

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

VOLUME 7 - NÚMERO 1 - JANEIRO - ABRIL 2023



**FUTURO
É AGORA**



DIREITO



UnB



ABPC
ASSOCIAÇÃO BRASILENSE DE
DIREITO PROCESSUAL CIVIL



latindex

Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE Luiz Guilherme Marinoni

CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, PROCEDURALIZAÇÃO E COGNIÇÃO DEMOCRÁTICA Guilherme Pupe da Nóbrega

A VIRTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E AS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO DE COGNIÇÃO DECISÓRIA Daniela Marques de Moraes; Laís de Oliveira e Silva

DECISÕES ARBITRÁRIAS COMO VIOLAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA Rafael Gomiero Pitta; Natasha Reis Carvalho Cardoso

ANIMAIS COMO PARTES NO PROCESSO: UMA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA? Pedro de Oliveira Alves; Iuri Mendes da Silva

A ATUAÇÃO INTERVENTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTUS VULNERABILIS* Eveline Gonçalves Denardi; Carolina Galeazzi Avolio

ESFORÇO PARA A COMPREENSÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO Luiz Tarcísio de Paiva Costa; Rafaela Rezeck Pereira

DE POLISSEMIA A METONÍMIA: A INCERTEZA SOBRE O QUE É UM PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO Benedito Cerezzo Pereira Filho; Rodrigo Nery; Luísa Rocha Corrêa; Guilherme Mazarello

A PROPRIEDADE SOBRE BEM IMÓVEL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO E LEI APLICÁVEL Inez Lopes Matos Carneiro de Farias; Gracemerce Camboim; Ida Geovanna Medeiros

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol. 7 N. 1 (jan./abr. 2023) –
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Quadrimestral. 2023.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ONLINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Multilíngue (Português/Inglês/Espanhol/Francês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito.

CDU 340

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Law Journal

Revista vinculada ao Programa de Pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

Janeiro – Abril de 2023, volume 7, número 1

co

CORPO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

EDITORES

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Daniela Marques de Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Evandro Piza Duarte

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Fabiano Hartmann Peixoto

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Janaína Lima Penalva da Silva

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcelo da Costa Pinto Neves

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Othon de Azevedo Lopes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Simone Rodrigues Pinto

CONSELHO CIENTÍFICO

Universität Bielefeld, Alemanha – Ifons Bora

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil – Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil – Ana Lúcia Sabadell

Universidade de Connecticut, Estados Unidos – Ángel Oquendo

Universidade de Glasgow, Escócia – Emilios Christodoulidis

Universidade Federal de Goiás, Brasil – Francisco Mata Machado Tavares

Universität Flensburg, Alemanha – Hauke Brunkhorst

University of Luxembourg, Luxemburgo – Johan van der Walt

Universidade Agostinho Neto, Angola – José Octávio Serra Van-Dúnem

University of Glasgow, Escócia – Johan van der Walt

Universidade de Helsinque, Finlândia – Kimmo Nuotio

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil – Leonel Severo Rocha
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil – Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira
Universidade Meiji, Japão – Masayuski Murayama
Universidade Clássica de Lisboa, Portugal – Miguel Nogueira de Brito
Universidade Federal do Piauí, Brasil – Nelson Juliano Cardoso Matos
Universidade Federal do Pará, Brasil – Paulo Weyl
Universidade Católica de Santos, Brasil – Olavo Bittencourt Neto
Universidad de Los Andes, Colômbia – René Fernando Urueña Hernandez
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil – Thiago Paluma
Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha – Thomas Vesting
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil – Valesca Raizer Borges Moschen
Universidade de São Paulo, Brasil – Virgílio Afonso da Silva

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

EQUIPE DE REVISÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Bárbara Luize Santos Silva
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleiton Pinheiro Viana
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ingrid Kammyla Santos Bernardo
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Lívia Cristina dos Anjos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Luciana Pereira da Silva
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Thaís Cristina Freitas Marques

EQUIPE DE EDITORAÇÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleiton Pinheiro Viana
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Lívia Cristina dos Anjos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Luciana Pereira da Silva

DIAGRAMAÇÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleiton Pinheiro Viana

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira

ASSISTENTES

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Kelly Martins Bezerra

CAPA

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes

IMAGEM

Steve Bidmead – Bedfordshire/England, Disponível em <https://pixabay.com/pt/users/stevebidmead-249424/>

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Journal Law

V. 07, N. 01

Janeiro-Abril de 2023

SUMÁRIO

NOTA EDITORIAL	12
Inez Lopes	
AGRADECIMENTOS	15
Inez Lopes	
PREFÁCIO	17
Daniela Marques de Moraes Benedito Cerezzo Pereira Filho Luiz Henrique Krassuski Fortes	
DOSSIÊ TEMÁTICO	24
DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	25
Luiz Guilherme Marinoni	
CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, PROCEDURALIZAÇÃO E COGNIÇÃO DEMOCRÁTICA	63
Guilherme Pupe da Nóbrega	
A VIRTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E AS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO DE COGNIÇÃO DECISÓRIA	83
Daniela Marques de Moraes Laís de Oliveira e Silva	
DECISÕES ARBITRÁRIAS COMO VIOLAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA	99
Rafael Gomiero Pitta Natasha Reis Carvalho Cardoso	

ANIMAIS COMO PARTES NO PROCESSO: UMA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA?	121
Pedro de Oliveira Alves Iuri Mendes da Silva	
A ATUAÇÃO INTERVENTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTUS VULNERABILIS	153
Eveline Gonçalves Denardi Carolina Galeazzi Avolio	
ESFORÇO PARA A COMPREENSÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO	179
Luiz Tarcísio de Paiva Costa Rafaela Rezeck Pereira	
DE POLISSEMIA A METONÍMIA: A INCERTEZA SOBRE O QUE É UM PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO	201
Benedito Cerezzo Pereira Filho Rodrigo Nery Luísa Rocha Corrêa Guilherme Mazarello	
A PROPRIEDADE SOBRE BEM IMÓVEL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO E LEI APLICÁVEL	229
Inez Lopes Matos Carneiro de Farias Gracemerce Camboim Ida Geovanna Medeiros	



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

NOTA EDITORIAL

NOTA EDITORIAL

É com mutua alegria que anunciamos o lançamento do número 1 do volume 7 de 2023 da Revista DIREITO.UnB do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB). A Revista está indexada no Portal periódicos CAPES, com extrato A2, no Diadorim e no Latindex.

Nesta edição, o dossiê temático aborda o Direito Processual e Tutela dos Direito organizado pelo grupo de pesquisa Processo Civil, Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos - CNPq/UnB e com apoio da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil - ABPC.

A edição temática apresenta artigos especiais relacionados à efetividade da tutela jurisdicional, de modo que se garanta constitucionalmente a proteção dos que carecem de tutela adequada. Capeletti e Garth já alertavam para “o risco de procedimentos modernos e eficientes abandonarem as garantias fundamentais do processo civil”¹ e “subverter os fundamentos de um procedimento justo”². De acordo com esses autores,

A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”³.

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 161.

2 Idem, p. 164.

3 Idem, p. 8.

Na primeira parte do presente dossiê temático, os professores convidados desenvolvem reflexões sobre pontos nevrálgicos na estrutura judicial brasileira atual, como o “direito fundamental à ação”, o “controle de omissões institucionais” e os “componentes de colorido político da jurisdição constitucional”. Na segunda parte desta edição, são apresentados os artigos submetidos à revista mediante o sistema duplo-cego por pares, de igual relevância no contexto jurídico-nacional, contribuindo para as meditações sobre temas que merecem destaque.

Boa leitura!

Inez Lopes

Editora-chefe

Revista Direito.UnB

AGRADECIMIENTOS

AGRADECIMENTOS

A Revista Direito.UnB agradece a todas as pessoas que contribuíram para a primeira edição do ano de 2023, em especial aos professores de diversas instituições de ensino superior, estudantes, técnicos e estagiários.

Agradecemos a todos os colaboradores que se dedicaram para a migração do periódico em 2019 para o Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER), software do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT), principalmente os servidores da Biblioteca Central da Universidade de Brasília. Merece especial citação Vinícius Ferreira Christofoleti, que inseriu todas as edições anteriores no sistema SEER. Agradecemos, ainda, aos professores que submeteram seus artigos e contribuíram para a disseminação e divulgação das pesquisas realizadas.

A qualidade científica dos conteúdos publicados em todas as edições elevou a classificação para a classificação A2 do Qualis Periódicos referente ao Quadriênio 2017-2020. Nossos profundos e sinceros agradecimentos a todos!

Por fim, agradecemos ao grupo de pesquisa Processo Civil, Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos - CNPq/UnB, com apoio da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil – ABPC que colaboraram para a publicação desta chamada especial.

Gratidão!


PREFÁCIO

PREFÁCIO

Daniela Marques de Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.
Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
Professora de Direito Processual Civil e Diretora da
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2021-2024).
Realizou estudo pós-doutoral na
Universidad Carlos III de Madrid. Membro da Associação
Brasiliense de Direito Processual Civil (ABPC).
Líder e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processo Civil,
Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos - CNPq/UnB.
E-mail: danielamoraes@unb.br
 <https://orcid.org/0000-0001-6966-3492>

Benedito Cerezzo Pereira Filho

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília – graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado).
Realizou estudo pós-doutoral na Universidad Complutense de
Madrid. Membro da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil (ABPC).
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).
Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo Civil, Acesso à Justiça e
Tutela dos Direitos - CNPq/UnB. Advogado.
E-mail: benedito.cerezzo@unb.br
 <https://orcid.org/0000-0002-7182-0159>

Luiz Henrique Krassuski Fortes

Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito.
Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Secretário-Geral Adjunto da Associação Brasiliense de Direito
Processual Civil (ABPC). Membro Associado do Instituto Brasileiro de
Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito
Processual Constitucional (ABDPC) e do Instituto dos
Advogados de Brasília (IADF). Professor de Direito Processual
Civil e Constitucional nos cursos de
pós-graduação da Faculdade Presbiteriana Mackenzie e do
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogado.
E-mail: krassuski@gmail.com

A Revista de Direito da Universidade de Brasília – DIREITO.UnB –, com o Dossiê Especial “Direito Processual e Tutela dos Direitos”, atende a uma demanda importantíssima para quem está comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional, entendida na sua dimensão constitucional, cuja função, em última análise, é proteger adequadamente situações carentes de tutela. O necessário debate sobre Direito Processual e Tutela dos Direitos é fundamental para a devida compreensão das atribuições destinadas a cada ator na jurisdição civil, visando, justamente, a entrega de uma prestação jurisdicional *adequada, tempestiva e efetiva*, fim do processo civil moderno.

O artigo do Professor Luiz Guilherme Marinoni, “Desacordos morais razoáveis e controle de constitucionalidade”, traz importantes reflexões diante de uma das várias facetas democráticas do direito fundamental de ação, notadamente o controle de omissões inconstitucionais a partir de textos normativos constitucionais de tessitura aberta. Em um texto dogmaticamente refinado, o artigo conversa com teses já clássicas da Teoria do Direito, da Teoria Constitucional e da Filosofia Política, como as reflexões de Waldron e a tese da resposta correta dworkiniana. Marinoni indica caminhos para as potencialidades de um diálogo institucional franco entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, que, por outro lado, não esvazie os ganhos civilizacionais do controle judicial a desacordos moralmente irrazoáveis e até mesmo àqueles também razoáveis. Como concluiu o autor, “o controle de constitucionalidade, mesmo diante das decisões que enfrentam desacordos morais razoáveis, não pode ser dispensado quando a decisão parlamentar nega o direito à participação, comete discriminação, viola a proporcionalidade, deixa de resolver questão essencial ao balanceamento, desconsidera ou mal analisa um fato constitucional, descumpra dever de tutela de direito fundamental, ou rejeita, sem justificativa racional, a posição moral absolutamente preponderante na sociedade”.

O artigo do Professor Guilherme Pupe da Nóbrega, “Capacidades institucionais, proceduralização e cognição democrática”, parte da premissa fática de que são cada vez mais inegáveis os componentes de colorido político da jurisdição constitucional, notadamente quanto à tempestividade de sua atuação (momento e conjectura). Nesse contexto, o autor explica não ser possível ignorar o papel do Supremo Tribunal Federal e o confrontar com uma perspectiva institucional, de modo que recomenda um repensar – e um novo desenvolvimento – da já bastante difundida tese das capacidades institucionais, a partir de dois novos componentes, a saber: a tensão interinstitucional conjectural e a necessidade de um juízo sobre o poder negocial do Judiciário no concerto cooperativo entre poderes. A resposta proposta pelo Professor Pupe a esse possível aprofundamento analítico das capacidades institucionais passa pela proceduralização. Sua definição mais simples pode ser feita em oposição à ideia de mera materialização (um olhar para o

conteúdo) e, também, a uma formalização subsuntiva a partir de deduções axiomáticas. Ou seja, a procedimentalização oferece uma alternativa prática à inexistência de técnica neutra que permita o atingimento de uma resposta correta para qualquer dos lados de um determinado conflito constitucional, com negociação para o enfrentamento de situações complexas. Assim, explica o autor, permite-se aos tribunais em geral – e ao STF em particular – atuarem como atores definidores de “condições amplas de interação entre instituições” que sejam capazes de “contribuir para a construção da decisão”, em implemento de uma cognoscibilidade mais democrática para o direito, capaz de respeitar o policentrismo e a abertura ao diálogo.

Em “A virtualização dos julgamentos dos tribunais superiores e as consequências no processo de cognição decisória”, as autoras Daniela Marques de Moraes e Laís de Oliveira e Silva procuraram demonstrar os impactos da virtualização dos julgamentos no processo de cognição e, por via de consequência, nos resultados decisórios. A análise recaiu, no âmbito dos julgamentos virtuais, sobre a publicidade e a visibilidade que referidos julgamentos alcançaram, bem como sobre a sua duração e o tempo para si dispensado, com a consequente reconfiguração dos teores e conteúdos das decisões judiciais.

No texto dos autores Rafael Gomiero Pitta e Natasha Reis Carvalho Cardoso intitulado “Decisões arbitrárias como violação ao acesso à justiça” debruçou-se sobre algumas considerações a respeito do movimento do acesso à justiça, compreendido como a garantia de uma resposta justa e efetiva, com o objetivo de apaziguar as partes nos conflitos e não apenas diminuir o acervo processual. Foram, então, levantadas as características que moldam decisões arbitrárias e como elas podem ser identificadas no processo civil. Uma vez identificadas e caracterizadas, buscou-se demonstrar como têm o potencial de violar o direito fundamental das partes não apenas a um processo, mas a um direito justo e efetivo. Segundo a argumentação: “[...] decisões unicamente preocupadas com a diminuição da carga de processos existentes podem trabalhar contra o sistema e ir na contramão do que o acesso à justiça sempre defendeu e assegurou.”

O artigo “Animais como partes no processo: uma impossibilidade jurídica?”, desenvolvido por Pedro de Oliveira Alves e Iuri Mendes da Silva vem para examinar a capacidade de ser parte e as razões pelas quais os animais podem ou não integrar o processo como sujeitos processuais, tema com bastante discussão doutrinária e a prática nos tribunais. A análise dogmática recaiu sobre o direito de ação, o conceito de sujeito de direito e sobre as disposições constitucionais, civis e ambientais, concluindo pela impossibilidade jurídica de os animais terem capacidade de ser parte em qualquer processo judicial.

Em “A atuação interventiva da Defensoria Pública como *custus vulnerabilis*”, as

autoras Eveline Gonçalves Denardi e Carolina Galeazzi Avolio procuraram demonstrar como a intervenção da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis* pode ser considerada instrumento de acesso à justiça para a população em situação de vulnerabilidade. A pesquisa coloca em foco as diversas formas de atuação da Defensoria Pública e os grupos destinatários da assistência jurídica pública e gratuita prestada pela instituição, tendo como ponto de partida as ações possessórias multitudinárias (art. 554, §1º, CPC), a atuação do Ministério Público como *custos legis* e o instituto do *amicus curiae*. As autoras constataram que os tribunais nacionais vêm reconhecendo a importância da Defensoria Pública na promoção dos direitos humanos e na defesa dos direitos dos necessitados, apesar dos inúmeros obstáculos e dificuldades práticas para o seu reconhecimento.

O artigo “Esforço para a compreensão histórica do processo de execução”, de Luiz Tarcísio de Paiva Costa e Rafaela Rezeck Pereira, denota o percurso da execução desde o direito romano, saltando para o direito português para alcançar o direito brasileiro, com a finalidade de demonstrar a evolução de técnicas satisfativas que enfatizam o primado da efetividade, com respeito à dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, em procedimento simplificado, se comparado com os momentos pretéritos, em um regime democrático de direito.

Em “De polissemia a metonímia: a incerteza sobre o que é um precedente no direito brasileiro” analisou-se a aplicação do conceito de precedente, refletindo sobre a polissemia inerente à palavra precedente e a incerteza doutrinária que recai sobre este instituto. Os autores Benedito Cerezo Pereira Filho, Rodrigo Nery, Luísa Rocha Corrêa e Guilherme Mazarello asseveram que “[...] o precedente, no Brasil, é um termo que inevitavelmente possui uma natureza polissêmica. É importante que o estudioso tenha essa noção, até para poder compreender o fenômeno mediante a conjuntura jurídica do país em que ele se opera. Ademais, precedentes, a depender da perspectiva teórica, podem ser compreendidos de variadas maneiras, sob as mais diversas classificações, extrapolando o âmbito da própria polissemia apontada, pois as variações conceituais muitas das vezes acabam sendo incompatíveis.” Com isso, concluem que há ainda um longo caminho a ser percorrido até se alcançar um efetivo sistema de precedentes brasileiro.

As autoras Inez Lopes Matos Carneiro de Farias, Gracemerce Camboim e Ida Geovanna Medeiros, no texto “A propriedade sobre bem imóvel e o direito internacional privado: considerações sobre jurisdição e lei aplicável”, propuseram-se a analisar questões relativas à jurisdição internacional, à legislação e à peculiaridade da lei nacional envolvendo direitos de propriedade de imóveis situados no país, com foco no papel dos tribunais e na possibilidade de eles flexibilizarem as hipóteses de jurisdição exclusiva previstas no art. 23 do CPC e a aplicação dos critérios da *forum rei sitae* e *lex rei sitae*. Concluíram que: “[...] a autoridade estrangeira é categoricamente impedida de

exercer a jurisdição e julgar sobre os direitos *in rem* ou direitos *in personam* que envolvam bem imóvel, independentemente da manifestação de vontade das partes que possuem limites em suas obrigações de contratar, nos termos da válvula de segurança do artigo 17 da LINDB. Estudos sobre direitos *in personam* contribuirão para a participação do Brasil na Convenção da Haia de 2019 sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras.”

Como se pode perceber, as autoras e autores dos artigos do presente volume navegaram por inúmeras questões que não apenas têm o processo como objeto em si ou pano de fundo para reflexões acadêmicas ensimesmadas, mas sim se utilizaram de uma compreensão *viva* do direito processual, que *pulsa* conforme as necessidades do direito material tutelado – e, no final das contas, da própria vida.

O Dossiê Especial “Direito Processual e Tutela dos Direitos” foi organizado e apoiado pelo Grupo de Pesquisa Processo Civil, Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos - CNPq/UnB e pela Associação Brasiliense de Direito Processual Civil - ABPC.

Que os ensaios aqui reunidos possam contribuir para o crescimento e para a constante construção do pensamento de todas e todos nós! Desejamos uma excelente leitura!

Brasília, 28 de abril de 2023.

Daniela Marques de Moraes

Benedito Cerezzo Pereira Filho

Luiz Henrique Krassuski Fortes



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.


CONVIDADOS

DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

REASONABLE MORAL DISAGREEMENTS AND CONSTITUTIONALITY CONTROL

Recebido: 25/04/2022
Convidado

Luiz Guilherme Marinoni

Prof.essor Titular da Universidade Federal do Paraná.
Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional.
Membro Honorário do Presidium da International Association of Procedural Law.
E-mail: guilherme@marinoni.adv.br
 <https://orcid.org/0000-0002-7891-3083>

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar que existem questões morais que, a princípio, devem ser resolvidas exclusivamente pelo Legislativo, embora isto não possa excluir, em abstrato, o controle de constitucionalidade diante dos desacordos morais razoáveis, especialmente em virtude de a Corte, ao eventualmente decidir, sempre estar sujeita a reação popular e parlamentar.

Palavras-chave: Desacordos morais razoáveis; Objetividade moral; Controle de Constitucionalidade; Diálogo institucional.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.
This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

This article intends to demonstrate that there are moral issues that, in principle, must be resolved exclusively by the Legislative, although this cannot exclude, in the abstract, the control of constitutionality in the face of reasonable moral disagreements, especially due to the fact that the Court, when eventually deciding, will always be subject to popular and parliamentary reaction.

Keywords: Reasonable moral disagreements; Moral objectivity; Constitutionality Control; Institutional dialogue.

1. INTRODUÇÃO

Fala-se em direito à tutela jurisdicional de direitos morais, o que corresponde a dizer que, mediante o direito de ação, é possível exigir do Juiz não apenas a implementação dos direitos afirmados na lei, mas também dos direitos morais não reconhecidos pelo Legislador. O texto legal, neste sentido, não é fonte exclusiva dos direitos. A partir dos princípios e da consideração da história, da tradição e dos precedentes, o Judiciário pode admitir pretensões à tutela de direitos mesmo na ausência de lei¹. Isto confere ao Juiz, a partir de normas constitucionais indeterminadas, não só poder de afirmar um direito que não deriva da lei ou das palavras da Constituição, mas também de invalidar a lei que os parlamentares acreditam não contradizê-la.

Este poder, no entanto, enfrenta um problema de legitimidade democrática, na medida em que o próprio significado da Constituição, indispensável para a aferição da correção do trabalho do Parlamento, passa a estar nas mãos do Judiciário².

Tenta-se justificar a transferência do poder à Corte ao se imaginar um Juiz-

1 Ronald Dworkin, **A matter of principle**, Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 9 e ss.

2 Lembre-se do alerta de Robert Dahl: “But the more it (the Supreme Court) moves outside this realm – a vast realm in itself – the more dubious its authority becomes. For then it becomes an unelected legislative body. In the guise of interpreting the Constitution – or, even more questionable, divining the obscure and often unknowable intentions of the Framers – the high court enacts important laws and policies that are the proper province of elected officials” (Robert Dahl, **How Democratic is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2003, p. 153-154).

Hércules³, um Juiz inabalavelmente comprometido com a integridade do direito⁴ e, sobretudo, incapaz de ser removido do desejo de buscar a decisão capaz de realizar a justiça substancial, única que teria aptidão para responder à democracia constitucional, que então se sobreporia à democracia vista como maioria.

Entretanto, o fato de existir, nesta tentativa de legitimação da “supremacia do Judiciário”, a não percepção de que mesmo Hércules nunca será capaz de substituir o poder do povo, possui relevância. Não importa saber se a Corte tem ou não as melhores condições para discutir os princípios e para alcançar a “decisão correta” diante de questões que apenas e tão somente podem ser decididas pelas pessoas e, assim, pelo voto da maioria dos seus representantes. Há questões que simplesmente não podem ser resolvidas de forma legítima e democrática por outros que não aqueles que têm expectativas sobre elas.

Porém, falar em desacordo moral razoável, para sustentar a “supremacia do Parlamento”, pode encobrir situações em que há discriminação ou, no mínimo, violação de direito fundamental à participação na deliberação parlamentar. Na verdade, os desacordos morais razoáveis trazem dificuldade em virtude da complexidade do seu conteúdo e, portanto, do feixe de diferentes questões que podem envolvê-los. Vale dizer que, dentro daquilo que se tem como um desacordo moral razoável, existe uma questão essencialmente moral que não impede o surgimento de outras questões jurídicas. Isto ocorre especialmente porque, ainda que o Parlamento se depare, a princípio, com uma questão meramente moral, há sempre a possibilidade de precipitações ou desvios que não podem isentar o controle de constitucionalidade.

Além disso, sabe-se que não há como pensar em “última palavra” do Judiciário sobre a interpretação constitucional, sendo indispensável, especialmente nos casos em que direitos são afirmados na penumbra dos direitos fundamentais, o desenvolvimento de um diálogo institucional capaz de responder aos fatos constitucionais ou à verdade do Estado Constitucional⁵.

Pretende-se demonstrar, mediante o presente texto, que embora as questões morais devam ser resolvidas exclusivamente pelas pessoas e, assim, pelo Parlamento,

3 Hércules, de acordo com Dworkin, é um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade (Ronald Dworkin, **Law's empire**, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 262).

4 Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação constitucional da prática jurídica da comunidade. O direito como integridade, para Dworkin, é tanto produto, quanto fonte, da interpretação abrangente da prática jurídica (Ronald Dworkin, *Law's empire*, p. 248 e ss).

5 Peter Häberle. **Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 2008, esp. p. 112 e ss.

não se pode excluir, em abstrato, o controle de constitucionalidade diante das decisões acerca de desacordos morais razoáveis não apenas em virtude de a decisão parlamentar raramente espelhar, nestas hipóteses, exclusivamente a solução de uma questão moral, mas também em razão de a melhor forma de encontrar respostas adequadas a respeito das disputas que reclamam orientação constitucional estar no diálogo institucional, capaz de eliminar os males que resultariam do monopólio judicial sobre a análise dos desacordos morais.

2. O DIREITO DE PARTICIPAR DA CRIAÇÃO DOS DIREITOS: A SUA SOBREPOSIÇÃO EM FACE DO DIREITO AO RECONHECIMENTO JUDICIAL DOS DIREITOS MORAIS

É descabido tentar resolver um problema que diz respeito à teoria da autoridade com base num argumento que pertence à teoria da justiça, ao menos quando não se deseja excluir os valores da teoria democrática como componente essencial à sua resolução.

Isto significa, em outras palavras, que não se pode criar uma teoria da autoridade, legitimada pelos valores democráticos, com base na justiça da decisão ou com base nos direitos, quando o problema, longe de estar no direito, está num desacordo razoável e racional a respeito da solução a ser dada a uma questão que é, essencialmente, das pessoas.

Uma questão essencialmente moral não pode encontrar resposta em uma elaboração teórica do direito, por melhor que seja ela⁶. Assim, não bastaria pensar em um direito ao *reconhecimento judicial* dos direitos morais, pois o entrave está em uma circunstância que é anterior a do exercício da pretensão à tutela jurisdicional. O que realmente importa saber é se há um direito moral à participação na criação dos direitos e não se há um direito à tutela jurisdicional dos direitos morais.

Waldron, lembrando-se de William Cobbett, diz que o grande direito de todo homem consiste no “direito aos direitos”, ou no direito de tomar parte na criação dos direitos⁷. Esta afirmação permite que se lance luz sobre a ideia de que tenta resolver o impasse sob o argumento de que a Corte pode, *melhor do que ninguém*, alcançar a “decisão correta”.

Determinadas questões não podem ser respondidas com base na declaração judicial de direitos, ainda que esta seja o resultado de uma elaboração teórica pautada na

6 Jorge Reis Novais, **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, Lisboa: AAFDL Editora, 2019, p. 130.

7 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 231-232.

integridade do direito ou na plena e adequada discussão dos princípios constitucionais⁸.

É certo que o Judiciário pode decidir, em caso de insuficiência de proteção legal a direito fundamental, ao observar a regra da “menor restrição possível” – já que a margem deferida à atuação do Juiz, na correção da violação da proibição de insuficiência, obviamente não se confunde com o espaço em que o Parlamento livremente atua para balancear os direitos fundamentais⁹. Mas o Juiz não pode decidir diante de desacordo moral que apenas pode ser resolvido pelas pessoas, nem, em situações como esta, reavaliar as opções do Parlamento. Nestas hipóteses, a revisão da decisão legislativa só pode ser admitida mediante a superação de pesado ônus de demonstração de violação de direito fundamental, ou melhor, ao se evidenciar que, na verdade, não se tratava de um simples desacordo razoável sobre uma questão moral.

É importante perceber, para que tudo se torne mais claro, que embora o direito ao voto possa ter a sua importância ressignificada quando se tem em conta o fato da sua pequena interferência numa solução final que depende da participação de muitos, bem como diante da democracia representativa, não há como vê-lo como algo destituído de importância para o alcance de um resultado concreto relevante, ou mesmo como algo cujo valor está apenas em evitar o prejuízo que se produz quando a opinião de alguém não é considerada na solução de uma questão que lhe diz respeito.

A violação que se acarreta, quando se exclui alguém da decisão de uma questão, tem relação com o especial impacto que a decisão produz sobre os seus interesses. Isso quer dizer que o direito ao voto não é somente uma oportunidade para o sujeito se expressar em igualdade de condições com os demais interessados, mas é, muito mais do que isso, um momento em que se exerce um poder político imprescindível para o alcance de um resultado que se ambiciona ver tutelado. Tudo isso é muito claro para Waldron¹⁰.

Porém, é preciso insistir na diferença entre o direito de decidir e o direito à participação, ou, mais precisamente, enfatizar que o direito de decidir é uma forma *especial* de participação política. Quem intervém na discussão de uma questão tem respeitado o seu direito político de participar, *mas não exatamente o seu direito de decidir*. Quando a vontade de alguém diretamente determina o conteúdo da decisão, ou seja, quando a questão é *decidida mediante a consideração do voto do interessado, a participação não*

8 Louis Favoreu, *American and European Models of Constitutional Justice, Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday* (David S. Clark ed.), Berlin: Duncker u. Humblot, 1990, p. 110.

9 Como diz Canaris, frequentemente, no direito privado, defrontam-se interesses que podem ser garantidos como direitos fundamentais, e, quando o legislador protege um titular de um direito fundamental, ele por conseguinte intervém, muitas vezes ao mesmo tempo, na posição de outro titular de direito fundamental. O exame constitucional, por consequência, deve orientar-se em duas direções: por um lado a proteção não deve se reter atrás do mínimo constitucional exigido; por outro lado, não deve ser “excessiva”, ou seja, excedente ao proporcional e ao necessário (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS, 1989, p. 324 e ss).

10 Jeremy Waldron, *Law and disagreement*, esp. p. 234-243.

se limita a influenciar a autoridade que decide. Decidir é ter poder para estabelecer um resultado, ao passo que participar influenciando é, simplesmente, influenciar na formação da decisão, mas sem qualquer poder de diretamente determiná-la.

