio de Janeiro; TRF 3ª Região – Mato Grosso do Sul e São Paulo; TRF 4ª Região – Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina; TRF 5ª Região – Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.

Carlos – SP-TRF3 (1ª Vara com competência plena), Curitiba – PR-TRF4 (8ª Vara de Juizado, especializada em benefício por incapacidade), Jabotão dos Guararapes – PE-TRF5 (30ª Vara mista de Juizado e Execução Fiscal).

Teve início com a habilitação aos bancos de dados informatizados dos cinco tribunais federais, de modo a permitir a visibilidade tanto de andamento processual quanto de peças processuais, documentos pessoais, perícias e atos judiciais. Cada tribunal possui um, às vezes dois, sistemas de informática que hospeda o processo eletrônico de sua responsabilidade. Na 1ª Região, era usado o JEF Virtual e, depois, passou ao PJe. Na 2ª, usava-se o Apolo, mas os dados foram migrados para o e-PROC, tecnologia desenvolvida e usada também no TRF4. Na 3ª Região, era o PJe. Finalmente, na 5ª Região, o Sistema Creta. Todos os processos foram eletrônicos, pois no período da busca não havia mais nenhum processo físico envolvendo a matéria.

De posse do número de feitos com o assunto em estudo, foram os cinco somados e o resultado consistiu na população. A fim de obter a amostra, foi eleita a calculadora amostrar da Comento (<https://comento.com/calculadora-amostal/>). Com margem de erro de 5% e a distribuição da população homogênea, chegou-se, como resultado, à amostra. Dividindo a população pela amostra, obteve-se um número que se tornou o padrão para a pesquisa, no caso, 50.

Assim, foram separadas as relações de todos os processos distribuídos entre 2015 e 2019 em ordem crescente de antiguidade. A cada ano, olhou-se o primeiro, depois o 50, seguido do 100, do 150, do 200 e assim sucessivamente, a fim de manter sempre objetividade na escolha dos feitos. Ficaram excluídos da pesquisa processos judiciais com perícia indireta, extintos sem resolução do mérito ainda que após a perícia, julgados em trânsito em julgado em 2019. Acaso caísse em processo extinto sem mérito ou outro critério dentre os excluídos da pesquisa, pegava-se o sucessivo e, em caso de igual empecilho, o antecessor, até encontrar o processo hábil ao estudo. Muitos dos processos distribuídos no segundo semestre de 2019 ficaram de fora, porquanto não julgados definitivamente até dezembro de 2019.

Alguns dos sistemas de informática não forneciam a relação integral de todos os processos e respectivos números de ordem, sendo necessário saber o número do processo antes de acessar o sistema. Cada vara cujo sistema apresentou essa realidade precisou encaminhar uma relação de todos os processos distribuídos no período apontado pela pesquisa, muitas vezes não apresentando os processos em ordem de antiguidade. Algumas delas separavam duas listas, uma para aposentadoria por invalidez e outra para auxílio-doença, e a análise de 50 em 50 foi feita em cada uma delas da mesma forma. Percebeu-se que alguns processos indicados

como de aposentadoria por invalidez eram julgados como auxílio-doença, podendo eventualmente ocorrer de um feito ser computado como um e outro assunto, mas é possível refazer o mesmo processo da presente pesquisa, contanto seja obtida a relação dos feitos no período e organizados os processos em ordem crescente de antiguidade.

A coleta dos dados se fez por extração manual das informações e compilação em planilhas criadas a partir dos objetivos propostos. Não houve uso de robô ou qualquer sistema de inteligência artificial para obtenção dos dados. Todas as informações foram apostas em tabelas sem indicar dados sensíveis dos titulares das ações, apenas o número do processo, data de nascimento e o CID, de forma a garantir a anonimização dos dados pessoais seguindo a diretriz da Lei n. 13.709/2018 (art. 7º, IV), Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lgpd.

Em obediência à Resolução n. 466/2012 da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – Conep e do Conselho Nacional de Saúde – CNS, o projeto foi enviado ao Comitê de Ética em Pesquisa – CEP do Hospital Universitário Osvaldo Cruz – HUOC, tendo sido aprovado sob o Parecer n. 4.467.986, de 16 de dezembro de 2020. Não houve pesquisa com seres humanos, razão por que foi dispensado o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – Tcle. Partindo dos dados obtidos, foram calculadas as frequências absolutas e relativas (variáveis categóricas) e medidas de tendência central e dispersão (variáveis numéricas) para obter um perfil geral da amostra.

3 RESULTADOS

A Tabela 1 apresentou as frequências absolutas e relativas de todas as variáveis categóricas, distribuídas num total de 416 indivíduos, devendo ser entendidos os processos analisados nas cinco varas pesquisadas. A grande maioria veio das varas de Curitiba e Jabotão dos Guararapes, com 26,9% (n = 112) e 25% (n = 104), respectivamente. Os anos de 2017 e 2018 concentraram a maioria das inserções no sistema, com 24,5% (n = 102) e 30% (n = 125) dos casos. O tempo total de espera foi em média de 8,7 meses, variando em geral de 4,6 até 12,9, onde seu valor mínimo foi de 2,3 e o máximo de 26,7 meses. O tempo até a sentença foi em média de 4,7 meses, variando na maioria das vezes entre 2,3 e 7,2 meses, podendo alcançar até 16 meses. Já o tempo da sentença até o acórdão foi de 3,8 meses em média, com desvio padrão da média de 0,48 até 7,2, contudo, chegou até 25 meses.

A Tabela 2 mostrou os tipos de tempos – da distribuição à sentença e da sentença ao acórdão – calculados levando em conta a vara, o tipo de defesa do autor e o ano de início do processo. Para o tempo até a sentença, tem-se que existe uma discrepância entre a distribuição deste entre as varas, onde a vara de Curitiba apresenta um tempo médio cerca de 36% mais baixo em relação às demais (valor-p < 0,001). Os anos de 2016, 2017 e 2018 mostraram-se mais lentos em relação aos demais (valor-p = 0,01). Já para o tempo da sentença até o acórdão, a relação anterior não foi constatada, a qual Macapá apresenta tempo médio maior em cerca de 6 meses em relação a todas as outras varas, com exceção de Jaboatão dos Guararapes, onde este valor chegou a 8 meses médios (valor-p < 0,001). Os anos de 2015 e 2019 foram bastante destoantes dos demais, sendo que 2015 apresentou a distribuição com tempos mais elevados no geral, e 2019 os menores (valor-p = 0,05). O tempo total só apresentou diferenças entre as varas, onde Macapá e São Carlos lideraram como mais demoradas e Jaboatão dos Guararapes a mais rápida.

A Figura 1 exibiu a relação entre a quantidade de processos iniciados nos anos analisados e o tempo médio até a sentença em cada ano (obtidos a partir dos dados da tabela 2). Tem-se, então, que a cada dois processos inseridos no sistema, o tempo médio até a sentença aumenta em cerca de dois dias.

4 DISCUSSÃO

A análise das frequências absolutas e relativas dos dados mostra um aumento considerável na demanda previdenciária em 2017 e 2018 nas cinco regiões pesquisadas. Essa constatação coincide com o Relatório Definitivo da pesquisa Insper feita a pedido do CNJ, e com o estudo produzido pelo mestrado em Perícias Forenses pela Universidade de Pernambuco, que encontrou o aumento de 94,8% das demandas judiciais em Pernambuco entre 2014 e 2018, envolvendo perícia médica (SOUZA, 2020, p. 64). Indiretamente, é possível extrair a mesma ilação a partir da pesquisa-base da Nota Técnica n. 6/2018, de 17 de maio de 2018, do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal que tratou da problemática do progressivo custo das perícias judiciais a cargo do orçamento da Justiça Federal. De seu turno, a Nota Técnica do Centro de Inteligência do Paraná n. 3, de 6 de abril de 2020, sinaliza para a manutenção da curva ascendente de Judicialização da Previdência em tema de benefícios por incapacidade laborativa dentro do contexto de crise sanitária fundada na pandemia de Covid-19, o que faz o Judiciário se voltar à evasão de peritos motivada pelas dificuldades de pagamento. A diminuição do número de processos a partir do ano de 2019 não significa uma efetiva queda do quantitativo, apenas pode caracterizar

a exclusão ínsita aos critérios da pesquisa. Afinal, é necessário que o feito estivesse trânsito em julgado, o que no próprio ano de 2019 não seria possível ser concluído.

Sobre o tempo do processo, no método de gestão processual proposto por Haddad e Pedrosa (2014, p. 119-131) para alcançar o princípio da ótima duração do processo, são categorizadas faixas de velocidade, a depender de uma maior ou menor intervenção que imponha atrasos, como audiência, citação de litisconsortes, perícia, tal qual é no caso de benefícios por incapacidade, que demandam a feitura de uma perícia médica, que é afeta a um terceiro agente, o perito. Segundo a Justiça em Números 2020 (p. 180), os juizados federais possuem tempo de tramitação de um ano no conhecimento que compreende da distribuição à sentença e de um ano e cinco meses, entre a distribuição e o acórdão. A par da celeridade apurada nos resultados acima expostos para esse tipo de procedimento, que, em última análise, é o tema mais recorrente da Justiça Federal, como visto na edição Justiça em Números 2020, sobressalta outro qualificativo positivo, qual seja a experiência da especialização. A prova dessa circunstância se apresenta em três fatos. Primeiro, a experiência vivida pela Vara de Curitiba. Não obstante seja a vara com a maior frequência de processos (26,9%), é também a mais rápida, com o tempo médio de 3,7 meses para a solução de um processo da distribuição à sentença. Isso quer mostrar o quanto a gestão do acervo pode representar ganhos para o jurisdicionado e o sistema judiciário como um todo. Segundo Jaboaão, que contempla 25% dos feitos e tem a maior agilidade total, pois da distribuição ao acórdão, o tempo total médio foi o mais rápido de 6,9 meses. Lá, não há a especialização por assunto, mas existe alguma especialização à medida que apenas acumula os acervos dos Juizados e da Execução Fiscal, ficando de fora tanto o cível quanto o criminal. Terceiro, Rio de Janeiro – que, a despeito de ser vara de capital e conglobar o terceiro maior acervo da pesquisa, com 20,2% dos processos – é vara de Juizado e apresentou tempo médio da distribuição até sentença igual à Jaboaão, de 4,8 meses. Assim, não deixa de se constatar que a rapidez é fruto de certa especialização, a qual pode ser uma ferramenta para o repensar competência das unidades judiciais. Outro qualificativo que pode ser extraído diz respeito à capacidade que as turmas recursais tiveram de reduzir o tempo de tramitação de seus feitos, mantendo e até baixando o tempo médio total, apesar do aumento de entradas na primeira instância que chegou a ter dois dias de atraso por cada processo a ajuizado. Em relação à demora entre 2018 e 2019, pode ser justificada pelos problemas havidos com o pagamento dos peritos, que levou inclusive à paralisação dos exames e, por certo, impactou no número referente ao atraso. No entanto, mesmo esse fator não foi suficiente para agravar o tempo médio final, constatando-se até uma diminuição da distribuição ao acórdão em meses em todos os anos pesquisados. Saindo de 9,3 meses em 2015 para 9,8

em 2016; 8,3, em 2017; e 9, em 2018, caindo para 6,2 em 2019, o que, como já visto, não é de ser considerado dados os critérios de exclusão, mas não deixa de impactar positivamente.

A notícia de que a cada processo ajuizado há demora de dois dias a mais no tempo de tramitação indica a existência de uma relação diretamente proporcional entre o número de processos e a demora processual.

5 CONCLUSÃO

Houve aumento no número de demandas em benefícios por incapacidade entre 2017 e 2018 nas varas pesquisadas dos Juizados Especiais Federais no período de 2015 a 2019.

Embora esse incremento tenha representado demora na solução do processo, as causas atinentes à concessão de benefícios por incapacidade se mantiveram em padrão aceitável na ordem de 9,1 meses entre a distribuição e o julgamento final, inclusive em grau de recurso.

Os resultados encontrados permitem extrair a conclusão de que a falada morosidade da Justiça não se compraz com um tempo médio de julgamento da distribuição até a sentença de 4,5 meses, extraíndo a média das medianas das cinco varas objeto do estudo. Ainda que se considere o tempo de julgamento quando do recurso, o tempo se eleva para 4,6 meses, totalizando uma espera de 9,1 meses, o que, apesar de poder e dever serem buscadas maiores eficiência e agilidade, representa grande avanço pelo menos perante a Justiça Federal.

A especialização das varas importou em considerável avanço para a redução do tempo de tramitação processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Justiça Federal do Paraná. **Nota Técnica n. 03/2020**. Curitiba, 6 abr. 2020. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/NOTA-TECNICA-N-03-2020-CLIPR.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Edital 1/2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/chamadas-publicas/>. Acesso em: 30 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Nota Técnica 6/2018 do Centro Nacional de Inteligência**. Objetiva promover estudos sobre a problemática do progressivo custo das periciais judiciais a cargo do orçamento da JF, em particular em decorrência dos processos previdenciários que tramitam nos JEF. Fortaleza, 17 maio 2018. Disponível em: file:///C:/Users/Notejf/Downloads/Nota%20T%C3%A9cnica%2006_2018%20-%20Pericias.pdf Acesso em: 30 maio 2021. <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Relatório Parcial da Judicialização da Previdência**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/debate-aborda-dados-preliminares-sobre-judicializacao-da-previdencia/>. Acesso em: 30 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Relatório Definitivo da Judicialização da Previdência**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Relatorio-Final-INSPER_2020-10-09.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em Números 2020**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

HADDAD, Carlos H. B.; PEDROSA, Luís A. Capanema. **Administração Judicial Aplicada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

Tabela 1: Frequências absolutas e relativas das variáveis categóricas

VARIÁVEL	CATEGORIAS	N	%
Vara	3ª Macapá	38	9,1
	11ª Rio de Janeiro	84	20,2
	1ª São Carlos	78	18,8
	8ª Curitiba	112	26,9
	30ª Jaboatão dos Guararapes	104	25,0
Ano de início	2015	62	14,9
	2016	67	16,1
	2017	102	24,5
	2018	125	30,0
	2019	60	14,4

Tabela 2: Cruzamento dos tempos calculados até a sentença, da sentença até o acórdão e do tempo total com a vara, tipo de defesa do autor e ano de início

VARIÁVEL	CATEGORIA	MÍN.	MEDIANA	MÉDIA	MÁX.	D.P.	VALOR-P
Tempo até a sentença (em meses)							
Vara	3ª Macapá	1,2	5,1	5,1	11,9	2,4	0,00
	11ª Rio de Janeiro	2,6	4,4	4,8	11,5	1,6	
	1ª São Carlos	1,9	5,9	6,4	15,6	3,2	
	8ª Curitiba	0,8	2,7	3,3	16,1	2,4	
	30ª Jaboatão dos Guararapes	0,7	4,4	4,8	15,4	2,3	
Defesa do autor	Advogado	0,7	4,2	4,7	16,1	2,5	0,18
	Defensoria Pública	1,0	3,3	3,7	9,1	2,0	
	Atermação	1,2	4,3	5,0	13,8	3,2	
Ano de início	2015	1,0	3,4	3,9	12,3	2,2	0,01
	2016	0,8	3,9	4,7	15,4	3,2	
	2017	0,7	4,2	4,8	13,8	2,3	
	2018	1,2	4,5	5,2	16,1	2,8	
	2019	2,0	4,0	4,2	6,9	1,3	

TEMPO DA SENTENÇA ATÉ O ACÓRDÃO (EM MESES)

Vara	3ª Macapá	2,3	11,0	10,1	24,9	7,7	0,00
	11ª Rio de Janeiro	1,4	3,3	4,2	9,6	2,4	
	1ª São Carlos	1,1	3,3	4,5	12,1	3,6	
	8ª Curitiba	0,0	3,6	4,3	10,4	2,2	
	30ª Jaboatão dos Guararapes	0,5	1,8	2,1	7,3	1,2	
Defesa do autor	Advogado	0,5	2,9	3,8	24,9	3,4	0,34
	Defensoria Pública	1,9	3,7	4,0	6,8	1,9	
	Atermação	0,0	4,2	4,7	12,0	4,4	
Ano de início	2015	0,8	4,3	6,1	24,9	6,3	0,05
	2016	1,1	2,3	4,0	12,0	3,5	
	2017	0,0	3,1	3,3	9,6	2,3	
	2018	1,0	3,2	3,8	11,0	2,3	
	2019	1,0	1,8	2,2	3,5	0,9	

TEMPO TOTAL (EM MESES)

Vara	3ª Macapá	6,6	14,5	14,5	26,8	7,0	0,00
	11ª Rio de Janeiro	6,0	8,5	9,6	21,1	3,6	
	1ª São Carlos	6,2	11,9	12,1	18,0	4,4	
	8ª Curitiba	2,3	8,1	8,4	17,5	3,5	
	30ª Jaboatão dos Guararapes	3,8	6,2	6,9	16,6	2,6	
Defesa do autor	Advogado	3,8	7,6	8,6	26,8	4,0	0,57
	Defensoria pública	4,6	7,6	8,0	12,7	3,0	
	Atermação	2,3	12,0	11,4	19,5	6,9	
Ano de início	2015	4,1	6,9	9,3	26,8	6,3	0,08
	2016	4,2	8,7	9,8	19,5	4,4	
	2017	2,3	7,6	8,3	21,1	4,0	
	2018	4,1	8,2	9,0	17,5	3,3	
	2019	4,7	6,3	6,2	9,4	1,4	

FIGURAS

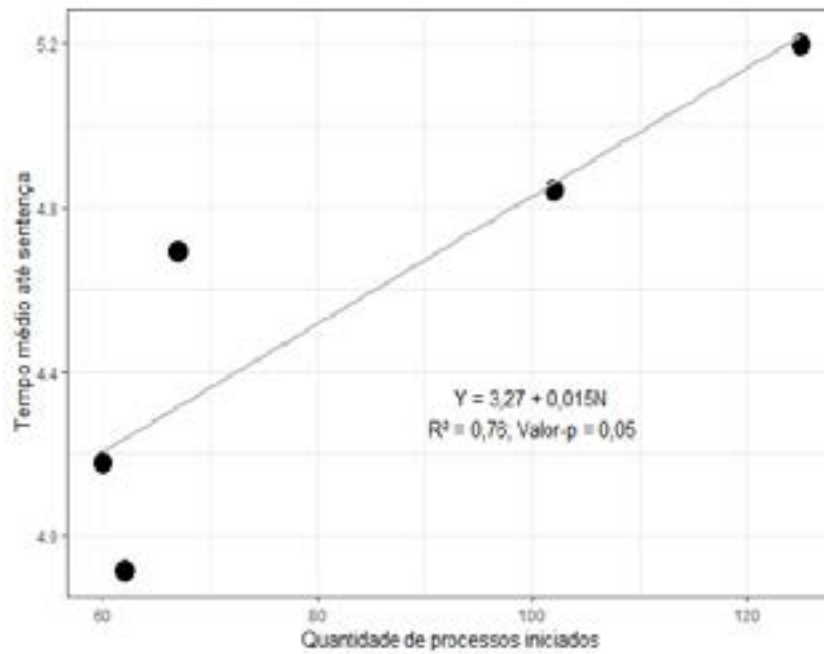


Figura 1: Gráfico de dispersão entre a quantidade de processos iniciados em um ano e o tempo médio até a sentença, com modelo de regressão linear simples ajustado.