Quando importa, apenas e tão somente, a preservação do direito de decidir, *não basta pensar na participação popular perante a Corte. Não há motivo algum para saudar a participação dos amici curiae quando o problema não está em participar influenciando, mas em participar decidindo. A solução buscada na participação popular perante a Corte e sobre as suas decisões não é sequer um paliativo. É uma forma de encobrir o fato de que a Corte está, ilegitimamente, sobrepondo-se ao Parlamento e à vontade popular.*

O direito ao voto *não é apenas um direito de não ser desconsiderado, assim como também não é um mero direito de participar. É, isso sim, um direito de participar diretamente da solução de uma questão, ou seja, é propriamente um direito de decidir acerca da prevalência de um resultado. Qual o motivo para se fazer essa distinção aqui?*

Os direitos, numa democracia, são criados mediante os votos dos representantes do povo no Parlamento. Porém, evita-se admitir que a Corte, quando investida do poder de dizer o significado da Constituição a partir da solução de desacordos morais razoáveis, não apenas cria direitos como também nega os que foram estabelecidos pela maioria.

O verdadeiro problema, como é óbvio, está em admitir ao Judiciário a criação e negação de direitos mediante decisões de questões que apenas podem ser resolvidas pelos representantes do povo por meio da técnica majoritária. Isto significa criar e *negar direitos em detrimento do direito de o povo decidir e, neste sentido, participar da criação dos direitos.*

Uma abordagem ingênua poderia supor que a criação de direitos é sempre medida desejável e inofensiva. Contudo, uma análise mais rigorosa revela que os direitos possuem *custos*, inclusive os direitos fundamentais de primeira dimensão¹¹. Além disso, criar direitos implica uma criação implícita de deveres, sendo, ademais, próprio da democracia que um povo escolha seus próprios destinos. Como já dizia Kant no século XVIII, o iluminismo se traduz na ideia de *emancipação*, isto é, na aptidão para guiar a si mesmo. Cuida-se de um estágio evolutivo marcado pela conquista de uma maioria social. O autogoverno de um povo, por conseguinte, radica-se nos ideais iluministas¹². Em outras palavras, a participação dos cidadãos na fabricação de direitos, mais do que um imperativo constitucional, traduz um marco civilizatório. Negar a autonomia do corpo social equivale a criar um campo fértil para o paternalismo jurídico, quando indivíduos são tutelados como incapazes por autoridades não eleitas. Não por acaso, na Alemanha, Ingeborg Maus estabeleceu uma relação entre uma sociedade órfã, à procura de um pai,

11 Stephen Holmes e Cass Sunstein, **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**, New York: Norton, 1999, p. 99.

12 Stephen Holmes e Cass Sunstein, **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**, New York: Norton, 1999, p. 99.

e Juízes que agem como o superego da sociedade¹³.

Portanto, antes de se pensar em direito à tutela jurisdicional dos direitos morais não reconhecidos pelo Parlamento, há que se ter em conta o direito de participar da criação dos direitos. Afinal, é o direito de participar da criação dos direitos que impede que se tenha como legítima a criação-negação judicial dos direitos nos específicos casos de desacordos morais que, pela sua natureza, apenas podem ser decididos pelas pessoas.

3. TEORIA DA AUTORIDADE VERSUS TEORIA DA JUSTIÇA: O EQUÍVOCO EM TENTAR RESOLVER UM PROBLEMA DE AUTORIDADE MEDIANTE A PROCURA DE UMA “DECISÃO JUSTA”

E é exatamente a percepção de que o direito aos direitos ou o direito à participação na criação dos direitos prevalece sobre o direito ao reconhecimento judicial dos direitos morais que permite ver o equívoco de uma teoria que, com base na afirmação dos direitos, *imagina poder resolver um problema que diz respeito à teoria da autoridade*.

Definir a autoridade que deve decidir é uma questão autônoma em relação à de saber quais são os parâmetros que devem ser utilizados para se poder encontrar *uma decisão justa ou correta*. Waldron enfatiza essa distinção com cautela, chegando a lembrar uma conhecida contribuição de Thomas Hobbes para a filosofia política: qualquer teoria que faz depender a autoridade da *virtude dos resultados políticos é contraproducente*, uma vez que os conflitos sobre a bondade de tais resultados constituem *a exata razão pela qual se necessita reconhecer e estabelecer uma autoridade*¹⁴.

Waldron afirma, para evidenciar que a preocupação com a decisão justa não pode resolver um problema de autoridade, que, quando as pessoas divergem sobre a decisão acerca dos direitos, elas *também estão* divergindo sobre a autoridade, o que levaria a uma reprodução do problema que apontava para a necessidade de, antes de tudo, reconhecer e estabelecer a autoridade¹⁵. Dessa forma, porém, Waldron parece não conseguir ir além

13 Ingeborg Maus, *Judiciário como Superego da Sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”*, **Novos Estudos**, CBRAP, v. 58, 2000, p. 183-202. No mesmo sentido, dialogando com os escritos de Ingeborg Maus, diz Samuel Fonteles: “O Estado não pode infantilizar seus concidadãos (paternalismo estatal), tratando-os como se não fossem capazes de escolher seus projetos de vida [...]. Ora, decidir por si mesmo significa que o Legislativo decida (não o Judiciário), afinal, os mandatários do povo foram sufragados nas urnas para receber um mandato popular. Logo, quando a lei decide um desacordo moral, é o próprio povo, encarnado no Parlamento, que decidiu a respeito dele” (Samuel Sales Fonteles, **Hermenêutica Constitucional**, 4. ed., Salvador: Juspodium, 2021, p. 62).

14 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 245.

15 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 245.

da ideia de que divergir sobre os direitos é divergir sobre a autoridade.

Ocorre que esse grave e complicado problema não precisa ser focado nesta perspectiva. Parece certo que, se a sociedade diverge sobre questões morais, há que se ter uma autoridade para solucioná-las, de modo que a única alternativa está na aceitação da decisão. Mas, quando se tem direitos afirmados na Constituição, imprescindíveis para evitar que a autoridade passe de determinados limites, não há motivo para pensar que a tutela judicial destes direitos possa simplesmente negar a autoridade do Parlamento.

Mesmo que não se deva transplantar para a Corte decisões sobre questões morais cuja solução depende unicamente do desejo do povo, há casos em que o Legislador efetivamente se equivoca ou se precipita, editando lei que nega um direito fundamental, como seria, por exemplo, aquela que proíbe uma manifestação apenas em virtude da sua proposta ideológica. Num caso desta espécie não há como admitir *que uma resposta do Parlamento foi meramente transferida para a Corte ou, em outras palavras, que a autoridade do Parlamento foi simplesmente desafiada pela decisão da Corte.*

Nem todas as vezes em que se afirma a prevalência de um direito fundamental sobre uma decisão parlamentar se decide uma questão moral essencialmente controvertida na sociedade e, com base numa cláusula aberta da Constituição, nega-se opção de autoridade ancorada em decisão tomada pela maioria dos votos dos representantes da população. Quando a conclusão de desrespeito à Constituição por violação de um direito fundamental independe de decisão sobre desacordo moral razoável não há motivo algum para ver contraposição democrática na declaração de nulidade da lei. Nesse caso, a decisão judicial não está negando a autoridade do Parlamento, mas apenas reafirmando a autoridade da Constituição sobre a autoridade da maioria parlamentar.

Quer dizer que, para se preservar a vontade popular e defender a autoridade do Legislador para decidir desacordos morais essenciais e razoáveis, *não há necessidade de negar o controle de constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais.* O controle de constitucionalidade é vital não apenas para a proteção da estrutura do poder do Estado e dos direitos fundamentais democráticos, mas para a tutela de todos os direitos fundamentais. O que se deve fazer, portanto, *é simplesmente colocar o controle de constitucionalidade no seu devido espaço.*

Obviamente, isto está longe de ser um arranjo destinado a permitir o aceite da teoria que pretende solucionar o impasse democrático das decisões da Corte com base na possibilidade do alcance de uma decisão justa ou correta, capaz de afirmar a democracia constitucional a despeito da maioria parlamentar. A teoria que busca o alcance da

decisão correta com base na melhor compreensão constitucional da prática jurídica da comunidade, mas também admitindo a solução incidental de desacordos morais *essenciais e razoáveis*, é certamente incompatível com a teoria da autoridade, vista como a que atribui ao Parlamento, com base no voto da maioria dos representantes do povo, o poder de decidi-los. É que, neste caso, *a Corte não estará afirmando uma autoridade prévia (a Constituição) à sua decisão, mas decidindo, no lugar do Parlamento, aquilo que indiscutivelmente só pode ser decidido pelas pessoas.*

4. SOBRE O PROBLEMA DA OBJETIVIDADE MORAL: A INCOMPATIBILIDADE ENTRE RESPOSTA CORRETA E QUESTÃO MORAL

Não há qualquer dificuldade de perceber que, por detrás do temor de se permitir ao Juiz se afastar do positivismo normativo, ou seja, daquele que *prescreve* que o Juiz não deve decidir com base em argumentos que não podem ser racionalizados a partir do direito positivo, muitas vezes está presente o problema da objetividade moral ou, em outros termos, da possibilidade de se poder aferir a verdade ou a falsidade de uma proposição moral.

O tema se coloca quando se pensa na possibilidade de o Juiz decidir questões morais porque se imagina que, ao se admitir a objetividade moral, a vontade e o raciocínio do Juiz se tornam controláveis, de modo que não haveria razão para se temer uma decisão arbitrária. A suposição de que é possível constatar a verdade ou a falsidade de um enunciado moral é suficiente não apenas para tranquilizar aquele que reclama a tutela jurisdicional, mas também para confortar os cultores do controle de constitucionalidade que sustentam que a Corte, melhor do que ninguém, pode afirmar a Constituição para resolver disputas morais razoáveis presentes na sociedade.

Do tema da objetividade moral defluem dois pontos que têm importância para quem está preocupado com os limites do controle de constitucionalidade. Um ligado essencialmente à própria legitimidade democrática da decisão da Corte e outro, mais específico, relacionado à possibilidade de a Corte poder encontrar uma resposta moral correta ou mesmo poder argumentar de modo a demonstrar que uma resposta moral é correta¹⁶.

Pois bem, para se desenvolver a discussão é preciso parar para contextualizar o

16 Lars Vinx, **The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 48.

tema no quadro em que se debatem o realismo moral e o antirrealismo moral. Esclareça-se prontamente que a ideia de realismo, nesta situação, nada tem a ver com a de realismo jurídico. A intenção que está por detrás do realismo moral é a de colocar às claras que se pode falar em verdade e falsidade de enunciados morais.

Enquanto o realismo jurídico se aproxima da necessidade de o Juiz estar conectado às circunstâncias da realidade em que o caso judicial ocorre, o realismo moral deseja evidenciar que determinadas asserções morais podem ser aferidas como falsas ou verdadeiras, constituindo uma proposta teórica ligada à demonstração da objetividade moral. O antirrealismo moral, por sua vez, consiste exatamente na admissão do seu oposto, isto é, de que não há como pensar em enunciados morais falsos e verdadeiros¹⁷.

Porém, a questão que realmente importa é a de se é possível demonstrar que um juízo moral é verdadeiro ou falso. Ou melhor, não há motivo para perder tempo na análise de se o antirrealismo moral deve prevalecer sobre o realismo moral quando, desde logo, é possível verificar que nem mesmo a teoria do realismo moral é idônea a satisfazer a pretensão de correção de um juízo moral.

A questão da demonstração da possibilidade do alcance de um juízo moral objetivo é diferente da de saber se é, ou não, possível falar em juízo moral verdadeiro ou falso. Ainda que se possa admitir que o juízo moral é formado a partir da aferição de um fato, como dizem os realistas morais, não é possível esquecer que, para se realizar qualquer declaração no patamar da “verdade-falsidade”, torna-se indispensável um critério de aferição da compatibilidade entre o enunciado e o fato que seja aceito por aqueles que participam do debate.

Lembre-se que, quando se pensa na prova de um “fato científico”, cujo esclarecimento é intimamente relacionado com o desenvolvimento da pesquisa – como, por exemplo, da pesquisa médica –, há que se ter um método próprio, admitido como idôneo ou válido pela comunidade científica ou médica, ou seja, pela comunidade que vai emitir um juízo sobre aquilo que se pretende descobrir ou evidenciar mediante a pesquisa que se serviu do específico método.

O mesmo obviamente ocorre quando se pensa na prova judicial. Ainda que os métodos de produção de prova pericial não sejam previamente disciplinados na lei processual, a garantia do contraditório na *produção* da prova, ao lado de outros cuidados que são tomados, como o de o perito judicial ter quer ser nomeado entre os especialistas a respeito do fato a ser esclarecido e da possibilidade de as partes indicarem seus próprios técnicos, asseguram um método sobre o qual há consenso entre os litigantes¹⁸.

Entretanto, algo semelhante simplesmente não tem como acontecer diante dos enunciados ou das questões morais. É certo que o realismo moral se defende ao lembrar

17 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 168.

18 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, **Prova e convicção**, 5ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 769 e ss.

os problemas do método científico, afirmando a ingenuidade da ideia de se ter apenas enunciados verificáveis e indiscutíveis para a confirmação de uma hipótese controvertida¹⁹. Porém, por detrás da diferença entre as concepções de método que servem à moral e à validação de um fato científico há algo relevante e, muitas vezes, insuspeito.

Enquanto o método, diante da prova judicial e da pesquisa científica, é um simples meio ou instrumento para o esclarecimento de um fato a respeito do qual não há consenso prático, em face da moral, aquilo que poderia ser visto como método, abrange várias teorias morais que se digladiam, cada uma marcada por uma essência e natureza também caracterizadas por distintas concepções de moral.

Para que se possa falar de método idôneo a conferir validade lógica ao resultado que por meio dele é alcançado há de se ter *um método geral, ou melhor, uma teoria geral que, aceita ao menos pelos teóricos da moral, pudesse permitir a verificação da verdade de um enunciado*. Entretanto, não pode ser assim²⁰. É que existem várias teorias morais, conectadas a diversas concepções morais. Assim, por exemplo, os mulçumanos, os cristãos, os liberais, os marxistas, os utilitaristas, os kantianos, os nietzscheanos, todos eles obviamente acreditam em seus enunciados morais e, para demonstrá-los, valem-se de teorias ou métodos complexos. Mas esses métodos ou teorias são indissociavelmente ligados a uma específica concepção moral, *tendo validade para explicar e certificar apenas as proposições de cada uma delas*. Como lembra Waldron, dois utilitaristas que divergem sobre uma política social podem lançar mão do consequencialismo para resolver a sua discordância. Assim, podem invocar níveis distintos de pensamento moral, modelos diversos de comparação interpessoal, modelos estratégicos e de teoria dos jogos, sofisticados argumentos a respeito de matemática moral, dentre outros. Entretanto, o consequencialismo e tais argumentos nada valem ou importam quando a discordância moral é ampliada, passando a abranger um utilitarista e outro qualquer que, ao discordar, invoque diferente concepção moral²¹.

Um diálogo moral, *destituído de critérios ou premissas aceitas pelos sujeitos que travam a discussão, não tem qualquer sentido, pois não pode chegar a um resultado pautado nas mesmas regras do jogo*. Os argumentos de um utilitarista não têm qualquer validade para um nietzscheano, assim como premissas baseadas na moral muçulmana não têm relevância para um cristão. É certo que, caso um liberal e um marxista acreditem no alcance da verdade moral e, assim, ambos possam ser ditos realistas morais, os dois

19 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 177 e ss.

20 “Among moralists, there is nothing remotely comparable. Instead each view comes along trailing its own theory of what counts as a justification: utilitarians have one view, Kantians another, Christian fundamentalists yet another, and so on. Aristotelians, Nietzscheans, Marxists, traditional conservatives like Burke, liberals like Rawls, feminists like Gilligan all acknowledge that the disagreements between them are important (if any are)” (Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 178).

21 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 179.

podem afirmar que os seus enunciados são verdadeiros, acusando de falsos os do seu oponente. Porém, nunca terão condições racionais de convencer um ao outro sobre a verdade ou de demonstrar a um interlocutor neutro de que lado a verdade está²².

Isto significa que a tentativa de demonstração da verdade de um enunciado moral é comprometida com a sua própria teoria ou método. Se é assim, o problema da objetividade moral está além do método para o alcance da verdade-falsidade. *O problema está na essência das próprias concepções morais que justificam os métodos.* Assim, tratando-se de moral, simplesmente não há como ter a validação de um enunciado. Um enunciado moral pode ser válido para os partidários de uma concepção moral, *assim como a argumentação do Juiz, em relação a uma questão moral, a princípio revela apenas a sua convicção.* Claramente, *a raiz do problema está na concepção ou na convicção moral.*

Ainda que se possa admitir a existência de um fato moral, a partir do qual se poderia aferir a verdade ou a falsidade, isso não é realizável porque não há método ou teoria universalizável capaz de promover a verificação e a justificação da verdade-falsidade. O que há, apenas, são critérios já marcados por uma visão particular de mundo. Essa diferente forma de ver as coisas, de que se parte para verificar ou estabelecer algo, constitui exatamente o obstáculo para se admitir a possibilidade do encontro da objetividade moral.

Portanto, por melhor que seja a argumentação dos Juízes a respeito de um desacordo marcado tão somente por diferentes e razoáveis concepções ou convicções morais, ela nunca merecerá prevalecer. Afinal, *a raiz do problema não está na qualidade da argumentação ou na capacidade intelectual dos participantes da deliberação, mas no fato de que a própria discussão sempre estará acobertada pelas convicções pessoais legítimas de cada um dos sujeitos do diálogo.*

Quer dizer que, no caso de desacordos morais razoáveis e intensos, não há motivo para pretender substituir a votação majoritária dos representantes do povo pela votação majoritária da Corte. Ao se optar pela solução do Judiciário, a questão moral será decidida com base nas *convicções pessoais* dos Juízes, de modo que não será suficiente, ou mesmo

22 “Perhaps a utilitarian who is also a moral realist will maintain that the basic propositions of his theory are true and those of his deontological opponent false. He will claim that the development of utilitarian ethics beginning in the late eighteenth century is progress towards the truth, and that it represents an improvement in our moral sensibility. He will say, too that the Nietzschean is making some sort of appalling mistake. But there is nothing he can say to support these claims – indeed, nothing he can say about how a statement of this kind could be found to be true, how people might be mistakenly convinced that it was false, and so on” (Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 179).

necessária, qualquer argumentação adequada ou resposta correta²³.

Note-se que, nesta situação, o problema realmente não está em poder convencer que os pressupostos da democracia constitucional foram negados ou desconsiderados pelo Parlamento – quando se poderia declarar a inconstitucionalidade da lei –, mas na clara desnecessidade de a Corte decidir sobre uma disputa cuja essência está na divergência entre “posições morais razoáveis”, vistas como posições que podem ser sustentadas com convicção e honestidade pelas pessoas, sem qualquer intenção de ferir direitos.

5. AINDA SOBRE A OBJETIVIDADE MORAL: HÁ COMO RECONHECER JUDICIALMENTE UM CONSENSO SOBRE UMA QUESTÃO MORAL ?

Se a objetividade moral, nos moldes reclamados pelos realistas morais, não consegue legitimar uma opção moral verdadeira, o desafio passa a ser o de investigar se outra forma de objetividade moral pode ser condescendente com o controle de constitucionalidade.

Deseja-se saber se é possível reconhecer judicialmente uma concepção moral aceita pela sociedade. Waldron, não obstante admita que boa parte dos desacordos envolvem posições antagônicas sustentadas racionalmente, daí retira a conclusão de que, exatamente por conta disso, não se pode esperar que possa haver consenso sobre questões morais. Waldron chega a confessar que assume algo parecido com o “*burdens of judgment*” de Rawls, porém em face das questões morais²⁴. Em poucas palavras, a ideia de “*burdens of judgment*” supõe que, quando pessoas discutem de modo racional sobre determinado problema, dificilmente chegarão à mesma conclusão, ainda que a discussão seja livre e corretamente pautada²⁵. Tal ideia, assim, busca explicar a persistência dos

23 Essa obviedade é traduzida de modo muito claro por Jonathan Haidt, **The Righteous Mind: why good people are divided by politics**, New York: Pantheon Books, 2012, esp. p. 30 e ss; p. 55 e ss; p. 135 e ss.

24 “The issues involved are serious issues on which it is not reasonable to expect that there would be consensus. In other words, I assume something like John Rawls’s “burdens of judgment,” but applied (where Rawls hesitated to apply the doctrine) to issues of the right as well as issues of the good. It is not reasonable to expect that people’s views on complex and fraught issues of rights will always converge to consensus. And as Rawls emphasizes, ‘it is unrealistic to suppose ... that all our differences [on these matters] are rooted solely in ignorance and perversity, or else in the rivalries for power, status, or economic gain’” (Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*, Yale Law Journal, v. 115, 2006, p. 1368).

25 Não se ignora os desafios da inserção da racionalidade nos debates que envolvem desacordos morais razoáveis, um campo bastante permeável à emotividade. Para uma abordagem desses aspectos, confira-se Alasdair MacIntyre, **Depois da Virtude. Um Estudo sobre Teoria Moral**, Campinas: Vide Editorial, 2021.

desacordos razoáveis cuja solução estaria no encontro de uma razão capaz de ser aceita por pessoas que possuem diferentes concepções políticas e morais²⁶.

Porém, a admissão de que os desacordos *razoáveis* não podem ser solucionados a partir da afirmação de um consenso moral que se imponha sobre todos não exclui a possibilidade de que o desacordo seja eliminado quando é indiscutível que determinada posição nega o consenso moral que *predomina* na sociedade – o qual, ao não agredir um direito fundamental, pode ser visto como legítimo.

Isso significa que o argumento de que não pode haver consenso sobre questão moral, quando considerado de passagem, pode dizer mais do que efetivamente pretende. Se é verdade que determinadas questões morais devem ser resolvidas por uma decisão autoritativa pautada no resultado da votação dos representantes do povo, em outra coisa se pensa quando uma decisão parlamentar nega o consenso moral predominante na sociedade sem uma razão justificável.

Frise-se que não se está dando ao Juiz, a partir da sua *concepção íntima e pessoal*, poder para decidir sobre questão moral *controvertida*²⁷. O motivo para impedir a substituição da vontade do Parlamento pela do Judiciário, em caso de desacordos morais, está na circunstância da divergência estar em convicções pessoais *razoáveis*, ou seja, numa discórdia que resulta de uma forma *razoável* de se ver a questão moral em um determinado momento histórico.

Quando a razoabilidade do desacordo pode ser desacreditada a partir do que a sociedade entende sobre a questão moral, além de não se poder afirmar que existe um desacordo *razoável*, não existe, concreta e praticamente, um desacordo moral *intenso*. Não vale dizer que o Judiciário não pode decidir sobre a razoabilidade do desacordo – já que desta forma estaria decidindo sobre a própria questão moral. *Ora, reconhecer a falta de razoabilidade de um desacordo é diferente de decidir sobre a essência moral de um desacordo.*

Mas alguém poderia dizer que a Corte, ainda assim, estaria colocando a democracia em risco, já que investida do poder de afirmar a posição moral dominante na sociedade. Ocorre que justificar a prevalência de uma posição moral obviamente não é o mesmo

26 John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993, p. 35 e ss; John Rawls, **A theory of justice**, Cambridge: Harvard University Press, 1999; John Rawls, The idea of public reason revisited, **The University of Chicago Law Review**, v. 64, 1997, p. 765-807. Ver ainda Jeremy Waldron, **Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991**, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

27 Sofia Amaral-Garcia, Nuno Garoupa e Veronica Grembi, Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal, **Journal of Empirical Legal Studies**, n. 6, 2009, p. 381 e ss.

que tomar partido de uma posição em favor de outra posição moral que é *honestamente e razoavelmente sustentada em determinado momento histórico*.

Mais claramente, embora a Corte possa controlar a constitucionalidade ainda que o consenso moral não seja absoluto – até porque algo assim é impossível –, ela deve demonstrar que aquilo que em princípio poderia ser visto como desacordo razoável é, *na realidade, resistência desrazoável, ou seja, destituída de justificativa legítima e, assim, identificável como violadora de direito fundamental*.

6. QUANDO O DESACORDO CONSTITUI RESISTÊNCIA MORALMENTE DESRAZOÁVEL

Lembre-se que a questão racial, nos Estados Unidos, foi objeto de duas decisões de grande repercussão da Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 1856, a Suprema Corte declarou, em *Dred Scott v. Sandford*²⁸, a inconstitucionalidade de determinadas leis que objetivavam restringir a escravidão²⁹. Essa decisão, muitas vezes lembrada pelos que são contrários à supremacia judicial, é um exemplo de resposta que, na atualidade, envergonharia a qualquer um³⁰. Em sentido moral exatamente oposto, decidiu a Suprema Corte no célebre caso *Brown v. Board of Education*³¹ em 1954. Esse caso, como sabem todos, é festejado pelos defensores da supremacia judicial como exemplo de uma Corte comprometida com o uso das cláusulas abertas da Constituição para a tutela dos direitos.

Como disse Tushnet, ao tratar da decisão da Suprema Corte proferida em *Cooper v. Aaron*³², que atribuiu efeitos de *stare decisis* ou efeitos obrigatórios ao precedente constitucional firmado em *Brown*, esse caso era “*unquestionably right*”, ou “*assim pensavam os Justices e grande parte do país*”, mas existem outros casos que não militam tão fortemente em favor da supremacia judicial e, entre eles, “*Dred Scott case makes the*

28 60 U.S. 393 (1856).

29 *Dred Scott* foi levado a trabalhar no território de Minnesota – um território livre – por vários anos. Ao retornar ao Missouri – estado que mantinha a escravidão –, Scott pediu a sua libertação, afirmando que tinha se tornado um homem livre por ter residido em Minnesota. Com a intenção de deixar a escravidão fora da agenda nacional política dos anos 50 do século XIX, a Suprema Corte declarou inconstitucionais os atos do Parlamento voltados a restringir a expansão da escravidão nos Estados Unidos. Ver Mark Tushnet, **Taking the Constitution away from the Courts**, Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 9.

30 Mark Tushnet, **Taking the Constitution away from the Courts**, p. 8 e ss.

31 347 U.S. 483 (1954).

32 358 U.S. 1, 18 (1958).

*point*³³.

Na verdade, nenhum dos casos deveria ser invocado nem pelos que são contrários nem pelos que são favoráveis à supremacia judicial. É que o problema do monopólio da Constituição nada tem a ver com posições a favor ou contra isso ou aquilo. A questão da supremacia judicial é colocada em xeque quando se tem claro que o *locus* para a solução dos desacordos morais razoáveis não é o Judiciário e que, diante deles, o diálogo entre a Corte e o Parlamento é imprescindível para que os direitos possam ser tutelados de modo adequado e sem prejuízo aos valores da democracia.

A decisão tomada em Dred Scott não seria referendada por ninguém nos dias presentes, ainda que todos aplaudam o *conteúdo* da decisão proferida em Brown e muitos enxerguem em Roe v. Wade³⁴ um genuíno exemplo de decisão que deixou de responder às reais questões que importavam para a resolução do desacordo moral que pairava, e até hoje persiste, na sociedade americana a respeito do aborto.

É interessante que Tushnet, ao se contrapor ao domínio da Suprema Corte sobre as questões que devem ser discutidas pela população e resolvidas pelo Parlamento, acaba por minimizar a importância da decisão proferida em Brown³⁵. Ainda que a sua relevância possa ser exagerada quando se deixa de constatar que, apesar da decisão da Suprema Corte, não foi fácil a implementação das medidas destinadas a eliminar a segregação em alguns estados, a verdade é que esta dificuldade, ao revelar que a decisão proferida em Brown encontrou resistência de parte da população e, inclusive, de autoridades públicas – como, por exemplo, do próprio governador do estado do Arkansas e de legisladores estaduais –, *demonstra que a Corte deve poder intervir mesmo quando há “divergência” acerca de determinada questão moral.*

A divergência em torno da segregação racial, nos Estados Unidos, tem contornos próprios, uma vez que evidencia a discórdia nas sociedades de alguns estados americanos em detrimento da posição moral do restante da população do país. É realmente relevante ter em conta que a decisão proferida em Brown não revela uma reação da Corte diante do Parlamento, compreendido como a maioria que representa o povo dos Estados Unidos, mas uma clara contraposição entre o poder federal e os poderes de alguns estados da

33 Mark Tushnet, **Taking the Constitution away from the Courts**, p. 8-9. Larry Kramer igualmente esclarece bem o ponto. Adverte que os interessados na sobrevivência da supremacia judicial gostam muito de Brown, mas costumam esquecer de Dred Scott, Korematsu, e vários outros casos importantes em que a Corte decidiu em contradição com os direitos e com o interesse popular. Afirmar textualmente que, por detrás da defesa incondicional da supremacia judicial, esconde-se a *hostilidade feroz* diante da *evidência* de que o significado prático das *poucas* contribuições *genuínas* da Suprema Corte (como Brown) poderiam ser *exageradas*. Ver Larry Kramer, **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**, New York: Oxford University Press, 2004, p. 229.

34 410 U.S. 113 (1973).

35 Mark Tushnet, **Taking the Constitution away from the Courts**, p. 7 e ss. Para uma visão crítica sobre Brown e os seus avanços sociais – mais frequentemente presumidos que propriamente demonstrados –, veja-se Michael J. Klarman, How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis, **The Journal of American History**, v. 81, 1994, p. 81-118.

federação.

Isto é importante porque permite ver que, em *Brown*, a Corte tutelou uma posição que predominava nos Estados Unidos, clara e fortemente contrária a algumas vozes que ainda se faziam ouvir em alguns estados. Essas vozes não podiam mais ser vistas como razoáveis no contexto da sociedade estadunidense, merecendo outro qualificativo, por consequência. Qualquer que seja o ambiente, uma posição que diverge, *sem justificativa racional*, de uma posição que predomina, obviamente não se insere no quadro de um desacordo moral razoável, encontrando melhor lugar ao abrigo da expressão “resistência injustificada”, assim como das expressões “intolerância” e “reação moral despropositada”³⁶.

Brown é um caso em que, não obstante a divergência em alguns estados da federação, se fez valer uma posição presente em uma sociedade mais abrangente, para a qual a segregação racial era intolerável. Daí a possibilidade de se pensar, também à luz de *Brown*, na tutela judicial de um valor moral prevalecente. Aliás, se o repúdio à segregação racial não fosse predominante nos Estados Unidos na época de *Brown*, a força da decisão tomada pela Corte teria esvanecido ou sido provavelmente tragada pela resistência da população e das autoridades de alguns estados.

7. O QUE HÁ POR TRÁS DA EXPRESSÃO “TIRANIA DA MAIORIA”? A SUA INAPLICABILIDADE DIANTE DOS DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

Seria menos traumático aceitar que a ideia de “tirania da maioria” não é precisa e, apenas por isso, costuma ser usada de forma indevida ou para atribuir força retórica ao controle de constitucionalidade. O problema é que por detrás desta conhecida e costumeira mensagem há, em regra, um equívoco que, além de teoricamente nada dizer de válido sobre prejuízo a minorias desprotegidas, viola abertamente a democracia e inviabiliza a possibilidade de as pessoas se desenvolverem de modo autônomo e responsável, cientes de que estão a participar do processo de construção da vida e da sociedade que realmente desejam, contribuindo com seus acertos e arcando com os seus erros³⁷.