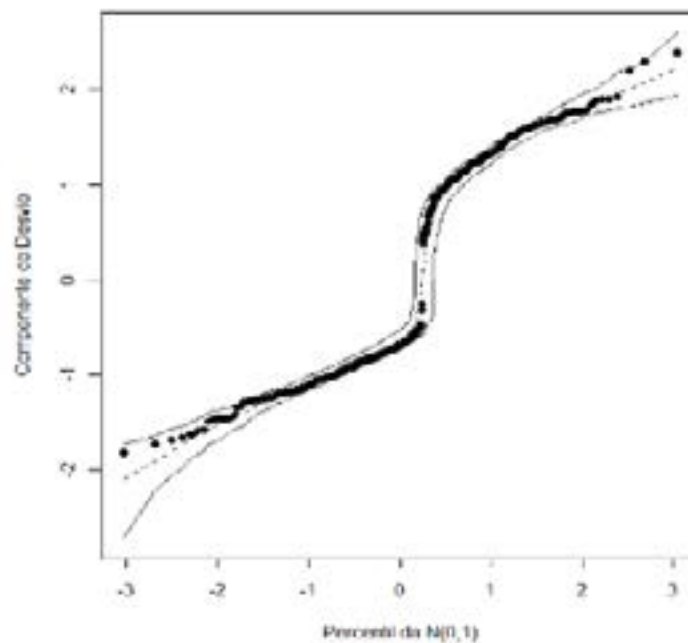


Figura 2: Gráfico de envelope para os resíduos do modelo de regressão logística multivariado para verificar a qualidade do ajuste do modelo.

EXECUÇÃO FISCAL: NÓTULAS DO MODELO DE PORTUGAL NA DESJUDICIALIZAÇÃO DA GESTÃO DAS COBRANÇAS ESTATAIS

Elaine Gonçalves Weiss de Souza¹

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho foi a investigação da atual gestão do processo de execução fiscal em Portugal, com o objetivo de verificar a constitucionalidade de sua implementação, e a possível aplicação no Brasil. O método apresentado é o dedutivo, de cunho descritivo e desenvolvido a partir da pesquisa legislativa e jurisprudencial.

Considerando que a atual Meta 9 do CNJ tem como temática ações de prevenção e de desjudicialização de litígios, é no cerne dos processos de execução fiscal que se deve iniciar uma busca por soluções mais racionais. Como a cobrança estatal sempre existirá, estratégias legislativas para o processamento de alta quantidade de pedidos dessa natureza precisam estar em constante reflexão.

Uma das características que deveria reluzir no Estado atual certamente seria a proteção dada aos indivíduos pelo Estado, em conjunto com a confiança dos indivíduos nesta proteção. Tal agasalho pode ser visto como um princípio de confiança que reflete a preocupação dispensada pelo ordenamento aos valores da estabilidade, da segurança e da confiabilidade (ROCHA, 2016). Contudo, tais adjetivos valorativos sequer podem ser verificados em mínimas formas quando não se consegue otimizar minimamente as cobranças tributárias que são frutos da mais comezinha interpretação do princípio da igualdade. Contextualizando, na França, por exemplo, em 2019, apenas 1% das cobranças fiscais foram judicializadas, diante da existência de filtros de procedimentos e reclamações administrativas conduzidas pelas diretorias fiscais (CONSEIL, 2019).

A par disso, uma performance que merece destaque é Portugal, que desde 2003 dividiu atos da execução fiscal entre o Poder Executivo, na figura da Administração Tributária – AT, e o Poder Judiciário, na figura dos Tribunais Tributários. A norma que

¹ Doutora em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho em Portugal – Uminho/Univali. Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação da Uminho. Mestra em Ciência Jurídica – Univali, Especialista em Direito Tributário pela FGV, especialista em Direito Eleitoral pela Unisul, e Especialista em Ensino Superior. Procuradora efetiva do Município de Balneário Camboriú – SC.

veio embasar essa drástica modificação para a época foi analisada proficuamente pelo Tribunal Constitucional Português – TC (TC, Acórdão n. 80/2003, Processo n. 151/02), em destaque, as regras que passaram a atribuir à AT competência para a instauração e a prática dos atos no processo de execução fiscal. O TC considerou que mesmo sendo o processo de execução fiscal “nuclearmente jurisdicional”, ele permite na sua tramitação a efetivação de atos que não “precisam ser necessariamente praticados pelo juiz”, podendo ser realizados por funcionários da AT, desde que salvaguardada a possibilidade de sindicância pelo Poder Judiciário. Concluiu o TC pela constitucionalidade material e orgânica das normas que passaram a conferir aos órgãos da AT as competências para a prática de atos no processo de execução fiscal que até então eram exclusivamente jurisdicionais. Por seu turno, a alteração legislativa mostrou-se muito efetiva, pois aumentou a arrecadação tributária. No início de sua implantação, em 2003, passou de €662 milhões de euros cobrados, para cerca de €1,519 bilhões de euros em 2006. Em um período de apenas três anos, quase triplicou a arrecadação (AMA, 2017).

Descrevem-se aqui neste trabalho os atos do processo de execução fiscal que em Portugal passaram das mãos forenses para a AT e que podem também servir como modelo para futuras e necessárias modificações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe ainda frisar que Portugal é tutelador pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE, e neste órgão, sem ressaibo que um dia pode vir a ocorrer, até hoje, passados quase duas décadas da promulgação das alterações legislativas portuguesas, nenhuma discussão sobre afronta aos direitos fundamentais e os atos, em destaque os de constrição patrimonial pela AT, foi sequer aventada junto ao órgão.

2 DESENVOLVIMENTO

O processo de execução fiscal em Portugal é um meio processual regido pelo Código de Procedimento e de Processo Tributário – Cppt, e pela Lei Geral Tributária – LGT. Tem como objetivo primacial a cobrança dos créditos de qualquer natureza, estando estruturado em termos mais simples que o processo de execução civil comum (SOUSA, p. 11, 2018).

Prenuncia textualmente a LGT que o processo de execução fiscal tem natureza judicial, mas com a participação dos órgãos da AT nos atos que não tenham natureza jurisdicional. Não é um sistema híbrido, porquanto a legislação assim não o nominou. É defensável, de certo modo, dizer que o sistema português possui aspectos práticos

que o aproximam muito do sistema de administração puro de execução fiscal, pois os atos, quase em exclusivo, são praticados pelo órgão da AT e o papel dos tribunais é de última *ratio* (TAVARES, 2013). Não obstante, é aqui que se mostra a parte constitucionalmente importante: nenhum ato deixa de ser sindicável pelo Poder Judiciário. Há instrumentos processuais para a apresentação de Reclamações contra ilegalidades eventualmente cometidas pela AT.

Certamente, esta é a maior diferença entre a execução fiscal no Brasil e em Portugal: a existência de uma desjudicialização da execução fiscal para todos os atos que não exijam o contraditório. É a competência para a prática de atos de execução fiscal sem natureza jurisdicional, prevista em lei, que reporta essa distinção. A norma delimita literalmente a natureza de processo de execução fiscal como de natureza judicial, embora ficta, e a competência da AT na participação nos atos que não tenham natureza exclusivamente jurisdicional, no contexto de ato decisório. E garante a norma a todos os interessados o direito de resistência por intermédio da apresentação de Reclamação para o juiz da execução fiscal dos atos materialmente administrativos praticados pelos órgãos da AT (SOUSA, 2011, p. 47).

O conflito desta previsão legislativa de competência poderia se dar em face do art. 20 da CRP/76, o qual estabelece o direito a todos de acesso aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, o consagrado Princípio da Jurisdição Efetiva. O tema por sua ordem foi objeto de deliberação pelo TC, que entendeu pela constitucionalidade da legislação que veio prever o direito da AT de realizar atos de natureza não jurisdicional junto à execução fiscal. Mesmo antes da contundente alteração das competências sobre os atos dada em 2003, o próprio TC (TC, Acórdão 465/1991) havia indicado que certos atos dentro do processo de execução fiscal pela sua natureza poderiam ser feitos pela AT, o que foi reafirmando posteriormente com a mesma tese (TC, Acórdão 152/2002).

Exemplificando, atos como os de instaurar o processo, determinar uma citação, realizar uma citação, registrar uma penhora, intimar ou notificar sobre uma penhora, realizar em leilão, em regra, não detêm em seu corpo uma natureza de contraditório, pois têm em sua essência o cumprimento intrínseco e extrínseco do que dispõem a lei. Nem mesmo um juiz poderia deixar de cumpri-los, dada a imposição legislativa que o densifica. A competência da AT para a instauração e tramitação da execução fiscal não envolve um juízo definitivo sobre a exequibilidade do título, ou sobre a verificação dos pressupostos da ação executiva, não havendo nesse tipo de ato qualquer composição de interesse, pelo que não tem natureza jurisdicional.

O Cppt determina que das decisões proferidas pelo órgão da execução fiscal e outras autoridades da AT, que no processo afetem os direitos e interesses legítimos do executado ou de terceiros, são susceptíveis de Reclamação para o Tribunal Tributário de primeira instância, justamente para não ferir o art. 20 da CRP/76 que garante o acesso ao Judiciário para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Essa Reclamação pode ser apresentada no prazo de até dez dias após a notificação da decisão ou ato a ser contestado e indicará expressamente os fundamentos e as conclusões. Ela será interposta no órgão da execução fiscal que, no prazo de dez dias, poderá ou não revogar o ato reclamado. Caso o ato reclamado tenha sido proferido por entidade diversa do órgão da execução fiscal, o prazo para resposta será de 30 dias.

A Reclamação contra decisões dos órgãos administrativos de execução fiscal não é, contudo, a única defesa do contribuinte em Portugal, pois mantém-se em vigência diversos outros tipos de processos para o exercício do direito de resistência. Entre essas defesas do contribuinte, estão a Reclamação Graciosa, de natureza administrativa, uma espécie de contestação ao ato lançamento; Revisão de Atos Tributários, de natureza administrativa, que visa analisar alguma ilegalidade do ato tributário; a Impugnação, de natureza judicial, para insurgências contra a exigibilidade do tributo e seu valor, baseadas em problemas de legalidade; a Ação Administrativa, que embora tenha este nome, é judicial, cujo objetivo é avaliar questões decididas pela AT, mas que não compreendam a apreciação temática sobre a legalidade do ato de liquidação; Ação de Reconhecimento de um Direito, judicial, que abarca as pretensões, *latu sensu* do contribuinte, desde que não seja para anular ou declarar nulo ato da AT, mas para declarar soluções para problemas futuros; o processo judicial de Intimação para Comportamento, que visa controlar as omissões praticas pela AT, suscetível de lesas direitos dos contribuintes; e a Oposição, defesa processual similar aos Embargos à Execução Fiscal no Brasil, mas com uma grande diferença: os temas a serem invocados estão previstos estritamente na lei, não podendo, por exemplo, invocar a ilegalidade em concreto da dívida. Para todos os casos existe a possibilidade judicial e administrativa de duplo grau de jurisdição, afiançada pelo uso de recursos, revisão de sentença, havendo também pedidos e providências cautelares.

O contribuinte português é guarnecido com vários instrumentos para a discussão tributária. Contudo, cada um deles tem sua utilidade própria, momento oportuno e não substitui a outro, devendo existir uma atenção extrema aos prazos para invocá-los. O prazo de Reclamação Graciosa, é de apenas 120 dias e da Impugnação Judicial somente 90 dias, ambos a contar da notificação.

No trâmite, o processo de execução fiscal em Portugal não é público, e instaura-se por intermédio de um ato de natureza administrativa em que o credor estatal remete o documento executivo que ele mesmo constituiu ao órgão periférico de execução fiscal da administração. Ato contínuo, é lavrado um despacho formal pelo servidor competente determinando a abertura da execução fiscal. Note-se que não existe uma “petição inicial”, mas fases de natureza administrativa e procedimental, que correm na área do domicílio ou sede do devedor, da situação dos bens ou da liquidação, salvo no caso de cobrança de coima fiscal (multa) e custas, situação em que será competente o órgão da execução fiscal da área onde tiver corrido o processo administrativo.

Após a apresentação, despacho e registro da execução fiscal, é feito outro despacho impresso ou assinado por chancela, designando a realização da citação do executado.

Ponto forte é que qualquer funcionário da AT, no exercício das suas funções, pode ser designado para promover a notificação e a citação do devedor. O funcionário que emite um documento de cobrança deverá indicar o seu nome e mencionará a identificação do procedimento ou processo e o resumo dos seus objetivos.

As notificações e citações conterão obrigatoriamente a decisão que constituiu a dívida, seus fundamentos, informação sobre os meios de defesa e prazo para reagir, bem como a indicação do órgão que está praticando a cobrança. Há um ponto a destacar: na eventualidade de a citação ser omissa em algum dos critérios de comunicação, caberá ao devedor no prazo de até 30 dias requerer a notificação com a complementação dos requisitos que tenham sido porventura omitidos, não imperando-se a nulidade ou anulabilidade.

As notificações e as citações podem efetuar-se pessoalmente no local em que a pessoa for encontrada, por via postal simples, por carta registada, por carta registada com aviso de recebimento, ou por transmissão eletrônica de dados por meio do serviço público de notificações eletrônicas associado à morada única digital, da caixa postal eletrônica ou na área reservada do Portal das Finanças (semelhante ao portal E-CAC da Receita Federal).

O contribuinte quando pessoa singular (pessoa física) pode aderir ao uso da morada única digital como seu domicílio digital e assim ser sempre citado, notificado ou intimado. Alguns contribuintes são obrigados por lei a terem uma caixa postal eletrônica para notificações e intimações, a citar: os sujeitos passivos do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (jurídicas) com sede ou direção efetiva em território português; os estabelecimentos estáveis de sociedades e outras entidades

não residentes; os sujeitos passivos residentes enquadrados no regime normal do imposto sobre o valor acrescentado; os residentes em país fora da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, que não tenham designado representante com residência em território nacional; aqueles que optem pelas notificações e citações eletrônicas no Portal das Finanças.

Em regra, todas as pessoas coletivas podem ser citadas ou notificadas na sua caixa postal eletrônica, ou na sua área reservada do Portal das Finanças, ou na pessoa de um dos seus administradores ou gerentes, na sua sede, na residência destes ou em qualquer lugar onde se encontrem. Não podendo efetuar-se na pessoa do representante por este não ser encontrado, a citação ou notificação será feita na pessoa de qualquer trabalhador, capaz de transmitir os termos do ato, que se encontre no local onde normalmente funcione a administração da pessoa coletiva ou sociedade.

Quando efetuadas por transmissão eletrônica, consideram-se feitas no quinto dia posterior ao registro de sua disponibilização na respetiva área reservada do Portal das Finanças, e equivalem à remessa por via postal, via postal registada ou via postal registada com aviso de receção. Quando efetuadas para o domicílio fiscal eletrónico, consideram-se feitas no décimo quinto dia posterior ao registo da sua disponibilização, sendo que a contagem só se inicia no primeiro dia útil seguinte. Quando efetuadas por carta registrada presumem-se feitas no terceiro dia posterior ao do registro ou no terceiro dia útil seguinte a esse, quando esse dia não seja útil. Havendo necessidade de discutir a data desta notificação, a AT ou o Tribunal Tributário, com base em requerimento do contribuinte interessado, requisitará aos Correios a informação sobre a data efetiva da receção.

A notificação considera-se efetuada na data em que for assinada a carta registrada, e tem-se também por efetuada na própria pessoa do notificando, mesmo quando o aviso de recebimento haja sido assinado por terceiro presente no domicílio do contribuinte, presumindo-se este caso que a carta foi oportunamente entregue ao destinatário.

Em caso de o aviso de recebimento ser devolvido, a notificação será tentada novamente nos 15 dias seguintes à devolução, presumindo-se então efetivada a notificação se a carta não tiver sido novamente recebida, sem prejuízo de o notificando poder provar justo impedimento ou a impossibilidade de comunicação da mudança de residência no prazo legal.

Após a citação no processo de execução fiscal, o devedor poderá deduzir uma defesa, chamada Oposição, similar à figura dos Embargos à Execução Fiscal

no Brasil, no prazo de 30 dias, a contar da sua citação pessoal. A Oposição consiste numa petição apresentada diretamente ao órgão da AT responsável pela execução fiscal pelo executado, representado por um advogado, momento em que oferecerá de antemão todos os documentos necessários para a sua defesa, arrolará suas testemunhas e requererá a produção de provas. Deverá indicar um valor à causa, representado pela utilidade econômica advinda dos pedidos da sua defesa.

Após ter sido recebida pelo órgão de execução fiscal competente, a petição de Oposição será autuada e remetida imediatamente ao Tribunal Tributário. É somente neste momento que nasce a fase judicial da execução fiscal, pois, até então, o processo se processava somente perante os órgãos da AT. Concluído o recebimento da Oposição pelo tribunal, este poderá proferir despacho de indeferimento imediato da defesa, para as situações de intempestividade, de não alegação dos restritos fundamentos admissíveis na legislação de manifesta improcedência, ou pela falta de algum documento intrínseco ao ato. Em regra, a Oposição não suspende a execução fiscal e por isso não precisa de penhora para ser apresentada. Contudo, a legislação atual prevê que a execução fiscal seja suspensa se for oferecida garantia.

Diferente do que se costuma ver no Brasil, em que os Embargos à Execução Fiscal comportam todo e qualquer tipo de alegação para o exercício do contraditório e ampla defesa, na Oposição os assuntos a serem tratados são estritamente limitados aos seguintes fundamentos: a) inexistência do tributo em vigor à data dos fatos a que respeita a obrigação ou, se for o caso, não estar autorizada a sua cobrança à data em que tiver ocorrido a respectiva liquidação; b) ilegitimidade da pessoa citada por esta não ser o próprio devedor que figura no título ou seu sucessor ou, sendo o que nele figura, não ter sido, durante o período a que respeita a dívida exequenda, o possuidor dos bens que a originaram, ou por não figurar no título e não ser responsável pelo pagamento da dívida; c) falsidade do título executivo, quando possa influir nos termos da execução; d) prescrição da dívida exequenda; e) falta da notificação da liquidação do tributo no prazo de caducidade; f) pagamento ou anulação da dívida exequenda; g) duplicação de coleta. Em regra, outros fundamentos poderão ser arguidos, desde que não envolvam apreciação da legalidade da liquidação da dívida exequenda, nem representem interferência em matéria de exclusiva competência da entidade que houver extraído o título. Essa limitação ancora-se no fato de que existe o instrumento processual e judicial da Impugnação, meio exclusivo para as discussões sobre a legalidade.

Recebida a Oposição, o tribunal notificará o representante da fazenda pública para, no prazo de até 30 dias, apresentar a sua contestação, seguindo-se procedimentos de produção de provas e sentença. Há pagamento de custas, viabilidade de benefícios

equivalente à assistência judiciária, mas deferido não pelo Poder Judiciário, mas pelos órgãos de assistência social. Há também condenação em honorários advocatícios de sucumbência e publicação das sentenças, sem a divulgação do nome dos envolvidos.

Após citado na execução fiscal, extraem-se as seguintes alternativas para o devedor: a) pagar em 30 dias o tributo após a sua citação, através de um DUC – Documento Único de Cobrança; b) propor uma dação em pagamento, também no prazo de 30 dias; c) requerer o pagamento em prestações; d) apresentar a Oposição, também em 30 dias; e e) aguardar a penhora e leilão sobre seus bens após esgotado o prazo inicial de 30 dias.

Na hipótese de a Oposição ser julgada procedente, mas já terem ocorridos atos de expropriação patrimonial sem a suspensão da execução fiscal, o contribuinte passa a ter o direito ao reembolso ou à restituição do valor correspondente a tributos pagos, cujo ato de lançamento venha a ser declarado ulteriormente inválido.

As normas sobre execução fiscal em Portugal são anualmente revistas, em conjunto com a lei orçamentaria. É frequente a verificação de revisões legislativas conforme as situações econômicas do país. Por exemplo, em 2021, por conta da pandemia, foi afiançada norma no Cppt prevendo, em síntese, que toda a execução fiscal ficará suspensa por um período de 120 dias, para dívidas tributárias em execução fiscal de valor inferior a 5.000 € para pessoas singulares, ou 10 000 € para pessoas coletivas.

3 CONCLUSÃO

O problema desta pesquisa que salta aos olhos é de que a desjudicialização, como no caso português, mesmo que somente de alguns atos da ação de execução fiscal, centrar-se-ia, ou não, num discutível desrespeito aos direitos fundamentais, tais como o princípio da reserva de jurisdição, também corolário com o princípio da separação dos poderes e com o princípio do acesso ao Judiciário, da inafastabilidade do controle jurisdicional, e do princípio do devido processo legal.

E são argumentos importantes para que se projetem novos processos organizacionais das cobranças estatais. Não obstante, sobre o problema em face do Princípio da Separação dos Poderes, em defesa aos receios, o conceito de Estado Democrático de Direito está vinculado a uma limitação das funções de todos os poderes estatais. Tanto a CRP/76 quanto a CRFB/88 entabulam a divisão dos poderes entre os órgãos de soberania do estado. Por tal, deve-se aferir se há correspondência

entre o órgão e a função, associando-se ao Princípio da Reserva de Jurisdição, e cuidar para que não haja impedimento do controle judicial dos atos praticados pelo Poder Executivo.

O óbice maior poderia ser a interpretação frente ao Princípio do Devido Processo Legal e Princípio da Reserva de Jurisdição previsto literalmente na CRFB/88, mas não expresso com tamanha contundência na CRP/76. Não obstante, consigna-se que tal pressuposto constitucional em nenhum momento indica que o processo judicial precisa ser inteiramente tutelado pelo poder judiciário, mas dá a direção de que o pronunciamento final este sim deve ser feito obrigatoriamente pelo poder judiciário.

Há um caso que merece uma descrição destacada: o Agravo de Instrumento n. 6.635 julgado em 2009 pelo STF. A Corte compreendeu pela constitucionalidade da execução extrajudicial civil prevista no Decreto-Lei n. 70/66, que trata da “execução extrajudicial” realizada pelo próprio banco contra mutuários do Sistema Financeiro de Habitação – SFH, a fim de reaver o bem imóvel financiado pelo cliente inadimplente. Uma vez que a norma prevê uma fase de controle judicial, conquanto *a posteriori*, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, tal fato não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados junto ao Poder Judiciário.

Regra semelhante está também prevista para os bancos privados, nos contratos de mútuo pelo Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, prevista na Lei Federal n. 9.514/1997, onde não há a transmissão da propriedade ao devedor, como ocorre no SFH, mas apenas a entrega da posse direta do bem imóvel, o qual permanece na propriedade do credor fiduciário até a quitação total do contrato. Essa modalidade de expropriação por execução extrajudicial civil passou a ser tema de repercussão geral junto ao STF, em 2018, no RE 860631. O julgamento desse caso poderá (ou não) dar mais abertura para a discussão de estratégias na cobrança estatal, uma vez que se entre particulares for possível a expropriação direta contratual, tanto mais poderá ser em face do crédito público que tem seus privilégios por se consubstanciar no interesse máximo da coletividade. E não há, cabe frisar, nenhuma disposição na CRFB/88 que trate diretamente sobre a execução fiscal, nem há mandamento expresso que atribua competência absoluta para que uma cobrança fiscal seja feita exclusivamente dentro das atribuições do Poder Judiciário.

Por toda a pesquisa feita, como resultado, conclui-se que alterações legislativas de cunho multidisciplinar para as áreas administrativa e judicial têm viabilidade constitucional para serem propostas, a par de criarem caminhos em conjunto para a cobrança estatal.

REFERÊNCIAS

AMA. **A evolução tecnológica na cobrança tributária é fruto das ações da Agência para a Modernização Administrativa do Governo de Portugal.** Dados de relatórios de atividades do ano de 2006, da então denominada Direção Geral de Impostos de Portugal. Disponível em: <https://www.ama.gov.pt/> e <http://www.portaldasfinancas.gov.pt>. Acesso em: 29 abr. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 663578.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28663578%2ENUME%2E+OU+663578%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hu3n5k9>. Acesso em: 27 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 860631. Recurso extraordinário. Processual civil e constitucional. Sistema financeiro imobiliário. Execução extrajudicial. Alienação fiduciária de bem imóvel. Princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Direitos fundamentais à propriedade e à moradia. questão relevante do ponto de vista jurídico, econômico e social. Repercussão geral reconhecida. Relator Ministro Luiz Fux, 29 de dezembro de 2014. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4694303>. Acesso em: 27 fev. 2017.

CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães. **Execução fiscal e efetividade.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRANCE. Conseil D'état. **Le juge administratif et l'impôt.** 23 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-l-impot>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ROCHA, Joaquim Freitas da. Direito pós-moderno, patologias normativas e proteção da confiança. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Portugal, p. 1-25, 2010. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/35602>. Acesso em: 28 nov. 2016.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão 465/1991.** Relator: Conselheiro Bravo Serra. Diário da República, II Série, de 2 de abr. de 1992. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910465.html>. Acesso em: 29 abr. 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão 152/2002.** Relatora: Maria Helena Brito. Lisboa, 17 abr. 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020152.html>. Acesso em: 29 abr. 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão 80/2003**. Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues. Lisboa, 12 fev. 2003. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030080.html>. Acesso em: 25 maio 2017.

SOUSA, Jorge Lopes de. **Código de procedimento e de processo tributário**. 6. ed. v. III. Lisboa: Áreas Editora, 2011.

TAVARES, Carla Sofia da Rocha. **Estudo sobre a reclamação dos atos proferidos em processo de execução fiscal**. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário e Fiscal) - Escola de Direito, Universidade Minho, Portugal, 2013. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/27694/4/Carla%20Sofia%20da%20Rocha%20Tavares.pdf>. Acesso em: 29 maio 2017.

GESTÃO DE CONFLITOS E DECISÕES JUDICIAIS QUE INCENTIVAM A AUTOCOMPOSIÇÃO VIA CONSUMIDOR.GOV.BR NO CURSO AÇÃO JUDICIAL (SEM SUSPENDER SEU TRÂMITE). ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO CONSUMIDOR QUANDO DISPONIBILIZADAS, DE FORMA SIMULTÂNEA, DUAS PORTAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA. CASOS CONCRETOS.

José Roberto Lopes Fernandes¹

1 INTRODUÇÃO

Apesar dos esforços para resolução célere dos conflitos e para conter a judicialização excessiva mediante estabelecimento de incentivos e meios para autocomposição, vários fatores (externos e internos ao Judiciário) ainda contribuem para o estímulo ao ajuizamento de ações que muitas vezes não se faziam necessárias, inclusive na seara consumerista.

Na prática, o que se verifica é um consumidor não raro carente de informações, desconhecedor de outros meios eficazes, extrajudiciais, à sua disposição para resolver o seu conflito, como é caso da plataforma digital consumidor.gov.br. Muitas vezes, por mero desconhecimento, acaba buscando o Poder Judiciário sem ao menos tentar contato com o fornecedor ou mesmo uma negociação com a parte contrária, como lhe é permitido via plataforma digital. E essa busca pelo Poder Judiciário como se fosse a única porta do sistema de justiça contribui para o ajuizamento de ações judiciais desnecessárias e em prejuízo ao próprio consumidor, que poderia resolver seu conflito de forma muito mais célere e sem custo.

E quando juízes, verificando essa situação, seguindo a tendência do sistema de justiça que é de cada vez mais prestigiar mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos, suspendem o processo e remetem o consumidor para a plataforma consumidor.gov.br (ou mesmo condicionam o processamento da ação judicial a esse prévio comportamento para demonstração do interesse de agir), muitos tribunais, dentre eles o Tribunal de Justiça de São Paulo, dão provimento aos recursos interpostos

¹ Juiz de direito no Estado de São Paulo. Especialista em Direito Privado e Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura – EPM. Mestrando pelo Centro de Estudos de Direito Econômico e Social – Cedec.

e acabam por reformar as sentenças extintivas ou mesmo decisões que suspendam processos para se exigir esse prévio comportamento do consumidor, aplicando, segundo Gajardoni et al. (2019), uma leitura mais conservadora do princípio do acesso à justiça, no sentido que esse condicionamento seria uma restrição ao direito do consumidor de buscar o Poder Judiciário e ofenderia o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Apesar de nos filarmos à corrente doutrinária e jurisprudencial que vem se formando em sentido diverso, sustentando que o princípio da inafastabilidade da jurisdição comporta uma releitura também na seara consumerista (assim como ocorreu nas ações previdenciárias e exhibitórias), fato é que, como vários tribunais, entre eles o da Justiça paulista, vêm reformando praticamente todas as decisões que condicionam o processamento do feito à busca da plataforma consumidor.gov.br, curvamos ao respeitado e judicioso entendimento da superior instância. E assim, de forma pragmática na vara da qual somos titulares, sem contar com o amparo da instância superior não adotamos essas condicionantes até para que o recurso interposto nesses casos não venha se configurar também mais um fator de morosidade no tramitar da ação.

Não obstante problema naturalmente surgido pela interpretação do direito, comum no meio jurídico, por sentir que em alguns casos a remessa à plataforma poderia ser efetivamente benéfica ao consumidor, optamos por uma postura também pragmática, visando superar essa dificuldade. Sem suspender ou extinguir as ações, decidimos conferir o devido impulso processual, na forma da lei, porém, ao mesmo tempo, de maneira simultânea, resolvemos remeter as partes à plataforma consumidor.gov.br, em benefício do consumidor, ampliando assim o seu direito ao acesso ao sistema de justiça (afastando obstáculo ou argumento de que seria uma restrição a esse direito). O fazemos seguindo a orientação, conforme Goretti (2019, p. 90), de que o juiz pode e deve realizar também uma gestão adequada do conflito, filtrando os litígios e escolhendo um ou mais métodos, visando a sua resolução.

E para que não se fossem alegadas dificuldades de qualquer ordem pela parte e/ou seu patrono (como, por exemplo, falta de conhecimento tecnológico ou mesmo de equipamento como um computador ou *smartphone*) foram entabuladas tratativas e criada pequena estrutura com o Cejusc local para que fosse conferido assessoria à parte e/ou seu advogado para o registro da reclamação na plataforma, ficando o colaborador do Cejusc inclusive autorizado, mediante consentimento do autor, a formalizar a reclamação utilizando os dados constantes da ação judicial de maneira a atuar como centro que é também da cidadania, como órgão orientador de assistência do cidadão consumidor, prestando esclarecimentos e fomentando a

cultura da pacificação, além do estímulo ao uso de mecanismos virtuais de solução de conflitos, dentro, portanto, de sua linha de atuação nos termos do art. 8º da Resolução 125 do CNJ, além de caber ao Estado, como muito bem observado por Lagrasta *et al* (2020, p. 188), passar informações precisas sobre os métodos de solução de conflitos disponíveis.

Superando assim de uma maneira prática e singela o obstáculo que se apresentava à remessa dos casos à plataforma digital, e ainda procurando oferecer para o consumidor toda a assessoria necessária via Cejusc desde fevereiro de 2021, sem prejuízo da prolação da decisão que impulsiona o processo e designa audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC ou que confira qualquer outro andamento processual, simultaneamente, também, na mesma decisão, estamos incentivando o consumidor a buscar a plataforma digital consumidor.gov.br, oportunizando a ele que faça (naqueles casos que ainda não fez e as características do conflito recomendam) uma negociação *on-line* de seu caso, de forma voluntária.

E ainda na mesma decisão, procurando auxiliá-lo na tomada dessa resolução em buscar a plataforma, de acordo com Abreu (2020, p. 131), oferecemos *nudges* ou incentivos comportamentais favoráveis à autocomposição.

Como incentivos, consignamos na decisão que o comportamento das partes e seus esforços para solução autocompositiva do conflito poderá ser considerada, oportunamente, caso não haja acordo, com fundamento no art. 371 do CPC, inclusive para fins de elevação/diminuição de valores indenizatórios reclamados (especialmente relacionados a danos morais, se for o caso). Também como incentivo comportamental para a requerida, deixamos consignado na decisão que o cumprimento voluntário de eventual acordo implicará redução (ou até mesmo isenção) das custas/despesas processuais na medida em que foi utilizada a plataforma para o acordo e o processo ficou menos custoso.