É importante perceber que há uma grande diferença entre maioria parlamentar, ou maioria que decide, e maioria que pode ser irregularmente beneficiada pela decisão tomada pela primeira forma de maioria. Maioria, no segundo sentido, é o grupo majoritário que, em vista da sua força, impõe sua vontade sobre aqueles que decidem. Quando

36 Graham Gee e Gregoire Webber, **What is a Political Constitution?**, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 30, 2010, p. 273-299.

37 Dimitrios Kyritsis, *Constitutional Review in Representative Democracy*, **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 32, 2012, p. 297 e ss.

isso ocorre, a maioria simplesmente invalida a técnica majoritária, compreendida como importante forma de se resolver, democraticamente, uma questão de muitos.

Quando os desacordos são moralmente razoáveis, ou seja, quando as pessoas podem sustentar os seus direitos de modo honesto e despido de qualquer intenção de prejudicar interesses alheios, a decisão, qualquer que seja, será em regra legítima, sem que caiba qualquer possibilidade de acusação de inconstitucionalidade.

Nestes casos, qualquer decisão descontentará algum dos grupos, sendo que qualquer deles poderá, caso se permita, afirmar a inconstitucionalidade ou, mais corretamente, a “injustiça” da decisão parlamentar perante a Corte. Quando uma questão moral é objeto de razoável e intenso desacordo, a decisão tomada obviamente não é do gosto de um dos grupos, mas, a princípio, não tem motivo para ser qualificada de violadora da Constituição.

É certo que a decisão proferida pelo Parlamento pode não ser adequada, mas isso é uma consequência ineliminável quando o que se tem a decidir é uma questão moral objeto de intensa e racional discussão. Em situações deste tipo, como é evidente, a decisão sempre poderá não ser a melhor para alguns, mas, considerando-se a natureza da questão debatida, jamais se poderá admitir que uma decisão do Judiciário possa substituí-la. A menos que se admita que a maioria absoluta dos integrantes da Corte tem a titularidade de uma meta-ética que se sobrepõe à população e a todas as instituições públicas, cabendo-lhe, portanto, dirigir sem qualquer constrangimento os destinos da população.

No caso de desacordo moral razoável, a maioria parlamentar constitui não apenas a melhor resposta democrática, mas, muitas vezes, a única resposta viável. Quando é assim, a decisão da Corte jamais poderá ser dita mais correta do que a do Parlamento. Ninguém, nem mesmo Hércules, pode proferir decisão baseada em qualquer razão substancial capaz de invalidá-la.

Numa situação como esta, o Juiz só pode decidir com base na sua própria convicção moral, ainda que se diga que ela pode ser objeto de discussão entre vários membros de um colegiado. Diante de determinados desacordos morais, a convicção pessoal é determinante da decisão.

Portanto, ao se usar a ideia de “tirania” no sentido equivocado, se estará não apenas dando a qualquer um que não simpatize com a lei o poder de argui-la inconstitucional, mas também admitindo que a Corte, ao se deparar com a mesma questão, poderá produzir uma decisão tão ou mais “tirânica” àqueles que ficaram satisfeitos com a lei. Tirania, neste sentido equivocado, acaba sendo um apelido fácil conferido a qualquer decisão que não seja “do gosto” de um dos grupos conflitantes. E o controle de constitucionalidade, nesta perspectiva, não pode deixar de ser visto como uma mera “nova partida”, unilateralmente proposta e estabelecida pelo perdedor, que deve ser jogada pelo vencedor exclusivamente

para manter um campeonato já ganho, ou para não tê-lo roubado em um local em que os Juízes, ao invés de representantes democraticamente eleitos, são escolhidos com base em critérios que, apesar de relevantes, não têm qualquer importância para que o desate da disputa seja justo³⁸.

Waldron lembra que Dworkin, ao tentar legitimar o controle de constitucionalidade, afirma que uma lei é tirânica se os direitos das pessoas não são respeitados³⁹. Para Dworkin, a lei sempre está submetida ao que ele chama de “concepção constitucional da democracia”, segundo a qual as decisões públicas devem ser tomadas por instituições políticas que dediquem a todos os membros da comunidade igual consideração e respeito. Assim, se uma decisão firmada pela maioria procede de outra forma, cabe à Corte atuar para invalidá-la, já que a concepção constitucional de democracia, que se sobrepõe à ideia de democracia majoritária, não faz restrição ao emprego de um procedimento não majoritário para a tutela dos pressupostos substanciais da democracia, especialmente da igualdade, que, conforme à sua concepção constitucional de democracia, constitui a sua própria essência⁴⁰.

Não há qualquer dúvida que os direitos devem ser levados a sério, que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito e que a maioria não pode negar os direitos fundamentais. Sublinhe-se, aliás, que aqui se defende o controle de constitucionalidade com intensidade, embora, ao contrário de Dworkin, negue-se ao Judiciário poder para resolver o que apenas pode ser decidido pelas pessoas, assim como o monopólio sobre a interpretação constitucional, preferindo-se compatibilizar a jurisdição constitucional com a democracia de outro modo, seguramente mais racional e adequado.

Ao tratar de desacordos morais que são “levados a sério pelas pessoas” – e exatamente por isso são ditos razoáveis –, o Parlamento, ao decidir contra ou a favor de um dos grupos, não tem motivo para não tratar as pessoas com igual respeito e consideração. Isto simplesmente porque a decisão parlamentar, nestas hipóteses, é o resultado de uma entre duas escolhas legítimas. Nestes casos, simplesmente não se pode supor que uma decisão incorreta pode ser corrigida por uma decisão correta, nem muito menos que a atuação da Corte está legitimada pela tentativa de alcançar uma decisão correta em substituição à tomada pela maioria parlamentar. Portanto, em uma situação de real e verdadeiro desacordo moral razoável, não há motivo para pensar que a atuação da Corte

38 Nuno Garoupa, Fernando Gomez-Pomar e Veronica Grembi, Judging Under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court, **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 29, 2013, p. 513-534.

39 Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1399.

40 Ronald Dworkin, **Freedom's Law**, Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 24 e ss.

incrementa a democracia, conferindo maior legitimidade democrática à comunidade⁴¹.

Em caso de desacordo moral razoável, a decisão fará uma opção entre duas *posições que foram igualmente levadas a sério*. A decisão, *por simplesmente ser contrária a um grupo – que, eventualmente, pode ser minoritário –, certamente não pode, apenas por isso, ser reavaliada pela Corte sob o fundamento de inconstitucionalidade*. Ao fazê-lo, a decisão judicial indiscutivelmente viola os valores da democracia. E não é outra coisa que ocorre quando um Juiz, a partir de determinada concepção de valor, invalida uma decisão do Parlamento que resolveu desacordo moral razoável, presente de modo intenso e marcante entre as pessoas e por elas plenamente discutido.

Realmente, o grande problema que se esconde atrás do uso equivocado da ideia de “tirania da maioria” está no incentivo à (falsa) suposição de que *toda e qualquer* decisão parlamentar contra uma *posição social minoritária* é inconstitucional. Falta aí perceber que todo e qualquer desacordo moral *razoável* sempre implicará uma decisão que não é do gosto daqueles que foram representados pela minoria parlamentar⁴².

O problema, assim, *realmente não está apenas na confusão entre maioria-minoria parlamentar e maioria-minoria social, mas na falta de aprofundamento do conceito de minoria social*. Além de ser evidente a falta de identidade entre vencido em face de uma decisão majoritária e minoria social, é certo que nem todo grupo minoritário é um grupo que, pelo simples fato de ser minoritário, não tem relevância social e influência sobre o Parlamento. De forma que, *mesmo que considerada a natureza minoritária do grupo vencido, não há razão para supor que o grupo pode ter sido prejudicado*. Por exemplo, não é possível dizer que o grupo dos pecuaristas, apenas por ser um grupo minoritário na sociedade, constitui uma minoria que não tem condições de ser ouvida. Como é óbvio, *um grupo pode se impor e falar alto ainda que constituído por poucos*, motivo pelo qual, diante do real significado de “tirania da maioria”, o mais adequado é pensar em parcela social que pode ser dominante ou impotente, e, assim, *também admitir uma “minoria dominante” sem qualquer receio de contradição em termos*⁴³.

Mas, além disso, é preciso insistir para a circunstância de que uma lei que resolve

41 (...)ifwewereaditthisway,thenDworkin’spremiseissatisfiedforthesortofsocietyweareconsideringinthis Essay. Even if people disagree about rights, they may take one another’s rights seriously. Decisional majorities may prevail. Sometimes they will be right about rights and sometimes they will be wrong. But that is something they have in common with all systems of decisionmaking and that alone cannot undermine their legitimacy, so long as topical minorities have an assurance that most of their fellow citizens take the issue of their rights seriously” (Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1400)

42 Evan Caminker, Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rule: Lessons from the Past, **Indiana Law Journal**, v. 78, 2003, p. 73-122.

43 É interessante a crítica de Mangabeira Unger contra a tendência de se enxergar problemas apenas na regra da maioria, deixando-se intocada a questão da necessidade da limitação do poder das *minorias dominantes*. Ver Roberto Mangabeira Unger, **What should legal analysis become?** New York: Verso, 1996, esp. p. 65 e ss.

desacordo moral razoável só pode ser dita *substancialmente* inconstitucional *quando se consegue superar a presunção de constitucionalidade que lhe marca de modo característico e acentuado*. Isto significa que, em caso de desacordo moral *razoável*, uma decisão parlamentar pode ser declarada inconstitucional apenas *em casos extremos*.

Quando as questões morais são razoável e intensamente discutidas na sociedade, obviamente não se pode pensar em presunção de desrespeito a direito fundamental de participação nem, muito menos, numa simples rejeição da presunção da constitucionalidade da lei. Ao contrário, é necessário ter claro que, nestes casos, a presunção de constitucionalidade *goza de ainda maior força*. Não há motivo para pensar em tirania, ou em violação de um direito, quando a posição de alguém não é aceita pela maioria da comunidade de que participa. E nada muda quando estão em jogo os direitos de uma minoria social ou, como prefere Waldron, de uma “*topical minority*”. Como diz Waldron, pessoas, incluindo membros de uma minoria cujos direitos são desafiados, não têm necessariamente os direitos que pensam ter. Elas podem estar erradas sobre os seus direitos⁴⁴.

Waldron distingue *topical majority-minority* e *decisional majority-minority*, ou seja, o grupo majoritário-minoritário cuja posição está em jogo e a maioria-minoria que proferiu a decisão. Admite que, em muitos casos, os membros da *decisional majority* podem ser os mesmos da *topical majority* e os membros da *decisional minority* podem estar na *topical minority*, mas adverte que isso se torna preocupante somente quando efetivamente existe um *alinhamento ou um conchavo* entre *topical* e *decisional majorities*, como nos casos de injustiça racial. Waldron faz questão de acentuar que essa situação não pode ser comparada com os casos de desacordo moral razoável⁴⁵.

O que se quer dizer é que, a princípio, nem mesmo a velha máxima *nemo iudex in sua causa* pode deslegitimar a decisão parlamentar tomada em caso de desacordo moral *razoável*⁴⁶. É muito comum que pessoas e grupos discordem com honestidade, convicção e sem intenção de prejudicar uns aos outros, e, nestas situações, sempre haverá necessidade de uma decisão autoritativa que venha dos seus representantes no Parlamento. Uma tal decisão não pode ser considerada destituída de forte presunção de constitucionalidade, mesmo que apenas na perspectiva dos direitos fundamentais de *natureza democrática*, apenas por ser contrária aos direitos de uma minoria social. Não há como imaginar que uma decisão, ao negar algo para uma minoria, *só por isso tem um*

44 Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1399.

45 Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1401.

46 Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1400-1401.

problema ou deve carregar uma carga de desconfiança.

Um desacordo pode ser razoável, ou seja, não pautado em imposições negadoras de direitos, e ainda assim colocar em choque grupos majoritários e minoritários. Diante de desacordos morais razoáveis, não importa se a decisão majoritária negou as pretensões de uma minoria social ou de um grupo minoritário, uma vez que minorias também podem afirmar direitos que não possuem. Na verdade, as instituições frequentemente estão em condições de tutelar direitos fundamentais em prol da maioria, sem que isso signifique qualquer violação de direitos de grupos minoritários. Note-se que a Corte, ao referendar política pública que favorece a maioria da população, não apenas tutela direito fundamental, como ganha créditos que favorecem a sua estabilidade institucional⁴⁷.

Contudo, *é necessário considerar as minorias cujos membros são isolados ou discriminados na sociedade*, estando numa condição de alienação que não lhes permite pressionar os parlamentares⁴⁸. O delineamento de uma minoria deste tipo tem grande importância em caso de omissão do Parlamento. A falta de poder social de uma minoria é realmente preocupante quando o Parlamento deixa de decidir sobre as suas pretensões. No caso em que o Parlamento legisla, *o tema das minorias isoladas diante dos desacordos morais razoáveis pode ser considerado não apenas a partir do ângulo do déficit na participação, mas também da suspeita sobre a lei – atenuação da presunção de constitucionalidade – e ainda na perspectiva da própria lesão do princípio da antidiscriminação diante das circunstâncias do caso concreto.*

Diante de tudo isso, o que se pode extrair do uso da expressão “tirania da maioria”? O uso equivocado desta expressão pode constituir uma tentativa de atribuir ao Judiciário não só o monopólio da interpretação da Constituição, mas a titularidade de uma meta-ética que deve se sobrepor à população e, assim, ao Parlamento.

Isso se faz nítido quando se percebe que, em casos de desacordos morais razoáveis, ou seja, de desacordos em que pessoas discordam sobre posições morais sem agredir direitos, a decisão é legitimamente tomada pela maioria. Levar esses desacordos para

47 Pedro Felipe de Oliveira Santos, Pró-majoritariedade versus contra-majoritariedade: a construção do capital político da jurisdição constitucional, **Processo Constitucional** (coord. Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Sarlet), 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 342.

48 É célebre a nota de rodapé n. 4 da decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *United States v. Carolene Products Co.* (304 U.S 144, 153 n. 4, 1938), em que, entre outras coisas, está escrito: “... whether prejudice against *discrete and insular minorities* may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”. A partir desta nota de rodapé, a doutrina passou a falar em “*discrete and insular minorities*” para qualificar as minorias que, isoladas na sociedade, não têm como compartilhar interesses com outros, e, assim, formar coalisões para realizar os seus próprios interesses. Ver John Hart Ely, **Democracy and Distrust**, Cambridge: Harvard University Press, 1980, esp. p. 73 e ss.

a resolução do Judiciário constitui violação da única regra da democracia que aí pode imperar, precisamente a investida na técnica majoritária. Resolvidos estes desacordos no Legislativo, simplesmente não há como supor que se possa encontrar uma decisão melhor ou correta na Corte.

Deixe-se claro que não se está dizendo que o Judiciário não pode corrigir as leis que tratam indevidamente de desacordos morais ou mesmo de disputas travestidas de desacordos razoáveis. O que se quer evidenciar é que não há como utilizar, ao menos de forma válida, a expressão “tirania da maioria” para impugnar decisões que versam sobre questões morais discutidas de modo razoável, uma vez que, quando uma questão deste tipo é resolvida, a maioria formada em favor de um grupo ou de outro jamais poderá ser dita tirânica.

8. AS MINORIAS ISOLADAS E IMPOTENTES EM FACE DOS DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

Quando se diz que a solução de um desacordo razoável não pode ser questionada, pressupõe-se que a decisão é o resultado de um procedimento legítimo, em que as posições morais em confronto não apenas podem ser discutidas em igualdade de condições, mas também podem ser consideradas pelo poder decisório sem qualquer preconceito ou discriminação.

O mesmo problema que está por detrás da dificuldade de uma classe de pessoas falar está presente quando o poder não deseja escutá-la. Tanto o grupo que não consegue falar quanto aquele que não é escutado são desconsiderados, constituindo uma porção de pessoas que não participa da discussão sobre a adequada solução para o desacordo moral. Trata-se, certamente, de uma coletividade discriminada.

Note-se que grupo dessa espécie não é um grupo que eventualmente perdeu⁴⁹.

49 When an identifiable social group has been consistently and significantly underrepresented or in other ways excluded from the legislative process, traditional political processes cannot be relied upon to protect that group. The courts must therefore step in to guard the group from unjustified selective treatment, that is, discrimination. The group must not be just a temporary political loser. It must have experienced a history of discrimination or must face a real danger of long-run exclusion. To constitute a violation of the antidiscrimination principle, which is obviously closely linked to John Hart Ely’s concept of representation-reinforcing judicial review, the selective treatment must also affect the underrepresented group in ways that courts deem fundamental” (Guido Calabresi, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), **Harvard Law Review**, v. 105, 1991, p. 91).

Este é um grupo que sofre uma longa história de desconsideração, um grupo que, por conta do que a maioria pensa, não apenas foi excluído da discussão e da participação no poder, mas se tornou um grupo isolado, ou seja, marginalizado e discriminado.

Mas o que seria um grupo efetivamente discriminado? É possível estabelecer diferentes graus de discriminação, capazes de justificar menor ou maior suspeita de constitucionalidade? É certo que um grupo discriminado é aquele que, historicamente, sofre desconsideração. Assim, deve ter ocorrido uma discriminação no passado, produzida por pressuposições justificadoras hoje vistas como inadmissíveis ou ilegítimas. Porém, isto não basta para se poder presumir que uma lei desconsiderou a minoria. O fato de ter existido discriminação não obriga a supor que esta tenha prosseguido e, portanto, que as leis sejam, apenas em virtude do que antes ocorreu, ainda produzidas em detrimento do grupo antes marginalizado. Embora possa não existir qualquer dúvida de que alguns grupos foram discriminados e prejudicados no passado, é necessário que o grupo configure uma minoria que ainda sofre os *efeitos* da discriminação. Em outras palavras, só há motivo para desacreditar na lei quando, na atualidade, persistem os *efeitos* da discriminação.

Pouco importa saber se há intenção atual de discriminar ou prejudicar quando a discriminação *ainda produz efeitos no cotidiano*. Quando se pensa na persistência dos efeitos da discriminação, toma-se em conta duas espécies de efeitos. A discriminação pode obstaculizar as pessoas pertencentes ao grupo de ascenderem a posições sociais e políticas em igualdade de condições com os membros das classes dominantes. Além disto, a discriminação, internalizada no “inconsciente coletivo”, *pode produzir preconceitos, hostilidades ou mesmo estereótipos inaceitáveis, prejudiciais aos grupos que antes foram conscientemente discriminados*. Estes prejuízos não são fáceis de ser eliminados, já que para tanto exigem plena interação social da minoria com os demais grupos nas várias instâncias da vida em sociedade. Enquanto persiste a impossibilidade do acesso das pessoas a posições sociais e políticas em igualdade de condições, torna-se difícil a superação dos comportamentos prejudiciais⁵⁰.

Há razão para suspeitar da lei que prejudica minoria quando, ao lado da desigualdade de fato que dificulta a ascensão social, persistem na sociedade os efeitos da discriminação, concretizados em atos e atitudes de preconceito, em sentido amplo, contra os membros do grupo. Isto pode significar uma verdadeira falta de disposição ou incapacidade da sociedade e dos seus representantes para respeitarem os membros da minoria.

Um grupo marginalizado e discriminado não tem as suas razões consideradas e, assim, não integra o processo de tomada de decisões democráticas. É o que basta para legitimar a desconfiança numa decisão que resolve desacordo moral. Em situação como esta, o problema não apenas está na negação do direito democrático de participar, mas,

50 Víctor Ferreres Comella, **Justicia Constitucional y Democracia**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 228-229.

na verdade, revela a própria suspeita que inevitavelmente recai sobre a lei que prejudica a minoria isolada.

Isto quer dizer que a discriminação pode configurar violação de direito fundamental democrático, ou seja, do direito de adequadamente participar, mas também pode, numa perspectiva substancialista, preocupada com a questão objeto da decisão parlamentar, justificar a atenuação da presunção de inconstitucionalidade e, ainda, determinar a invalidação da lei por infringência ao princípio da antidiscriminação.

No caso de decisão parlamentar, a falta de poder social de uma minoria pode ser tomada em conta como fato capaz de demonstrar que houve supressão de participação e de adequada discussão, legitimando-se o acolhimento da inconstitucionalidade pela Corte. A princípio, a dificuldade de a minoria social se fazer ouvir é relacionada com a inadequada discussão da questão posta para solução. Isto porque, para se admitir supressão da discussão e da adequada análise da questão resolvida, deve-se admitir o desvirtuamento do caminho que levou à decisão parlamentar. Não obstante, uma lei, ao investir contra direitos de uma minoria precisamente individualizável, contraposta a uma clara maioria social escondida atrás da maioria parlamentar, pode ser caracterizada como violadora do direito de participar ainda que sem necessidade de se demonstrar, clara e objetivamente, falta ou inadequação de discussão. Isto porque determinadas minorias, a despeito de poderem ou não participar da discussão de uma específica questão, são desconsideradas na sociedade, ou melhor, discriminadas numa dimensão que as afasta de qualquer possibilidade de adequada consideração pela própria maioria parlamentar.

Diante da inconstitucionalidade por infringência do direito de participar, torna-se possível indagar se a Corte pode declarar a (in)constitucionalidade da lei. Ou melhor, a pergunta está em saber se, ao reconhecer a violação do direito fundamental de participação, a Corte pode substituir a decisão do Parlamento pela sua ou, ao contrário, tem que reenviar a questão para solução legislativa.

Nesta situação, bem vistas as coisas, nenhuma das soluções aventadas é ideal. Tendo em vista que, diante da ausência de participação popular, admite-se que o Parlamento não é local adequado à solução da questão que afeta à minoria, torna-se importante uma decisão que desde logo trate do desacordo moral. No entanto, não há como esquecer que a Corte não é a autoridade única sobre a interpretação constitucional. É apenas uma das instituições políticas que, a serviço do interesse e da vontade do povo, auxilia na discussão da Constituição e colabora para a definição do seu significado⁵¹. Portanto, a melhor alternativa é permitir que, ao lado da decisão da Corte sobre o

51 “In reclaiming the Constitution, we reclaim the Constitution’s legacy as, in Franklin D. Roosevelt words, ‘a layman’s instrument of government’ and not “a lawyer’s contract.” Above all, it means insisting that the Supreme Court is our servant and not our master: a servant whose seriousness and knowledge deserves much deference, but who is ultimately supposed to yield to our judgments about what the Constitution means *and not the reverse*. The Supreme Court *is not* the highest authority in the land on constitutional law. *We are*” (Larry Kramer, **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**, p. 248).

desacordo, seja realizado o reenvio da questão ao Parlamento, *descrevendo-se formas para garantir a devida discussão do tema e a participação da minoria*. Desse modo, há o pronunciamento da Corte seguido da possibilidade de o Parlamento tratar da questão, em nova rodada que deve considerar a decisão judicial e as suas razões, *bem como o resultado de uma adequada participação popular, igualmente prescrita na decisão judicial*.

Lembre-se que a decisão da Corte *pode não atender a pretensão da minoria – ao menos integralmente*. Assim, se é necessário tutelar a participação popular, resguardando-se a sua imprescindível presença para a democratização da interpretação constitucional, não há por que não permitir que as razões da Corte sejam consideradas a partir da devida deliberação parlamentar, estabelecendo-se formas capazes de assegurar que a minoria seja ouvida.

É muito provável que, numa situação como esta, o Parlamento não tenha razão para negar a decisão da Corte. Contudo, dar oportunidade para nova discussão e análise também é importante para estimular a minoria a participar e *permitir-lhe sair da própria condição de “minoría discriminada”*. Ademais, a decisão da Corte, na hipótese em que favorece minoria isolada e destituída de poder social, ao ser questionada pelo Parlamento *exige a superação de um pesado ônus argumentativo, evidenciado em devida justificativa*⁵². E não é preciso dizer que, nesta situação, *a (nova) decisão do Parlamento sempre poderá ser impugnada perante a Corte*.

Diante dos desacordos morais razoáveis, há discriminação quando a maioria parlamentar está alinhada com a maioria social em detrimento do grupo minoritário, o que descaracteriza o próprio desacordo como razoável. A discriminação, neste sentido, deriva da incapacidade de aceitar o outro como sujeito que merece igual consideração e respeito, o que pode resultar em vontades mais ou menos conscientes de discriminar e, assim, em leis efetivamente violadoras do princípio da antidiscriminação⁵³.

Como é evidente, é possível solucionar um desacordo razoável em desfavor ou em favor de qualquer grupo vulnerável. Entretanto, quando o grupo está numa situação de vulnerabilidade marcada por preconceitos, hostilidades e arquétipos presentes e profundos, intensifica-se a desconfiança em relação à decisão parlamentar, exigindo-se demonstração de que a justificativa da solução do desacordo que afetou o grupo minoritário é dotada de legitimidade, não se configurando como ato que pretendeu prejudicar. De qualquer modo, não obstante a lei possa ser vista com desconfiança, atenuando-se a sua presunção de constitucionalidade, a afirmação de discriminação, necessária à declaração de inconstitucionalidade, *depende da consideração das circunstâncias fáticas*

52 A respeito de um direito à devida justificativa das decisões parlamentares, ver Ana Paula de Barcellos, **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa. Devido Procedimento na Elaboração Normativa**, Belo Horizonte: Forum, 2020, esp. p. 90 e ss.

53 Jonathan L. Entin, Judicial Supermajorities and the Validity of Statutes: How Mapp Became a Fourth Amendment Landmark Instead of a First Amendment Footnote, **Case Western Reserve Law Review**, v. 52, 2001, p. 441-470.

que envolvem o específico desacordo, bem como da relação de adequação legítima entre os fatos pressupostos pelo Legislador, a justificativa e o fim da lei.

No entanto, cabe prestar atenção à circunstância de que, se a Corte deve decidir quando reconhece que um grupo não teve condições de participar no Parlamento, não há como ignorar que a decisão judicial não resolve o problema da falta de adequada deliberação popular e, ademais disso, pode ser prejudicial à própria minoria. Além de a melhor decisão ser sempre a que resulta da devida deliberação, *a falta de tutela do direito fundamental à participação, ao permitir o desvio do poder de decidir à Corte, retira do povo a possibilidade de acreditar que a sua voz é importante para determinar o seu destino.* Daí porque, se é correto deixar a Corte decidir, não se pode isentá-la do dever de estimular e garantir a participação, enviando a sua decisão para apreciação do Parlamento *sob os olhos atentos da minoria*⁵⁴.

9. O CONTROLE DA DECISÃO PARLAMENTAR SOBRE DESACORDO MORAL RAZOÁVEL

Além do déficit de participação e da prática de discriminação, há outras situações que capturam a invalidade da decisão que resolve desacordo *que envolve* questão moral essencial. É preciso meditar sobre esta última frase: o que se costuma ter como desacordo moral razoável – ou o que Waldron supõe ser um desacordo moral razoável – diz muito mais do que pode realmente significar. Há decisões parlamentares, relativas a “desacordos morais razoáveis”, que embora digam respeito a uma questão moral essencial, podem ser impugnadas a partir da invocação de fundamentos estritamente jurídicos.

Lembre-se que os ditos desacordos razoáveis não só podem abrir oportunidade para balanceamentos que tomam em consideração mais de um direito fundamental em favor de cada uma das posições conflitantes, como ainda, mesmo quando se contentam com o balanceamento entre dois direitos, podem exigir a solução de questões que lhes são internas. Na estrutura de um desacordo moral razoável podem existir numerosas questões controvertidas ou formas diferenciadas de se discutir uma mesma questão.

A discussão sobre o aborto, na perspectiva de Waldron, constitui um desacordo

⁵⁴ Richard A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, **California Law Review**, v. 100, 2012, p. 519 e ss.

moral razoável⁵⁵. Entretanto, ainda que a resolução deste desacordo possa importar na consideração de direitos dignos de tutela, há em seu interior uma única questão essencialmente moral, a do status moral do feto. Mas a questão do aborto pode, ainda que equivocadamente, ser resolvida com base no direito à privacidade, como ocorreu em *Roe v. Wade*⁵⁶, assim como pode ser discutida em dimensão científica ou como um fato a ser esclarecido.

Claramente, isto quer dizer que a discussão sobre o aborto não é restrita à questão do status moral do feto. O debate pode ser ampliado, considerando-se outros direitos fundamentais ou o próprio direito à vida. Entretanto, quando o desacordo é resolvido a partir do direito fundamental à vida, admitindo-se que este se sobrepõe em face de outros direitos fundamentais, a Corte obviamente não pode reverter a decisão parlamentar com base no direito à privacidade. Afinal, a opção da população, não apenas diante da generalidade dos direitos fundamentais, mas também especificamente em realização ao direito à vida, foi tomada mediante a deliberação parlamentar⁵⁷.

Sublinhe-se que, embora a Corte não possa redecidir uma questão moral essencial ou determinante, ou mesmo simplesmente rebalancear os direitos fundamentais, isto não quer dizer que a decisão que resolveu o desacordo não possa ser controlada. Assim, torna-se imprescindível tentar delimitar as hipóteses em que o controle de constitucionalidade é possível.

Note-se, em primeiro lugar, que embora não seja possível rebalancear direitos fundamentais para negar a solução conferida ao desacordo, nada impede utilizar a regra da proporcionalidade para moldar a decisão parlamentar⁵⁸. Considerando-se, novamente por exemplo, a decisão parlamentar que tutelou o feto com base no direito à vida, a aplicação da proporcionalidade jamais permitiria uma resposta que negasse o dever de o Estado tutelar o direito à vida intrauterina, mas certamente justificaria uma decisão que admitisse o aborto em situações excepcionais, como na hipótese do feto anencéfalo.

Como não é possível balancear o direito à vida e o direito com ele concorrente sem se predefinir se o feto tem direito à vida e a partir de que instante, a questão da vida não é meramente acidental ou não importante para a solução do caso. É, isto sim, uma questão determinante para o balanceamento. De modo que esta questão não pode deixar de ser analisada na deliberação parlamentar sob pena de se poder invocar

55 Jeremy Waldron, *Law and disagreement*, p. 234-243; Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1.384.

56 410 U.S. 113 (1973).

57 Ver Víctor Ferreres Comella, **Justicia Constitucional y Democracia**, p. 45 e ss; Jorge Reis Novais, **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, p. 128 e ss.