Além disso, passamos também a analisar empiricamente e observar o comportamento dos consumidores ao serem direcionadas para plataforma consumidor.gov.br, permitindo dessa forma também observar, ou se fazer uma comparação, entre o sistema tradicional da Justiça (rito ordinário, aud. 334 etc. – visto que o processo não se suspende) e o sistema da autocomposição via plataforma *on-line* e suas vantagens.

O objetivo, além de difundir e dar conhecimento aos consumidores e advogados da existência da plataforma na comarca em que atuamos, foi, também, de uma forma singela, demonstrar que referidas portas de acesso ao sistema de justiça não se excluem ou se contrapõem. Pelo contrário, que a integração entre elas pode garantir

a celeridade da tramitação e da resolução de um conflito em tempo razoável, em sintonia com art. 5º, LXXVIII, da CF e 4º do CPC. Também tem por objetivo entender e analisar o comportamento dos consumidores em juízo (e seus advogados) quando a eles se abrem múltiplas portas do sistema oportunizadas no curso e uma ação judicial visando à resolução do conflito.

2 DESENVOLVIMENTO

Apesar dos esforços para resolução célere dos conflitos e para conter a judicialização excessiva mediante estabelecimento de incentivos e meios para autocomposição, elevada inclusive à condição de política pública (Resolução n. 125 do CNJ, CPC, Lei da Mediação, entre outras) com escopo de racionalizar a demanda, a evitar ações judiciais desnecessárias, provocadoras de um acúmulo ou aumento de litigiosidade que inviabilizam e comprometem o bom funcionamento do Poder Judiciário, infelizmente o que se vê é ainda significativo o número de demandas consumeristas no âmbito do Poder Judiciário (conforme Justiça em Números 2020), muitas vezes ajuizadas sem que sequer o requerido seja antes procurado pelo consumidor para resolver o problema apresentado.

Com efeito, o estabelecimento dessa política pública e o incentivo voltado ao estímulo e à viabilização de métodos autocompositivos tendente a afastar a cultura do litígio, por razões internas e externas ao Poder Judiciário, não vêm ocorrendo a contento também na seara consumerista, persistindo o demandismo desenfreado no Poder Judiciário como se a ação judicial fosse primeira e única para resolução de conflitos, dentro do sistema de justiça, contribuindo assim para o abarrotamento do sistema e conseqüente demora em resolver a lide.

Por outro lado, canais próprios, inclusive *on-line* – ODR, para solução de controvérsias no âmbito consumerista tem surgido com grande eficácia, resolvendo os conflitos mediante negociação *on-line* em curto espaço de tempo e com alto índice de satisfação, como é o caso da ferramenta consumidor.gov.br, serviço público, gratuito ao consumidor, provido e mantido pelo Estado, que apresenta alto índice de resolução de conflitos.

Diante do aprimoramento desse canal digital (que não se confunde com os conhecidos *call centers* das empresas) e da persistência do demandismo desenfreado, provocador, muitas vezes, de ações desnecessárias, geralmente de pequenos casos, que abarrotam o sistema, prejudicando inclusive a celeridade daquelas ações que efetivamente necessitam da guarida judicial, entendemos chegado o momento de uma

releitura do princípio do acesso à justiça, na medida em que exigir a demonstração de uma tentativa prévia de autocomposição como condição para o ajuizamento de uma ação pelo consumidor, comprovando que buscou resolver o seu conflito, mas não obteve resposta em tempo razoável ou seu pedido não foi atendido, harmoniza-se com o almejado acesso qualificado (e não meramente formal) à justiça, sendo que o estabelecimento dessa condição, para o exercício do direito de ação, a nosso ver, é compatível com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da CF.

E como ensina Watanabe (2019, p. 82), o acesso à justiça não se consubstancia no mero acesso ao Poder Judiciário, mas a uma ordem jurídica justa, ou a solução do conflito de modo eficaz e eficiente e, como bem expõe o mesmo autor, o que se afirma não é que os meios consensuais de solução de conflitos sejam utilizados com objetivo primordial de solucionar a crise da morosidade da Justiça, reduzindo processos, mas como forma principalmente de proporcionar às partes uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses, propiciando-lhes uma forma mais ampla e correta de acesso à justiça.

No sentido de confirmação, como tratamento adequado de conflitos, do uso da plataforma digital consumidor.gov.br como antecedente à judicialização, decidiu o Tribunal de Justiça do Maranhão (Agravo de Instrumento n. 0804411-73.2018.8.10.0000 – São Luís, em 21 de outubro de 2019) e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Apelação n. 1.0000.20.057723-7/001, publicado em 18 de junho de 2020). O Tribunal de Justiça do Maranhão inclusive baixou ato (Resolução GP n. 432017) recomendando, nas ações judiciais passíveis de autocomposição, o encaminhamento de demandas para solução de conflitos para plataforma pública digital consumidor.gov.br.

Em sede doutrinária, Chiesi Filho (2020, p. 171), trazendo exemplos estrangeiros, como na Itália, Espanha, Argentina, Peru, Colômbia, e fazendo referência à Estrutura das Revoluções Científicas de Thomas Kuhn, defende também a extinção do processo ou alternativamente a sua suspensão quando não demonstrado o interesse de agir em algumas ações, e que na sua visão, considerando a realidade jurídica brasileira, seguindo a correlação entre ela e a teoria de Kuhn, aponta ser chegado o momento de revolução científica no campo do Direito, na qual o paradigma vigente deve ser substituído por um novo, ocorrendo a movimentação do paradigma, no caso, no que seria uma nova interpretação do princípio do acesso à justiça, mais consentâneo a essa realidade.

Apesar da existência de forte inclinação doutrinária e jurisprudencial a indicar que a tendência do sistema de justiça é cada vez mais prestigiar mecanismos

extrajudiciais de solução dos conflitos ou mesmo as ferramentas, especialmente virtuais, de recepção e atendimento a reclamações, certo é também que muitos advogados e os tribunais pátrios ainda são resistentes a esse entendimento, incluindo o Tribunal de Justiça de São Paulo, que vem reformando sentenças extintivas ou mesmo decisões que suspendam processos para tal fim (levadas ao tribunal pelos advogados que sustentam que tal prática implica restrição ao direito de ação), aplicando leitura mais conservadora do princípio do acesso à justiça, acolhendo os argumentos dos advogados recorrentes no sentido de que a condicionante implicaria uma restrição do cidadão consumidor ao sistema de justiça.

Nessa quadra, não resta ao juiz, em cumprimento ao comando da instância superior, outra alternativa senão dar prosseguimento ao feito, sem ao menos ter a experiência de qual seria o destino daquele caso que se apresentava na via judicial, caso fosse submetido à outra forma de resolução de conflito, no caso, na plataforma consumidor.gov.br.

Diante desse contexto e ao mesmo tempo buscando ter essa experiência, resolvemos, de forma pragmática, sem suspender, extinguir ou apresentar qualquer condicionante dessa ordem ao prosseguimento da ação (afastando assim a possibilidade de se alegar restrição ao princípio do acesso à justiça), passar a sugerir e estimular o consumidor, de forma voluntária, registrar o seu caso na plataforma até para dar a ele conhecimento dessa ferramenta que atua a seu favor tão eficazmente, conforme demonstram as estatísticas, quiçá para que, sendo exitosa sua experiência, possa dela se valer eventualmente em casos futuros, antes de procurar a via da ação judicial.

Com efeito, as ações consumeristas representam cerca de 10% dos processos do país, enquanto a duração média dos processos encerrados em 2019 foi de 1.350 dias, ou 3 anos e 7 meses (CNJ – Justiça em Números 2020). As plataformas digitais, como o consumidor.gov.br, têm resolvido conflitos em menos de sete dias e com índices de resolução de aproximados 80%, tempo muito menor que de uma ação judicial. Diante desse cenário e da almejada busca pela celeridade na resolução de conflitos e procurando propiciar um ambiente cooperativo no processo, por que então não tentar a via da plataforma digital, serviço público de forma gratuita, mormente quanto disponibilizada toda a assessoria do Cejusc local para tal fim também como acesso a uma ordem jurídica justa? Parece-nos, na lição de Timm et al. (2021, p. 406), uma escolha bem racional de expectativas de ganhos frente aos custos e tempo do processo.

Com esse propósito de resolver o conflito em menor tempo, pois, conforme Mancuso (2020, p. 249), a pendência da lide desgasta as partes, onera o Estado e esgarça o tecido social e buscando responder a esse questionamento e ampliar o acesso do consumidor à ordem jurídica justa (e não meramente formal) é que, em caráter experimental, decidimos realizar o encaminhamento do consumidor para a plataforma consumidor.gov.br, para tentar uma negociação *on-line*, de maneira opcional e não condicional ao processamento de sua ação, dentro do método abrangido pelo sistema multiportas que, conforme Ávila (2021, p. 161), permite a formação de cultura preferencialmente consensual, além de promover desafoço do estoque de processos judiciais.

Com esse cenário, partindo da análise dos casos remetidos à plataforma consumidor.gov.br e do comportamento a ser observado das partes e seus advogados, o que se busca é identificar, uma vez concedida toda a estrutura para as partes e seus patronos (com assessoria e até mesmo registro da reclamação pelo Cejusc), por meio dessa análise comportamental se eles irão aderir à iniciativa, ou caso contrário, mesmo com toda a estrutura a sua disposição, incentivos processuais e o benefício da ampliação do acesso à justiça porque não haveria adesão à busca pela plataforma ou, havendo, se efetivamente resultaram em acordos.

Também tem por objetivo identificar, através da observação, da análise comportamental e da experiência dos casos remetidos, possíveis entraves, causas internas ou externas, não se descartando inclusive possível *agency problem* mencionado por Wolkart (2020, p. 327) ou outros obstáculos para que primeiro se busque a prévia composição (célere, informal e sem custo) a uma ação judicial (mais morosa, formal e não raro custosa).

Reflexamente entendemos que a pesquisa ou entrevista (via Cejusc) diretamente com o autor-consumidor irá contribuir para evitar ou identificar demandas repetitivas fraudulentas não raras, infelizmente, no sistema judicial.

Já incentivamos ou oportunizamos pouco mais de 100 ações para a plataforma digital e, de uma forma geral, constatamos a existência de três tipos de comportamentos dos consumidores: I) adesão voluntária ao registro de caso pelo próprio consumidor (ou seu advogado) na plataforma consumidor.gov.br; II) não registro voluntário pelo consumidor ou seu advogado, mas com autorização para que o Cejusc o fizesse; e III) não registro e não autorização para o registro pelo consumidor e/ou advogado. E colhemos alguns frutos da iniciativa.

Em um dos casos, o processo aguardava perícia há cerca de um ano e meio (e sem previsão até então de agendamento), mas registrado o caso na plataforma o acordo saiu em menos de dez dias. O acordo foi homologado e o órgão estatal responsável pela perícia, por consequência, teve sua agenda liberada em razão da resolução do conflito.

Em outro caso em que se designou audiência de conciliação conforme previsão do art. 334 do CPC, mas em razão também do registro voluntário do caso na plataforma digital, o acordo por esta via saiu em menos de dez dias. Além da celeridade na resolução do caso, evitou-se que parte tivesse que despender valores para pagamento da remuneração do consumidor e ainda a audiência do art. 334 do CPC prevista ainda para momento posterior restou cancelada liberando-se a data para audiência de outro caso.

A experiência ainda se encontra em andamento, mas já possível, como se vê, extrair reais vantagens da resolução do conflito por meio da utilização da plataforma digital consumidor.gov.br ao mesmo tempo em que a iniciativa permite difundir na comunidade local o conhecimento da referida plataforma.

3 CONCLUSÃO

Compartilhamos do entendimento de que o princípio do acesso à justiça não se consubstancia no mero acesso formal ao Poder Judiciário, mas a uma ordem jurídica justa ou à solução do conflito de modo eficaz e eficiente e que o instrumento da constituição prévia da controvérsia no âmbito consumerista, como a demonstração da tentativa prévia de autocomposição como condição para o ajuizamento harmoniza-se com o almejado acesso qualificado (e não meramente formal) à justiça, e que o estabelecimento dessa condição, para o exercício do direito de ação, é compatível com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º XXXV da CF.

Entretanto, muitos tribunais, inclusive o que se encontra vinculado a este magistrado, interpreta referido princípio de modo mais conservador, autorizando irrestrita aplicação do princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição sem qualquer condicionante no âmbito consumerista, reformando sentenças extintivas ou mesmo decisões que suspendam processos para tal fim levadas ao tribunal pelos advogados que sustentam que tal prática implica restrição ao direito de ação e ao próprio direito ao sistema de justiça.

Diante desse cenário, adotando uma postura bastante pragmática e acreditando que em muitas situações, em razão da natureza peculiar de um conflito e particularidades de determinados consumidores, é recomendado, após filtragem e gestão do conflito, uma possibilidade de solução diferenciada, diversa da pura aplicação da norma jurídica aos fatos (cultura da sentença), passamos a incentivar o consumidor, por meio de decisão judicial que explicita esses incentivos, a registrar o seu caso, sem prejuízo do andamento do seu processo (que portanto não fica suspenso em nenhum momento) também na plataforma digital consumidor.gov.br, propiciando a ele uma negociação direta por meio da referida plataforma, considerando o alto índice de resolutividade de casos nessa ferramenta e a celeridade com que acontece, geralmente em menos de dez dias.

Referida gestão de processos e reflexo da decisão judicial que veicula tais incentivos surtem alguns reflexos resolvendo em poucos dias casos que demandariam muito mais tempo se comparado ao curso tradicional e à formal de um processo judicial.

Em um dos casos, da cobrança de natureza securitária, o processo se encontrava em compasso de espera, aguardando perícia há cerca de um ano e meio e ainda sem data ou mesmo previsão de agendamento. Vislumbrando o juízo possibilidade de remessa à plataforma consumidor.gov.br e incentivado o consumidor e seu advogado a tanto, via decisão judicial, o caso foi efetivamente registrado na plataforma e o acordo saiu em menos de dez dias. Homologamos o acordo imediatamente, resolvendo em poucos dias um caso que se arrastava na Justiça, além de o órgão estatal responsável pela perícia por consequência ter sua agenda liberada para outro caso.

Também em outro de caso declaratório de negativa de relação jurídica, foi conferido impulso ao feito na forma da lei designando audiência de conciliação conforme previsão do art. 334 do CPC. Ao mesmo e na mesma decisão judicial, demos conhecimento da existência e incentivamos o consumidor a registrar seu caso na plataforma consumidor.gov.br. A parte assim o fez, seguindo a recomendação do juízo e, realizada a negociação *on-line*, o acordo saiu em menos de dez dias também na plataforma. Além da celeridade na resolução do caso, evitou-se que a parte tivesse que despende valores para pagamento da remuneração do conciliador e, ainda, a audiência do art. 334 do CPC prevista para momento posterior restou prejudicada e conseqüentemente cancelada, liberando-se a data para audiência de outro caso.

Em ambos os casos, entendemos que a gestão do conflito, a filtragem do caso e o incentivo proporcionado pela decisão judicial para que a parte buscasse a ferramenta extrajudicial da plataforma digital consumidor.gov.br, ampliando (e não restringindo) o

acesso ao sistema de justiça, impactou de maneira positiva a forma de solução do conflito, conferindo assim concretude à norma dos arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 6º do CPC, resultando na rápida solução do litígio, via de um acesso não apenas formal, mas efetivo ao sistema de justiça, cuja integração e cooperação entre os sistemas garantiu a celeridade da tramitação dos processos em questão, alcançando a resolução do conflito em tempo razoável, em sintonia com art. 5º, LXXVIII, da CF e 4º do CP.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos Processuais**: economia comportamental e nudges no processo civil. 1. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020. (Coleção O novo processo civil).

ÀVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Desjudicialização, Justiça Conciliatória e Poder Público**. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em Números 2020**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 27 maio 2021.

CHIESI FILHO, Humberto. **Um Novo Paradigma de Acesso à Justiça**: autocomposição como método de solução de controvérsias e caracterização do interesse processual. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

GAJARDONI, Fernando *et al.* Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br". **Migalhas**, 17 jun. 2019. disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidorgovbr> acessado. Aceso em: 27 maio2021

GORETTI, Ricardo. **Gestão Adequada de Conflitos** – Do Diagnóstico à escolha para cada caso concreto. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÀVILA, Henrique (coord.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses** – 10 anos da Resolução CNJ n. 125/2010. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, IPAM. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo **A Resolução de Conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TIMM, Luciano (coord.). **Direito e Economia no Brasil** – Estudos sobre a Análise Econômica do Direito. 4. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa** (Conceito atualizado de Acesso à Justiça), Processos Coletivos e Outros Estudos. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2019.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE COVID-19

Maria Gabrielle Fernandes Vieira de Sousa¹

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um processo histórico, político e social construído principalmente por médicos. O aspecto jurídico desse conceito expresso especialmente na Constituição Federal de 1988 é resultado dessa construção histórica, política e social. O direito à saúde constitui-se em elemento fundamental do Estado de bem-estar social, uma vez que cabe ao Estado prover as necessidades essenciais mínimas para a sobrevivência de seus cidadãos. Portanto, indispensável à análise da contingência gerada pelo amplo acesso à saúde, caracterizado como direito universal.

A judicialização da saúde no Brasil surgiu após a redemocratização trazida pela Constituição de 1988. O constituinte enfatizou o princípio da dignidade da pessoa humana, o acesso à justiça, a inafastabilidade da jurisdição e enalteceu a importância do Judiciário, que se tornou o grande guardião das garantias e dos direitos fundamentais. Assim, a judicialização da saúde é uma opção de intervenção dentro da efetivação do direito à saúde, analisando o sistema normativo jurídico brasileiro como forma de resguardar os direitos fundamentais sem intervir nas atividades dos Poderes Executivo e Legislativo, observando se há ou não violação do princípio da separação de poderes.

Dessa forma, o presente estudo tem como objetivo geral analisar o fenômeno da judicialização da saúde, problematizando aspectos referentes à eficácia e efetividade do direito à saúde, apresentando como objetivos específicos fundamentar com clareza a ocorrência da judicialização da saúde, mostrando como se situa, focando de forma principal em como a judicialização da saúde vem ocorrendo no atual cenário político brasileiro, com a pandemia de Covid-19.

¹ Graduação em Direito pela Universidade Nove de Julho (2021). Atualmente, pós-graduanda em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

2 O DIREITO À SAÚDE

A Constituição de 1988 trouxe um marco revolucionário no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao seu Capítulo II, denominado como Direitos Sociais, sendo o primeiro a prever expressamente o direito à saúde com o aspecto fundamental que necessitava.

Nesse sentido, Severo e Junior (2007, p. 69) lecionam que:

O Título II da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) é uma das principais partes da Constituição, pois consagra a tábua de direitos e deveres fundamentais que a comunidade política brasileira reconhece, dentre outros direitos humanos, e assume o compromisso de, conjuntamente com cada um de seus integrantes, possibilitar ao máximo a vivência efetiva e equitativa, bem como a garantia do exercício harmônico de cada um desses direitos e deveres.

É importante destacar que a Carta Magna de 1988 trouxe um novo conceito sobre saúde, não sendo mais vista apenas como a ausência de doenças e sim elaborada sob uma nova perspectiva, abrangendo o bem-estar físico, mental e social do indivíduo, para que ele possa conviver com as mínimas condições de dignidade, conforme os preceitos constitucionais. No que se refere à seara competencial, a Constituição definiu que a competência deveria ser algo comum entre os três entes, quais sejam: União, estados e municípios, e que estes têm como obrigação zelar pela saúde dos indivíduos, inclusive aqueles que sejam portadores de necessidades especiais e necessitam de atendimento exclusivo.

Silva (2001) define a competência paralela, deixando a cada entidade o livre-arbítrio para escolher como legislar sobre assuntos que julguem importantes em cada esfera, porém em pé de igualdade para que possam ser exercidas cumulativamente. O desejo do constituinte em dar efetividade à competência comum em relação aos entes federativos tem o escopo de evitar omissões por parte de alguns deles para que sejam complementadas em razão de uma melhor prestação de serviços públicos na área da saúde para todos os cidadãos.

Torna necessário destacar que o serviço da saúde em nosso país nada mais é do que uma contraprestação em que os municípios, os estados e a União devem fornecer aos cidadãos, visto que esse direito é custeado por toda a sociedade, independente de sexo, idade, cultura, profissão, origem e rendimentos. Nesse viés, o

autor Schwartz (2001, p. 97) afirma, com base na Constituição Federal, que caberá ao Estado a responsabilidade de assegurar o direito à vida a todos os cidadãos:

No referido artigo, encontramos também que o dever do Estado em relação à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Aqui, estamos diante de um Estado Interventor, e, também, diante da primazia da ação estatal positiva na defesa do direito à saúde – e jamais da inércia – e conectando-se, essencialmente, à ideia de um direito social da saúde.

Assim sendo, a Constituição Federal delineou todo o caminho que o Estado deverá seguir para que haja a promoção de programas, ações sociais e serviços públicos de qualidade, com o objetivo de garantir a todos os cidadãos um atendimento igualitário.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE COVID-19

Dentre todos os direitos fundamentais assinalados na Constituição, é necessário que o Estado Democrático de Direito forneça à população saúde efetiva, preservando a dignidade do homem. No que se refere à saúde pública, é utópico dizer que o Brasil atenderia a toda a demanda de forma eficaz, assegurando aos indivíduos a proteção desse direito. Para que haja a concretização do direito fundamental em questão seria necessária a criação de políticas públicas para atender a todos de forma integral e igualitária. Todavia, o Poder Executivo possui competência para administrar os recursos de forma distributiva, para que não falte verba para nenhum dos seguimentos da administração pública. Mas ocorre que, por muitas vezes, esses recursos não são suficientes, ocasionando, assim, a contingência financeira do Estado. O doutrinador Gigo Jr. (2011, p 17), em sua obra denominada Introdução à Análise Econômica do Direito, leciona que:

[...] o Direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências (2011, p 17).

Cumprindo observar que a administração pública deve seguir os princípios da eficiência e da economicidade, que são os responsáveis por adotar as medidas de maximização dos resultados e minimização de custos de oportunidade em razão da

escassez dos recursos disponíveis. No que se refere à reserva do possível, que tem por objetivo decidir quais direitos e em qual intensidade receberão a tutela estatal, Nunes e Scaff (2011, p. 97) declaram que: [...] a reserva do possível é um conceito econômico que decorre da constatação da existência de escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas e individuais.

Entretanto, ocorre que nem sempre essas medidas são adotadas, deixando a saúde à mercê da sorte dos indivíduos que necessitam do atendimento público. Nesse sentido é que surge o fenômeno da judicialização da saúde, que atua diretamente por meio do Ministério Público para que haja a efetivação das demandas realizadas na esfera executiva.

O inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (1988, p. 292). Ao interpretarmos tal dispositivo é inegável que a falta e deficiência dos serviços de saúde prestados pelo poder público, que englobam prestação e atendimento médico, internações, cirurgias, assistência farmacêutica entre outros, ameaçam diariamente a vida de cada cidadão que busca esse tipo de atendimento, causando por diversas vezes lesões irreparáveis a esse direito.

Os tribunais superiores defendem de forma majoritária que é obrigação do Estado garantir o direito à saúde de forma universal e integral. Nesse sentido, destaca-se um trecho da decisão do Ministro Celso de Mello, do Superior Tribunal Federal:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas. (*grifo nosso*)

Por um lado, é de se dizer que o Estado deverá proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde assegurados pela Constituição Federal, e, por outro lado, fazer prevalecer em desfavor dessa prerrogativa fundamental um interesse financeiro do Estado, assim, cabe ao julgador escolher aquela situação que seja mais benéfica aos cidadãos, respeitando a vida e a saúde destes. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Liminar assim decidiu:

EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/3/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 3004-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001).

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/3/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-4-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

As decisões mencionadas acima refletem o que diariamente acontece nas esferas municipal e estadual, compreendendo também a União, estabelecendo a concorrência cumulativa dos entes para assegurar uma melhor efetivação da saúde pública aos necessitados.

Por outro lado, o Poder Judiciário, ao obrigar o Poder Executivo a prestar de forma indiscriminada atendimentos médicos e insumos farmacêuticos, pode gerar um grave caos no orçamento público, visto que os cumprimentos das ações judiciais não levam em conta o quanto pode ser gasto com cada prestação de atendimento, gerando assim uma grave preocupação por conta da evolução das expensas. Dessa forma, o fornecimento de assistência gratuita e isonômica não pode ser confundida com a oferta indiscriminada de procedimentos que não avaliem sequer o custo para a realização de tratamentos e deverão, então, adotar medidas que visem à equidade na prestação dos serviços, de modo que alcance todos os indivíduos.

Com a entrada em vigor do Decreto Legislativo de n. 6/2020, no dia 20 de março de 2020, foi reconhecido, em todo o território nacional, a ocorrência do Estado

de Calamidade Pública, em virtude da pandemia de Covid-19 – Coronavírus. Desde o início da pandemia até os dias atuais, diversos foram os atos praticados pelos governos federal e estaduais para tentar conter o avanço do vírus, mas, infelizmente, o número de casos apenas aumentou com o passar dos meses.

O avanço rápido da doença teve efeitos nos mais variados ramos, não se limitando ao ramo da saúde, também prejudicando a Economia e o Direito. Desta última área, o direito à saúde foi extremamente impactado pela pandemia e, conforme se provará a seguir, causou e causará aumento significativo de demandas judiciais que visem satisfazer esses direitos.

No entanto, a situação de judicialização nos nossos tribunais acabou por se modificar. No ano de 2019, a maioria das ações ajuizadas relativas a prestações de saúde se referiam a direitos individuais. Ou seja, as ações eram propostas por apenas uma parte autora, que pretendia, por meio daquela ação, obter um direito individual, próprio, que não afetava a prestação geral da saúde de um determinado município e estado. Vejamos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LAUDO MÉDICO PARTICULAR. MESMA CREDIBILIDADE DO MÉDICO DA REDE PÚBLICA. 1. Trata-se na origem de Ação Ordinária ajuizada pela ora recorrente contra o Município do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro objetivando a condenação dos entes federados ao fornecimento de medicamentos para o tratamento de Lupus e Hipertensão Arterial Sistêmica. 2. A sentença julgou os pedidos procedentes (fls. 241-245, e-STJ). O Tribunal de origem reformou parcialmente o decisum para condicionar o fornecimento da medicação à “apresentação semestral de receituário médico atualizado e subscrito por médico do SUS ou de hospitais vinculados às universidades públicas, prescrevendo a necessidade de utilização da medicação pleiteada” (fl. 460, e-STJ). 3. Segundo a jurisprudência do STJ, a escolha do medicamento compete a médico habilitado e conhecedor do quadro clínico do paciente, podendo ser tanto um profissional particular quanto um da rede pública. O que é imprescindível é a comprovação da necessidade médica e da hipossuficiência econômica. 4. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1794059 RJ 2019/0022039-4, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 19/3/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/4/2019)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E DE TRATAMENTO DE SAÚDE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. 1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: “ao ajuizar uma ação para defesa de interesses

individuais de capaz, o Ministério Público extrapola os limites constitucionais de sua atuação” e “se for hipossuficiente, sua defesa poderá ser patrocinada pela Defensoria Pública, caso não possua advogado particular para tanto” (fls. 139-140, e-STJ). 2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 3. O Superior Tribunal de Justiça entende que, por se tratar de direito à saúde, o Parquet pode ajuizar Ação Civil Pública em defesa de direito individual indisponível. Nesse sentido: REsp 1.520.824/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 7.10.2016; AgRg no REsp 1.470.167/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2.12.2014; REsp 1.365.202/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 25.4.2014; AgRg no REsp 1.327.846/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 9.6.2015. 4. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1654321 MG 2017/0032387-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 4/4/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/4/2017)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. ALEGADA OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA EM RECURSO ESPECIAL SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. NECESSIDADE DO TRATAMENTO CIRÚRGICO. FATOS E PROVAS. JUÍZO DE VALOR. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de Apelação interposta contra decisão que condenou o Município de Mogi Guaçu a disponibilizar o procedimento denominado “Dermolipctomia Abdominal” ao autor, Jonas Henrique Teixeira. 2. Constata-se que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 3. O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, considerou ser devido o fornecimento do procedimento cirúrgico com base no art. 196 da Constituição Federal, sobretudo porque, diante da ponderação do direito à saúde com os demais princípios constitucionais que lhe são contrapostos, bem como da conclusão do laudo médico, ficou demonstrada a indispensabilidade do tratamento para a manutenção da vida e saúde da paciente. 4. Portanto, tendo o Tribunal de origem decidido a controvérsia sob o enfoque eminentemente constitucional, torna-se inviável a análise da questão em Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Ademais, o recorrente não cuidou de aviar o indispensável recurso extraordinário para questioná-la, o que faz incidir a Súmula 126 do STJ. 5. Ademais, rever o entendimento do Tribunal a quo acerca da necessidade do tratamento cirúrgico prescrito é tarefa que demanda revolvimento fático-probatório, o que é vedado no âmbito do Recurso Especial (Súmula 7/STJ). 6. Recurso Especial parcialmente conhecido, apenas em relação à violação do art. 1.022 do CPC/2015 e, nessa extensão, não provido. (STJ - REsp: 1799018 SP 2019/0007044-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/3/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/4/2019)

Se antes a judicialização da saúde era praticada de forma individual, agora, com a pandemia, a atividade passou a ser coletiva. Analisemos algumas ações propostas nesse ano:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATÉRIA QUE ENVOLVE QUESTÕES SOCIAIS E DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE. MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19. REUNIÃO DE PROCESSOS PARA JULGAMENTO CONJUNTO PELO JUÍZO PREVENTO. IRRESIGNAÇÃO DOS AUTORES. POSSIBILIDADE. AS DEMANDAS TÊM ORIGEM NA MESMA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL. POSSUEM A MESMA CAUSA DE PEDIR REMOTA. ADEQUAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA COVID-19 NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. RISCO DE DECISÕES CONFLITANTES. PREJUDICIALIDADE. AÇÕES DEVEM SER REUNIDAS PARA A REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO EM CONJUNTO NO JUÍZO PREVENTO. ARTIGO 55, § 3º DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. AGRAVOS INTERNOS PREJUDICADOS.

1. “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”. (Artigo 55, § 3º do CPC);
2. A reunião de processos é realizada quando houver conexão entre duas ou mais ações, por ser comum o pedido ou a causa de pedir.
3. E ainda, determina a lei ainda que, as ações sejam decididas conjuntamente sob pena de gerarem decisões conflitantes ou contraditórias entre si, ainda que não sejam conexas.
4. Identidade de causa de pedir remota. As medidas requeridas dizem respeito ao cumprimento das metas estabelecidas pelos próprios Entes Públicos, quando da elaboração do plano de contingência para o enfrentamento da pandemia de Covid-19, no âmbito do Município do Rio de Janeiro.
5. Pedidos, embora não sejam idênticos, possuem semelhança e encontram-se entrelaçados, em perceptível interdependência;
6. Por óbvio, a manutenção ou não dos leitos disponíveis para SRAG na rede municipal e estadual, já previstos no planejamento, o desbloqueio destes leitos, bem como a ampliação de novas vagas (proc. 008147142.2020.8.19.0001), influenciará na análise da necessidade de manutenção dos leitos dos hospitais de campanha, bem como o desbloqueio daqueles que, inicialmente, não estavam previstos nos planos de contingência (proc. 0092893-07.2020.8.19.0001).
7. Imperioso concluir pela prejudicialidade, eis que a matéria da ação anterior resolve aspectos que devem ser levados em conta para o julgamento da ação posterior (demanda originária), direcionando o sentido em que o Julgador decidirá.
8. O condutor da necessidade da reunião das causas para julgamento conjunto é o fato de que elas veiculam seguimentos diversos de uma mesma relação jurídica de direito material.
9. A existência de relação de afinidade e prejudicialidade entre as ações, justifica o reconhecimento da conexão, com a conseqüente reunião delas para julgamento conjunto, ante o risco de decisões conflitantes. Incidência do artigo 55, § 3º do CPC;
- 10.

Mantida a decisão que deferiu, parcialmente, a tutela de urgência recursal, até ulterior manifestação do juízo competente, conforme previsão do artigo 64, § 4º do CPC; 11. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Agravos internos prejudicados. (TJ-RJ - AI: 00320472720208190000, Relator: Des(a). JDS ISABELA PESSANHA CHAGAS, Data de Julgamento: 26/08/2020, VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/08/2020)

Esse primeiro caso é um exemplo do que vem sendo amplamente discutido nos tribunais; a maior parte dessas judicializações se dão pela requisição de leitos, tendo em vista que o nosso país sofre com a má distribuição de leitos hospitalares. Na decisão colacionada, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro adentrou com ação contra o Município de Barra Mansa – RJ, para que este atendesse às demandas sociais e disponibilizasse novos leitos de terapia intensiva, para tratamento dos pacientes com Covid-19. Assim, conclui-se que a discussão não versa sobre o direito individual de apenas um cidadão, mas sim da sociedade como um todo, que poderia vir a necessitar daqueles leitos. Vejamos o próximo caso:

ACP – IMPOSIÇÃO AO PODER PÚBLICO DE MEDIDAS EM INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA EM RAZÃO DA PANDEMIA DO COVID-19 - NÃO CABIMENTO - PRINCÍPIO DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES - CRFB/88 Agravo de Instrumento em face de decisão que determinou ao agravante e ao Município de Cabo Frio a adotarem medidas para garantir proteção aos idosos internados em Instituições de Longa Permanência em razão da pandemia do Covid-19. Requisitos do art. 300 do CPC ausentes. Violação ao princípio da harmonia e independência entre os Poderes, expressamente declarado no art. 2º da CRFB/88. Decisão que estabelece normas genéricas a serem observadas pelo Poder Público, extrapolando, assim, os limites da intervenção do Judiciário, a quem cabe verificar e sanar casos de ilegalidade, e não se fazer substituir ao Executivo, criando normas e políticas públicas. Fiscalização pelo MP que deve se dar em situação concreta. Decisão cassada. Recurso provido. (TJ-RJ – AI: 00421673220208190000, Relator: Des(a). NATACHANASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 24/9/2020, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/9/2020)

A decisão acima busca proteger os idosos que vivem em Instituições de Longa Permanência no Estado do Rio de Janeiro. AACP foi distribuída pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, em face do Estado e do Município do Rio de Janeiro, objetivando obter liminar para a prevenção da proliferação do novo coronavírus nas Instituições de Longa Permanência para Idosos – Iipi. De igual forma, também se trata de proteção de direitos coletivos, e não de um indivíduo apenas.