58 Giorgio Pino fala em meta-balanceamento para aludir ao balanceamento judicial que se segue ao balanceamento legislativo. Porém, afirma que este balanceamento de segundo grau só se justifica para verificar se um direito fundamental foi submetido a um sacrifício excessivo. Ver Giorgio Pino, **Diritti e interpretazione**, Bologna: Il Mulino, 2010, p. 180 e ss.

inconstitucionalidade⁵⁹. A descriminalização do aborto, sem a devida cogitação – no ambiente parlamentar – sobre a questão essencial a respeito da vida do feto, obviamente pode ser impugnada como inconstitucional por falta de deliberação e justificativa sobre questão ou fato constitucional essencial para a elaboração da lei.

Embora a questão da vida do feto possa ser analisada numa perspectiva essencialmente moral, ela pode se tornar uma questão de fato ao se afirmar que o início da vida pode ser cientificamente determinado. Quando as coisas são postas deste modo, nada também impede que se busque a Corte sob o fundamento de que o fato científico, relativo ao status do feto, não foi discutido.

Tanto o Parlamento quanto a Corte têm dever de buscar a verdade para decidir desacordo razoável que envolve fato. Portanto, há de se demonstrar que a decisão parlamentar é viciada por não ter devidamente considerado fato imprescindível à interpretação constitucional. Afinal, a busca da verdade é pressuposto condicionante da legitimidade da interpretação constitucional, na medida em que esta, especialmente diante dos novos casos que exurgem na sociedade, depende da devida aferição dos fatos para ter legitimidade.

Porém, o Parlamento pode resolver a questão fática, antecedente lógico da sua decisão, de forma equivocada, inclusive em face da posição da comunidade científica acerca do ponto. Uma interpretação constitucional que se realiza a partir de fato desmentido pela realidade obviamente não pode sobreviver⁶⁰. Assim, não se pode imaginar que esta questão não possa novamente ser debatida e resolvida perante a Corte, redecidindo-se a questão essencial para a solução do desacordo. Nesta situação, há um desacordo que, não obstante razoável, foi resolvido com base em fatos não corretamente analisados.

Além disso tudo, não há problema em permitir ao Judiciário negar uma lei que, realizando uma determinada opção, afronta uma concepção moral que, prevalecente na sociedade em determinado momento histórico, não é contrariada por uma justificativa razoável ou racional. Nesta hipótese, não há motivo para temer interferir sobre uma decisão que, legitimamente, poderia ser tomada apenas e tão somente pelos representantes do povo no Parlamento.

Nem toda solução conferida a um desacordo instituído como moralmente razoável é admissível. Alguém poderia estranhar a possibilidade de se admitir uma resposta desarrazoada a um desacordo razoável. Ocorre que há desacordos que podem se instalar na sociedade como razoáveis, sendo, em uma análise rigorosa, destituídos de qualquer

59 Renate Jaeger, *Nach der Reform ist vor der Reform, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention – die Konvention als 'Living Instrument'* (Andreas Zimmermann ed.), Berlin: BWV-Verlag, 2014, p. 125 e ss.

60 Como já disse Michele Taruffo, é “evidente che la cura per la verità è una componente essenziale della democrazia; per uno Stato democratico è sempre sbagliato mentire ai cittadini” (Michele Taruffo, *La Semplice Verità*, Bari: Laterza, 2009, p. 95).

razoabilidade, ou assim se revelando com o passar do tempo e o aprofundamento da discussão popular.

Não obstante, é importante recordar da forte presunção de constitucionalidade inerente à decisão parlamentar que resolve desacordo moral razoável. Decisão deste porte obviamente não pode ser invalidada apenas porque se prefere outra solução moral. Decisão com tal conteúdo só pode ser declarada inconstitucional quando se vence o ônus argumentativo necessário para fazer acreditar que houve, sob a roupagem de solução de desacordo razoável, clara e visível negação de direito fundamental⁶¹.

Outro ponto relevante, quando se está diante do problema da possibilidade da impugnação do balanceamento legislativo, é aquele em que se invoca o direito de liberdade para não se prestar devida proteção a direito fundamental. A falta de proteção a direito, sob o fundamento de tutela da liberdade, não pode ser isenta do controle de constitucionalidade. De outro modo, o dever de proteção aos direitos fundamentais teria se transformado numa opção do Legislador, já que não questionável em todos os casos em que se pode alegar que a liberdade torna a interferência legislativa inapropriada. A afirmação de inconstitucionalidade, nesta situação, não atribui à Corte a reavaliação da ponderação entre a liberdade e outro direito fundamental. A decisão do Legislador pode ser impugnada por poder estar em descompasso com o seu dever de proteção a direito fundamental.

Portanto, mesmo os desacordos morais razoáveis não podem desconsiderar o controle de constitucionalidade, assim como a necessidade de tutela dos direitos fundamentais – processuais e materiais – e dos consensos morais. Se a Corte não deve redecidir uma questão cuja solução depende exclusivamente da vontade moral das pessoas e, igualmente, rebalancear os direitos fundamentais, há algo certamente diferente quando a decisão parlamentar i) nega o direito à participação; ii) comete discriminação, iii) viola a proporcionalidade, iii) deixa de resolver questão essencial ao balanceamento, iv) desconsidera ou mal analisa um fato constitucional; v) rejeita, sem justificativa racional, a posição moral absolutamente preponderante na sociedade e vi) descumpra dever de tutela de direito fundamental. Não perceber isso seria autorizar o Parlamento a violar à Constituição sob o pretexto de estar resolvendo o que se tem como desacordo moral razoável.

61 Richard Bellamy, *The Democratic Constitution: Why Europeans should Avoid American Style Constitutional Judicial Review*, **European Political Science**, v. 7, 2008, p. 9-20.

10. A IMPRESCINDIBILIDADE DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL DIANTE DAS DECISÕES QUE ENFRENTAM DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

A interpretação constitucional não constitui monopólio do Judiciário. Ao contrário, é da titularidade da população, portanto de todas as instituições públicas, especialmente das eleitas. O Judiciário tem importante e qualificada participação no processo de atribuição de sentido à Constituição, o que não significa que tenha a última palavra sobre a interpretação constitucional⁶².

Quando a Constituição é chamada a atender aos novos dilemas sociais, o seu significado é perseguido a partir dos fatos, ou melhor, daqueles fatos que reclamam uma resposta interpretativa que se assenta na zona de penumbra dos direitos fundamentais.

Como é até mesmo intuitivo, interpretar à luz de normas constitucionais extremamente indeterminadas, como as que falam em direito à igualdade, privacidade etc., confere ao Judiciário um inimaginável poder criativo, comparável a um poder de encontrar ou inventar direitos, como advertem Calabresi⁶³ e Larry Kramer⁶⁴.

Os desacordos morais razoáveis têm uma relação muito clara com os novos fatos sociais, o que obviamente não significa que todo e qualquer novo fato ou comportamento possa exigir a criação de um direito constitucional. De qualquer modo, em tal contexto os fatos são imprescindíveis para a devida solução do desacordo. Os fatos que iluminam o desacordo não podem deixar de ser individualizados e discutidos no Parlamento, também podendo, eventualmente, ser equivocadamente verificados, o que, como visto, oportuniza o controle de constitucionalidade. Também são os fatos que podem evidenciar discriminação, bem como razão para a correção da lei com base na regra da proporcionalidade. Enfim, como a doutrina alemã fez ver já faz algum tempo, a democratização da interpretação da Constituição depende da real possibilidade de

62 Ver Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; Miguel Gualano de Godoy, *Devolver a Constituição ao Povo*, Belo Horizonte: Fórum, 2017; Rodrigo Brandão, **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

63 Guido Calabresi, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), **Harvard Law Review**, v. 105, 1991, p. 137.

64 Larry Kramer, **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**, p. 229.

deliberação sobre os fatos⁶⁵.

Assiste-se hoje, no direito estadunidense, a uma revolta contra decisões da Suprema Corte que, sem levar os fatos a sério, os utilizam como artifícios retóricos às suas soluções normativas⁶⁶. Este obviamente não é o local para tratar do difícil tema dos fatos constitucionais, mas não se pode ignorar, aqui, que o conteúdo dos desacordos morais razoáveis é preenchido pelos fatos, de onde decorre a consequência de que a interpretação que se reclama à Constituição para a solução dos desacordos tem nos fatos o elemento que ilumina e racionaliza o diálogo entre a Corte e o Parlamento.

Se a decisão constitucional, no caso de violação de direito fundamental à participação, é provisória – como antes dito –, o mesmo ocorre quando a Corte decide ao reconhecer falta de consideração ou equivocada análise dos fatos, ou mesmo quando, com base nos fatos, decide com base na regra da proporcionalidade⁶⁷.

A “verdade” sobre os fatos, em que se ampara a interpretação constitucional que se opõe à lei, goza de objetividade quando racionalizada e adequadamente justificada. É a consistência da justificativa, ou seja, a força das razões sobre os fatos, que permite à Corte convencer a população e o Parlamento da sua interpretação. E é a eventual fragilidade das razões da Corte que dará margem não apenas a justas e severas críticas das pessoas, mas também à devida resposta do Legislativo⁶⁸, inclusive mediante a elaboração de lei em contradição à decisão ou ao precedente firmado em sede de controle de constitucionalidade⁶⁹.

Quando se tem claro que a interpretação constitucional deve ser compartilhada entre as instituições públicas e, especialmente, que os desacordos são determinados

65 Peter Häberle, ao buscar a legitimação da decisão constitucional na participação, afirma que “o postulado da busca da verdade deve preceder todos os desejos da maioria, o tão quanto isso possa ser realizado através de um procedimento – público – aberto” (Peter Häberle, *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*, p. 114). Sobre a importância dos fatos para o controle de constitucionalidade no direito alemão, ver Klaus Jürgen Philippi, **Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen**, esp. p. 222 e ss. Ver também Ekkehart Stein, **Die rechtswissenschaftliche Arbeit: methodische Grundlegung und praktische Tipps**, Heidelberg: Mohr Siebeck, 2000, p. 41 e ss; Johannes Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2020, p. 199 e ss.

66 “The Court’s empirical cowardice has substantial real-world consequences. Possibly the principal victim is the Court itself. Its power and legitimacy decrease in direct proportion to its self-imposed separation from reality. Moreover, by failing to take facts seriously, the Court provides little or no direction to lower courts or society more generally regarding acceptable constitutional practices” (David Laurence Faigman, **Constitutional Fictions – A Unified Theory of Constitutional Facts**, New York: Oxford, 2008, p. 8

67 Anne Carter, **Proportionality and facts in constitutional adjudication**, Oxford: Hart Publishing, 2022, esp. p. 46 e ss.

68 Luiz Guilherme Marinoni, **Controle de constitucionalidade e diálogo institucional**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2022, p. 301-344.

69 À decisão tomada no controle abstrato ou ao precedente vinculante estabelecido no controle difuso.

por fatos cujo esclarecimento é imprescindível a uma resolução racional, simplesmente não há como resistir, ao menos quando se deseja um democrático e adequado uso da Constituição, ao diálogo institucional a partir da melhor investigação e esclarecimento dos fatos constitucionais.

11. CONCLUSÃO

A preocupação com a incompatibilidade entre os desacordos morais razoáveis e o controle de constitucionalidade, revelada por importante setor da teoria do direito⁷⁰, embora muito importante para advertir para os males do excesso ou do ativismo judicial, não é suficiente para excluir o controle de constitucionalidade diante das decisões que lhes dizem respeito.

O controle de constitucionalidade, afinal, não responde exatamente a um tipo de conflito, mas a uma espécie de decisão parlamentar, ou seja, a uma decisão que, por algum motivo, é incompatível com a Constituição. Recorde-se, aliás, que embora alguns cultores do constitucionalismo popular sejam absolutamente contrários ao controle de constitucionalidade, Waldron, em “*the core of the case against judicial review*”⁷¹, preocupe-se em demonstrar que o controle de constitucionalidade não pode ser rejeitado *a priori*.

Como se procurou demonstrar mediante o presente texto, o controle de constitucionalidade, mesmo diante das decisões que enfrentam desacordos morais razoáveis, não pode ser dispensado quando a decisão parlamentar nega o direito à participação, comete discriminação, viola a proporcionalidade, deixa de resolver questão essencial ao balanceamento, desconsidera ou mal analisa um fato constitucional, descumpra dever de tutela de direito fundamental, ou rejeita, sem justificativa racional, a posição moral absolutamente preponderante na sociedade.

Porém, mesmo que a Corte possa analisar a questão moral em muitas destas hipóteses, não há motivo para temer o risco de entregar ao Judiciário a única ou última palavra, uma vez que a obviedade de a interpretação constitucional não constituir monopólio judicial se torna ainda mais evidente quando o que se reclama é solução a uma disputa formada a partir dos fatos sociais, cuja compreensão é indispensável a toda e qualquer decisão pública.

O diálogo mediante a devida aferição e justificativa dos fatos, não obstante afaste o controle de constitucionalidade da sua vetusta função meramente normativa, é inevitável quando se sabe que a Constituição deve orientar a vida em sociedade a partir

70 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**.

71 Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1346-1407.

da realidade.

Tudo isto faz ver com nitidez que, não obstante as questões morais essenciais devam ser resolvidas pelas pessoas e, assim, pelo Legislativo, a circunstância de uma questão moral não se confundir com a decisão parlamentar que a enfrentou torna o controle de constitucionalidade necessário sem retirar do povo e do próprio Parlamento a possibilidade de reação contra a decisão judicial⁷².

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL GARCIA, Sofia; GAROUPA, Nuno; GREMBI, Veronica. Judicial independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The case of Portugal. **Journal of Empirical Legal Studies**, v. 6, n. 2, p. 381-404, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus, o Judiciário como superego da sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”, Revista CEJ, v. 9, n. 30, p. 10-12, 2005.

BELLAMY, Richard. The democratic constitution: why Europeans should avoid American style constitutional judicial review. **European Political Science**, v. 7, p. 9-20, 2008.

BETHGE, Johannes. Der Sachverhalt der Normenkontrolle. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

CALABRESI, Guido. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). **Harvard Law Review**, v. 105, 1991.

CALABRESI, Guido. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). *Harv. L. Rev.*, v. 105, p. 80, 1991.

CAMINKER, Evan H. Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rule: Lessons from the Past. **Ind. LJ**, v. 78, p. 73, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. **Juristische Schulung**, v. 29, 1989

CARTER, Anne. **Proportionality and Facts in Constitutional Adjudication**. Bloomsbury Publishing, 2022

COMELLA, **Víctor Ferreres**. **Justicia constitucional y democracia**. Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.

⁷² Luiz Guilherme Marinoni, *Processo Constitucional e Democracia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 685 e ss; Luiz Guilherme Marinoni, **Os Fatos no Supremo Tribunal Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

- DAHL, Robert A. *How democratic is the American Constitution?*. Yale University Press, 2003.
- DE BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*, Belo Horizonte: Forum, 2020
- DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 262).
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, esp.
- ENTIN, Jonathan L. *Judicial Supermajorities and the Validity of Statutes: How Mapp Became a Fourth Amendment Landmark Instead of a First Amendment Footnote*, **Case Western Reserve Law Review**, v. 52, 2001, p. 441-470.
- FAIGMAN, David L. *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts*. Oxford University Press, 2008.
- FARÍAS SOTO, Javiera Constanza. Vinx, Lars (Translator): *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, **Cambridge Studies in Constitutional Law**, 2015, 290 pp. 2016.
- FAVOREU, Louis. *American and European models of constitutional justice. Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday* (David S. Clark ed.), Berlin: Duncker u. Humblot, 1990
- FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. Salvador: Juspodivm, 4. ed., Salvador: Juspodium, 2021.
- GAROUPA, Nuno; GOMEZ-POMAR, Fernando; GREMBI, Veronica. *Judging under political pressure: An empirical analysis of constitutional review voting in the Spanish Constitutional Court*. *The journal of Law, economics, and organization*, v. 29, n. 3, p. 513-534, 2013.
- GEE, Graham; WEBBER, Grégoire CN. *What is a political constitution?*. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 30, n. 2, p. 273-299, 2010.
- GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017
- HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no estado constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- HAIDT, Jonathan. **The righteous mind: Why good people are divided by politics and religion**. New York: Pantheon Books, 2012, esp.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: WW Norton & Company, 1999.

- IMMANUEL, Kant. Resposta à pergunta: o que é Iluminismo. Tradução de Artur Morão, 1784
- JAEGER, Renate. Nach der Reform ist vor der Reform. **60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention—die Konvention als ‘living instrument** (Andreas Zimmermann ed.), Berlin: BWV-Verlag, 2014.
- KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: The backlash thesis. **The journal of american history**, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994.
- KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, USA, 2004.
- KYRITSIS, Dimitrios. **Constitutional review in representative democracy**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 32, n. 2, p. 297-324, 2012.
- MACINTYRE, Alasdair C. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Campinas: Vide Editorial, 2021
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Os Fatos no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de constitucionalidade e diálogo institucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2022.
- MENDES, Conrado Hübner; VITA, Álvaro de. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. AAFDL Editora, 2019.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra editora, 2006.
- PINO, Giorgio et al. **Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale**. il Mulino, 2010.
- POSNER, Richard. **A. The rise and fall of judicial self-restraint**. California Law Review, v. 100, 2012.
- RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999
- RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, John. **The idea of public reason revisited**. The University of Chicago Law Review, v. 64, n. 3, p. 765-807, 1997.
- SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Pró-majoritariedade versus contra-majoritariedade: a

construção do capital político da jurisdição constitucional, **Processo Constitucional** (coord. Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Sarlet), 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 342.

STEIN, Ekkehart. **Die rechtswissenschaftliche Arbeit: methodische Grundlegung und praktische Tipps**. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2000.

TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità**, Bari: Laterza, 2009

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?**. New York: Verso, 1996

WALDRON, Jeremy et al. **Liberal Rights: collected papers 1981-1991**. Cambridge University Press, 1993.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. OUP Oxford, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1368



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, PROCEDURALIZAÇÃO E COGNIÇÃO DEMOCRÁTICA

INSTITUTIONAL CAPACITIES, PROCEDURALIZATION AND DEMOCRATIC COGNITION

Recebido: 25/04/2022

Convidado

Guilherme Pupe da Nóbrega

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa –
IDP (Brasília, DF, Brasil).

E-mail: pupedanobrega@icloud.com



<https://orcid.org/0000-0003-0192-9631>

RESUMO

Este artigo analisa o argumento das capacidades institucionais e suas possíveis subversões para, a partir de suas potenciais fragilidades, sugerir a proceduralização como alternativa promissora de resguardo à legitimidade institucional do Judiciário e como exemplo de um enfoque mais democrático para a cognição.

Palavras-chave: capacidades institucionais; proceduralização; instituições; legitimidade.

ABSTRACT

This article analyzes the argument of institutional capacities and its possible subversions in order, based on its potential weaknesses, to suggest proceduralization as a promising alternative to safeguard the institutional legitimacy of the Judiciary and as an example of a more democratic approach to cognition.

Keyword: institutional capacities; proceduralization; institutions; legitimacy.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

1. INTRODUÇÃO

O exercício da jurisdição constitucional tem se revelado orgânico de modo cada vez mais evidente; atividade a assumir dinâmica que ora flui, ora reflui; mutante, anfitriã que é de constantes aportes de distintos carizes (políticos, morais, sociais etc.).

Mais claramente, com componentes marcadamente políticos, a jurisdição constitucional maneja variáveis sobre as quais o tempo — o momento, a conjuntura — exerce particular influência. Bem ilustram o ponto a mutação constitucional, a inconstitucionalidade progressiva, a modulação de efeitos e o overruling...

Produto dessa premissa, a postura institucional do principal exercente da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal, naturalmente sofre repercussões. É dizer, como parte integrante de constantes e sucessivos (re)arranjos institucionais que se seguem no tempo, a jurisdição constitucional pode por vezes se ver instada a sair de um agir diluído, responsivo, maximizado por um aparelhamento político de suas funções — notadamente pelos demais poderes —, para assenhorar-se de sua agenda de forma a centrar-se em pautas que considere verdadeiramente prioritárias. É como se houvesse uma ampliação velada da ideia de repercussão geral, mas que passa a condicionar a agenda jurisdicional como um todo e que leva em considerável conta dimensões políticas e aspectos conjunturais.

Mais que um comportamento estratégico sobre o modo e o tempo de se julgar questões, a influência conjuntural passa a repercutir sobre a própria postura decisional dos tribunais — em especial, repise-se, do Supremo Tribunal Federal —, que passaria a considerar cenários de tensão interinstitucional para oscilar entre maior ativismo ou maior autocontenção.

Na esteira dessas considerações preambulares, o propósito deste artigo é o de se imiscuir no conhecido argumento das capacidades institucionais para revelar — ou realçar — uma nova faceta: a de que (i) o nível de tensão interinstitucional da conjuntura a cercar a questão a se solucionar e (ii) os potenciais ganhos ou riscos sobre o poder negocial do Judiciário no concerto cooperativo que se estabelece entre os poderes exercem papel importante na avaliação sobre se recorrer ou não àquele argumento.

Ainda além, como proposta alternativa ao recurso ao argumento das capacidades institucionais e às suas potenciais dificuldades, este escrito envereda pela proceduralização como locus a possivelmente acomodar um papel mediador da parte do Judiciário, alternativa essa quiçá a mais bem funcionar como via intermediária a uma

abstenção completa ou a críticas a uma virtual intromissão na seara de outro Poder.

Finalmente, em derradeira seção, a proceduralização é referida como ilustrativa de algo bem mais profundo: a necessidade de se resgatar a visão de uma cognição mais democrática.

2. O ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Em celebrado artigo de 2003, Cass Sunstein e Adrian Vermeule desenvolveram o que ficou conhecido como o argumento das capacidades institucionais. Em linhas muito gerais, a tese proposta pelos autores foi a de que discussões a respeito da interpretação jurídica não poderiam ser solucionadas fechando-se os olhos para o papel de outras instituições — públicas — que não judiciais. Dito de outro modo, a questão “como um texto deve ser interpretado?” deveria ceder espaço a “como e quais instituições, com suas habilidades e limitações distintas, deveriam interpretar certos textos?” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886).

A tese não era sem importância e visou a combater uma cegueira institucional capaz de produzir como efeito colateral um ensimesmamento, em primeiro lugar, exógeno, no sentido de desconsiderar comparativamente maior ou menor aptidão de outras instituições para endereçamento de dilemas, mas também endógeno, na linha de renegar que essa mesma solução judicial poderia vir a ser replicada de modo generalizado e até ampliado por outros juízes, com limitações e contextos funcionais distintos, resultando como efeito dinâmico numa deterioração da legitimidade do Judiciário em razão do risco de uma mesma receita redundar em resultados bastante diversos (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 949 e 951).

A saída para enfrentamento daqueles riscos, por conseguinte, seria uma assimilação do fato de que juízes e tribunais não compõem a única instituição estatal que interpreta e aplica normas jurídicas. Como decorrência, se em modelos em que o poder é distribuído horizontalmente são inevitáveis e naturais impasses e tensões intra e interinstitucionais, seria exatamente nessa esteira que ganharia campo o argumento das capacidades institucionais, fundado na análise comparativa dos méritos para se decidirem questões que podem se situar nas competências de mais de uma instituição ou problemas cujas soluções arbitradas por uma dada instituição repercutirão sobre

objetivos compartilhados por outras entidades públicas (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 15).

Isto é, num contexto de compartimentação funcional de atribuições por instituições com objetivos comuns, e numa realidade que tem se mostrado cada vez mais complexa e fragmentada, se tornam frequentes zonas de penumbra¹, que, em nome do equilíbrio, da cooperação e do distensionamento institucionais, impõem custos de negociação, de barganha mesmo, e um agir estratégico recíproco entre as diferentes esferas de Estado (COOTER, 2000, p. 211).

2.1. Indeclinabilidade

A mera possibilidade de o Judiciário entender que, em dado caso, a solução a ser arbitrada ostentaria maior legitimidade se advinda de outra instituição encontraria, no Brasil, um pronto contraponto fundado em uma tresleitura da vedação ao non liquet. E chamo tresleitura porque, segundo penso, a uma, não quer o princípio da vedação ao non liquet². dizer que o juízo deva sempre e sempre dar uma resposta; a duas, porque o princípio não funde, ao contrário do que se faz parecer, inafastabilidade e indeclinabilidade, coisas absolutamente distintas.

Quanto ao primeiro ponto, releva a lembrança de que a locução latina non liquet na verdade abrevia expressão mais extensa (iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum), que quer dizer “jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento”. Ao recorrer à máxima, o juiz romano se abstinha do dever de julgar casos em que a resposta não era prontamente evidente (BLACK, 1968, p. 1 e 3), o que é diverso de se admitir que casos haja em que o magistrado ou os tribunais, fundamentadamente, deixem de incursionar meritoriamente sobre a questão — tanto assim o é que há os exemplos das decisões terminativas e das situações em que o Judiciário se furta a incursionar no mérito administrativo sob o signo da separação de poderes. Em síntese, decidir que não se deve decidir não é, enfim, uma decisão?

Quanto ao segundo ponto, relativo à cisão entre inafastabilidade da jurisdição e indeclinabilidade, são elas, como dito, elementos diferentes: se a inafastabilidade possui base constitucional, a indeclinabilidade não o tem, residindo o fundamento dessa última, ademais, na ideia de pacificação social, de vedação à autotutela e de

1 A expressão, no sentido em que a uso aqui, nada tem que ver com Hart, designando, na verdade, a recondução de dadas questões à atuação legítima de mais de uma instituição.

2 Em alguma medida, os dispositivos a respaldar a vedação ao non liquet seriam os artigos 5º, XXXV, da Constituição, 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 140 do Código de Processo Civil, 8º do Decreto-Lei nº 5.452/1942, 108 da Lei nº 5.172/1966 e 7º da Lei nº 8.078/1990.

resguardo à legitimidade do Estado. Ocorre que (i) a vedação à abstenção judicial há na verdade de impedir a negativa decisória como regra, não a proibindo, em absoluto, como algo contingencial; e (ii) há situações que, mercê de sua complexidade, não poderão ser superadas por qualquer solução judicial, seja ela qual for (antes, há casos em que decisões judiciais simplistas agravarão o quadro). Ou seja, da inexistência de óbices ao acesso Estado-juiz não deflui a peremptória consequência de estar o Estado invariavelmente obrigado a dar sempre uma resposta — muito menos necessariamente pela via jurisdicional.

A par disso, não é um exotismo elucubrar que essa visão mais conservadora do non liquet acabe por militar em favor de uma artificial “arrogância” institucional, eis que, a ser verdadeira a obrigação judicial de se decidir tudo, campo não haveria para se professar a própria inaptidão. Em outras palavras, esse olhar extremado sobre a indeclinabilidade (i) induziria juízes e tribunais a crer terem de decidir todo e qualquer caso, alimentando estratégias discursivas a pretexto de ocultar uma incapacidade de endereçar dadas questões, favorecendo assim um enimesmamento e um isolamento cognitivos, e (ii) acarretaria uma renúncia e um desempoderamento por parte do público acerca do trato daqueles dilemas, iludido por uma jurisdição que retira seu fundamento maior de legitimidade da própria investidura, e não de um enriquecimento cognitivo ou de uma abertura institucional.

Seja como for, superadas essas resistências, o argumento das capacidades institucionais ecoaria no modelo brasileiro, produzindo, notadamente em sede de jurisdição constitucional, diversos julgados que a ele recorreram para estremar de uma investida judicial a resolução de determinados problemas³. O ponto é que a forma assumida por aquele fundamento, entre nós, aparentemente nem sempre observaria com fidelidade a matriz teórica de que se originou...

2.2. Possíveis desvirtuamentos do argumento

Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, escrutinando o uso do argumento das capacidades institucionais, denunciam o que seriam remissões inadequadas àquele fundamento: (i) ora banalizado, porque adotado com reduzido potencial crítico e facilmente incorporável por qualquer teoria normativa; (ii) ora redundante, porque mero apelido novo para categorias dogmáticas preexistentes, sem que sua invocação resultasse em qualquer benefício prático; (iii) ora absurdo, porque simplesmente

³ No Supremo Tribunal Federal, ilustram o recurso ao argumento das capacidades institucionais os seguintes julgados: SL 1.425 AgR, DJ 02-06-2021; MS 37.178, DJ 01-09-2020; MS 35.758 AgR, DJ 26-05-2020; ADPF 825, DJ 26-11-2021; e MS 36.884 AgR, DJ 23-06-2020, entre tantos outros.

pragmática e completamente desvinculado do direito (2011, p. 9).

Qualquer uma daquelas abordagens destoaria da essência do argumento das capacidades institucionais, que considera a especialização funcional como traço convivente com fins constitucionais comuns entre poderes; que admite a falibilidade potencial de qualquer instituição na consecução desses fins comum; e que busca analisar diferentes alternativas decisórias ampliando empiricamente a amostragem institucional para, num juízo comparativo, retirar o Judiciário de uma visão insulada. O diálogo, é dizer, deixa de ser intestino — do direito judiciário para consigo — para se tornar interinstitucional (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 11 e 14).

O curioso, nada obstante, é que essa interinstitucionalidade, que oferece um dos principais predicados do argumento, acaba por desvelar o que seria mais uma potencial vulnerabilidade à sua subversão. Explico: é que considerações sob o signo das capacidades institucionais são não somente empíricas e comparativas, mas contingentes, isto é, encaradas à luz de arranjos institucionais específicos e em momentos específicos, sendo, pois, contextuais e circunstanciais (ARGUELHES; LEAL, 2016, p. 197).

Disso igualmente decorre que a avaliação sobre a criação ou o agravamento de tensões interinstitucionais é influenciada pela preexistência — ou não — e pelo nível de eventuais tensões já postas e pela percepção institucional que se tem de momento das instituições, notadamente do Judiciário.

Mais objetivamente, a hipótese que ora enuncio é de que a leitura judicial do argumento das capacidades institucionais tem sido composta por uma avaliação dinâmica e contextual da política que insere em sua matriz de custos o risco à legitimidade institucional do Judiciário. É falar, a aferição sobre o argumento das capacidades institucionais não se limita, num viés consequencialista, aos ônus subjacentes ao abismo entre uma solução ideal construída pelo Judiciário e sua implementação real por juízes e tribunais outros com limitações e habilidades distintas. Essa análise, ao revés, passa a ser influenciada pelo potencial impacto negativo que, num dado momento e contexto, os riscos de uma má decisão pelo Judiciário ou de uma percepção ativista sejam mais ou menos suportáveis. Ou seja, precisamente por partir de um prisma institucionalista, o exame é influenciado pela consequência que o decidir produzirá sobre a percepção institucional que se tem sobre quem decide.

O zelo pelo compromisso interinstitucional passaria, assim, por um compromisso de proteção também da própria instituição, eis que só há falar em interação e em articulação se no jogo dinâmico da relação entre instituições houver, antes, instituições (!), cuja percepção de institucionalidade deriva decisivamente de sua própria legitimidade. Enfim, proteger condições de interatividade passaria (antes?) por proteger quem interage e seu “poder de barganha” na negociação infundável que assoma os poderes sempre que se

visitam zonas de penumbra competenciais.