4 CONCLUSÃO

Em virtude de todas as considerações elencadas no decorrer do artigo, podemos verificar que o direito à saúde passou por um longo processo de conquistas e ampliações durante todos os séculos, perseverando com essa mesma conduta nos dias de hoje, visto que a saúde pública necessita de melhorias que são realizadas por meio das políticas públicas, buscando a concretização dos objetivos elencados no art. 196 da Constituição Federal de 1988.

A atuação jurisdicional é um mecanismo fundamental em nossa sociedade, através do qual se exerce a coerção do Poder Executivo, mais especificamente sobre o Poder Público, uma vez que os acessos às ações de saúde são ineficientes. Nos últimos anos, tornaram-se corriqueiras as decisões judiciais forçando a administração pública a fornecer medicamentos e realização de cirurgias sob pena de multa diária entre outras sanções que o Judiciário estabelece diante do não cumprimento das determinações.

É nesse contexto que surgem dois lados do fenômeno da judicialização à saúde, o primeiro deles é que esse mecanismo assegura o papel de efetivador do direito à saúde àqueles que mais necessitam e que convivem diariamente com o descaso de atendimento nos hospitais.

A segunda vertente se dá pelas decisões que por vezes obriga o Estado a custear tratamentos de saúde de elevado valor, além de determinar que o Estado arque também com despesas de tratamentos médicos no exterior.

Por tais razões, o Poder Judiciário deve buscar a efetivação de tais direitos que se encontram esquecidos, principalmente agora durante a pandemia de Covid-19, mas também deverá analisar caso a caso, e não simplesmente obrigar o Estado a cumprir todas as determinações impostas sem sequer avaliar o custo delas.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: maio 2021.
- GIGO JR., Ivo. Introdução à Análise Econômica do Direito. *In*: RIBEIRO, M. C. P; KLEIN, V. (coord.). **“O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução”**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-26.
- NUNES. A. J. A.; SCAFF, F. F. **Os Tribunais e o Direito à Saúde, Série Estado e Constituição**. Vol. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHWARTZ, G. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos; ROSA JÚNIOR, Faustino. Os direitos da pessoa humana na Constituição Federal de 1988: os direitos sociais podem ser pleiteados na via judicial? *In*: ASSIS, Araken de (org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 63-82.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MÉTODOS DE RESOLUÇÃO *ON-LINE* DAS DISPUTAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA BREVE EXPERIÊNCIA NA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE MACAPÁ – AP

Esclepíades de Oliveira Neto¹
Elizabeth Ferguson Pimentel²

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objetivo geral analisar os métodos de resolução *on-line* de disputas (Online Dispute Resolution – ODR), entendendo-os como ferramentas de acesso à Justiça Digital. Objetiva também estudar a Justiça Digital enquanto uma interface entre a gestão processual e a tecnologia da informação apta a apresentar soluções para o tratamento das demandas de massa em relações de consumo, levando-se em consideração a utilização deste mecanismo na 1ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Macapá. E, ao final, busca-se apresentar o modelo esquemático de gestão processual aplicável a essas demandas em trâmite no Judiciário, citando-se o experimento atualmente realizado na Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Macapá.

O fenômeno do aumento exponencial dos conflitos em relações de consumo decorre de uma causa bastante complexa, relacionada às transformações políticas, econômicas, tecnológicas e sociais contemporâneas ocorridas especialmente nas últimas três décadas.

As transformações tecnológicas relacionadas ao advento da internet nos anos 1990 promoveram mudanças profundas nas relações sociais e econômicas, porquanto a conectividade relativizou os conceitos de espaço e tempo, gerando novos mercados, novas interações e um acesso à informação e ao conhecimento nunca visto.

O construto da cultura do litígio e da judicialização leva à reflexão sobre a necessidade de aumento do índice de solução adequada e pacífica dos litígios a partir de incentivos às partes, dentro de uma análise econômica do Direito, e considerando

¹ Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Professor da Escola Judicial do Amapá. Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília.

² Analista judiciário – Especialidade Execução de Mandados – do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Professora da Escola Judicial do Amapá. Mestra em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá.

os impactos sociais das decisões judiciais, de maneira que desafia o Poder Judiciário a construir novos meios de resolução de conflitos, conforme propõem-se a seguir.

2 DESENVOLVIMENTO

É contínuo o desafio de desenvolver soluções voltadas à melhoria do Judiciário de modo a equalizar o binômio demanda/disponibilidade do serviço público jurisdicional. Contudo, a resolução das demandas típicas da sociedade do século XXI precisam levar em consideração uma estratégia judiciária que conecte a gestão processual com a tecnologia da informação. Nas últimas três décadas, surgiram conceitos contemporâneos voltados a esse objetivo, tais como Justiça Digital, tribunais *on-line* (Online Courts) e métodos de resolução *on-line* das disputas (Online Dispute Resolution – ODR).

Com efeito, o tema do acesso à justiça passou a ser considerado dentro do contexto da sociedade conectada. O conceito de Justiça Digital orienta a ideia de que os métodos de solução de litígios devem considerar as revoluções tecnológicas, socioeconômicas e culturais contemporâneas. O sistema multiportas – ou multisserviços, como defendemos, a partir da perspectiva de Susskind, buscando aprimoramento, passa a considerar espaços de ação desenvolvidos no mundo digital – como os tribunais *on-line* – e os métodos de solução de conflitos passam por um processo de evolução, desde a Alternative Dispute Resolution – ADR até a instituição de novos métodos de solução de disputas, reconfigurados para o ambiente digital e conectados às ferramentas tecnológicas – ODR.

No livro *The Future of Law: facing the challenges of information technology* (1996), Richard Susskind estabelece uma sistemática de análise sobre o impacto da tecnologia da informação na prática do direito e na administração da Justiça. Desde então, mesmo sofrendo rejeição dogmática irracional por uma espécie de “sistema imunológico” conservador (PICCOLI, 2018), as ideias de Justiça Digital e Tribunal *On-line* se intensificaram.

O conceito de Justiça Digital indica a ocorrência de importantes etapas de evolução e adequação do sistema de Justiça aos anseios da sociedade contemporânea. Processos eletrônicos, audiências não presenciais, teletrabalho, implantação de novos meios de comunicação, análise de dados focada em jurimetria, o uso da Inteligência Artificial – IA no serviço judiciário e a certificação de atos jurídicos por meio de tecnologias de razão distribuída são alguns destaques no conceito de Justiça Digital.

Tais aspectos sugerem que parte da adaptação do Poder Judiciário às mudanças exigidas pela sociedade do século XXI não perpassam necessariamente por uma reforma das normas jurídicas em vigor, mas se refere a ferramentas de gestão e de tecnologia potencialmente capazes de deixar o sistema de Justiça mais ágil e especializado, menos dispendioso e mais sustentável, de modo a dinamizar e qualificar seus grupos de entrega, a saber, o serviço público de prestação jurisdicional.

Segundo Katsh e Rabinovich-Einy (2017, p. 155), a penetração da tecnologia digital nos tribunais está ocorrendo em três fases. A primeira envolve eficiência e gerenciamento de casos (em uma sinergia entre gestão processual e tecnologia da informação); a segunda se conecta ao crescimento da ideia de governo eletrônico, disponibilizando mais informações governamentais e novas ferramentas ao público (o que se vê nas atuais políticas públicas de gestão judiciária, especialmente no Conselho Nacional de Justiça); e, finalmente, a mudança está ocorrendo por meio de um “prisma de acesso à justiça”, sob o qual alguns processos legais são conduzidos *on-line* e o entendimento tradicional de “acesso” e “justiça” é revisitado.

Nesse acesso à justiça digital, o sentido de acesso é potencializado e entrega maior comodidade ao cidadão, que pode consumir serviços públicos utilizando computadores e *smartphones*. A ideia de Justiça também é reconfigurada a partir da necessidade de esta ser um serviço mais abrangente, conectado e, sobretudo, mais econômico e célere.

A Justiça Digital, do ponto de vista da gestão processual, pode ensejar uma ampla redução de recursos públicos e um aumento na capacidade dos tribunais em proferir sentenças, despachos, decisões e atos de audiência, com a diminuição de rotinas desnecessárias, afastando-se do conceito de burocracia e aproximando-se de um novo modelo de gestão judiciária, mais responsivo e especialmente dedicado ao gerenciamento de casos.

Levando então em consideração a Justiça Digital, tribunais *on-line* e Resolução *On-line* de Disputas – ODR, é possível evoluir na confecção de modelos teórico-metodológicos de gestão processual, sintonizados com a tecnologia da informação, jurisdição cooperativa, fluxos de comunicação e difusão de conhecimento sobre a temática das disputas de massa em relações de consumo.

O primeiro modelo citado é a integração do Judiciário com o *site* Consumidor.gov.br, que foi apresentado ao CNJ por meio do “Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. Políticas Públicas do Poder Judiciário. Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições” (2018). Esse modelo é considerado uma

solução de grande impacto para evitar novos processos, sendo tecnicamente viável e de baixo custo.

A proposta, com o intuito de desafogar os tribunais e evitar novos pleitos, é criar um fluxo para direcionar as demandas ao Consumidor.gov.br (BRASIL) antes de levar o problema a juízo, assim garantindo que houve uma tentativa de comunicação entre as partes através dessa plataforma digital, sem gerar demandas adicionais ao Judiciário e ao consumidor (FIGUEIREDO, 2020).

Observa-se a formulação do método faseado, apoiado na ferramenta tecnológica proposta, que se insere no processo de forma rápida e esquemática, e busca dinamizar a gestão do processo em busca da conciliação. As vantagens da solução descrita no relatório são as seguintes (CNJ, 2018, p. 126-127):

1. Obriga a empresa a atender o reclamante rapidamente.
2. Provavelmente não atrasa o andamento do processo, visto que i) os procedimentos correm em paralelo; ii) o prazo de atendimento no Consumidor.gov.br é curto; e iii) os diálogos realizados através da plataforma auxiliam na tomada de decisão no processo judicial.
3. Evita a entrada de ações desnecessárias, ou seja, que podem ser resolvidas extrajudicialmente.
4. Desincentiva a entrada de litigantes e advogados oportunistas, uma vez que o Consumidor.gov.br terá registro das discussões travadas entre reclamante e empresa.
5. Auxilia na documentação das reclamações, em razão de o Consumidor.gov.br possuir modelos de dados mais adequados para registrar informações sobre as queixas do que os sistemas dos tribunais.
6. Não afeta negativamente o acesso à justiça, já que o processo judicial é distribuído de qualquer forma.

Esse relatório do CNJ (2018, p. 127) também previa a implementação gradativa e planejada do projeto, garantindo o atendimento de um cronograma de implementação e uma avaliação do impacto utilizando índices de atendimento da demanda.

De fato, o potencial dessa proposta para a redução da litigiosidade é relevante, uma vez que afeta todos os petições eletrônicos. Essa também é uma

forma adequada de aumentar a eficiência do Judiciário, pois somente irão a juízo os casos que comprovadamente não forem resolvidos extrajudicialmente. Ademais, a proposta se alinha a métodos de ODR para promover uma gestão processual mais dinâmica e sintonizada com a sociedade digital contemporânea, pois a fase anterior ao ajuizamento da demanda seria realizada dentro do ambiente digital, com baixo custo e bons índices de eficácia.

Registre-se, por fim, que a Agência Nacional de Aviação Civil – Anac adotou a plataforma Consumidor.gov.br para monitorar as reclamações de consumidores de serviços aéreos e, desse modo, produzir conhecimento necessário para instruir sobre suas atividades de fiscalização e regulação (GUERRA; SALINAS, 2020, p. 3), o que possibilita inclusive uma atividade regulatória setorial mais responsiva, considerando a adesão das empresas reguladas aos métodos *on-line* de solução de disputas consumeristas.

O segundo modelo ora apresentado busca articular os princípios das Resoluções CNJ 345 (Juízo 100% Digital), 354 (cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial) e 358 (criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação) no ambiente de um Juizado Especial Cível e de relações de consumo – característico para as demandas de massa consumeristas mencionadas no presente artigo –, sendo inicialmente necessário estabelecer três etapas preparatórias para depois se estruturar o método faseado propriamente dito.

Na etapa preparatória um, destaca-se a disseminação das teorias e práticas de ODR entre magistrados, servidores, advocacia pública e privada, representantes de consumidores e fornecedores de bens e serviços; a realização de cursos, seminários, debates permanentes e *lives* sobre temas relacionados a demandas de massa e relações de consumo, transmitidos via internet por *sites* de largo acesso. Nessa etapa, ressalta-se o potencial de atuação dos Centros de Inteligência Judicial, Laboratórios de Inovação Judiciária e Escolas Judiciais como equipamentos indutores de uma cultura de inovação apta a permitir a aplicação da ODR no ecossistema de Justiça multiportas/multisserviços.

Na etapa preparatória dois, é importante assinalar a formulação de convênios com litigantes habituais para instalação de espaços de negociação/conciliação/mediação via ODR; e a integração do sistema de gestão processual do Juizado com o Sistema Informatizado para a Resolução de Conflitos por meio da Conciliação e Mediação – Sirec do CNJ.

Na etapa preparatória três, é necessário estabelecer troca de mensagens síncronas e/ou assíncronas com litigantes habituais no caso das lides de massa em relação de consumo; produzir relatórios para gestão detalhada dos requerimentos das partes e das empresas, bem como por classe e assunto das demandas que ingressaram no Sirec, conforme a Tabela Processual Unificada – TPU do CNJ, além de marcadores de demandas repetitivas no sistema de gestão processual para agilizar decisões e sentenças; organizar a pauta de audiências com base em *case management*, devendo-se evitar audiências com partes relutantes em firmar acordos; monitorar por litigante habitual, classe, assunto e marcador de demanda repetitiva, de modo a potencializar a gestão processual; verificar métricas e resultados de processos, a partir da jurimetria, inclusive com a apresentação às partes das taxas de recorribilidade e reversibilidade nos julgamentos do Juizado; informar sobre a jurisprudência dominante no microsistema como análise preditiva dentro das possibilidades de julgamento do processo.

As fases executivas da proposta são inspiradas no Civil Resolution Tribunal – CRT, instalado na British Columbia (Canadá) desde 2012, com etapas definidas em um método faseado, que são as seguintes:

Etapa ODR 1: ofertar aos cidadãos informações necessárias para a compreensão dos aspectos relevantes do conflito de massa em relação de consumo no qual eles possam estar envolvidos. Esta etapa está em implementação na 1ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Macapá, por meio de informativos estruturados em Visual Law disponibilizados nos canais de comunicação da unidade jurisdicional e também por meio de “decisões mistas”, nas quais são abordados não somente aspectos jurisdicionais, mas aspectos gerenciais (*case management*), especialmente com a utilização da Resolução CNJ 350 (Cooperação Judiciária), propondo uma atitude cooperativa das partes em busca da solução de conflitos.

Etapa ODR 2: o cidadão pode optar em iniciar o processo e a petição inicial pode ser formalizada de forma eletrônica, sendo possível inclusive seu ajuizamento por meio audiovisual, no *site* do tribunal, por aplicativo de mensagem no contato telefônico do Juizado ou outro meio digital. Após a análise inicial pelo juiz, é procedida a citação/intimação do demandado litigante habitual por qualquer meio eletrônico, sendo iniciada a intermediação assíncrona da conversa entre os envolvidos. Essa etapa está em fase de prototipagem na 1ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Macapá, especialmente tendo havido a homologação de acordos por meio de aplicativos de mensagem, de forma assíncrona, diminuindo o tempo de tramitação de processos e o agendamento de audiências. Pretende-se formular uma alternativa baseada em ODR na qual cidadãos e algumas empresas, como a Companhia de Eletricidade do

Amapá – CEA, possam negociar acordos de forma assíncrona e sem necessidade de agendamento de audiência conciliatória, com apoio da unidade judicial.

Etapa ODR 3: se não houver acordo dentro do prazo de cinco dias, um mediador/ conciliador humano passa a agir primeiramente pelas técnicas convencionais de ADR, evoluindo para uma análise juseconômica, relacionada à predição de resultados. Em fase de ideação, essa etapa pretende agregar às teorias da conciliação, mediação, justiça restaurativa, bem como as demais técnicas de solução adequada de conflitos, uma análise racional e utilitarista da gestão de caso, baseada em uma perspectiva responsiva, de forma que a tramitação do processo leve em consideração sanções premiais e punitivas baseadas no comportamento das partes. Assim, postura colaborativa deve ser considerada positivamente, com o emprego de *nudges*, já postura adversarial deve ser pontuada negativamente, com a identificação de atos atentatórios à boa-fé processual e à cooperação.

Etapa ODR 4: o juiz decide os casos residuais que não puderam ser resolvidos nas etapas anteriores.

Destaca-se que, com base nos estudos realizados e utilizando o citado modelo do CRT canadense, está se iniciando a fase de implementação do modelo teórico-metodológico proposto na 1ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Macapá. Os conceitos e práticas estão em contínuo exercício a partir do ciclo de planejamento, execução, verificação e ação de correção dos erros, denominado Ciclo PDCA.

Além disso, a temática da ODR vem sendo discutida na Escola Judicial do Amapá – Ejap e no Centro de Inteligência do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá – Ceijap, com a pretensão de difundir a importância desta técnica na Justiça do Estado.

Os modelos de aplicação de ODR no Juizado especial cível e de relações de consumo precisam focar em um pensamento humanizado, criativo e empático, dedicado a resolver problemas complexos de forma colaborativa e centrada no aspecto humano. Leva-se em consideração a experiência do usuário do serviço público jurisdicional – ou seja, o cidadão – devendo-se considerar: a) empatia (compreensão do problema a ser resolvido pela ótica do usuário), b) definição das carências e ideação dos modelos de solução, c) prototipagem (produtos e serviços que serão testados no serviço judicial), d) testagem (validação dos protótipos); e) iteração (processo comunicativo de repetição, evolução contínua, coleta devolutiva das impressões do usuário sobre os protótipos testados etc.). O objetivo final é alinhar produtos e serviços oferecidos com as demandas reais da população atendida.

É necessário também o aprimoramento da coleta, tratamento e a valoração de dados estatísticos, com a finalidade de converter as informações traduzidas nesses dados em políticas públicas jurisdicionais e de cidadania satisfatórias à população. De posse dos dados quantitativos e qualitativos relacionados ao serviço do Juizado, é possível criar indicadores de litigiosidade, tempo médio do processo e acesso à Justiça. A partir deles, passa a ser viável a criação de um indicador estatístico de prestação jurisdicional.

Também é pertinente desenvolver uma pesquisa de satisfação do cidadão, aplicada aos que procuram os serviços oferecidos pelo Juizado, baseada em perguntas objetivas e voltadas ao armazenamento de informações úteis para o conhecimento do projeto, aptas a direcionar políticas públicas jurisdicionais. Atualmente, a 1ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Macapá possui em andamento uma pesquisa de satisfação do cliente externo – especialmente advogados e cidadãos usuários do sistema judiciário – com dados coletados por críticas, sugestões e elogios garimpados pelos aplicativos WhatsApp e Instagram.

3 CONCLUSÃO

Qualquer modelo teórico-metodológico proposto em benefício da jurisdição e da gestão processual precisa levar em conta, com profundidade, as transformações políticas, econômicas, tecnológicas e sociais contemporâneas. Somente a partir do estudo das causas complexas que interferem no fenômeno do aumento exponencial dos conflitos em relações de consumo é que se pode, com maior exatidão, identificar como o Poder Judiciário deve adotar a Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC para auxiliar na resolução das demandas de massa típicas da sociedade do século XXI.

Como destaca Katsh e Rabinovich-Einy (2017, p. 51) em termos de acesso à justiça digital, a contribuição mais significativa dos métodos de ODR talvez seja a superação do dilema entre acesso ao serviço judiciário e excesso de demandas – uma espécie de *trade-off* entre eficiência gerencial e o valor da justiça. A combinação de coleta de dados, comunicação e *software* ODR abre a possibilidade de potencializar tanto a eficiência como a segurança jurídica, com um aumento tanto no “acesso” quanto na “justiça”.

As práticas ora relatadas propõem *design* de *softwares*, critérios de gestão processual para a avaliação dos processos de ODR e atividades focadas na prevenção

de disputas (ODP). Essas práticas ensinam a enxergar, no presente, o futuro da resolução de disputas na sociedade contemporânea.

O breve panorama sobre a potencial aplicação da resolução *on-line* das disputas nos tribunais estaduais que buscam um modelo esquemático de gestão processual aplicável às demandas consumeristas é um convite ao aprofundamento da temática, com o intuito de fomentar a implementação de um serviço judiciário que contemple, de forma comprovada, resultados eficientes, eficazes e socialmente efetivos.

Nesse sentido, conforme discutido no curso do presente trabalho, os tribunais podem iniciar a adoção do método ODR para solução de conflitos e meio de acesso à Justiça, assim como tem-se feito, em fase de ideação e prototipagem, na 1ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Macapá, com resultados iniciais promissores e devolutiva favorável por parte de advogados e cidadãos usuários do sistema de Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon). **Consumidor.gov.br**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1609067231415>. Acesso em: 23 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório Analítico Propositivo**. Justiça Pesquisa. Políticas Públicas do Poder Judiciário. Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020.

FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito. **Revista CNJ**, Brasília, CNJ, v. 4, n. 2, 2020.

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Resolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/4501>. Acesso em: 23 dez. 2020.

KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital justice**: technology and the internet of disputes. New York: Oxford University Press, 2017.

PICCOLI, Ademir Milion. **Judiciário exponencial**: 7 premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema de justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018.

SUSSKIND, Richard E. **The Future of Law**: facing the challenges of information technology. Oxford, Clarendon Press, 1996.

SUSSKIND, Richard E. **Online Courts and the Future of Justice**. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2019.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO NO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE IMUNIZAÇÃO CONTRA A COVID-19¹

Michel Kurdoglian Lutaif²
Arthur Paku Ottolini Balbani³

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos meses, uma acertada decisão do Supremo Tribunal Federal⁴ reafirmou o caráter cooperativo do federalismo brasileiro, asseverando que todos os entes federativos – União, Distrito Federal, estados e municípios – são competentes em matéria de direito à saúde. Não demorou para que surgissem boatos sobre uma suposta incompetência da União criada com a decisão da Corte (VIVAS; FALCÃO, 2021), levando o Poder Judiciário a ser alvo de extensas críticas por conta de sua atuação institucional.

Como é cediço, o modelo brasileiro de federalismo mescla competências privativas de cada ente federativo com competências comuns e concorrentes, mas com grande concentração de atribuições em torno da União, adotando postura distinta do modelo norte-americano, em que os estados possuem maior primazia decisória. A cooperação exigida no Federalismo brasileiro, assim, não pode ser vista como uma autorização plena para que os gestores públicos atuem sem parâmetros – partindo apenas das normativas que eles próprios criaram –, mas também não significa subordinação e submissão integral à União.

Sobrevém, então, relevante questão: como devem agir os Poderes Executivo e Judiciário dos entes federados quando se deparam com questões envolvendo conflitos federativos, especialmente envolvendo políticas públicas de saúde no contexto da maior crise sanitária dos últimos anos, em que as decisões relevantes do Poder Público foram tomadas em uma arena não presencial, ante as medidas de distanciamento social e trabalho remoto?

¹ O presente resumo expandido introduz um estudo preliminar apresentado no Encontro Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais, realizado pela Enfam. Os resultados conclusivos serão oportunamente publicados em meio próprio.

² Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

³ Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e assistente jurídico no Tribunal de Justiça São Paulo.

⁴ Medida Cautelar na ADI 6.341.

2 HIPÓTESE

Ao longo desta pesquisa, trabalhar-se-á com a hipótese de que o Poder Judiciário dos entes federados está seguindo a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 6.341 quando são demandados para revisar os critérios de imunização adotados pelo Poder Executivo de sua jurisdição, reconhecendo a competência concorrente dos entes federados na adoção de parâmetros técnicos conforme suas especificidades e a necessidade de prevalência da legislação mais protetiva, seja ela estadual ou federal.

3 MARCO TEÓRICO

O constituinte originário, ao adotar para o Brasil o modelo federal de Estado, teve necessariamente que realizar certas escolhas, notadamente, a de abrir mão de um modelo concentrado de organização em detrimento de um modelo que reparte a competência entre os diferentes entes federativos. Ranieri (2013, p. 135), nesse sentido, ao tratar do conceito de Estado Federal, sintetiza em uma expressão a essência dessa forma de Estado: “a inexistência da centralização do poder estatal”.

Coube ao constituinte, ainda, deliberar sobre a forma como seriam repartidas as competências constitucionais. No modelo pátrio, previu-se diferentes atribuições para cada um dos entes federativos, havendo, ainda, competências comuns e concorrentes a todos, cada qual sendo assinalada em um artigo distinto da Constituição Federal. Destaca Almeida (2013, p. 61) ter o constituinte dado grande enfoque à competência concorrente, visando simultaneamente a assegurar a descentralização a atribuição de diretrizes uniformes para determinadas temáticas, de modo a alcançar um “federalismo de equilíbrio”.

É por isso que, em uma análise superficial do art. 24, inciso XII, da Constituição Federal (que trata das competências concorrentes), fica claro que a ação dos entes federativos deve ser coordenada, o que é corroborado pela redação dada ao § 1º do mesmo dispositivo, no sentido de que a União terá competência restrita à edição de normas gerais, enquanto os estados podem atuar conforme suas peculiaridades⁵.

Por outro lado, verifica-se no § 4º do mesmo dispositivo normativo que a superveniência de norma geral editada pela União suspende a eficácia da legislação

⁵ Art. 24. Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: §1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

estadual, no que for contrária⁶: ter-se-ia a impressão, a partir da leitura do dispositivo, de que o constituinte optou por priorizar as normas da União em detrimento das normas dos estados. Isso, porém, não é verdadeiro: a competência da União para legislar sobre normas gerais decorre da necessidade de se criar um parâmetro nacional mínimo de cooperação e de harmonização da legislação em matérias sensíveis, minimizando a disparidade normativa.

A prevalência da cooperação entre os entes federativos em detrimento de uma hierarquia rígida também se encontra estampada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Quando do julgamento das ADIs 3.874 e 5.996, asseverou a Corte que os estados podem adotar legislação mais restritiva do que a União quando necessária para a ampliação do escopo protetivo de direitos fundamentais, excluindo, portanto, a interpretação de que haveria um vínculo hierárquico e de submissão entre tais normas.

Em decorrência deste reiterado entendimento jurisprudencial, confirmado no julgamento da ADI 6.341, passou a ser exigida uma atuação mais coerente e consciente por parte da União: afinal, foi dada maior autonomia aos gestores para que pudessem desenvolver suas próprias políticas públicas de enfrentamento à pandemia, desde que fossem mais ou igualmente protetivas às diretrizes da União. A lógica é bastante simples: a proteção dos direitos fundamentais não pode ser obstada por um critério hierárquico, na medida em que constitui núcleo fundante da nossa ordem jurídico-constitucional.

A Corte, portanto, não afastou a atuação da União das ações de combate à pandemia, como inicialmente foi narrado. Entretanto, tal falácia teve impactos significativos, mormente acerca da implementação das medidas sanitárias necessárias para o enfrentamento da pandemia de Covid-19, em especial acerca da vacinação – a exemplo da demora na definição do Plano Nacional de Imunização. Foi necessário que o próprio STF, na ADPF 754, instasse a União para detalhar os critérios sobre a vacinação, de forma a fixar diretrizes mínimas gerais para que estados e municípios pudessem definir também suas ações.

A disciplina do Direito Sanitário brasileiro também traz importantes lições acerca do caráter cooperativo de nosso modelo federalista. Dourado, Dallari e Elias (2013, p. 13) preconizam, acerca do tema, que há no Estado Federal uma necessária autonomia dos entes que integram a Federação, não havendo que se falar entre hierarquia entre

⁶ § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

as competências de cada um deles: e, mesmo acerca do SUS, não é possível se falar de hierarquia, mas tão somente de primazia do interesse local e de regionalização, de sorte que cada ente federativo possui atuação direcionada para área específica, considerando a sua capacidade orçamentária e a possibilidade de oferecer melhores condições de atendimento.

A importância do reconhecimento de que as competências em matéria de saúde são concorrentes e regidas pelo princípio cooperativo permitem tanto uma maior aproximação entre o gestor público local e os problemas enfrentados como também levam ao reconhecimento de que não há uma política pública única e centralizada que seja completamente eficaz para solucionar todos os problemas decorrentes da pandemia de Covid-19, justamente por não se tratar de fenômeno nacionalmente uniforme.

Paralelamente à necessidade de se fixar adequadamente o regime de competências constitucionais em matéria de saúde, emerge relevante problemática acerca do papel do Poder Judiciário nesse processo: afinal, a definição de critérios específicos para a vacinação e a adoção de planos locais de combate à pandemia de Covid-19 elevou a exigência de maior atuação do Poder Judiciário, visando assegurar a proteção dos direitos fundamentais envolvidos e manter a ordem constitucional, levando-se em conta ainda um possível risco de falta de legitimidade nas decisões tomadas por gestores públicos ante um ambiente de trabalho remoto e a diminuição de debates e reuniões presenciais.

Acerca da vacinação e dos critérios adotados para o estabelecimento dos grupos prioritários, dois precedentes se destacam, tendo sido proferidos por tribunais diferentes, em jurisdições diferentes, mas unidos pela mesma premissa.

Na Suspensão de Segurança Cível n. 1008586-09.2021.4.01.0000, a Presidência do TRF da 1ª Região suspendeu os efeitos de medida liminar que autorizava a vacinação prioritária dos filiados ao Sindicato dos Motoristas Autônomos de Transporte Privado Individual por Aplicativos no DF – Sindmaap, uma vez que esta decisão teria sido tomada ao arrepio do PNI. Por sua vez, no Agravo de Instrumento n. 2054803-64.2021.8.26.0000, a 2ª Câmara de Direito Público do TJ-SP, em decisão de lavra da Desembargadora Vera Angrisani, negou medida liminar em ação que buscava a concessão de vacina a pessoa não incluída nos grupos prioritários de vacinação, adotando os mesmos fundamentos.

Ambas as decisões – do TRF1 e do TJSP, bem como aquelas proferidas pelo STF no delineamento das ações de combate à pandemia, demonstram que o

Poder Judiciário tem se mostrado, em última instância, como balizador dos conflitos federativos, reafirmando a importância da coordenação da União das ações integradas por meio de regras gerais, do papel de estados e municípios na definição de critérios específicos conforme sua necessidade e da prevalência destes em detrimento a interesses privados ou de determinados grupos.

4 METODOLOGIA

Para a realização da pesquisa, definiu-se como recorte espacial o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, principalmente por conta da representatividade nacional dos casos recebidos. É esperado que o Estado de São Paulo, mais populoso do país e que proporcionalmente conta com uma das maiores taxas de imunização, além do maior número absoluto de imunizados, tenha também a maior quantidade de demandas apresentadas em juízo acerca da revisão dos critérios de vacinação.

A pesquisa será realizada por meio da análise de recursos e ações originárias distribuídas à segunda instância do Judiciário paulista, especificamente para a Seção de Direito Público e para o Órgão Especial (que detém a competência para apreciação do tema), distribuídos no recorte temporal entre março de 2020 e maio de 2021, por meio da busca em seu portal eletrônico das palavras-chave: “vacinação”, “imunização”, “Covid-19”, “plano nacional de imunização”, “ADI 6.341”, “ADPF 754”, “controle jurisdicional”, selecionando assim os acórdãos que se enquadrem no recorte desejado para a pesquisa.

5 RESULTADOS ESPERADOS

Espera-se que a pesquisa demonstre que o Estado brasileiro, em matéria de federalismo sanitário, tem premente descentralização, com primazia da legislação mais protetiva, seja ela da União ou dos estados-membros.

Ao mesmo tempo, espera-se identificar uma tendência de restrição do controle jurisdicional às hipóteses em que este se faz expressamente necessário para coibir ilegalidades nos atos administrativos, e não nos casos em que se buscar a via jurisdicional como mero substitutivo da política pública. Assim, espera-se que o Poder Judiciário posicione-se contrário à revisão de seu mérito por meio de invasão à discricionariedade administrativa embasada nos critérios técnicos das autoridades sanitárias locais, mantendo sua análise estrita à legalidade dos atos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DOURADO, Daniel de Araújo; DALLARI, Sueli Gandolfi; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. Federalismo sanitário brasileiro: perspectiva da regionalização do Sistema Único de Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 12, n. 3, p. 10-34, 2013. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/688>. Acesso em: 3 maio 2018.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. São Paulo: Manole, 2013.

VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Marcelo. STF contesta Bolsonaro e diz em nota que nunca proibiu governo federal de atuar contra pandemia. **Portal G1**. Brasília, 18 jan. 2021. Disponível em: shorturl.at/KEGK4. Acesso em: 3 maio 2021.

PRECEDENTE COMO DIÁLOGO

Marcelo Elias Naschenweng¹

1 INTRODUÇÃO

O instituto do precedente foi revisitado com a vinda do CPC 2015, despertando entendimentos vários frente ao seu modo de construção e funcionamento no seio do ordenamento jurídico brasileiro; comporta, todavia, reposicionamento para que o mecanismo possa melhor desempenhar o seu papel na busca de valores como segurança, isonomia e efetividade, tão caros a um sistema de justiça que precisa dar conta de organizar e resolver conflitos em um mundo cada vez mais complexo.