Em nome de maior clareza, se a dúvida sobre qual é a instituição mais confiável para certo juízo é a premissa para que se recorra ao argumento das capacidades institucionais, parece óbvio que a confiabilidade geral usufruída por dada instituição num dado contexto acaba por impactar na referida aferição. Dito ainda de outra forma, os riscos que cercam os potenciais custos de legitimidade institucional, na medida em que essa legitimidade será levada em conta em dilemas decisoriais futuros, são considerados não somente à luz do problema de momento, mas também do impacto macro sobre a dinâmica institucional e a posição de dada instituição no embate que se seguirá no(s) dilema(s) seguinte(s). Isso quer dizer que o poder de barganha negocial de dada instituição leva a si próprio em consideração para resolução de dado problema imediato, mas também leva a si próprio em consideração — seu incremento, manutenção ou redução — num contexto temporal mais amplo que se seguirá adiante.

Eis o ponto que estou a sustentar: frente a alocações ambíguas de competência, em que questões admitam incursão aparentemente legítima por mais de uma instituição, haverá maior ou menor propensão a uma abertura ou a um fechamento ao argumento das capacidades institucionais conforme se vislumbrem a aptidão, de momento, para enfrentamento dos ônus dos custos negociais ensejados por aquela avaliação.

Alcanço, então, duas novas hipóteses, possivelmente excludentes entre si: ou bem a política passa a ganhar proeminência como variável na aferição sobre o recurso ao argumento das capacidades institucionais, ou bem o argumento, desvirtuado, passa a funcionar como álibi epistêmico-teórico a pretensamente afiançar normativamente uma postura conjuntural de autocontenção.

Se “mais ou menos poder e mais ou menos discricionariedade são, assim, funções do grau de confiança pressuposto para diferentes instituições” (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 42), então os limites a balizar autocontenção ou desenvoltura não são estanques, mas dinâmicos, mutantes no tempo, condicionando o argumento das capacidades institucionais ou desvirtuando-o para orientar sua adoção — redundantemente — como alegoria performativa⁴.

Um olhar conjuntural e político, por conseguinte, ou bem consubstancia variável na equação que poderá resultar no recurso ou não ao argumento das capacidades institucionais ou bem fomenta postura que permitirá adotar o argumento como emulação de fundamento que em realidade oculta uma preocupação com a preservação contra desgastes institucionais do próprio órgão julgador.

⁴ Trata-se de alcunha a designar expressão usada explicitamente como fundamento bastante e suficiente em si, mas que não passa de um recurso a fórmulas vazias, sem relação com a facticidade do caso que deveria solucionar e incapaz de se evidenciar como verdadeira ou falsa (AUSTIN, 1962, p. 4). No Brasil, Georges Abboud adotou o termo “performativa”, com idêntica conotação (ABBOUD, 2014, p. 315).

Diante dos desafios presentes no manuseio do argumento das capacidades institucionais, passei então a refletir sobre uma possível via alternativa que se mostrasse capaz de viabilizar, a um só tempo, um compartilhamento do potencial custo (de legitimidade institucional) da decisão sem o custo (de barganha negocial) da abstenção. Isto é, uma matriz decisória intermediária que nem impusesse integralmente os ônus dos riscos de um tensionamento interinstitucional, nem detrimisse o poder de barganha negocial ou erodisse a legitimidade a partir de uma omissão. Cheguei, assim, à proceduralização.

3. PROCEDURALIZAÇÃO

A proceduralização surge como teoria multitemática que pretende fornecer uma resposta à crise regulatório-jurídica do Welfare State, no contexto de uma sociedade cada vez mais acêntrica, complexa e fragmentada. Como uma nova perspectiva sobre disputas que transcendem o discurso jurídico, a vertente encontra terreno fértil notadamente na jurisdição constitucional, ainda que a ela não se limitando (TEUBNER, 2006, p. 62).

Feixes de interesses são trazidos para o centro da arena. Promessas antagonizam a realidade e sobrecarregam o sistema legal. Somado a isso, a sociedade evolui e os problemas vão se tornando cada vez mais complexos. As subjetividades coletivas geram questões multifacetadas. A moral é diluída (MACINTYRE, 2007), como se passasse a ser um cubo mágico social que constantemente, de súbito, multiplica suas faces: quanto mais complexo, mais plural; quanto mais plural, mais complexo.

Diante de novos problemas, novas abordagens, de modo que a proceduralização prega uma guinada: de uma visão tradicional, formal e substantiva do direito (com uma legitimidade procedimental ou de mera justiça da decisão) rumo a uma visão procedural, com condições para envolvimento e limitação da atuação de diversos agentes no processo de construção da decisão judicial e do direito (TEUBNER, 2016, p. 237).

Mais bem explicando, temas mercadológicos, de tecnologia ou de biossegurança não encontram na centralidade política ou na centralidade jurisdicional-constitucional os ambientes ideais de enfrentamento. Surge a necessidade, então, de uma abertura por parte da instância pública para a incorporação de conhecimento cuja geração provém de outras camadas sociais. Um horizonte de formulação de novas distinções e conceitos jurídicos a partir do caso a caso. O processo de construção do direito é aberto para uma dimensão de aprendizagem constante sobre temas complexos (TEUBNER, 1983, p. 239-286).

O conhecimento é gerado a partir do procedimento que se estabelece, e não a partir de normas, de princípios ou de uma ponderação abstrata. O valor da decisão se dá segundo procedimentos criados para uma elaboração discursiva da solução; uma construção dialógica das preferências. As soluções não são impostas pela lei, mas sim induzidas por uma estratégia procedimental-discursiva. Não propriamente se alteram os objetivos, mas a maneira de persegui-los. A preocupação é com implementar políticas, mais que preocupações normativas sobre como uma política deveria ser.

A proceduralização se opõe a uma materialização (legitimação da decisão a partir de interpretação que se dê adequando conteúdo das normas a valores) e também a uma formalização (criação de regras jurídicas segundo uma dedução axiomática). Há um acesso metodológico distinto, que buscará assimilar todas as nuances do problema e, via de consequência, um melhor direcionamento para a construção da solução (WIETHÖLTER, 1988, p. 222-225).

Na prática, e exemplificando, num caso com argumentos fortes de ambos os lados e de alta competição (Estado vs. mercado; empresariado vs. empregados etc.), a corte não dará vitória total a somente um lado. Em vez disso, a corte estabelecerá áreas dentro das quais cada instituição deterá competência argumentativa, sendo esses argumentos submetidos a balanceamentos e contraposições.

A corte deve zelar por esse balanceamento político-econômico de modo que ninguém ganhe tudo e ninguém não ganhe nada. E aqui fica clara a origem da proceduralização: uma alternativa à inexistência de uma técnica neutra que permita decidir de modo inequivocamente certo para qualquer um dos dois lados. Trata-se de questões para as quais não há uma melhor decisão sem que haja também o risco de uma desestabilização social. Em lugar de agências reguladoras, deve ser dada maior importância a mecanismos de autorregulação e auto-organização. É o que ocorre, por exemplo, com as normas comuns na União Europeia.

Com a proceduralização, pois, há um reconhecimento das instituições do sistema democrático-capitalista de bem-estar social, mas ao mesmo tempo uma defesa de áreas de autonomia contra a burocratização por meio da legalidade. As instituições devem ser capazes de funcionar para negociar e decidir questões sem um controle material das cortes.

Não se deve louvar uma decisão que produza injustiça pelo fato de ser ela formal, institucional, emanada de uma corte com base na lei (ex.: reserva do possível). A lei somente pode ser tida como racional se estiver relacionada à justiça. Daí que a racionalidade legal passa por uma mediação entre universalidade normativa e circunstâncias reais. A lei está morta (ou morrendo) e deve renascer por meio da proceduralização. Essa dissociação entre justificação normativa e contingências situacionais deve ser enfrentada. Resumindo:

proceduralização parte do fracasso de tudo (do sujeito, do mercado, do Estado) para propor uma lógica de reconstrução frente à inexistência de alternativas.

Um conceito de direito fechado, correto, substantivo e racional não pode prevalecer sobre um falso ideal de sociedade. A sociedade deve abrir-se para uma nova lógica de reconstrução. Os direitos sociais não devem ser considerados garantias de algo ou mera garantia de participação. Esses direitos estão menos conectados à participação individual ou ao Estado provedor do que à garantia de que se tomem em conta as perspectivas (através da proceduralização) das necessidades dos eleitores, dos consumidores, dos destinatários das políticas de bem-estar. Devemos sair de um direito orientado do passado para o presente e rumar para uma arena interativa em que passado e futuro se encontrem.

A proceduralização, assim, constitui um ambiente em que regras procedimentais são negociadas para enfrentamento de situações complexas, estruturando regramentos para solução de problemas jurídicos e assegurando abertura institucional para que as inovações sejam apreendidas pela jurisdição, assegurando contemporaneidade normativa. Um cenário, por assim dizer, de “autorregulação regulada” (ABBOUD; NERY; CAMPOS, 2020).

Uma democratização progressiva das diferentes camadas do direito, sob perspectiva em alguma medida habermasiana, seria a forma de se assegurar uma inserção de determinados segmentos sociais nas condições de ideais de comunicação sob o espectro jurídico.

Os tribunais devem agir como árbitros de interesses, mas definindo condições amplas de interação entre instituições que reivindiquem uma parcela de responsabilidade e de capacidade para contribuir com a construção da decisão.

A proceduralização seria então a transformação de um contexto social de liberdades segundo o direito para um sistema de justificação de um novo contexto social de interesses. A mudança de prisma migra de regras de aplicação para identificação de oportunidades sociais e alocação de realizações. Mercado e público devem assumir proeminência sobre partidos e associações.

O direito passa a depender dos procedimentos que institui com vistas à construção de decisões fundamentadas e justificadas segundo ideais básicos da comunidade, como racionalidade, participação democrática e pluralismo.

Não raro, a discricionariedade incide em razão da judicialização de matérias não propriamente jurídicas. Esse paradoxo da indecidibilidade abre campo para a proceduralização, plataforma de pensamento que confere à jurisdição condições para a produção de conhecimento e para lidar com temas cada vez mais complexos, funcionando,

assim, como instrumento de accountability e alternativa a uma predação ou captura do jurídico por outros discursos (ABBOUD, 2021, p. 506-507).

A realidade atual, complexa, plural e fragmentada, escancara a impossibilidade de um entendimento traduzir-se numa única perspectiva. A democracia pós-moderna exige, assim, uma multiplicidade de visões a tornar os espaços de deliberação importantes elementos do nosso “eu social”. As decisões na esfera pública, pois, devem tomar em conta — e jamais se fechar para — uma concepção policontextual de sobreposição de diferentes sistemas funcionais (LADEUR, 2017, p. 103 e 204).

A complexidade e a fragmentação só podem ser enfrentadas por uma nova racionalidade, heterárquica e reflexiva. O Estado, quando age como possuidor de todo o conhecimento necessário à solução de todos os aspectos da vida, está fadado à ruína.

Uma vez mais: a discricionariedade de modo geral, não raro, surge como uma (vazia) resposta mágica que preenche as lacunas da indecidibilidade ou da complexidade. Melhor seria, pois, se o Estado admitisse como premissa a própria precariedade cognitiva em alguns casos, abrindo-se ao enriquecimento propiciado pelo outro, alternativa mais democrática, constitucionalmente adequada e, até, mais eficiente, porque mais sustentável como solução, possuindo maior legitimidade e aportes mais qualificados.

Em lugar de perseguir maior reflexão, os Estados da pós-modernidade preferem eliminar os espaços de auto-organização social, neles intervindo para ditar soluções em tom de autoridade; deveriam, antes, se servir do conhecimento e das contribuições sociais. Como espaço social de deliberação pública, o processo tem sido vitimado pela discricionariedade como castração dessa reflexividade.

O Estado procedural, ao revés, assume uma postura de humildade, reconhecendo o privilégio cognitivo de atores privados, estimulando-lhes na produção de conhecimento e assumindo o papel de vetor de promoção da reversão desse conhecimento em favor de toda a comunidade.

Como forma de enfrentar as deficiências de aprendizado, de reflexão e de adaptação, a proceduralização estimula e busca viabilizar o diálogo, o acordo e a autorregulação. Afinal, frequentemente, o conhecimento exigido para a solução de um tema judicializado não será apenas (muitas vezes nem sequer preponderantemente) jurídico. É falar, recorrendo a Abboud:

Do mesmo modo que inexistente o fim da história, também não há fundamento metafísico isolado a justificar o Estado, a sociedade, a democracia e o direito. Outrossim, essa realidade fragmentada em diversos sistemas autônomos e diferenciados torna impossível uma compreensão verdadeiramente holística das diversas áreas do saber ou das diversas estruturas sociais. Enfim, a pós-

modernidade escancara a impossibilidade de se pretender acessar a realidade por uma única perspectiva totalizante. Na realidade, a ficção (als ob) é a única via “realmente” funcional para se compreender, por fragmentos, a realidade. (ABBOUD, 2021, p. 660)

Eis então que a proceduralização, como matriz teórica, prega uma alternativa a uma jurisdição plenipotente, autocrática, top down, veiculando, ao contrário, um ambiente aberto, plural e leal de fomento cognitivo e, naturalmente, de maior democratização.

Conquanto mais contingencial e abstrata, a premissa em que se enreda a proceduralização tem tudo a ver com a hipótese aqui advogada: por meio de um desintrincheiramento cognitivo da autoridade pública, nomeadamente os juízes e tribunais, franqueia-se a agentes, notadamente privados, com maior conhecimento e expertise em temas complexos, a possibilidade de influir no debate público e de participar ativamente da construção de soluções mais sustentáveis, inclusive no ambiente judicial.

Resumidamente, a proceduralização, em certa medida de modo semelhante ao argumento das capacidades institucionais, também considera a expertise como elemento a credenciar instituições a ter um “lugar de fala” na resolução de problemas. A distinção primordial, todavia, está em que na proceduralização não prepondera uma visão finalística de alocação de competências, mas sim um escopo não excludente que abraça a sobreposição de instâncias — inclusive e marcadamente as privadas — capazes de fomentar a construção cooperativa de uma solução. O Judiciário, por conseguinte, não opera à razão de um tudo ou nada identificando como competente a instituição “mais capaz”, e sim como locus de uma diversidade democratizadora, que contempla instituições de modo a buscar maior riqueza cognitiva — e idealmente maior qualidade decisória — numa pluralidade que se viabiliza pela garantia de condições de uma possibilidade discursiva.

4. POR UMA COGNIÇÃO MAIS DEMOCRÁTICA⁵

A referência à proceduralização, feita acima, serve de pretexto a um aprofundamento pertinente: a necessidade de reflexão sobre uma cognição judicial mais democrática.

É que, conquanto a proceduralização se contraponha a uma visão que situa nesta ou naquela instituição estatal uma espécie de privilégio cognitivo excludente, ilustra ela um olhar mais plural e, por isso, idealmente mais democrático e legítimo. Apenas essa abordagem da proceduralização, nada obstante, talvez não tenha deixado evidente

⁵ O racional desenvolvido nesta epígrafe é parte importante da tese de doutoramento por mim defendida em dezembro de 2021 e ainda no prelo, intitulada “Jurisdi(scri)ção: a discricionariedade judicial como estratégia e sua (in)validade perante o direito”.

o que seria a principal hipótese deste artigo: a ideia de que uma decisão não se põe como (mais) legítima (apenas) em razão de seu conteúdo ser preenchido pela entidade estatal cuja expertise mais bem a credencie a decidir, mas sim (também) quando é ela gestada de modo mais democrático e plural. Não é a instituição “mais capaz” a única a legitimar-se a fomentar uma construção decisória; há instâncias outras, ainda que “menos capazes”, que igualmente poderão contribuir, e, ainda que não subsidiando uma solução, tornando-a mais democrática, na medida em que assimiladora de visões de partes interessadas.

Pois bem. Em termos de premissas iniciais que têm maculado os estudos sobre cognição, conhecimento e interpretação não observam uma cisão rígida; não são elas atividades compartimentadas cognitivamente. Ao contrário, são fases indissociáveis e simbióticas que interagem continuamente.

Tampouco é de se cogitar uma cognição relegada à fase final do processo. O órgão que decide não fica neutro ou imune cognitivamente ao que lhe chega para somente iniciar a construção de suas convicções quando do momento de decidir. O ente julgador já aborda as questões desde o início com pré-compreensões, preconceitos e uma inerente carga de subjetividade. De igual modo, os aportes cognitivos que lhe chegam vão moldando sua visão desde sempre, inclusive para influenciar uma maior ou menor abertura ou fechamento para o que se lhe vá apresentando ao longo da tramitação do feito.

Ainda além, a cognição não pode ser reduzida e vinculada a uma preparação para o ato de se decidir. Ao encarar os elementos factuais e jurídicos antevendo conclusões, o julgador tende a incorrer em vieses de perseverança que favorecem decisões pré-moldadas e que deixam de valorizar subsídios que seriam capazes de distanciar a questão analisada de resultados já adredemente concebidos. Pior: o atrelamento da cognição à decisão alimenta a deletéria visão de que o julgador, detentor do monopólio do decidir, igualmente deteria o monopólio da cognição (VOGT, 2020, p. 91).

A cognição, é fato, subsidiará a decisão; mas ela própria, cognição, ostenta importância em si ao democratizar discursivamente a esfera pública, independentemente do que se vier a decidir. Sendo mais claro, não é a cognição de somenos relevância, submissa e orientada a uma decisão futura. Na realidade, é sim a cognição mais relevante, dela defluindo, como consequência, e dela extraindo sua legitimidade, a decisão. É dizer, não é a cognição que se volta para a decisão, mas a decisão que decorre da cognição, das duas sendo elo a fundamentação.

Por isso é que a teoria da cognição⁶, e bem assim o procedimento, não mais devem pautar-se numa premissa ilusória que espelhe uma cognição concentrada ou limitada na/à fase decisória ou em uma só pessoa. Em verdade, teoria e rito devem aproximar-se da realidade para (i) instrumentalizar um “gerenciamento cognitivo” que se protraí no feito desde o seu princípio e (ii) levar em conta uma cisão cognitiva que espraia num policentrismo, para além da figura do magistrado, as fontes alimentadoras e construtoras da verdade processual num estado cognitivo comunitário (VOGT, 2020, p. 291-292), que, integrado pelo decisor, nele há de necessariamente reverberar ao dissolvê-lo num todo em lugar de alocá-lo arbitrariamente e distancadamente acima desse todo.

Uma estruturação cognitiva que valorize a pluralidade das diversas origens dimanantes dos subsídios do caso, isto é, que deixe de chancelar uma ocultação da formação da convicção no íntimo do ator que presidir a edificação do convencimento e que lance luzes sobre as contribuições dadas por todos os sujeitos participantes daquele processo. Uma fragmentação que dilua a cognição no tempo, ao longo do procedimento, e entre diferentes agentes, condensando-a na decisão sem mais que se possa distingui-la ou reduzi-la a uma única origem.

Em sociedades abertas, democráticas, opera uma discursividade reconstrutiva incessante das normas, seguidamente reinterpretadas e revisitadas sob a luz da principiologia constitucional. O teatro processual é, por conseguinte, locus privilegiado de encenação dessa oxigenação normativa, não cabendo fechá-lo num monólogo estatal infenso à participação e à fiscalidade (MADEIRA, 2008, p. 212).

Nessa intersubjetividade da significação, o procedimento desempenha papel preponderante de instrumentalização de um “espalhamento cognitivo”, seja para ampliar e tornar mais eficientes e efetivos espaços de fala e de contaminação positiva do decisor, seja para agregar e ampliar o escopo subjetivo do feito para contemplar mais atores participantes de uma construção conjunta e cooperada da decisão.

Já há em nosso ordenamento, é verdade, avanços procedimentais importantes que ilustram a preocupação com um maior intercâmbio cognitivo, de que são exemplos o saneamento e a organização compartilhados (notadamente quando há convenção processual homologada), juízos de retratação resultantes do efeito regressivo de recursos, a técnica de ampliação de colegiado, intervenção de terceiros em geral (particularmente o *amicus curiae*), a intervenção do Ministério Público, a realização de audiências públicas, entre outros. Nada obstante, incursões mais arrojadas e vanguardistas têm povoado o interesse acadêmico atualmente e dado testemunho da democratização cognitiva aqui

6 Oportuno o conceito de cognição proposto por Dhenis Cruz Madeira, no sentido de ser ela instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da jurisdição e instrutivos do processo a permitir a valoração e a valorização compartilhada dos argumentos e das provas estruturados num procedimento sob o signo do contraditório (MADEIRA, 2008, p. 119).

sustentada, como, por exemplo, teses bastante engenhosas de gerenciamento (case management) cooperativo do processo como as que são defendidas por Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral, Leonardo Carneiro da Cunha e Fernanda Costa Vogt, apenas para citar alguns.

Como técnica que favorece uma oxigenação cognitiva a partir da riqueza e da complexidade do objeto a ser analisado, a proceduralização é somente uma espécie, que absolutamente não exclui outras vias promissoras e ilustrativas da conversão processual e procedimental em favor de uma cognição mais democrática. O fato de que na proceduralização se encontre campo mais propício a essa predisposição rumo a horizontes mais democráticos, nada obstante, não deixa de ser digna da observação: quiçá em função de que temas de maior sensibilidade política e incorporadores de interesses plurais e diversos potencialmente tornem mais desgastante o recurso a simulacros de jurisdição, decisões-padrão ou uma impermeabilidade judicial à influência dos atores envolvidos, ganha a força a necessidade por que se busquem mecanismos que mais bem enderecem aquele policentrismo.

Dito de outro modo, provimentos ilusoriamente simplificadores da realidade tendem a ser estrategicamente menos eficazes e mais duvidosamente legítimos quanto mais complexa for a realidade. Quanto maior a insuficiência de dados topoi e os riscos de que possam eles abrir vulnerabilidades a um constrangimento epistemológico (STRECK, 2020, p. 61-67), maior a propensão a vias alternativas de construção de sentido. Daí essa renegação a um arbítrio estatal e uma maior abertura procedimental-cognitiva possivelmente encontrarem menos resistência por meio da proceduralização e/ou em sede de jurisdição constitucional, terreno fértil para complexidades.

Enfim, não mais cabe a visão de um órgão julgador como “um achador (descobridor) de um preceito ético diluído na névoa dos tempos só sensibilizável por um sentire divinatório do descobridor da sentença” (LEAL, 2017, p. 17). Se o decisor é uma soma de suas circunstâncias e o produto de contextos históricos e espaciais que o forjam sob o signo de uma intersubjetividade, deve essa mesma premissa preponderar na construção de um pensar sobre problemas submetidos à sua solução.

Não deve o processo, assim, ser convertido em mero embaraço a um agir ensimesmado. Ao contrário, suas etapas e sua organização veiculam direitos fundamentais que impõem uma abertura cognitiva real, apta a contrapor-se ao arbitrário subjetivismo de alguns poucos sujeitos. A captura de matrizes teóricas ou de institutos processuais em favor do Estado e a perspectiva de um processo de resultados denunciam a desnaturação de limites, convertidos pelo ente limitado em formalidades desimportantes que embaraçariam o exercício do poder. Essa alegoria, nada obstante, falece quanto mais complexas e plurais se revelem as disputas e os problemas a se solucionar. Sob

pena de ver erodir sua legitimidade, a jurisdição então se abre, recorrendo a novos olhares que, conquanto ainda contingenciais, bem demonstram ser possível uma forma mais democrática de se enxergar a aplicação do direito.

O que confere legitimidade à jurisdição não é o traduzir-se em ato de poder, mas sim a fidelidade do que lhe foi deferido servir segundo expectativas antecipadamente formalizadas, ao que “discursivamente definido pelos que participam da tarefa democrática de autorregulação de sua convivência política” (PASSOS, 2014, p. 394-395). A construção do direito não há de defluir de algo metafísico, valioso em si mesmo e por si mesmo, a ser revelado por uma “instituição mais capaz” plenipotenciária. Antes, há de ser um empreendimento coletivo, um constructo intersubjetivo que vincula as decisões particularizadas (STRECK, 2019, p. 42).

5. CONCLUSÃO

O argumento das capacidades institucionais é sofisticado e bastante válido, disso de modo algum se duvida. O ponto, sem embargo, está nos riscos de sua subversão e em uma de suas premissas básicas, que pretende situar na esfera de competências de uma dada instituição — notadamente estatal — a presunção de uma potencial maior qualidade cognitiva para dirimir determinado dilema.

Neste artigo, explorei o argumento das capacidades institucionais por uma dupla faceta: (i) incrementando um exame conjuntural e uma análise política de tensões interinstitucionais sob o signo do poder de barganha negocial de dada instituição na dinâmica de compartimentação funcional de poderes como condição para se recorrer àquele argumento e (ii) a possibilidade de que esse mesmo crivo político, ao fim e ao cabo, patrocine a adoção do argumento como mero álibi teórico para uma abstenção decisória.

Diante dessas possíveis fragilidades a orbitar o argumento das capacidades institucionais, enveredei pela proceduralização como matriz ilustrativa de um contraponto fundamental que pretende rechaçar uma alocação decisória a partir de um ideal de privilégio cognitivo e que busca abraçar a pluralidade como pressuposto de maior legitimidade.

Tomada a proceduralização como mote, a anotação final deste escrito registra a importância de um resgate da ideia de uma cognição mais democrática: se é impossível garantir a qualidade decisória ainda quando se lance essa responsabilidade sobre a instituição dita mais capaz, um pressuposto mais simples de se alcançar revela na

diversidade, na abertura cognitiva e no policentrismo predicados que tornarão o ato estatal, se não necessariamente correto, mais democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial. O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.

ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. Fake News e Regulação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

AUSTIN, J. L. How to do things with words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955. London: Oxford University Press, 1962.

CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: RT, 2021.

COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. O uso criativo dos paradoxos do direito na aplicação de princípios constitucionais: abertura, autoritarismo e pragmatismo na jurisdição constitucional brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and the conversion of democracy to polycentric networks: can democracy survive the end of the nation State? In: LADEUR, Karl-Heinz (org.). Public governance in the age of globalization. London: Routledge, 2017.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 1, p. 192-213, 2016.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LERNER, J. S.; TETLOCK, P. E. Bridging Individual, Interpersonal, and Institutional Approaches to Judgment and Decision Making: The Impact of Accountability on Cognitive Bias. In: *Emerging Perspectives on Judgment and Decision Research*, ed. S. L. Schneider and J. Shanteau, 431–57. New York: Cambridge University Press., 2003.

MACINTYRE, Alisdair. **After virtue. A study in moral theory**. Third Edition. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. Os limites da razão na formação das decisões jurídicas: a relação entre Direito e Moral revisitada à luz das novas teorias cognitivas sobre a formação do julgamento moral. Tese de doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2018. Disponível em https://repositorio.ufmg.br/browse?type=author&value=Thais+de+Bessa+Gontijo+de+Oliveira&value_lang=pt_BR. Acesso em 20.01.2022.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Ensaaios e Artigos**. V. I. Salvador: JusPodivm, 2014.

SCHAUER, Frederick. Is There a Psychology of Judging? In: KLEIN, David E.; MITCHELL, Gregory (eds.). *The psychology of judicial decision making*. New York: Oxford University Press, 2008, KSG Working Paper No. RWP07-049, p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1015143>. Acesso em 20.01.2022.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, issue 4, p. 885-951, 2003.

TEUBNER, Gunther. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (orgs.). *On paradoxes and inconsistencies in law*. Oxford: Hart Publishing, 2006.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: Constitucionalismo social na Globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Substantive and reflexive elements in modern law**. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983.

VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil. Flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos. Salvador: JusPodivm, 2020.

WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Dilemmas of law in the welfare state**. New York: Walter de Gruyter, 1988.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

DOSSIÊ TEMÁTICO

A

VIRTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E AS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO DE COGNIÇÃO DECISÓRIA

THE ONLINE TRIALS IN THE SUPERIOR COURTS AND THE EFFECTS ON THE DECISION MAKING PROCESS

Recebido: 30/06/2022

Aceito: 22/11/2022

Daniela Marques de Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.
Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
Professora de Direito Processual Civil e Diretora da
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2021-2024).
Realizou estudo pós-doutoral na
Universidad Carlos III de Madrid. Membro da Associação
Brasiliense de Direito Processual Civil (ABPC).
Líder e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processo Civil,
Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos - CNPq/UnB.
E-mail: danielamoraes@unb.br



<https://orcid.org/0000-0001-6966-3492>

Laís de Oliveira e Silva

Bacharela em Direito (UnB) e pós-graduada lato sensu em
Direito Processual Civil (IDP).
Advogada no escritório Pinheiro Neto Advogados.
E-mail: l.d.oliveiraes@gmail.com



<https://orcid.org/0000-0002-3703-2140>

RESUMO

Este trabalho possui como intuito demonstrar como a virtualização dos julgamentos, principalmente nas cortes superiores brasileiras – Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) – tem afetado o processo de cognição e consequentemente o resultado dos julgamentos. Este trabalho dará enfoque em especial nos aspectos da publicidade e duração dos modelos de julgamentos virtuais atualmente existentes.

Palavras-chave: Julgamentos Virtuais; Cognição; Publicidade; Cortes Superiores; Duração dos Julgamentos.

ABSTRACT



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

~~This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.~~

This study aims to demonstrate how the virtualization of trials, especially in Brazilian higher courts – Superior Court of Justice (STJ) and Supreme Federal Court (STF) – has affected the cognition process and consequently the outcome of the trials. This work will focus in particular on the aspects of publicity and duration of virtual trials models available today.

Keywords: Virtual Trials; Cognition; Publicity; Higher Courts; Duration of Trials.

1. INTRODUÇÃO

A virtualização do sistema judiciário é inevitável e já vem acontecendo há algum tempo. Desde a migração dos processos físicos para os virtuais até a realização de sustentações orais e audiências por videoconferência. Os julgamentos não ficaram de fora.

Os julgamentos presenciais continuaram acontecendo, de modo que os julgamentos virtuais eram permitidos – ao menos no STJ e STF – para a análise dos recursos internos (agravo interno e embargos de declaração). Esse processo de transformação, no entanto, vinha caminhando lentamente, sempre com várias críticas por parte de toda a academia jurídica.

Contudo, com a Pandemia da Covid-19, no início do ano de 2020, houve uma aceleração compulsória desse processo de virtualização. Os julgamentos se tornaram virtualizados por completo e então ocorreu uma divisão nos formatos de julgamento virtual. O modelo já existente – com duração média de 7 (sete) dias para julgar os recursos internos – permaneceu em vigor e foi ampliado para abranger mais hipóteses. Já o julgamento presencial deu lugar para os julgamentos telepresenciais, ou em outras palavras, por videoconferência.

Essa virtualização demonstrou ainda de forma mais evidente algo que já vinha sido notado: a alteração e interferência desse formato no processo cognitivo decisório dos julgadores. No âmbito virtual os julgadores não apenas possuem mais tempo para formular suas convicções (nos julgamentos virtuais), como também há uma visibilidade e publicidade enorme das decisões judiciais (no julgamento por videoconferência).

Neste artigo será analisado como esses fatores afetam o processo cognitivo decisório dos magistrados, como é o exemplo da pressão social ocasionada pela publicidade. Além disso, tendo em vista as diferenças dos processos de julgamento (um com mais tempo de duração e o outro com maior exposição ao vivo), também será

abordado como essas diferenças podem ser utilizadas de forma estratégica para que seja alcançado um resultado esperado pelos julgadores.

2. BREVE HISTÓRICO DA VIRTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS NAS CORTES SUPERIORES

Pode-se considerar que o início da virtualização do Poder Judiciário ocorreu quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004¹. Isso porque a Emenda que ficou conhecida como “Reforma do Judiciário”, dentre outras medidas, inaugurou em seu artigo 102, § 3º, o instituto da repercussão geral como requisito necessário ao conhecimento do recurso extraordinário.

Ainda que na EC nº 45/2004 não houvesse a previsão expressa para permitir o julgamento virtual dos processos no STF, o intuito por trás da sua promulgação já antecipava a necessidade de criar ferramentas para aumentar a celeridade no julgamento dos casos. O objetivo de sua criação, dentre outros, era o de desafogar o sistema judiciário que estava já abarrotado de processos e também evitar que demandas de menor importância social – e que poderiam ser resolvidas nas instâncias inferiores – chegassem ao STF.

Tendo esse cenário em consideração, logo que instituída a necessidade de comprovação da repercussão geral em recurso extraordinário, houve a promulgação da Lei nº 11.419/2006 que permitiu a informatização do processo judicial e estabeleceu a possibilidade de haver a comunicação e a tramitação eletrônica dos processos. Em seguida o STF editou a Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007, que, então, inaugurou a figura do Plenário Virtual e permitiu que a análise de repercussão geral ocorresse por meio eletrônico.

O Plenário Virtual instaurado à época não permitia o acompanhamento pelos advogados e partes do processo da deliberação dos Ministros sobre a repercussão geral. Aos jurisdicionados era disponibilizado apenas o resultado do que restou decidido. Esse novo formato de deliberação foi muito bem aceito, ao menos por parte dos julgadores, uma vez que conferiu celeridade ao processo decisório.

Tendo em vista o sucesso do novo formato, por meio da Emenda Regimental nº 51, de 22 de junho de 2016, o STF estendeu o julgamento virtual também para os recursos

¹ Importante destacar que antes disso, em 2002, foi criada a TV Justiça em que eram transmitidas as sessões de julgamento do STF. Em 11.8.2002 foi transmitida a primeira sessão Plenária do STF.

internos do Tribunal (agravo interno e embargos de declaração).

O julgamento virtual passou a funcionar então da seguinte forma: o Ministro relator inseria ementa, relatório e voto no ambiente virtual e, com o início do julgamento, os demais Ministros teriam até sete dias corridos para manifestação. Durante esse período de votação, não era oportunizado às partes e advogados o acesso aos votos dos Ministros. Finalizados os sete dias corridos, o Ministro que não se manifestara dentro do prazo teria voto computado como “acompanho o relator”. Ou seja, ainda que ele não votasse, teria seu voto computado².

O STF passou a ter dois modelos de julgamento, o presencial, com debates ao vivo e em que as sessões plenárias eram transmitidas pela TV Justiça; e o virtual, que tinha duração prolongada e em que não era possível realizar o acompanhamento da deliberação pelos Ministros.

Após a bem-sucedida implementação do julgamento virtual no STF, o STJ também seguiu os mesmos passos e alterou seu regimento interno com a edição da Emenda Regimental nº 27, de 13 de dezembro de 2016, para estabelecer o julgamento virtual dos recursos internos. O procedimento instaurado foi muito semelhante ao do STF, com a diferença apenas que somente os votos expressamente manifestados eram computados.

Em 2019, o STF decidiu mais uma vez ampliar a abrangência do sistema virtual e editou a Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019. A partir de tal resolução, passou a ser permitido o julgamento virtual também das medidas cautelares em ações de controle concentrado; *referendum* de medidas cautelares e de tutelas provisórias; recursos extraordinários e agravos (inclusive com repercussão geral reconhecida), cuja matéria discutida tivesse jurisprudência dominante no âmbito do STF; e demais classes processuais cuja matéria discutida tivesse jurisprudência dominante no Tribunal.

Como é possível perceber, a virtualização dos julgamentos já vinha caminhando a passos lentos, sempre com muitas críticas por parte dos advogados em virtude do formato aderido, além de vários debates sobre o tema. Ocorre que esse processo que evoluía desde 2007 sofreu uma aceleração compulsória.

Em virtude das medidas de isolamento social ocasionadas pela pandemia da Covid-19, que teve início em 2020, no Brasil, foi necessária implementar a virtualização completa, não apenas dos julgamentos, mas de toda tramitação e acompanhamento processual. Como resultado, o STF e STJ, em um primeiro momento, editaram Emendas Regimentais e Resoluções – Emenda nº 53, de 18 de março de 2020, no STF, e Resolução

² Esse formato foi alvo de muitas críticas principalmente por parte dos advogados, pois não era possível o acompanhamento e participação no processo decisório. Além disso, o fato de a omissão ser considerada como voto a favor do relator também foi muito criticado, pois diferentemente de plenário físico em que se exige um quórum mínimo de dois ministros a mais para tratar de matéria constitucional, no Plenário Virtual a ausência era considerada como voto.

nº 5, de 18 de março de 2020, no STJ – para permitir o julgamento virtual de todos os processos de suas respectivas competências, a ser definido a critério do Ministro relator.

Com essas novas medidas, os julgamentos que antes eram presenciais, passaram a ser realizados por videoconferência, com transmissão aberta no YouTube. Ainda que essa transmissão já fosse feita no canal da TV Justiça também no YouTube, a transmissão era limitada às sessões plenárias do STF. O que aconteceu foi que todas as sessões, tanto do STJ e STF, passaram a ser transmitidas publicamente por meio virtual.

O alcance das sessões de julgamento aumentou consideravelmente. Antes as sessões do STJ que eram presenciais e assistidas por uma quantidade pequena de pessoas que cabiam nas salas das sessões, em sua grande maioria advogados ou estudantes de direito, passaram ser assistidas de forma online por quase 50 mil espectadores³.

Já no STF, as sessões ganharam muito mais alcance, tendo em vista que as sessões de julgamento da Primeira e Segunda Turmas do Tribunal também começaram a ser transmitidas *on line*. Há sessão da Segunda Turma, que também era acompanhada presencialmente por uma quantidade mínima de advogados e estudantes, que é uma das sessões com mais visualizações no canal do STF, chegando a 328 mil visualizações⁴.

Após diversas críticas da advocacia, o julgamento virtual do STF ainda sofreu mais algumas alterações. Através da Resolução nº 675, de 22 de abril de 2020, o STF permitiu que os votos do julgamento virtual passassem a ser disponibilizados no site do Tribunal durante os sete dias de julgamento. Sendo assim, com exceção dos processos sigilosos, os jurisdicionados passaram a ter acesso aos votos dos Ministros durante o julgamento, muito embora não fosse possível ter acesso ao que era efetivamente debatido, como nos julgamentos por videoconferência.

A Resolução nº 690, de 1º de julho de 2020, também alterou o funcionamento do julgamento virtual no STF com intuito de extinguir o voto por omissão. O Ministro que não se pronunciar durante o período de sete dias não teria mais a sua participação registrada na ata de julgamento. Se não alcançado o quórum de votação ou havendo empate, o julgamento então seria suspenso e incluído na sessão virtual subsequente.

Apesar da pressão para que o STJ também aderisse a tais mudanças, entendidas como positivas, pois permitem maior transparência no processo decisório, o sistema de julgamento virtual no STJ permaneceu o mesmo.

Com essas mudanças de cenário nas Cortes Superiores, os julgamentos passaram a correr em dois modelos, por videoconferência, transmitido ao vivo no YouTube e que

³ No canal do STJ no YouTube é possível verificar o número de visualizações que chegam a quase 50 mil em sessão realizada pela Corte Especial em 2.9.2020.

⁴ Vale destacar que o número de visualizações pode sofrer alterações no decorrer do tempo, pois podem ser continuamente acessadas.

substituiu o antigo formato presencial; e o virtual, com duração de sete dias corridos e em que não é possível acompanhar o processo deliberativo decisório.

3. AS INTERFERÊNCIAS NO PROCESSO COGNITIVO DECISÓRIO NOS JULGAMENTOS VIRTUAIS

Essas mudanças, que de certo modo já eram previstas, trouxeram algumas reflexões sobre o nosso tradicional modelo decisório. Isso porque quando se olha para o passado recente o que se vê são Ministros deliberando sobre casos de forma reservada, acompanhados por um público pequeno e selecionado (juristas e quando muito, nos casos de grande impacto, jornalistas políticos).

Não apenas isso. O modelo deliberativo era unicamente ao vivo. O debate para julgar um caso ocorria em uma tarde (excetuados os casos de pedido de vista) em que os Ministros estudavam os processos, demonstravam suas respectivas conclusões, debatiam sobre a melhor decisão até que fosse definida uma maioria.

O que se tem atualmente são dois modelos de julgamento, sendo um com ampla repercussão, disponível para pessoas do mundo inteiro acessarem e que pode ser assistido a qualquer momento (videoconferência). E outro em que o julgamento possui a duração de vários dias, de modo que está muito mais suscetível à influência de fatores externos (sessão virtual). O intuito deste artigo é tratar sobre a interferência no processo cognitivo decisório sob essas duas perspectivas, publicidade e tempo de deliberação.

3.1 A Influência da Publicidade no Processo Cognitivo Decisório

Esse é um debate que não é novo na academia jurídica. Desde a criação da TV Justiça ainda em 2002 há questionamentos sobre a influência da publicidade dos julgamentos no processo deliberativo. Há quem defenda que o telejulgamento das sessões de julgamento está diretamente ligado à transparência e legitimidade democrática. Por outro lado, há quem defenda que essa publicidade ocasionou votos mais longos e debates mais demorados no STF⁵.

5 HARTMANN, Ivar Alberto et al. **A influência da TV justiça no processo decisório do STF**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, [S. l.], ano 2017, v. 4, n. 3, p. 38-56, 3 out. 2017. Disponível em: https://reedrevista.org/reed/article/view/186/pdf_14 Acesso em: 5 ago. 2021.

Em uma pesquisa empírica feita em 2017 em que foram analisadas decisões do Plenário do STF nos anos de 1992 a 2013, ou seja, dez anos antes da TV Justiça e dez anos depois, verificou-se que houve um aumento significativo no número de páginas dos votos dos Ministros após a transmissão das sessões de julgamento, além de um aumento de páginas de debate constados nas notas taquigráficas⁶.

Uma explicação plausível para esse prolongamento das sessões de julgamento pode ser a maior preocupação dos magistrados em justificar suas decisões, em virtude de uma maior pressão social. Ou ainda, o fato de estarem sendo observados pelo público pode causar mais preocupação com a própria imagem pelos magistrados, aumentando os debates para evitar desentendimentos a respeito do seu posicionamento.

Tem-se como exemplo o voto proferido pelo então Ministro Celso de Mello quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 que enquadrou a homofobia e transfobia como crimes de racismo, em que a leitura do voto de 154 páginas durou aproximadamente seis horas e trinta minutos⁷.

Não há como concluir de forma assertiva se o aumento no tamanho dos votos e do debate entre os Ministros é algo capaz de trazer consequências positivas ou negativas, mas é possível constatar, por dedução lógica, que sessões de julgamento e votos mais longos vão de encontro com o desejo de celeridade processual almejado pela instauração do julgamento virtual. Ou seja, se por um lado havia sido criado o plenário virtual para dar celeridade ao julgamento, por outro as sessões presenciais televisionadas se tornaram mais longas.

Se a publicidade das sessões de julgamento já era algo questionado há época, é certo que o debate se tornou ainda mais significativo, uma vez que atualmente houve um aumento significativo da audiência. As sessões de julgamento plenárias do STF somente começaram a ser transmitidas no YouTube em 2010⁸, quando a quantidade de usuários da internet era muito inferior aos números atuais. A média global da quantidade de usuários da internet teve um aumento 1.331,9 % desde 2000 até 2021⁹.

Esse aumento de audiência é capaz de causar ainda mais efeitos no processo cognitivo decisório, tendo em vista que a pressão social ganha uma proporção extremamente significativa. Uma dessas consequências é o receio do arrependimento. Em

6 HARTMANN, Ivar Alberto et al. **A influência da TV justiça no processo decisório do STF**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, [S. l.], ano 2017, v. 4, n. 3, p. 38-56, 3 out. 2017. Disponível em: https://reedrevista.org/reed/article/view/186/pdf_14 Acesso em: 5 ago. 2021.

7 BRÍGIDO, C. B. Com voto de seis horas e meia, Celso de Mello desafiou a atenção dos colegas. **O globo**. 20 fev. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/com-voto-de-seis-horas-meia-celso-de-mello-desafiou-atencao-dos-colegas-23468603> Acesso em: 5 ago. 2021.

8 É possível verificar a data em que os vídeos começaram a ser disponibilizados no canal do YouTube.

9 ARGAEZ, Enrique De. **Internet World Stats**. 2002. Disponível em: <https://www.internetworldstats.com/surfing.htm> Acesso em: 5 ago. 2021.

um estudo conduzido por Daniel Kahneman¹⁰ verificou-se que o medo do arrependimento é muito maior quando o resultado é gerado por ação do que por uma inação, ainda que o resultado seja o mesmo em ambas as hipóteses.

Isso significa que há uma tendência do ser humano em sentir mais culpa de suas ações do que por algo que tenha deixado de fazer (inação). Essa tendência de comportamento também é notada quando da realização de questionamentos a respeito daqueles famosos dilemas morais em que é conferida a escolha de deixar um acidente de carro acontecer e acabar ferindo alguém ou mudar o curso do carro e ferir outrem, ainda que o resultado seja o mesmo (ferir uma pessoa). O que se verifica dos resultados das pesquisas é que para a maioria dos entrevistados a culpa e arrependimento é muito maior quando é feita a escolha (ação) de mudar o curso do carro¹¹.

Tendo isso em consideração e aplicando-se aos julgamentos virtuais, é possível deduzir que o aumento da visibilidade das sessões deliberativas é capaz de gerar um receio ainda maior de arrependimento dos magistrados por suas escolhas decisórias. Esse receio muitas vezes pode resultar em menos votos divergentes e debates menos livres.

A pressão e cobrança social aumentadas faz com que os magistrados tenham que ponderar e ser muito mais cautelosos com suas falas e posicionamentos. Ainda que o processo decisório seja muito mais construtivo e acertado quando se dá de modo livre, o medo de proferir um voto divergente impopular e se arrepender é muito maior quando as sessões de julgamento estão sendo gravadas e assistidas por inúmeras pessoas. Por isso é possível inferir que a preferência por uma inação – ausência de divergência – pode ser muitas vezes a escolha feita pelo magistrado, não por ser a melhor opção, mas por ser a mais segura.

Essa interferência cognitiva é agravada pelo fato de diversos Ministros das Cortes Superiores possuírem contas abertas em redes sociais¹², além das contas oficiais dos Tribunais. Por meio das redes sociais, os Ministros possuem acesso a um *feedback* direto das suas decisões, de modo que, diferentemente de quando os julgamentos eram presenciais e pouco transmitidos, há um acompanhamento muito próximo da popularidade das decisões tomadas.

Ainda que se entenda que as decisões dos magistrados tentam se esquivar ao máximo desses fatores externos e não permitir que eles influenciem o processo decisório, de acordo com o Tratado de Fisiologia Médica de Guyton e Hall, qualquer pensamento

10 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 437-438.

11 SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

12 Quatro dos onze Ministro do STF possuem contas do Twitter em que juntos, possuem 474 mil seguidores. Acesso em: 4.4.2021.

sobre algum fato do mundo real pode vir acompanhado de sentimentos e impressões que se construíram na mente daquele que decide¹³.

Além disso, há estudos que entendem que “a valoração dos fundamentos a serem escolhidos como base em uma decisão, com o afastamento das demais possibilidades, é afetada, como tudo o que passa pelo processamento mental do indivíduo, por suas experiências, por valores, por sentimentos e por preferências ideológicas”¹⁴.

Em um outro estudo realizado nos Estados Unidos para que se verificasse os vieses inconscientes dos juízes, foi possível constatar que os magistrados, ainda que regidos pelos princípios da imparcialidade, possuíam os mesmos vieses inconscientes racistas que o restante da população¹⁵.

O que se verifica, portanto, é que os magistrados são tão influenciados por fatores externos quanto qualquer ser humano. Sendo assim, a tendência é que as implicações causadas pela publicidade dos julgamentos (medo do arrependimento, pressão social, impopularidade das decisões) interfiram no processo cognitivo decisório, tendo por consequência decisões menos livres e imparciais.

3.2 A Influência do Tempo de Julgamento no Processo Cognitivo Decisório

Além da publicidade, o fator tempo no formato do julgamento virtual também é capaz de interferir na construção decisória. Tanto há maior possibilidade de reflexão sobre a decisão a ser tomada, como também é possível acompanhar de forma simultânea as impressões populares sobre o julgamento em andamento.

A interferência da durabilidade de julgamento no processo decisório ficou clara em um caso concreto e de grande repercussão que foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6524, ocorrido no plenário virtual do STF, em que foi decidido pela inconstitucionalidade da reeleição dos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado no mesmo mandato.

13 GUYTON, Arthur C.; HALL, J. E. **Tratado de fisiologia médica**. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 723.

14 PANUTTO, Peter; CHAIM, Lana Olivi. **Razão, emoção e deliberação**: as adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 757-776.

15 O estudo consistia em classificar palavras em preto e branco. Como resultado, a maioria dos juízes associaram palavras negativas com preto e palavras positivas com branco. LEVINSON, Justin, D.; BENNETT, Mark W., HIOKI, Koichi. **Judging Implicit Bias**: A National Empirical Study of Judicial Stereotypes. 69 Fla. L. Rev. 63, 2017, p. 73.

Esse seria um caso julgado, em virtude da sua grande repercussão, comumente em plenário de forma presencial ou por videoconferência. No entanto, para evitar críticas e pressão da opinião pública, já que a tendência do Tribunal era a de optar pela escolha sabidamente impopular para permitir a reeleição dos presidentes da Câmara e Senado, o caso foi incluído na sessão do plenário virtual.

Tão logo começou a sessão plenária em 4 de dezembro de 2020 o sistema do STF já computava o voto do Ministro relator Gilmar Mendes a favor da reeleição e que foi seguido pelos Ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski. Houve divergência do Ministro Kássio Nunes para que a reeleição fosse possível apenas ao presidente do Senado.

O que ocorreu foi que, logo que iniciado o julgamento, como os votos já haviam sido disponibilizados no site do Tribunal, iniciaram-se críticas contundentes ao que estava sendo decidido, tanto de juristas que costumam se posicionar em defesa do STF, quanto dos críticos. A pressão popular teve tanta força que interferiu diretamente na escolha a ser feita e fez com que os Ministros avaliassem os danos à imagem do Tribunal e à própria credibilidade.

Sendo assim, após os votos divergentes dos Ministros Marco Aurélio Mello, Cármen Lúcia e Rosa Weber e Edson Fachin, os Ministros Luis Roberto Barroso e Luiz Fux, que inicialmente se mostravam favoráveis à reeleição dos presidentes da Câmara e Senado, mudaram de posicionamento para acompanhar o entendimento da divergência pela impossibilidade de reeleição¹⁶.

Trata-se de um exemplo evidente em que o processo cognitivo decisório sofreu influência de fatores externos em virtude do modelo de julgamento. Se o caso tivesse sido julgado por videoconferência ou presencialmente, muito possivelmente – embora seja apenas uma dedução com base em manifestações anteriores dos próprios Ministros – o resultado seria divergente do que restou decidido, já que o caso demandava urgência, o que diminuiria a chance de algum pedido de vista, e os Ministros não teriam conhecimento sobre a insatisfação popular do que estava sendo decidido.

É possível inferir que o processo cognitivo decisório nesse caso provavelmente não levou em consideração o que os magistrados entendiam como ser a melhor decisão possível, mas sim a pressão social. Isso somente é permitido em razão do tempo de julgamento e da possibilidade de acompanhar a aprovação do que está sendo decidido de forma simultânea ao processo decisório. Sendo assim, o que se vê na verdade é que o modelo de julgamento escolhido pelos magistrados pode influenciar diretamente no re-

16 MORAES MOURA, R.M.M. Bastidores: Gilmar, Toffoli e Moraes apostaram em onda pró-reeleição, mas esbarraram na Constituição. **Estadão**. 7 dez. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bastidor-gilmar-toffoli-e-moraes-tentaram-criar-onda-pro-reeleicao-mas-esbarraram-na-constituicao,70003542633> Acesso em: 5 ago. 2021.

sultado da decisão.

Até a elaboração deste artigo não foi possível verificar pesquisas empíricas em que se tenha constatado que os votos do julgamento virtual seriam menores do que os votos do julgamento por videoconferência em razão da visibilidade, ou que há mais divergência nos casos do julgamento virtual.

No entanto, no exemplo acima fica evidente que o fato de os magistrados, antes mesmo de suas decisões serem proferidas, já saberem as possíveis consequências dos atos decisórios (vontade popular) é capaz de modificar o processo cognitivo, de modo que a decisão poderá ter a sua imparcialidade viciada.

Outro ponto de interferência cognitiva a ser considerado no modelo de julgamento virtual é a diferença do que é falado e do que é escrito. Ainda que se tenha atualmente uma universalização da comunicação escrita em virtude do uso das redes sociais e da internet, o fato é que o poder de convencimento e a forma de transmitir a mensagem é muito mais eficiente quando expressados de forma falada.

Estudo datado de 2017 pelas Universidades de Waterloo, no Canadá, e Cornell, em Nova York, publicado pelo *Journal of Experimental Social Psychology*, verificou que falar pessoalmente é 34 vezes mais eficiente do que encaminhar um e-mail, embora se utilizem idênticos argumentos e se façam as mesmas solicitações¹⁷. Do estudo se depreende que tal resultado acontece porque a postura corporal positiva ou a expressão de sinceridade têm o poder de influenciar sobremodo o interlocutor.

Além disso, é certo que a leitura de um texto pode ser interpretada de diversas formas a depender do leitor. Ainda que também possa ocorrer diferenças de interpretações da fala, a expressão facial, gestos e entonação facilitam a interpretação do que está sendo dito.

Tanto é assim que se tem a previsão legal de realizar sustentações orais pelos advogados e a possibilidade de realizar audiências e despachos com os magistrados. Ainda que todas as informações estejam disponíveis nos autos do processo, nada substitui um bom debate conversado. Além de poder sentir quais os pontos não foram interpretados da forma mais acertada pela pessoa com que se conversa, é possível esclarecer dúvidas, ressaltar consequências e pontos mais importantes do que está sendo decidido.

Sendo assim, o modelo de julgamento virtual, em que há apenas os votos escritos, há possibilidade de interpretações divergentes por parte dos magistrados a depender do leitor. Ainda que os Ministros possam conversar entre si durante o julgamento, o fato de não haver a reunião de todos de forma simultânea e ao vivo, como ocorre no julgamento por videoconferência, pode não colaborar para que se tenha um processo decisório construído de forma mais ampla.

17 MAHDI ROGHANIZAD, M. M. R.; K. BOHNS, V. K. B. Ask in person: You're less persuasive than you think over email. **Journal of Experimental Social Psychology**, v. 69, ano 2017, p. 223-226, março 2017. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S002210311630292X?via%3Dihub> Acesso em: 5 ago. 2021.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir, portanto, que as novas formas de julgamento virtual adotadas pelas Cortes Superiores são capazes de influenciar o processo cognitivo decisório dos magistrados, de modo que tais fatores devem ser levados em consideração na hora de deliberar sobre os casos concretos.

Como foi possível notar, a publicidade dos julgamentos por videoconferência transmitidos pelo YouTube possui o condão de aumentar o tamanho dos votos e debate entre os magistrados. Além disso, há o receio do arrependimento, tendo em vista a pressão social e maior visibilidade, o que pode gerar menos votos divergentes e debates menos livres.

Ainda que os magistrados sejam regidos pelo princípio da imparcialidade, não estão livres de vieses cognitivos e interferências externas na hora de proferir uma decisão.

Além disso, no modelo de julgamento virtual com duração de sete dias corridos, os magistrados acompanham simultaneamente a satisfação popular do que está sendo decidido e isso muitas vezes pode influenciar na formação da convicção, ainda que não seja a decisão mais acertada.

Por fim, foi possível verificar que a forma como é feita a comunicação do julgamento pode interferir na forma interpretativa do magistrado sobre o que está sendo debatido. Isso pode fazer com que muitas vezes o debate seja prejudicado, pois na comunicação escrita, diferentemente da verbal, o poder de convencimento não é igualmente eficaz e a interpretação está mais sujeita a erros.

O intuito deste trabalho não foi encontrar uma solução sobre qual o modelo mais adequado. A virtualização, não só dos julgamentos, mas da vida como um todo, é um processo inevitável. De todo modo, quando se tem consciência dos fatores externos que podem interferir no processo de cognição decisória, há maior espaço para se pensar na criação de sistemas que evitem a interferência de tais fatores, ou ao menos minimizem seus efeitos, para que seja alcançada uma decisão mais justa e imparcial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGAEZ, Enrique De. **Internet World Stats. 2002.** Disponível em: <https://www.internet-worldstats.com/surfing.htm> Acesso em: 5 ago. 2021.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão Geral da questão constitucional no recurso extraordinário.** Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal.** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 5 ago. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004.** 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm Acesso em: 5 ago. 2021.

BRÍGIDO, C. B. Com voto de seis horas e meia, Celso de Mello desafiou a atenção dos colegas. **O globo.** 20 fev. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/com-voto-de-seis-horas-meia-celso-de-mello-desafiou-atencao-dos-colegas-23468603> Acesso em: 5 ago. 2021.

CHAIB, J. C.; RESENDE, T. R.; CARVALHO, D. C. Decisão do STF que barrou brecha para reeleição no Congresso teve reviravolta após pressão pública. **Folha de S. Paulo.** 7 dez. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/12/decisao-do-stf-que-barrou-brecha-para-reeleicao-no-congresso-teve-reviravolta-apos-pressao-publica.shtml> Acesso em: 5 ago. 2021.

COELHO, G. C. Para advogados, ampliar julgamento virtual não resolve problemas estruturais do STF. **Conjur.** 12 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-12/ampliar-julgamento-virtual-nao-resolve-problemas-estruturais-stf> Acesso em: 5 ago. 2021.

GUYTON, Arthur C.; HALL, J. E. **Tratado de fisiologia médica.** 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

HARTMANN, Ivar Alberto et al. **A influência da TV justiça no processo decisório do STF.** Revista de Estudos Empíricos em Direito, [S. l.], ano 2017, v. 4, n. 3, p. 38-56, 3 out. 2017. Disponível em: https://reedrevista.org/reed/article/view/186/pdf_14 Acesso em: 5 ago. 2021.

HORTA, Ricardo Lins e. **Argumentação estratégia e cognição: Subsídios para a for-**

mulação de uma teoria da decisão judicial. Revista Direito e Liberdade. ESMARN, v. 18, n. 2, p. 153-154, maio/ago. 2016.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar:** duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEVINSON, Justin D.; BENNETT, Mark W., HIOKI, Koichi. **Judging Implicit Bias:** A National Empirical Study of Judicial Stereotypes. 69 Fla. L. Rev. 63, 2017.

MAHDI ROGHANIZAD, M. M. R.; K. BOHNS, V. K. B. Ask in person: You're less persuasive than you think over email. **Journal of Experimental Social Psychology**, v. 69, ano 2017, p. 223-226, março 2017. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S002210311630292X?via%3Dihub> Acesso em: 5 ago. 2021.

MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização da justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MORAES MOURA, R. M. M. Bastidores: Gilmar, Toffoli e Moraes apostaram em onda pró-reeleição, mas esbarraram na Constituição. **Estadão.** 7 dez. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bastidor-gilmar-toffoli-e-moraes-tentaram-criar-onda-pro-reeleicao-mas-esbarraram-na-constituicao,70003542633> Acesso em: 5 ago. 2021.

PANUTTO, Peter; CHAIM, Lana Olivi. **Razão, emoção e deliberação:** as adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 757-776.

PINHO, D. P. JusTube: O dia em que nasceu a TV Justiça. **Conjur.** 29 out. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-out-29/justube-dia-nasceu-tv-justica-canal-judiciario> Acesso em: 5 ago. 2021.

REDAÇÃO DO MIGALHAS. **Voto por omissão no plenário virtual pode desrespeitar próprio regimento interno do STF.** 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/326441/voto-por-omissao-no-plenario-virtual-pode-desrespeitar-proprio-regimento-do-stf> Acesso em: 5 ago. 2021.

SANDEL, Michael J. **Justiça:** o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Corte Especial - STJ - 02/09/2020.** 2 set. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1JVM6b1TuEM> Acesso em: 5 ago. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno.** 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>

Acesso em: 5 ago. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resolução STJ/GP nº 5 de 18 de março de 2020**. 2020. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/140829/Res_5_2020_PRE.pdf Acesso em: 5 ago. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Superior Tribunal de Justiça**. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-08-19_06-54_STJ-comeca-a-julgar-recursos-de-forma-totalmente-virtual.aspx Acesso em: 5 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Emenda Regimental nº 53 de 18 de março de 2020**. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Emenda53.pdf> Acesso em: 5 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno**. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf> Acesso em: 5 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019**. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao642alterada.pdf> Acesso em: 6 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Resolução nº 675, de 22 de abril de 2020**. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao675.pdf> Acesso em: 5 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Resolução nº 690, de 01 de julho de 2020**. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO690-2020.PDF> Acesso em: 5 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Segunda Turma do STF - Videoconferência - 23/3/21**. 23 mar. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=lr8YouUvWmg> Acesso em: 5 ago. 2021.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

DECISÕES ARBITRÁRIAS COMO VIOLAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA

ARBITRARY DECISIONS AS A VIOLATION OF ACCESS TO JUSTICE

Recebido: 15/06/2022

Aceite: 26/01/2023

Rafael Gomiero Pitta

Doutor e mestre em Ciências Jurídicas (UENP). Docente em Direito Processual Civil. Advogado e consultor.