A integração do precedente no sistema receptor reclama ajustes para o seu melhor funcionamento desde a orientação constitucional e a prática jurídica estabelecida. A vinculação das decisões judiciais requer observância por força de razões que se sustentam como válidas e não por força de forma, estrutura ou hierarquia, sob pena de vedar-se a busca pela melhor solução desde os materiais jurídicos dispostos, ao mesmo tempo em que se interdita a discussão democrática no seio do processo que deveria ser levada a ombros pelas partes e assegurada pelo juízo. Dessarte, o simples seguimento ao entendimento consolidado pelas cortes superiores sem a possibilidade de discussão de razões não consoa com o trato democrático e a efetividade almejados. O estudo foi desenvolvido nos moldes hermenêuticos, com a abordagem do tema e do problema desde a perspectiva dos autores e suas contribuições, a contraposição de sistemas, a integração do instituto em nosso ordenamento e o exame de sua construção, funcionamento e aplicação, com os desdobramentos daí advindos.

2 DESENVOLVIMENTO

A recepção do precedente em nosso ordenamento – que nunca foi avesso à orientação pretoriana como forma de compor e instruir as decisões – merece acomodação, tencionando o seu melhor aproveitamento em nosso sistema. Ao reverso de giz as diferenças, cumpre acentuar uma aproximação entre os sistemas

¹ Marcelo Elias Naschenweng, juiz de direito. Mestre e doutor pela Universidade Estácio de Sá/RJ, com estágio na Universidade de Málaga/ES. Professor da Academia Judicial/TJSC.

de justiça, mesmo como traço evolutivo, na busca comum por efetividade, isonomia e segurança, na exigência democrática da motivação das decisões e da participação dos interessados, de modo que no Direito como partilha, como atividade intersubjetiva, o mecanismo do precedente tem lugar em qualquer das famílias do Direito ocidental.

Nesta busca por segurança, previsibilidade e isonomia, o CPC trouxe em seu art. 927 a obrigatoriedade do atendimento de algumas decisões cuja importância fora reconhecida para o bom funcionamento do trabalho judiciário. Ao lado disso, em seu art. 926, também trouxe os vetores de coerência e integridade a disciplinar a atuação jurisdicional para que a atividade de seus órgãos não recaia em uma contradição injustificada nem se perca em uma indústria inefetiva. Assim, antes de reger por forma, por estrutura e hierarquia, convém reconhecer no sistema uma força vinculativa material, calcada em razões que arrimam as decisões; decisões estas que, num sistema de justiça integrado, devem guardar consistência e harmonia. Quanto mais este constrangimento advier da prática jurídica estabelecida, dos consensos coletivos logrados, da jurisprudência reconhecida, das súmulas, dos precedentes, enfim, de argumentos que se mostraram vencedores e que por isso desfrutam de uma autoridade (sempre provisória), menos o aspecto meramente formal e hierárquico precisa ser invocado.

Nessa linha, o precedente deve ser tomado como diálogo, como um julgado que serve de referência a outro. Não é monólogo de Corte de Vértice – que vincula por força de estrutura e hierarquia – nem silêncio – e silêncio de catacumba, de coisa julgada, de verdade decidida e dita para todo o sempre. Há de se distinguir a obrigatoriedade advinda da coisa julgada – restrita ao dispositivo nos claros termos do art. 504 do CPC – daquela advinda do precedente: um precedente é razão, argumento, diálogo. Não é silêncio e lei para todo o sempre, como intenta a coisa julgada. Um precedente aspira à segurança, tal qual a coisa julgada. Enquanto a coisa passada em julgado repousa na autoridade (formal, argumento da autoridade, em que prevalece a força da autoridade), o precedente reside no argumento (substancial, autoridade do argumento, em que prevalece a força do argumento). Por isso, enquanto a coisa julgada constitui um entendimento definitivo, o precedente consiste em um entendimento provisório. No precedente, há uma presunção de acerto, que pode ser derruída quando confrontada e ultrapassada por melhores razões.

O precedente é reconhecido como tal quando se verifica que o caso anterior reúne condições de interditar o leque de possibilidade de sentidos do caso em apreço. Jordi Beltrán (2016, p. 182) descreve uma estrutura triádica, na qual os fatos são comparados não em suspenso, mas sob alguma incidência legal. Assim, à analogia precede uma regra: uma analogia é uma relação triádica entre dois casos (em

comparação) e uma regra (que rege a comparação). Os casos não são coincidentes, mas semelhantes, e isso em relação a algum aspecto.

Calvo González, recrutando o aporte do direito narrativo para a compreensão do precedente, menciona que o precedente é um hipotexto de uma decisão:

“O precedente em relação à decisão que o incorpore mantém uma consistência narrativa *standard* que não apresenta grandes dificuldades. Entre o hipertexto e o hipotexto, existe sempre uma satisfatória relação de consistência narrativa, que será puramente lógico-convencional, de modo que a explicação do posterior (decisão) se dá com a influência do anterior” (GONZÁLEZ, 1996, p.19).

Há, pois, uma transposição por condensação, refere o autor à noção de relato intercalado, invocando o conto de Hofstadter:

“Em uma galeria de quadros, um homem se põe defronte de um deles, no qual enxerga a paisagem de uma cidade e essa paisagem se abre para incluir a galeria que o contém e o homem que está a mirá-lo. Desde esta perspectiva, a noção de precedente se representa como uma progressiva composição de imagens semelhantes à originada por espelhos enfrentados. O precedente assim pode ser comparado com espelhos que se refletem em abismo; um espelho que volta e volta contendo-se a si mesmo uma vez atrás da outra infinitamente. Essa imaginação ótica conduz a ideia do precedente como a proliferação interna de um relato em outro, ou relato intercalado. Parece recordar a estrutura do livro das mil e uma noites no qual Shahrazade conta uma história na qual se conta uma história, na qual se conta uma história e assim sucessivamente. Esse artifício narrativo, o encadear uma história com outra, salva cada noite de sua vida” (GONZÁLEZ, 1996, p.15-16).

Na abordagem do precedente como diálogo, como razões que precisam entrar em jogo, esta retroalimentação não pode se dar de modo fechado, simples repetição impensada, mas tem que abranger novos dados, sob pena de subverter o movimento circular virtuoso. Essa ressignificação – a evolução advinda da invocação e revisitação do precedente –, como faz ver González, verte pragmaticamente como coerência, funcionando o precedente como redutor de complexidade dos vários possíveis critérios de decisão (fáticos e normativos).

Continuando na senda do Direito narrativo, podemos girar o caleidoscópio para que o enfoque recaia sobre o narrador, assim, a noção de relato intercalado permite

observar a posição do antigo e do novo relator, reconhecendo-se verossimilhança em relação ao primeiro relato, decorrente da presunção de que goza o precedente. Essa presunção adquire um grau de confiabilidade por estar afinada com a ideia de coerência: o precedente deve ser mantido, salvo razão suficiente para vencê-lo. Em novo giro, a atenção pode se voltar aos destinatários, então, a construção do relato mediante razões de outro acentua o precedente como parâmetro de correção jurídica em atendimento ao princípio da isonomia. (GONZÁLEZ, 1996, p.18).

Na doutrina de González, a noção de precedentes impele a valores como certeza, estabilidade e previsibilidade, ao lado de conferir elasticidade ao Direito, como refere Eduardo Oteiza, ao permitir novas decisões mediante criações intersticiais que o adaptam a transformações das circunstâncias (OTEÍZA, 2016, p. 162). Porque nesta batida, a vinculação é de ordem material, e não formal: as razões se sobrepõem à forma. Importa a autoridade do argumento e não o argumento da autoridade.

Não se desconhece que corrente doutrinária de nomeada sustenta que a vinculação se dá por força de estrutura, forma e hierarquia, nos moldes do art. 927 do CPC (por todos, MARINONI, 2015). Mas, os institutos ali reunidos, sob o epíteto de precedentes, albergam conteúdos dos mais variados, que constroem de modos diversos: cogente por decorrer de coisa julgada; persuasivo por constar de orientação sumular; de consideração obrigatória por se tratar de enunciado de ampla divulgação. Na contramão deste entendimento, calha a defesa de que a vinculação seja de ordem material e não formal, logo, calcada em razões, não ditadas pelo dispositivo, mas pela fundamentação do julgado, em argumentos que entram em jogo. Nessa trilha, as razões invocadas por uma parte – ou de conhecimento obrigatório pelo juízo – e que serviram como suporte de uma decisão anterior devem ser consideradas por força dos padrões de coerência e integridade, incorporados ao sistema processual conforme o art. 926 do CPC.

O precedente não consiste em um monólogo incorruptível, a obrigar por força de pura autoridade, mas na dicção de Oteiza: “Quero sublinhar como os precedentes das cortes supremas participam da construção de um diálogo substantivo que forma parte da deliberação democrática” (OTEÍZA, 2016, p. 159). Mesmo por isso, os precedentes não podem reger perenemente, vinculando por forma sem ventilar as razões que lhe informam, mas devem integrar um diálogo substantivo consistente com uma deliberação democrática. Uma decisão precedente se mostra como um texto que, como os outros e com outros (intertexto), não prescinde de interpretação. Mesmo por isso Umberto Eco refere que um texto é sempre, de certo modo, reticente (ECO, 2011, p. 12) ou mais expressivamente: “Todo texto é uma máquina preguiçosa pedindo ao leitor que faça uma parte do seu trabalho” (ECO, 1994).

É da narrativa dialógica e autofágica de razões que a decisão jurisdicional é construída num processo democrático, sem interdição do debate de razões, mesmo aquelas que se mostraram vencedoras em litígio anterior. Essas razões gozam de presunção de valência, mas que pode ser ilidida por força de argumentação suficiente em sentido contrário. Lógico que tal proceder reclama um *plus* argumentativo, mas esse é o ônus que a tradição cobra. A tradição aqui são os consensos logrados, as convenções coletivas consolidadas pela prática jurídica, a jurisprudência, as súmulas e os precedentes, que funcionam como uma ancoragem argumentativa. Aqui, muito se aproveita a noção de tradição recolhida da doutrina gadameriana (2005), a qual se pode ligar o vetor da coerência: como o encontro com decisões passadas repercute no presente e, mesmo por isso, os motivos determinantes devem novamente ingressar no jogo democrático: as razões que se sagraram vencedoras em um primeiro momento devem dialogar com as razões contidas no novo contexto temporal e fático que pretendem continuar regendo. Todavia, a coerência somente não satisfaz. É preciso um passo além, rumo à integridade.

A integridade, ao mesmo tempo em que une o passado e o presente – atendendo neste passo a coerência, deixa uma brecha para incorporar o intento da justiça e da “ideia fraternal de tratar todos os membros da mesma comunidade como iguais” (GUEST, 2010, p. 203). A integridade do Direito vem ilustrada por Dworkin em sua conhecida fantasia do romance em cadeia a reunir as decisões judiciais em uma continuidade consistente, de modo que a atividade judicial deve observar uma linha de entendimento consagrada, salvo razões suficientes para autorizar um posicionamento divergente: não decisão sob redoma, não há decisão entre parênteses, mas cada uma se insere na história institucional do Direito. Bem de ver que a atividade jurídica não se exaure com a mera reprodução de um entendimento anterior, não é assim que se escreve uma história: a superação se constitui em um novo capítulo desta mesma novela.

A coerência se contenta com a melhor resposta que o Direito já deu, enquanto que a integridade pergunta pela melhor resposta que o Direito pode dar (NASCHENWENG, 2020, p. 226). Assim, a superação se mostra sempre como um possível, ou seja, impende que o intérprete empenhe-se na busca da melhor resposta. Ainda que o Direito ostente um conceito interpretativo, de maneira que a verdade aqui ressaia sempre como provisória, logo, superável por melhores razões.

Com Mendes, mesmo para resguardar uma condução democrática da prática judiciária, comporta trazer a prudência da ressalva:

No campo doutrinário, sempre foi polêmica a possibilidade de órgão inferior superar entendimento formulado por tribunal que se situe em condições de revisar o entendimento do primeiro. Entretanto, no CPC 2015, a previsão contida no inciso VI, do §1º, do art. 489, parece autorizar a prática. Esta possibilidade, de superação, precisa ser aplicada comedidamente, pois, do contrário, se realizada pelo tribunal que firmou o precedente, acabará tornando letra morta a norma, ainda que programática, estabelecida no art. 926 do CPC. Se realizada em demasia pelo juiz de primeiro grau ou pelos tribunais superiores, o sistema de precedentes vinculativos estará correndo sérios riscos (MENDES, 2017, p. 269).

Assim, a superação de um precedente vai exigir um esforço argumentativo majorado para dar conta de, num sistema democrático, ultrapassar um entendimento conformado em um ambiente intersubjetivo.

Por outro lado, no agir interpretativo, convém sublinhar a importância primeva dos fatos e da temporalidade. Considerar o movimento uno e trino em que se convola(m) a compreensão-interpretação-aplicação de modo que a última ação não se desprende das duas primeiras, mas justamente recruta o vento benfazejo da temporalidade e da faticidade para o âmbito da atividade interpretativa, como assenta Gadamer:

[...] aplicação não pode jamais significar uma operação subsidiária, que venha acrescentar-se posteriormente à compreensão: o objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica. Aplicar não é ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular (GADAMER, 2006, p. 57).

Aqui, ganha relevo o argumento de Friedrich Muller a ressaltar a programaticidade da norma: que deverá incidir em um caso concreto (âmbito de incidência da norma) e dali recolher elementos fáticos que integram o sentido da norma. Imprescindível, pois, que o sistema seja sensível para receber do caso fático elementos que vão importar para se chegar ao sentido da norma. Assim, como o dado fático só é apreensível na aplicação, tem-se por inviável saber-se de antemão o comando legal. Nesse viés, inviável apurar o sentido da norma apenas nos movimentos da compreensão e interpretação. Como argui Streck (2017, p. 69), se a lei abarca todas as hipóteses de aplicação, então o contexto não importa.

De seu turno, Taruffo acentua o liame havido entre o precedente e o caso concreto:

“Isso se origina da circunstância de porque o precedente é sempre uma decisão relativa a um caso particular, ocorre que o significado da regra jurídica usada como critério de decisão venha ‘concretizado’ para referi-lo à solução do caso particular: não se compreende o precedente se a interpretação da norma em que nele foi aplicada não venha diretamente relacionada com a hipótese concreta que foi decidida (TARUFFO, 2012).

Nesse entendimento, o instituto do precedente não se configura em uma resposta dada de antemão, como se estivesse infenso ao jogo democrático a ser travado pelos participantes do processo na construção da melhor solução jurídica para o caso submetido a juízo. Como todo texto, o precedente resente de interpretação e, mesmo detendo presunção, deve ter suas razões consideradas no conjunto do material fático e jurídico arremetido. É justamente esse movimento que vai permitir a adequação, a confirmação ou o abandono daquela solução pretoriana, formando uma linha de entendimento que só pode ser construída na experimentação contínua, no embate dialogal e democrático das razões agitadas. Mesmo por isso, inviável que a definição do Direito e do sentido da norma esteja afeta apenas a Cortes de Vértice e que a aplicação seja relegada a cortes e juízos de mera aplicação, donde se tira a noção de precedentes como textos, parâmetros de interpretação, logo, novamente sujeitos à interpretação.

Com isso, o que quer breçar é a mineralização do Direito que, como sistema vivo, tem de eleger mecanismos que comportem a assimilação de relações complexas, acompanhando o ritmo ditado por perturbações advindas do trato social em suas inúmeras e incoativas demandas. Caminho diverso poderia nos atar a uma imobilidade e render ensejo a advertência de Borges sempre lembrada por González: “Eu tantas vezes contei a história que já não sei se a recordo de fato ou simplesmente das palavras que usei para contá-la”.

3 CONCLUSÃO

A resolução precedente quando aplicada não deve consistir em norma perene e insondável como se de uma equação hipercodificada por sinédoque (ECO, 2011, p. 47) se tratasse, mas, ao reverso, comportar os ajustes que a temporalidade – que é sempre nova – e a facticidade – que é sempre outra – reclamam. Pois é justamente a reapresentação do precedente frente aos novos casos que irá conferir e insuflar consistência ao conjunto argumentativo de modo a comportar o seguimento, a rerratificação ou a superação daquele entendimento ali consolidado. A vinculação

material advinda da consideração das razões é que deve nortear o trato com os precedentes, com presunção de acerto por se cuidar de uma trama argumentativa que se logrou vencedora como melhor resposta que o Direito já deu (coerência), mas sem interditar o exame democrático dos argumentos e provas recolhidos pelas partes e disponibilizados a juízo, no intento da busca pela melhor resposta que o Direito pode dar (integridade).

REFERÊNCIAS

BELTRÁN, Jordi Ferrer. El gen iusrealista de Michele Taruffo. *In*: BELTRÁN, Jordi Ferrer (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ECO, Umberto. **Lector in Fabula**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

ECO, Umberto. **Seis passeios pelos bosques da ficção**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GONZÁLEZ, José Calvo. **Derecho y narración**: Materiales para una teoría crítica narrativista del Derecho. Barcelona: Ariel, 1996.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010. p. 203.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**. O cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

OTEIZA, Eduardo. El uso del precedente em el diálogo entre cortes nacionales y transnacionales. *In*: BELTRÁN, Jordi Ferrer; ROJAS, Carmen Vasquez (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 108, n. 415, p. 277-290, jan./jun. 2012.



Escola Nacional
de Formação
e Aperfeiçoamento
de Magistrados