E-mail: rafapitta22@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-9036-956X>

Natasha Reis Carvalho Cardoso

Mestranda em Direito Civil (USP), Procuradora Jurídica Municipal e Advogada

E-mail: natashacardoso998@yahoo.com.br

 <https://orcid.org/0000-0002-6358-9997>

RESUMO

O artigo visa realizar uma análise a respeito da eventual caracterização de decisões arbitrárias no ordenamento brasileiro e demonstrar como elas podem violar o acesso à justiça dos indivíduos em uma concepção mais ampla. Demonstrar-se-á, portanto, que não basta apenas garantir o direito de ação por si só (art. 5º, XXXV, CF/88) mas também se deve tutelar os direitos materiais forma efetiva e justa. Dessa forma, em um primeiro momento haverá uma breve exposição a respeito do movimento do acesso à justiça; em segundo plano, far-se-á uma diferenciação entre a hermenêutica jurídica e a arbitrariedade das decisões, a fim de caracterizar a situação; por fim, relacionar-se-á os dois tópicos anteriores, a demonstrar como as decisões arbitrárias violam efetivamente o acesso à justiça.

Palavras-Chave: Processo civil; Acesso à justiça; Art. 5º, XXXV, CF/88; Decisão arbitrária; Hermenêutica.

ABSTRACT

The essay intended to analyze the characteristics of arbitrary decisions in Brazilian legal system and demonstrate how it could violate the access to justice. Therefore, it will be demonstrated that is not enough just observe the right to petition (art. 5o, XXXV, CF, but also to provide effective and just substantive rights. In that way, firstly it will be a brief written exposition about the access to justice; secondly, it will be done a distinction between hermeneutic and arbitrariness, in order to recognize the situation. Finally, it will be related the previous two topics, to demonstrate how the arbitrary decisions effectively violate the access to justice.

Keywords: Civil procedure; Access to justice; Art. 5o, XXXV, CF/88; Arbitrary decisions; Hermeneutic.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

1. INTRODUÇÃO

A preocupação excessiva do aplicador do direito com dogmas, institutos jurídicos e com a técnica processual transforma-o em máquina, dificultado, muitas vezes que conceda a devida importância à imprescindibilidade da garantia da tutela do direito material posto em juízo¹. Assim, abandonam questões mais relevantes, tais como o acesso à justiça, o qual não deve ser encarado apenas como o acesso às vias jurisdicionais por meio do direito de petição (art. 5º, XXXIV, da CF/88) ou pelo mero reconhecimento, por si só, do direito abstrato de ação (art. 5º, XXXV, da CF/88), mas deve ser analisado também sob a ótica da garantia da efetividade da tutela processual às partes².

Sob a justificativa da celeridade, entre outras, aqueles que deveriam ser os objetivos primordiais de qualquer sistema de justiça, terminam relegados a uma preocupação secundária³. Portanto, não é raro que, para extinguir processos e diminuir o famigerado asoeramento do Judiciário, muitas decisões são exaradas de forma livre e despreocupada com qualquer realidade social ou contexto onde atua⁴, desvinculando-se da imprescindível dialética entre o jurídico e o social.

Dessa forma, o que se pretende nesse artigo é demonstrar como julgamentos arbitrários— com o único objetivo de extinguir a carga processual existente e sem

1 Dinamarco alertava, entretanto, para uma tendência universal quanto ao necessário e futuro abandono de fórmulas exclusivamente jurídicas para uma destinação liberal da jurisdição em face de possíveis abusos ou desvios de poder pelos agentes estatais [DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 187].

2 Sobre a efetividade do processo, Cândido Rangel Dinamarco discorre que ela se liga muito mais à ideia de que o “processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais” [**A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 319]. Em igual sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34: “O direito ou poder de ação, muito mais do que a proteção dos interesses privados, visa à atuação de uma função estatal, cujo objetivo é fazer cumprir o direito objetivo material. Vislumbra-se na ação, portanto, função destinada a satisfazer, antes de mais nada, o interesse público da correta atuação das regras substanciais”.

3 Sobre a temática, e já ciente desse cenário, Rodolfo de Camargo Mancuso discorre de forma crítica sobre as técnicas de administrar o crescimento vertiginoso da demanda: “(...) todavia, não solucionam ex radice a questão judiciária nacional, justamente por deixarem em aberto a causa eficiente, por modo que, ao fim e ao cabo, tais técnicas representam tentativas de administrar ou até mesmo de eliminar processos, antes que lidar com eles, técnica e eficazmente, de modo a preservar os princípios retores do processo legal” [**Acesso à justiça** – condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 171-172].

4 Donaldo Armelin sobre o tema reconhecia que o objetivo do acesso à justiça amplo apenas seria alcançado se todos se conscientizassem da importância de se considerar as necessidades sociais em tela [Cf. Acesso à justiça. **Revista da procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 31, jun., 1989, p. 182].

preocupação efetiva com a função social do processo⁵ – são capazes de violar o acesso à justiça em seu sentido mais amplo.

Com base nessas premissas, e para a realização do presente texto, é possível afirmar que foram utilizados dois métodos a priori. O primeiro foi o monográfico, em que se coletou um espólio bibliográfico da literatura sobre o tema, com a posterior leitura e análise das obras. O material abrangeu teses, monografias, livros, artigos de revistas e ensaios. Posteriormente, utilizou-se o método dialético, com a realização de contraposições doutrinárias diversas, com críticas a respeito do tema para que pudesse vir a formar o conteúdo desse artigo.

Nesse sentido, com base no espólio bibliográfico coletado, o artigo será dividido em três partes essenciais. Em um primeiro momento, trar-se-á algumas breves considerações a respeito do movimento do acesso à justiça e como ele deve ser encarado para além da mera observância ao art. 5º, XXXV, CF. Pretende-se nesse capítulo, comprovar que o acesso à justiça significa privilegiar a garantia de uma resposta justa⁶ e efetiva pelo Poder Judiciário⁷, e que deve ter como finalidade essencial apaziguar as partes nos conflitos e não apenas diminuir o número dos processos.

Em um segundo momento, far-se-á um panorama das principais características que moldam as decisões arbitrárias no processo civil, e como elas podem ser identificadas. Essa descrição será feita principalmente através de um comparativo do liame que existiria entre a hermenêutica jurídica e a arbitrariedade, que, se não bem delimitadas, podem ser confundidas e, eventualmente, camuflar muitas decisões contrárias à tutela efetiva dos direitos fundamentais dos indivíduos.

5 De acordo com José Joaquim Calmon de Passos, a função social do processo se relaciona com a ideia do povo ser soberano e de que o, “processo jurisdicional tem a função de implementar, no caso concreto, a sua vontade, formalizada, na lei, em termos de expectativas compartilhadas, previamente postas para determinar segurança e previsibilidade ao conviver dos homens” [CALMON DE PASSOS, J. J. Função social do processo. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, n. 2, abr./jun., 1997, p. 58], assim como Dinamarco também discorre sobre a importância da tutela processual estar apoiada no modo como esta será recebida na sociedade [A **instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177].

6 Ricardo Castilho, por exemplo, condiciona a adjetivação ou não de um ordenamento jurídico ou de algumas de suas normas – o que pode ser transposto para uma “decisão justa” – ao atendimento ou não das necessidades sociais [Cf. CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça** – tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13]. Sobre a justiça, Calmon de Passos já discorria: “No bojo dessas lutas, a luta por uma melhor justiça se faz presente, mas a luta maior, a grande luta é antes por um estado de coisas que possibilite a própria Justiça. Sem esta a outra é uma superfluidade, porque se resumirá sempre a mero instrumento custoso de solução das quizilas dos que podem tentar resolver seus desentendimentos de superfície, em meio ao grande conflito social ainda não solucionado”. [CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O problema do acesso à justiça no Brasil. In: Ensaios e artigos. Vol. I. p. 336].

7 Cf. WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 3. Em semelhante sentido, José Carlos Baptista Puoli, discorre que as finalidades públicas – que se resumiriam nos objetivos de fazer atuar o Direito e de pacificar com justiça – seriam mais importantes do que o mero interesse individual das partes de terem a solução da causa levada ao Judiciário [Os **poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 40].

Por fim, pretende-se demonstrar como as decisões arbitrárias, assim identificadas e caracterizadas, podem violar precipuamente o direito fundamental das partes a um direito justo e efetivo⁸. Ou seja, como decisões unicamente preocupadas com a diminuição da carga de processos existentes podem trabalhar contra o sistema e ir na contramão do que o acesso à justiça sempre defendeu e assegurou.

2. O MOVIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA: MUITO MAIS DO QUE SIMPLES OBSERVÂNCIA DO ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O movimento do acesso à justiça⁹ teve como principal finalidade analisar os problemas que obstaculizavam o acesso efetivo aos órgãos jurisdicionais, e assim, possibilitar soluções para cada uma das fases encontradas¹⁰. Foi um importante campo de pesquisa durante o Estado Social, com marco significativo na afirmação do processo como instrumento ético e não meramente técnico. No período, portanto, novas preocupações levaram à ideia de que a organização da justiça civil e do processo não podiam ser reduzidos apenas a essa dimensão técnica e socialmente neutra¹¹.

Dessa forma, o movimento introduziu na esfera jurídica uma nova perspectiva muito mais democrática, a caracterizar os indivíduos como “consumidores do Direito e da Justiça”¹² e não meramente como espectadores.

Nesse sentido, soluções surgiram para cada um dos obstáculos encontrados¹³, ao trazer a importância da garantia ao mínimo de assistência judiciária, para aqueles

8 Com base nisso, adota-se a ideia de que a injustiça da decisão estaria intrinsecamente ligada à arbitrariedade judicial. Dessa forma, um provimento judicial arbitrário, claramente estaria eivado de injustiça.

9 A real preocupação com o acesso à justiça é relativamente recente e só se fez realmente presente no pós-guerra, com a consagração dos novos direitos [Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, nov., 1986, p. 19].

10 Também através da concepção fundamental de igualdade substancial, contraposta à igualdade formal. Nesse sentido: “De fato, conduziria a inomináveis injustiças se importasse em tratamento igual para os que se acham em desigualdade de situações. A justiça que reclama tratamento igual para os iguais pressupõe tratamento desigual dos desiguais” [Cf. NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 19].

11 Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, nov., 1986, p. 18.

12 Cf. NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994 p. 54.

13 Cf. GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução: GRACIE NORTHFLEET, Ellen. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 31 e ss.

hipossuficientes economicamente¹⁴; ao tutelar os interesses difusos¹⁵; e, por fim, ao estabelecer a simplicidade em alguns procedimentos processuais.

Portanto, o processo passou a possibilitar a tutela e garantia mais efetiva dos direitos fundamentais dispostos em nossa Carta Magna, os quais, apesar da expressa estipulação nos setenta e oito incisos constantes no artigo 5º e 6º, muitas vezes não se concretizam na prática. Pelo contrário: a suposta autoaplicabilidade que discorre o §1º do art. 5º (“*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”) acaba por se tornar mera recomendação, em detrimento da imprescindível observância deles de forma obrigatória.

Pelas razões mais diversas – seja pela insuficiência de recursos do Estado, seja pela negligência em determinados setores sociais – o que se percebe é que esses direitos, na prática, não se concretizam. Exacerbado ainda pelas grandes contradições sociais, políticas e econômicas da população¹⁶, acaba-se por gerar a indignação desses indivíduos a sustentar as inúmeras demandas que vemos serem acumuladas no Poder judiciário.

Daí a importância do processo e da preocupação em se tutelar esses direitos fundamentais. Nesse sentido, o direito de petição (art. 5º, XXXIV, da CF/88), em conjunto com o direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF/88) acaba por se tornar o instrumento mais eficaz para se assegurar os outros direitos constitucionais ou legais¹⁷. Por esse motivo, muitos o consideram como direito fundamental e princípio norteador de todos os outros¹⁸.

14 No entanto, apesar da tentativa de driblar esse obstáculo ao acesso à justiça, é mister salientar que não basta apenas oferecer serviços de assistência jurídica aos necessitados, pois também é necessário criarem as condições econômicas e sociais indispensáveis ao gozo dos direitos fundamentais. Pois se assim não o for, sempre haverá dificuldades para implementação da justiça efetiva [Cf. SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, n. 216, abr.-jun., 1999, p. 17].

15 Dessa forma, houve a expansão dos meios dos meios assecuratórios de tutela coletiva, a possibilitar aos jurisdicionados com menos representatividade a defesa por órgãos ilibados, por meio da inserção da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e Ação Popular (Lei n. 4.717/65) em nosso ordenamento. Através dessa tutela, os magistrados puderam ampliar o alcance da efetividade dos direitos materiais postos em juízo.

16 Sobre esse cenário, Kazuo Watanabe já reconhecia a velocidade com que as transformações sociais vêm ocorrendo no mundo contemporâneo, a gerar algumas consequências descritas por ele, como: i) incremento assustador de conflitos de interesses; ii) impossibilidade de conhecimento da existência de um direito, principalmente por parte mais humilde da população; iii) impossibilidade de avaliação crítica do sistema jurídico do país [**Acesso à ordem jurídica justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 6].

17 Nesse sentido, discorre Luiz Guilherme Marinoni que o direito de acesso à justiça é um direito garantidor de todos os outros [MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil** – o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. Vol. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 21.

18 Cf. Dinamarco [**A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 359]: “mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial”. Em relação a teoria dos princípios, a embasar a ideia do direito ao acesso à justiça ser praticamente um princípio do ordenamento: v. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Disso decorre a sua grande importância na realidade social e jurídica, uma vez que, quando não se possibilita o direito de ação, isso equivale afirmar que os direitos podem ser livremente violados, sem qualquer possibilidade de tutela ou reparação¹⁹.

No entanto, apesar do direito de petição ser fundamental à tutela efetiva da cidadania e da garantia dos outros direitos constitucionalmente consagrados, o conceito não se confunde e muito menos se esgota na ideia de acesso à justiça²⁰. O acesso à justiça é muito mais amplo do que o direito de acessar às vias jurisdicionais²¹, haja vista ser o primeiro não simplesmente o acesso à tutela jurisdicional do Estado – mas mais do que isso: significa o acesso a um processo justo, efetivo, e com respeito ao devido processo legal²². Nos termos do exposto por JOSÉ AFONSO DA SILVA, “é preciso repisar aqui a ideia, já lançada antes, de que o direito de acesso à justiça, consubstanciado no dispositivo em comentário, não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa.”²³

Por isso, torna-se tão essencial discutir a respeito da caracterização de decisões arbitrárias, que se configuram no sentido absolutamente diverso a uma decisão justa e efetiva. Portanto, saber identificá-las e diferenciá-las da eventual interpretação de normas jurídicas que muitos aplicadores do direito se utilizam, é crucial para evitar arbitrariedades e autoritarismos no Poder judiciário. É o que se passará a analisar.

3. DECISÕES ARBITRÁRIAS: CARACTERÍSTICAS E IDENTIFICAÇÃO

O sistema de tutela de direitos atual tem como regra fundante o monopólio estatal para solucionar os conflitos. Se a lógica fosse inversa, e a autotutela fosse comum,

19 Cf. ALVES DE SOUZA, Wilson. Acesso à justiça. Salvador: Dois de julho, 2011, p. 83-84. Em semelhante sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias constitucionais do direito de ação**. Tese (Livre docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 1972, p. 15.

20 Nos termos de José Afonso da Silva, o acesso à justiça na significação encontrada pelo art. 5º, XXXV da CF/88, teria uma conotação apenas institucional. No entanto, para ele, esse inciso não se resume nessa fórmula, pois, na verdade, “quem recorre ao Poder Judiciário é que confia em que ele é uma instituição que tem por objeto ministrar Justiça como valor, uma instituição que, numa concepção moderna, não deve nem pode satisfazer-se com a pura solução das lides, de um ponto de vista puramente processual”. [SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, n. 216, abr.-jun., 1999, p. 9].

21 Por muito tempo, perdurou a ideia de que o acesso à justiça significava apenas o direito de buscar o Poder Judiciário para solucionar os conflitos das partes. No entanto, nos últimos tempos, a insuficiência desse modelo fez com que se consagrasse a ideia de buscar a efetividade do acesso à justiça, por decisões mais justas e que justamente apaziguasse as desigualdades existentes entre as partes [CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça** – tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 14].

22 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 244.

23 SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, n. 216, abr.-jun., 1999, p. 14.

provavelmente viveríamos um caos social, com a imposição de decisões pelos mais fortes economicamente em detrimento dos mais fracos²⁴.

Tendo em vista a necessidade de se evitar a concretude desse hipotético cenário, e para se garantir a paridade de armas e de partes envolvidas no processo, o Poder Judiciário se torna responsável pela tutela efetiva dos direitos violados²⁵. Nos termos das palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA: “Hoje, quer-se muito mais do Poder Judiciário, requer-se que ele seja efetivo guardião dos direitos fundamentais da pessoa humana, sem o que a Justiça não se realizará”²⁶.

Nesse sentido, o aplicador do direito acaba tendo uma grande responsabilidade e compromisso com o Estado Democrático do direito e com as partes envolvidas no litígio. Daí porque seu intuito em decidir não pode ser voltado a agradar a maioria²⁷, mas sim em aplicar o direito tal como posto: com a observância das regras constitucionais, as leis, e os princípios jurídicos encampados no ordenamento jurídico²⁸. Decorre tal regra do próprio princípio da imparcialidade do juiz, o qual deve aplicar a norma de direito sem

24 No processo Judiciário há ainda esse cenário – apesar das melhorias com a preocupação à garantia da isonomia material -, tendo em vista que há grande desigualdade de condições materiais entre litigantes, os quais condicionam profunda injustiça aos menos afortunados, que restam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa. O cenário se torna pior com as consequências da revelia, em que o mais pobre possui menos informações que o alerte para os efeitos de sua inércia: “É que um dos obstáculos sociais que impedem o acesso à Justiça está também na desinformação da massa da população a respeito de seus direitos” [Cf. SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, n. 216, abr.-jun., 1999, p. 16].

25 Conforme discorre Luiz Guilherme Marinoni, a “inexistência de tutela adequada à determinada situação de conflito corresponde à própria negação da tutela a que o Estado se obrigou quando chamou a si o monopólio da jurisdição” [Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil – o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. Vol. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 124]. No mesmo sentido Hugo Filardi, em que: “a concepção de jurisdição como aplicação do texto legal ao caso concreto deve ser encarada sempre sob o prisma da efetivação dos direitos e garantias individuais (...). Modernamente, o direito processual tem como primado a efetividade da tutela dos direitos assegurados, adotando a vertente de instrumentalidade do processo à persecução do direito material deduzido”. [Cf. Democracia e Processo. Breves reflexões sobre a influência do Estado Democrático de Direito na Prestação da tutela jurisdicional. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. vol. 63, abr.-jun., 2005].

26 SILVA, José Afonso da. **Acesso à justiça e cidadania**. Revista de Direito Administrativo, n. 216, abr.-jun., 1999, p. 10.

27 O papel do Poder Judiciário é exatamente o contrário, tendo em vista que cumpre uma importante função no controle e na defesa das minorias que – por razões sociais ou econômicas - não conseguem garantir seus direitos por si mesmos e precisam do órgão estatal para tanto [Cf. NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. 2ª ed. Vol. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 61]. Ademais, o juiz não está excluído da responsabilidade de manter as partes informadas de seus direitos e nem da transparência da prestação jurisdicional [NALINI, José Renato. **O movimento do acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 57].

28 Cf. NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. Vol. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 60.

que se deixe influenciar por outros fatores externos e pessoais²⁹.

Assim como anotado por NIKLAS LUHMANN: “*um juiz não deve comprometer qualquer sentimento ou relações, atitudes ou informações no processo jurídico: deve deixar ao processo jurídico o seu caráter como sistema social regido apenas pela lei*”.³⁰ E mesmo que a neutralidade absoluta seja praticamente impossível aos aplicadores do direito, não se pode permitir a predominância de sentimentos e valores que derroguem a lei e o direito³¹.

No entanto, apesar dessas limitações de ordem moral, ética, e jurídica, o aplicador do direito não deve se apartar do contexto social em que vive e da realidade sob qual é posto³². Apenas ao extrapolar os lindes do direito e da mera técnica jurídica, e considerar as tarefas que cabem ao aplicador do direito perante a sociedade e o Estado, é que poderá assegurar o efetivo acesso à justiça em seu sentido mais amplo³³.

29 Cf. Nereu Giacomolli, a imparcialidade do juiz é fundamental para que a decisão seja válida [Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. Revista da AJURIS, ano XXXIII, n. 102, jun., 2006, p. 288]. Apesar de se apartar desses fatores, o magistrado não pode desconsiderar a visão orgânica de outros ramos da ciência que influenciam os fatos e o caso concreto, por isso, deve estar informado dos conceitos, sugestões e vantagens que essa interação pode lhe fornecer [Cf. DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 15^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 183-184].

30 LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 82.

31 Cf. MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 81. Nesse sentido, não se deve confundir os conceitos de imparcialidade com neutralidade. Exigir imparcialidade é não julgar causas conforme seu interesse, ou ainda impedir eventuais favorecimentos. No entanto, exigir neutralidade é praticamente impossível, pois seria o mesmo que inserir o magistrado em uma “bolha”, a permitir sua saída apenas depois de proferir sua decisão. Por isso, fala-se que o juiz deve ser imparcial, mas não neutro [PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 44].

32 Cândido Rangel Dinamarco ao discorrer sobre a legitimidade do processo e da importância dessa função social afirma que a tutela processual “há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade” [A instrumentalidade do processo. 15^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177]. Conforme José Carlos Baptista Puoli, “o processualista e, principalmente o juiz, devem estar efetivamente sintonizados à realidade social que lhes rodeia, pois somente assim será possível captar o real sentimento do justo e dos valores preponderantes num determinado contexto social e histórico” [Os poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 44]. Nesse sentido, NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 14].

33 Em semelhante sentido, DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 15^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182.

Ou seja, e, apesar das críticas apartadas de alguns autores³⁴, deve-se, na maior medida possível, assegurar a efetividade e justiça das decisões, no sentido de que atribua um conteúdo muito mais do que meramente formal a elas, mas também um significado material, ao potencializar o exercício dos direitos fundamentais dispostos na Constituição. Significa, assim, a aptidão da decisão em eliminar insatisfações ao fazer cumprir o direito, com respeito às garantias dos indivíduos a consagrar a liberdade necessária para influenciar no destino da sociedade³⁵.

O problema é que, muitas vezes, o Poder Judiciário se omite em seu compromisso social e impõe soluções por ato próprio e de forma arbitrária³⁶. A questão é saber de que forma uma decisão judicial pode ser assim considerada, e qual seria o liame da fronteira entre a hermenêutica jurídica e a sua arbitrariedade, tendo em vista que ambos podem se confundir, quando não há norma expressa que garanta o embasamento da fundamentação.

Portanto, pela possibilidade de camuflagem de eventuais decisões arbitrárias se torna essencial determinar o limite da eventual aplicação hermenêutica do aplicador do direito para que ela tenha apenas o viés interpretativo e não discricionário³⁷. De fato, deve-se reconhecer que algum grau de criatividade é intrínseco a todo ato de interpretação. No entanto, essa discricionariedade criativa não deve ser confundida com a afirmação de total liberdade do intérprete³⁸.

34 Por exemplo, Rosemiro Pereira Leal afirma categoricamente que “o juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado pelo due process democrático em suas incidências substancial (substantive) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (procedural) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado” [Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. Revista da Faculdade de Direito – Universidade Federal de Minas Gerais, n. 38, fev., 2014, p. 271], assim como afirma que o “judiciário, nas esperadas democracias plenárias, não é o espaço encantado (reificado) de julgamento de casos para revelação da justiça, mas órgão de exercício judicacional segundo o modelo Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judiciale constitucional do processo” [Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito – Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 38, fev., 2014, p. 272].

35 Em semelhante sentido: DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 320.

36 Sobre o tema, Georges Abboud explica sobre sua concepção do eventual ativismo que pode advir do Poder Judiciário, e afirma que não existiria uma espécie boa ou má, pois todas elas seriam perniciosas para o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, conceitua uma decisão ativista, como “toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto” [Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, v. 1008, out., 2019, pp. 43-54].

37 Sobre o autoritarismo no processo, Moacyr Amaral Santos [Contra o processo autoritário. V. 54, n. 2. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1959, p. 217] ao citar Calamandrei afirma que o processo autoritário seria aquele em que há cada vez mais o “reforçamento dos poderes do juiz”. Nesse caso, quanto mais poderes interpretativos for possível atribuir ao juiz, mais próximo se poderá chegar de um autoritarismo. Portanto, imprescindível reconhecer esses limites, para que os aplicadores do direito possam observar e os jurisdicionados controlar.

38 Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 23.

Discricionariedade, portanto, não quer dizer necessariamente arbitrariedade e o juiz, mesmo que venha a interpretar dispositivos lacunosos ou abertos, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Pelo contrário: muitos ordenamentos jurídicos sempre buscaram estabelecer certas fronteiras de ordem processual ou substancial para a eventual criatividade excessiva dos juízes³⁹.

Quanto a esses limites processuais, podemos citar a imprescindível fundamentação que os juízes estão submetidos em suas decisões; ou requisitos e condicionantes serem observados para que não extingam o processo a seu livre arbítrio. Em relação aos limites materiais – variáveis a depender do período -, podem-se citar a observância aos precedentes judiciais, leis, códigos e o próprio contexto social.

Dessa forma, tendo-se como premissa de que o juiz embrinca uma certa margem de criatividade e discricionariedade em suas decisões para interpretar, deve-se delimitar qual o grau de criatividade, os modos, limites e a legitimidade dela para que ela não se torne arbitrária por fim⁴⁰.

A hermenêutica, como método de interpretação do direito, prega que se atribua determinado sentido à norma a fim de ser estendida a sua aplicação a um caso concreto. Dessa forma, pretende-se entender, descobrir os motivos e a intenção do autor, por meio da adoção de um determinado sentido previsto em lei, e não como o intérprete gostaria que assim fosse⁴¹.

Considerando essas assertivas iniciais, MIGUEL REALE realça três pontos essenciais a caracterizar a hermenêutica jurídica e estrutural, ao afirmar que i) toda interpretação jurídica é de natureza finalística fundada na carga valorativa do Direito; ii) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada; iii)

39 Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 24.

40 Sobre o tema, Mauro Cappelletti discorre um pouco sobre os graus de criatividade, ao mencionar também as decisões baseadas na equidade: “Ora, é evidente que a decisão baseada na ‘equidade’, por exemplo, tem espaço mais amplo de escolha do que a baseada e vinculada a precisos precedentes judiciais ou detalhadas prescrições legislativas. O grau de criatividade é, portanto, mais elevado na primeira [CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 25]. Sobre essa vertente, é comum se utilizar da “criatividade” principalmente em conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, os quais trazem em sua materialização o binômio “interpretação e aplicação com argumentação”, em prol também da dinâmica do ordenamento jurídico [Cf. GOES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008, p. 91].

41 Cf. NOELI, Fernandes. A fundamentação da decisão judicial da discricionariedade à arbitrariedade: a busca da resposta correta. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte*: Del Rey, ano I, n. 1, 1994, pp. 88-89. De acordo com Miguel Reale, “interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos”. Portanto, a primeira atenção do intérprete consiste em saber qual a finalidade social da lei, para que assim possa penetrar na “estrutura de suas significações particulares” [Cf. **Lições preliminares de direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 285].

cada preceito deve estar situado no ordenamento jurídico.⁴²

Nesse sentido, é inequívoco que há uso de certa criatividade pelo magistrado ao interpretar⁴³. Não seria diferente, tendo em vista que para se atingir o intuito da dinâmica do ordenamento jurídico posto, não se pode enclausurar-se apenas em regras jurídicas, devendo-se preponderar também aos princípios⁴⁴ e ao contexto social. O problema, como já foi dito, é reconhecer a fronteira do bom senso que se impõe e o limite a não caracterizar arbitrariedade.

Quanto à arbitrariedade judicial, caracteriza-se quando o magistrado extrapola os limites previstos em lei, ao atuar de forma desvinculada e livre e, muitas vezes, autoritária. Conforme anotação e alerta de SÉRGIO NOJIRI:

“Assim, o juiz, por não ser o ‘dono absoluto do processo’, deve atuar conforme um sistema de normas compatíveis com a ordem constitucional instaurado a partir de 1988. Não se concebe mais a figura daquele juiz autoritário que acredita ser o ‘senhor’ do processo, o qual decide a partir de sua vontade pessoal”⁴⁵.

Portanto, a discricionariedade que leva à arbitrariedade é modalidade muito diversa da atitude interpretativa, pois na primeira somente há espaço para escolhas que não estão qualificadas no universo jurídico⁴⁶. Por isso, são indiferentes aos critérios estabelecidos em lei, ligados apenas às circunstâncias fáticas que estabelecem conveniência e oportunidade da situação presente.

Assim, ao delimitar a fronteira da legal interpretação feita pelos juízes, pode-se citar a doutrina dos “círculos legais”, ou seja, há uma determinada discricionariedade ao magistrado para que possa decidir o caso concreto⁴⁷. No entanto, ela não é ilimitada. Há, seguramente, certas linhas que formam o círculo e que impedem ao juiz ultrapassar. Conforme VICENTE MIRANDA: “Um leve passo fora dessas linhas circulares legais e o juiz já estará pisando no terreno da ilegalidade. Forçoso será retroceder; necessário que se

42 Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 287.

43 Nesse sentido, Miguel Reale: “Não pode absolutamente ser contestado o caráter criador da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei (...)” [**Lições preliminares de direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 287]. Ademais, em nosso ordenamento jurídico, não podem ser invocadas lacunas legislativas, sendo vedado o non liquet. Portanto, diante da falta de norma específica, o juiz poderá recorrer à analogia, costumes e princípios gerais do direito (art. 4º, LINDB), o que acaba permitindo a realização do direito e liberdade ao juiz para obter uma solução jurídica com uma certa margem de discricionariedade.

44 GOES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 92.

45 Cf. NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 69.

46 GOES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 89.

47 MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 85.

volte para trás das linhas, já no interior do espaço circular regular”⁴⁸.

Nesse sentido e aderindo a esta noção clássica de “discricionariedade”, advinda e já consolidada pelo Direito Administrativo⁴⁹, torna-se inconcebível acolher a noção no Poder Judiciário, de forma absoluta. Deve-se levar em consideração, portanto, os limites estabelecidos pela doutrina dos “círculos legais” já acima explicitados. Apenas dessa forma se conseguirá estabelecer o equilíbrio fundamental entre o princípio da legalidade e o da liberdade judicial.

Ademais, deve ser estabelecido que os limites substanciais – tanto materiais, quanto processuais⁵⁰ - devem ser observados, não se configurando mera recomendação aos órgãos julgadores. Sobre o tema, MAURO CAPPELLETI já alertava:

“criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente ‘direito livre, no sentido de direito arbitrariamente criada pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta”⁵¹.

A se configurar alguns exemplos práticos, pode-se afirmar, desde logo, que a decisão arbitrária pode vir de diversas formas. Assim, em um primeiro momento e de forma mais grave, consagra-se quando não venha com a fundamentação exigida⁵² (art. 93, IX

48 Idem.

49 Importante delimitar, entretanto, a grande diferença existente também no direito administrativo quanto à discricionariedade e arbitrariedade. Enquanto a primeira é a liberdade de escolha dos critérios de conveniência e oportunidade dentro dos limites estabelecidos em lei, a segunda se caracteriza por manifestações que extrapolam a lei. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 36ª ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 90. Em igual sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 248.

50 Mauro Cappelletti faz interessante analogia da criatividade dos juízes com a dos legisladores, afirmando que ambos criam o direito. No entanto, os limites do primeiro devem ser muito maiores e mais precisos do que os do segundo [**Juízes legisladores?** Trad.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 27]. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira [Sentença arbitrária. Revista de Processo, vol. 204, fev., pp. 33-50, 2012] traz alguns outros princípios e regras que devem ser de observância obrigatória pelos juízes, como por exemplo: i) não é lícita ao juiz desconhecer as conquistas da ciência, como a lei da gravidade, lei da oferta ou da procura; ou ii) não se pode também ignorar as regras da lógica; iii) ou ainda não é lícito utilizar da íntima convicção ou livre apreciação das provas.

51 Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 26.

52 Além de ser considerada como arbitrária a decisão que omita a fundamentação exigida [ALVES DE SOUZA, Wilson. Acesso à justiça. Salvador: Dois de julho, 2011, p. 287], muitos autores – em observância à gravidade da situação -, afirmam ser ela até mesmo inexistente [Cf. ALVES DE SOUZA, Wilson. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de julho, 2011; PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo. A fundamentação como um dos pressupostos da existência das decisões judiciais. **Revista de Processo**. Vol. 328, jun., pp. 17-33, 2022, n.p.; TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Trad.: VIANELLO, Lorenzo Córdova. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 388 e ss.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 414-415]. No entanto, quanto ao tema, Athos Gusmão Carneiro já alertava sobre a necessária distinção que deveria ser feita, em que a sentença com fundamentação sucinta não deveria ser confundida com a sentença deficiente, incompleta em sua fundamentação [Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada – conceitos – nulidade. Revista jurídica. Out., 1995, p. 9]

CF/88, e art. 11, CPC/15). Sobre o tema, LIEBMAN já estabelecia ser a fundamentação própria e inerente ao Estado Democrático de Direito, e uma garantia ao arbítrio:

“(...) tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio”⁵³.

Por ser efetivamente um controle contra o arbítrio das decisões, a motivação⁵⁴ se torna uma garantia da própria administração da justiça e um controle generalizado e difuso da opinião pública sobre a tutela jurisdicional⁵⁵. Dessa forma, além de se garantir o controle endoprocessual (entre as partes), também se permite o controle extraprocessual, este exercitável pelos jurisdicionados, a fim de que se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional⁵⁶.

Além dessa caracterização, também se pode recorrer à doutrina argentina para arrolar algumas espécies de sentença arbitrária, que podem ser aquelas⁵⁷: i) que excedem o limite das possibilidades interpretativas; ii) que é inescusavelmente errônea, seja por contradição lógica ou axiológica; iii) inconstitucional – aquela que impõe soluções por

53 LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação das sentenças. **Revista de Processo**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 79-81, jan-mar., 1983.

54 A fundamentação significa o ato ou efeito de documentar, estabelecer, firmar. Assim, aquele que fundamenta alicerça o seu raciocínio, dando razões ao seu argumento. Portanto, em seara jurídica, uma decisão precisa demonstrar a origem do convencimento do magistrado para firmar o seu raciocínio a respeito da matéria discutida [CASTRO, Fabio Caprio Leite. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. **Ajuris**, ano XXX, n. 90, jun., 2003, pp.131-132].

55 Cf. BARBOSA MOREIRA. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 19, 1979, p. 288-289.

56 Cf. BARBOSA MOREIRA. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 19, 1979, p. 289.

57 O levantamento foi feito por Maria Eugenia Vera Ezcurra [Sentencia arbitraria por exceso ritual manifiesto, según la jurisprudência de la corte suprema de justicia de la nación argentina. Universidad del Salvador, **Facultad de Ciencias Jurídicas**, pp. 3-4, Disponível em: <www.studocu.com>. Acesso em: 10.06.2022]. Ademais, também sobre a questão, Genaro Carrió em obra especializada traz algumas causas da arbitrariedade, classificando de acordo com cada um dos grupos: 1) quanto ao objeto ou tema da decisão: 1.1) quando omitem resolver certas questões oportunamente propostas; 1.2) ou resolvem questões não trazidas; 2) quanto aos fundamentos da decisão: 2.1) quando ditadas por juízes que se rogam no “papel de legisladores” e não se sentem limitados pelo ordenamento jurídico; 2.2) prescindem do teto legal sem dar razão plausível alguma; 2.3) aplicam preceitos derogados ou ainda não vigentes; 2.4) ou dão como fundamentos pautas de excessiva amplitude em detrimento do uso de normas positivas diretamente aplicáveis; 2.5) com o estabelecimento de fundamentos não normativos, em que: 2.6) prescindem de prova decisiva; 2.7) Invocam prova inexistente; 2.8) Contradizem abertamente outras constâncias dos autos; 2.9) fazem afirmações dogmáticas que apenas constituem um fundamento aparente; 2.10) ou incorrem em excessos formalistas ou rituais; 2.11) são autocontraditórias; 3) quanto aos efeitos da decisão: quando se pretende deixar sem efeito decisões anteriormente firmes [Cf. CARRIÓ, Genaro. El recurso extraordinário por sentencia arbitraria – Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, n.p.].

ato próprio, sem vinculação à Constituição⁵⁸; iv) aquela contra legem ou de interpretação irrazoável; v) ou, por fim, aquela não derivada racionalmente do direito em vigor - ao trazer postulações criadas pelo próprio aplicador do direito, sem qualquer embasamento legal.

A se estabelecer uma correlação entre provas e a fundamentação das sentenças, há também vícios na motivação, em hipóteses de pseudomotivação ou de motivação fictícia. Um caso característico pode ser aquele onde não há valoração adequada das provas dispostas no processo⁵⁹. Ademais, também se configura quando se permite a análise e, assim, embasamento decisório, por meio de um sistema de livre convicção, em que o aplicador do direito apenas se baseia em suas impressões pessoais do caso⁶⁰.

Portanto, percebe-se diversos indícios a possibilitar o reconhecimento de uma decisão arbitrária ou conforme o ordenamento jurídico vigente. Com esses parâmetros, talvez seja possível evitar decisões autoritárias e que, por fim, garanta uma decisão justa⁶¹ e efetiva, a observar claramente o princípio do acesso à justiça em seu sentido mais amplo.

58 Cf. ALVES DE SOUZA, Wilson. Acesso à justiça. Salvador: Dois de julho, 2011, p. 99. Sobre o assunto das decisões inconstitucionais, v. JUNIOR, Humberto Theodoro. Sentença inconstitucional: nulidade, inexistência, rescindibilidade. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 63, jun., 2008, p. 39 e ss. De acordo com este mesmo autor, “é inimaginável uma franquia que viesse a colocar o Judiciário acima da própria ordem constitucional. Um estado que consentisse que alguém ou alguma autoridade pudesse se considerar livre para agir fora dos limites constitucionais, seria simplesmente um Estado ‘que não tem constituição’”.

59 Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Sentença arbitrária. Revista de Processo, vol. 204, fev., pp. 33-50, 2012. O juiz, sendo responsável pelo resultado do processo, deve ter conhecimento da verdade de todas as partes, e avaliar todas as provas dispostas por elas, assim como seus argumentos [GIACOMOLLI, Nereu José. O mito da neutralidade das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da AJURIS**, ano XXXIII, n. 102, jun., 2006, p. 287 e ss.]

Em prol até mesmo da participação do juiz na formação do conjunto probatório, essa atitude mais ativa não pode ser confundida com a violação à imparcialidade do juiz [sobre o tema, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001].

60 No sistema de livre convicção, o resultado decisório se forma com base em impressões pessoais e na consciência do próprio magistrado, desvinculado das provas e de qualquer regra legal estabelecida. Diversamente do que prega o sistema da persuasão racional, adotado em nosso ordenamento jurídico, nos termos do art. 371, CPC/15 [Cf. TESCHEINER, José Maria. Pressupostos processuais e nulidades no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 212-213]. No entanto, deve-se analisar o sistema do livre convencimento motivado com parcimônia, sob pena de servir de “álibi retórico para dar poderes ao incontrolláveis ao Poder Judiciário” [Cf. STRECK, Lenio Luiz. Como a jurisprudência prê-à-porter se alimenta do livre convencimento. <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-24/streck-jurisprudencia-pret-porter-livre-convencimento>>. Acesso em: 14 de jun., 2022]. Isso porque, se o livre convencimento é baseado em uma não taxatividade do valor das provas, já se configura despótica a decisão fundada neste, por não haver critérios apriorísticos. A lei, nesse sentido, seria necessária para limitar os poderes e fixar os critérios para relativização e valoração das provas.

61 Em termos de “justiça”, deve-se considerar, conforme Miguel Reale, tanto como uma qualidade subjetiva – como uma virtude ou hábito; como de forma objetiva, através da ideia de realização da ordem social justa, “resultante de exigências transpessoais imanentes ao processo do viver coletivo” [Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 371-372].

4. DECISÕES ARBITRÁRIAS VS. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

A arbitrariedade das decisões não é algo que se afere subjetivamente mediante análise de resultados específicos e/ou simples cotejo de resultados distintos para situações semelhantes. Longe disso, a arbitrariedade se afere pelo grau de emprego e aproveitamento dos métodos e procedimentos disponíveis no sistema de justiça.

Assim, afasta-se da noção abstrata do que seria uma decisão justa -ou um processo integro- para dar lugar à verificação da aplicação de métodos e premissas elementares de uma decisão, desde os primeiros atos até o cumprimento dos requisitos que permitiram a formação de seu conteúdo.

Como premissas fundamentais demarcadas em tópicos anteriores, tem-se que: i) o acesso à justiça deve ser garantido não apenas como direito de petição dos indivíduos (art. 5º, XXXV, CF), mas também como a tutela efetiva dos direitos materiais postos e efetividade do processo; ii) só se garante a efetividade do direito material quando puder ser encontrado na sentença a necessária dialética entre o social e o jurídico e se for justa em seu termos – considerando-se todas as características da “efetividade” e da “justiça” já delimitadas -. Nesse sentido, a sentença arbitrária, a qual segue de encontro à efetividade e justiça, acaba por violar frontalmente o acesso à justiça em seu sentido mais amplo.

Como exemplo, BARBOSA MOREIRA⁶², ao discorrer sobre a “efetividade” do processo, designa algumas de suas características, a fim de merecer tal qualificação: i) processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos; ii) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis; iii) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, para que o convencimento do julgamento seja condizente às provas estabelecidas; iv) o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; v) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio e energia.

Portanto, decisões arbitrárias são aquelas que vão de encontro a essas características acima delimitadas, ao deixar de considerar a realidade social concreta em que está inserido o direito substancial dos fatos, quer pelo conteúdo inconstitucional, pela interpretação irrazoável dos fatos e do direito ou quando não derivam racionalmente

62 Cf. BARBOSA MOREIRA, J. C. Notas sobre o problema da efetividade do processo, in **Temas de direito processual**, 3ª série, São Paulo: Sairava, 1984, pp. 27-28.

do direito em vigor⁶³.

Ademais, importante mencionar também ser uma das características primordiais de uma decisão arbitrária o exercício da função em ato próprio ou com postulados criados pelo próprio aplicador do direito. Assim, em tais circunstâncias também se viola o próprio direito dos indivíduos de obter uma decisão justa e efetiva. Há, nesses casos, além da afronta ao acesso à justiça, também violação direta à ordem democrática constitucional⁶⁴.

Nesse sentido, o processo serve como instrumento de atuação de garantias constitucionais, operando por meio de direitos declarados para direitos a serem garantidos⁶⁵. Portanto, quando essa máxima não é encontrada, haverá clara arbitrariedade judicial.

Conforme WILSON ALVES DE SOUZA, a decisão arbitrária no fundo é a “denegação de justiça, de modo que há direta relação entre o princípio da fundamentação das decisões judiciais e o direito de acesso à justiça”⁶⁶.

O ato de decidir jamais deve ser entendido como uma ação assentada em iniciativas autônomas ou desprendidas, mas sim como o resultado de uma série de encadeamentos metódicos pautados na lei e no procedimento. Não se pretende com isso conferir excessiva rigidez ao ato de decidir, mas sim assegurar que as arbitrariedades, quando ocorram, tenham sido suficientemente sinalizadas e aplacadas, evitando-se assim prejuízo do acesso à justiça.

5. CONCLUSÃO

Diante do analisado e relacionado acima, pode-se concluir que a melhor solução para se evitar arbitrariedades judiciais é a garantia plena do acesso à justiça em sentido formal, por meio do direito de petição (art. 5º, XXXV, CF), mas também possibilitá-lo em sentido amplo, por meio de uma prestação jurisdicional justa e efetiva.

63 Conforme já analisado em tópico 2 do presente artigo.

64 Decorre de tal máxima que a efetiva tutela desses direitos constitucionais é imprescindível em uma democracia constitucional, tendo em vista que, quanto mais respeitados, menos perigo haverá para a concentração de poderes. Em semelhante sentido, LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. ANABITARTE, Alfredo Gallego. Barcelona: Editora Ariel, 1979, p. 392.

65 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias constitucionais do direito de ação**. Tese (Livre docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 1972, p. 15.

66 ALVES DE SOUZA, Wilson. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de julho, 2011, p. 287.

Ademais, a desejada celeridade e necessidade de diminuição do assobramento da carga de processos no Poder Judiciário não deve ser utilizada como justificativa para a delimitação de barreiras maiores e/ou mais numerosas ao acesso à justiça. Portanto, deve-se evitar decisões que possuem esse único intuito, a caracterizar eventual decisão arbitrária.

Assim, o reconhecimento de uma decisão dessa índole é fundamental para se evitar a violação a direitos fundamentais essenciais como o direito ao acesso à justiça. Isso porque, ao visualizá-la como tal, é possível evitá-la simultaneamente. Por isso, o mais essencial, sem dúvida, é a mais estrita observância aos direitos fundamentais processuais das partes através da fundamentação adequada e respeito ao devido processo legal.

Apenas com respeito a essas regras será possível evitar decisões arbitrárias e assim, garantir não apenas o acesso aos órgãos judiciais, mas também tutelar efetivamente o direito material das partes envolvidas no processo, a consagrar o efetivo acesso à justiça em seu sentido mais amplo.

O objetivo, portanto, é buscar aquilo que Arruda Alvim já idealizava sobre o tema, ao “trazer uma prestação jurisdicional efetivamente presente, para todos, transformando a ‘promessa’ de acesso à justiça, paulatina e cada vez mais, em autêntica realidade concreta para todos”, sem que arbitrariedades judiciais impeçam tal intento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, v. 1008, out., 2019.

ALVES DE SOUZA, Wilson. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de julho, 2011.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Princípios constitucionais na Constituição Federal de 1988 e o Acesso à justiça. São Paulo: **Revista do advogado**, n. 34, jul., 1991.

ARMELIN, Donaldo. Acesso à justiça. **Revista da procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 31, jun., 1989.

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

BARBOSA MOREIRA. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 19, 1979.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **O problema do acesso à justiça no Brasil**. In: Ensaios e artigos. Vol. I.

_____. Função social do processo. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, n. 2, abr./jun., 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça – tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão**. São Paulo: Atlas, 2006.

CASTRO, Fabio Caprio Leite. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. **Ajuris**, ano XXX, n. 90, jun., pp. 131-144, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada – conceitos – nulidade. **Revista jurídica**. Out., 1995.

CARRIÓ, Genaro. **El recurso extraordinário por sentencia arbitraria – Tomo I**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 36ª ed. Barueri: Atlas, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

EZCURRA, Maria Eugenia Vera. Sentencia arbitraria por exceso ritual manifiesto, según la jurisprudência de la corte suprema de justicia de la nación argentina. **Universidad del Salvador**, Facultad de Ciências Jurídicas, Disponível em: <www.studocu.com>. Acesso em: 10.06.2022.

FILARDI, Hugo. Democracia e Processo. Breves reflexões sobre a influência do Estado Democrático de Direito na Prestação da tutela jurisdicional. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. v. 63, abr.-jun., 2005.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução: GRACIE NORTH-FLEET, Ellen. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GIACOMOLLI, Nereu José. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da AJURIS**, ano XXXIII, n. 102, jun., 2006.

GOES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias constitucionais do direito de ação**. Tese (Livre docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 1972.

JUNIOR, Humberto Theodoro. Sentença inconstitucional: nulidade, inexistência, rescindibilidade. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 63, jun., 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito** – Universidade Federal de Minas Gerais, n. 38, fev., 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação das sentenças. *Revista de Processo*. Vol. 29. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, pp. 79-81, jan-mar., 1983.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. ANABITARTE, Alfredo Gallego. Barcelona: Editora Ariel, 1979.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça** – condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 171-172.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil – o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. Vol. 24. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015.

MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

NOELI, Fernandes. A fundamentação da decisão judicial da discricionariedade à arbitrariedade: a busca da resposta correta. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, ano I, n. 1, 1994.

NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. 2ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo. A fundamentação como um dos pressupostos da existência das decisões judiciais. **Revista de Processo**. Vol. 328, jun., pp. 17-33, 2022.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. V. 54, n. 2. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1959.

SILVA, José Afonso da. **Acesso à justiça e cidadania**. Revista de Direito Administrativo, n. 216, abr.-jun., 1999.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21. Coimbra, 1986.

STRECK, Lenio Luiz. Como a jurisprudência prêt-à-porter se alimenta do livre convencimento. <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-24/streck-jurisprudencia-pret-porter-livre-convencimento>>. Acesso em: 14 de jun., 2022.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Trad.: VIANELLO, Lorenzo Córdova. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TESCHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

ANIMAIS COMO PARTES NO PROCESSO: UMA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA?

ANIMALS AS PARTIES IN A LAWSUIT: A LEGAL IMPOSSIBILITY?

Recebido: 3/6/2022

Aceito: 21/3/2023

Pedro de Oliveira Alves

Doutor em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

E-mail: pedro.oalves@ufpe.br

 <https://orcid.org/0000-0002-6801-4383>

Iuri Mendes da Silva

Graduando em Direito na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

E-mail: iurimendes.direito@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-2567-6125>

RESUMO

Este artigo visa examinar, por meio de um estudo dogmático, as razões pelas quais os animais podem ser ou não dotados de capacidade de ser parte. Por meio de uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial, passando pelo direito de ação, pelo conceito de sujeito de direito, pelas disposições constitucionais e do Código Civil, além da Lei de Crimes Ambientais, conclui-se pela impossibilidade jurídica dos animais terem capacidade de ser parte em qualquer processo judicial.

Palavras-chave: capacidade de ser parte; direito dos animais; direito de ação; sujeitos de direito; entes despersonalizados.

ABSTRACT

This article aims to establish, through a dogmatic study, the reasons why animals are not endowed with the capacity to be a party in a lawsuit. Using a legal, doctrinal and jurisprudential analysis, passing through the right of action, the concept of legal subject, the constitutional provisions and the Civil Code, in addition to the Environmental Crimes



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

Law, it is established, in conclusion, the legal impossibility of animals to be a party in any legal proceedings.

Keywords: legal capacity to be a party; animal rights; right of petition; legal subjects; depersonalized entities.

1. INTRODUÇÃO

Em estudos recentes, pesquisadores brasileiros como Heron Gordilho e Vicente Ataíde Júnior¹ têm discutido uma série de precedentes em tribunais latino-americanos que reconheceram animais como sujeitos de direitos e com capacidade para defender seus próprios interesses em juízo, além de sustentar potenciais justificativas para uma interpretação semelhante no Brasil. No entanto, a discussão doutrinária ainda se encontra em estágio inicial e precisa ser melhor examinada à luz dos elementos jurídico-dogmáticos capazes de contribuir para uma adequada tutela processual dos direitos envolvidos no caso concreto.

É inegável a relevância dos animais² para as comunidades humanas. Se no século IV a.C. Aristóteles já reservara um tratado natural só para eles³, hoje o tema saiu do mero interesse biológico, e, com os debates em torno da preservação do meio ambiente e dos “direitos dos animais” — alimentado em grande parte pelos escritos de Peter Singer⁴ —, termos como “especismo”, “dignidade de todas as formas de vida”, “direito ao bem-viver” etc. têm se tornado comuns nos mais diversos tipos de debates.

O Direito não poderia ficar imune a essas discussões, influenciável como é por todos os ramos do conhecimento humano. Em 1978, surgiu a Declaração Universal de

1 GORDILHO, Heron José de Santana; ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais no Brasil e na América Latina. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 2, p. 1-19, 2020.

2 Utiliza-se, aqui, o termo “animais” como contraposição ao “ser humano”, nada obstante a grande difusão do termo “animais não-humanos”.

3 ARISTÓTELES. **História dos animais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

4 Ver, e.g., SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Direitos dos Animais, cuja natureza jurídica é discutível⁵. Recentemente, a Faculdade de Direito da Universidade de Toulon divulgou uma declaração em defesa desses mesmos direitos. No Brasil, os debates são intensos em todas as áreas, do direito civil ao penal, do direito constitucional ao direito tributário. Por via de consequência, a processualística não deixaria de ser afetada por esses “novos direitos”.

Partindo da hipótese de impossibilidade da capacidade de ser parte processual, será preciso investigar se os argumentos apresentados na doutrina e jurisprudência brasileira ainda são sustentáveis, este artigo visa, portanto, refletir, por meio de um estudo dogmático, quais as razões pelas quais os animais não poderiam ser dotados de capacidade de ser parte. Ou seja, quais são os elementos jurídico-dogmáticos que supostamente impedem que animais venham a figurar em qualquer processo judicial seja para demandar, seja para ser demandado? Após identificar os principais argumentos, será preciso verificar também se ainda seriam sustentáveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso, far-se-á, primeiro, uma análise do direito de ação, com um estudo acerca das teorias em torno desse direito, além de seus limites e características. Depois, investigaremos os fundamentos da impossibilidade de os animais serem sujeitos de direito — personalizados ou despersonalizados — fazendo uso da teoria geral do direito e do direito civil, analisando, também, os argumentos contrários e favoráveis à hipótese deste artigo.

Por fim, será desenvolvida breve análise de dois julgamentos recentes: o Agravo de Instrumento nº 0059204-56.2020.8.16.0000, julgado pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e o Agravo de Instrumento 0815882-77.2020.8.15.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba por meio de sua 1ª Câmara Especializada Cível.

2. TITULARES DO DIREITO DE AÇÃO

2.1. Direito de ação: generalidades

5 Cf. NEUMANN, Jean-Marc. **La Déclaration Universelle des Droits de l'Animal ou l'égalité des espèces face à la vie**. In: HANNI, Julia; KUHNE, Daniela; MICHAEL, Margot. (edits.). **Animal Law: tier und techt : Entwicklungen und Perspektiven im 21.** Zurich/St. Gallen: Dike, 2012. Disponível em: <<http://www.fondation-droit-animal.org/documents/NeumannDUDA.pdf>>. Acesso em 18 de mai. de 2022. Aliás, muitos autores citam essa Declaração como se fosse proclamada pela UNESCO, o que é uma inverdade. A Declaração foi proclamada na UNESCO, segundo o texto de Neumann citado acima e conforme consta em La Fondation de Droit Animal Éthique e Sciences. **La Déclaration universelle des droits de l'animal**. 201[?]. Disponível em: <<https://www.fondation-droit-animal.org/la-fondation/declaration-universelle-droits-de-lanimal/>>. Acesso em 18 de mai. de 2022.

Durante séculos, discutiu-se o direito de ação. Se inicialmente a ação era compreendida pela escola imanentista como “uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação”, de modo que “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”⁶, após a famosa polêmica entre Windsheid e Muther, sagrou-se vitorioso o entendimento segundo o qual havia um direito de agir independente do direito material lesionado e que seria exercível contra o Estado e contra o devedor/causador do dano ou da ameaça⁷. A partir daí vários foram os debates travados em torno da natureza desse direito, agora autônomo. Para Wach, autor da teoria concretista da ação, distinguam-se “a pretensão à tutela jurídica da pretensão à sentença, sendo a primeira devida a uma das partes e a segunda, a ambas”⁸; assim, a pretensão à tutela jurídica *dependia* de uma sentença favorável, pois o direito de ação estava vinculado à ocorrência dos requisitos de direito material, consubstanciados nas chamadas *condições da ação*, e de direito formal (os pressupostos processuais)⁹.

Atualmente, porém, três são as teorias em voga: a abstrata, a eclética e a da asserção.

A primeira, desenvolvida por Degenkolb e Plósz, entende a ação como “o direito subjetivo público que se exerce contra o Estado e em razão do qual sempre se pode obrigar o réu a comparecer em juízo.”¹⁰ Trata-se, portanto, do direito de agir, decorrente da própria personalidade do autor, nada tendo a ver com o direito material arguido no pedido. É um direito desvinculado da demanda, e por isso é abstrato. Na lição de Rodrigues e Lamy, “a relação estabelecida é com o direito meramente afirmado pelo autor. A ação é abstrata porque não está condicionada ao acolhimento do direito alegado pelo autor, é o seu poder subjetivo público de buscar a prestação jurisdicional pelo Estado.”¹¹

A segunda, formulada por Enrico Tulio Liebman, chama-se “teoria eclética”, na qual a ação, a despeito de prescindir da existência de direito subjetivo material arguido pela parte autora, tem sua existência vinculada ao preenchimento das condições da ação. Separa-se, dessa forma, o direito de petição (amplo, genérico, incondicionado) e o direito de ação (condicionado). Isso porque a existência desse direito de ação, conforme nos

6 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 272.

7 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v.1. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 182-183.

8 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 198.

9 SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 183.

10 SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 109.

11 RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 135, grifos acrescentados.

mostram Dinamarco e Lopes, “depende do modo como em cada caso concreto o direito à sentença de mérito se relaciona com a ordem jurídica material e com a situação em que o autor se encontra em relação à sua pretensão.”¹² Essa é a teoria com maior aceitação entre os doutrinadores brasileiros¹³.

A última, denominada teoria da asserção, é, de certa forma, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Sob essa perspectiva, “na análise das condições da ação, o Juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da controvérsia.”¹⁴

A par dessa polêmica doutrinária, neste trabalho, cujo escopo não é o de investigar a fundo o direito de ação *por si só*, adotar-se-á, para os fins aos quais nos propomos, a seguinte concepção do direito de ação: é o direito de obter do Estado, mediante o devido processo legal¹⁵, uma decisão (de mérito ou não¹⁶) sobre uma determinada causa de direito material¹⁷.

2.2. Dos titulares do direito de ação

O direito de ação permite a qualquer pessoa “a prática de atos tendentes a provocar o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional, existindo ainda que inexistia o

12 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 115.

13 SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1157383/RS**. Processo Civil. Embargos Infringentes. Acórdão que, por maioria, acolhe preliminar de ilegitimidade passiva. Cabimento. Recorrente: Marcia Adriana Almeida da Costa. Recorrido: Banco Itaú S/A. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22350979/recurso-especial-resp-1157383-rs-2009-0178128-8-stj/inteiro-teor-22350980>>. Acesso em 22 de julho de 2022.

15 “É absolutamente necessário que o direito de ação seja exercido mediante o devido processo legal, o qual deve culminar em decisão em maior consonância possível em relação ao direito material e aos fatos efetivamente ocorridos entre os litigantes no plano real” SICA, Heitor Vitor Mendonça, op. cit., p. 20, grifos no original.

16 CALMON DE PASSOS, J. J. [José Joaquim]. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014, p. 117.

17 Isso não quer dizer que o direito de ação está subordinado ao direito material, mas que o direito de ação é exercido para o direito material. “O direito fundamental de ação não objetiva uma sentença de mérito, mas a tutela prometida pelo direito material. O jurisdicionado deve ter a possibilidade de alcançar, mediante o exercício da ação, a tutela que garanta ou reestabeleça, na medida do possível, o direito material. [...] O exercício da ação não se exaure com a apresentação da petição inicial. A ação é exercida mediante técnicas processuais idôneas até que o seu objetivo seja encontrado. Isso não quer dizer, como é óbvio, que a ação dependa da existência do direito material, mas que a ação é exercida para a tutela do direito material” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual do processo civil**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 120-121, grifos acrescidos.

direito material afirmado”¹⁸. Ele é exercido não apenas no ato de *dar início* ao processo. Exerce-se o direito de ação ao longo de todo o processo, sempre que se ocupa alguma posição jurídica ativa no conflito judicial. Daí uma parcela da doutrina defender que o direito de ação é um complexo de situações jurídicas¹⁹. Heitor Sica chega a dizer, inclusive, que se deve conceber tal direito como “um feixe de poderes, que engloba o direito à sentença de mérito, à satisfação da obrigação por ela reconhecida e de antecipar as atividades tendentes à sua satisfação, incluindo todas as atividades necessárias para que tais objetivos sejam atingidos”. Trata-se, portanto, da materialização do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/1988²⁰, e art. 3º., *caput*, do CPC²¹). Por isso Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que o direito de ação

é um direito fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas à proteção de todos os direitos, como o direito de receber quantia devida em razão de um empréstimo ou o direito de cobrar os aluguéis que não foram pagos pelo locatário. [...] Por essa razão, o direito de ação, além de ser abstrato e independente da efetiva existência do direito material afirmado em juízo, também é atípico, no sentido de que se liga indistintamente a toda e qualquer situação jurídica digna de tutela jurisdicional.²²

Disso se conclui que só pode ser titular do direito de ação quem é (ou pode ser) titular de algum direito material, nada obstante à autonomia do direito de ação em relação ao plano material. É que se o direito de ação é exercido em vista de se obter alguma decisão, por meio do devido processo legal, a respeito de algum direito alegado (seja como causa de pedir, seja no pedido), não faz sentido imaginar um titular do direito de ação que não possa sequer alegar ser titular de algum outro direito. Por isso, a Constituição fala em apreciação jurisdicional de *ameaça ou lesão a direito* e o Código de Processo Civil estabelece que o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma *relação jurídica*, da *autenticidade ou da falsidade de documento* e que é admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a *violação do direito* (arts. 19, *caput*, I e II, e 20).

É certo que o direito de ação diferente do direito afirmado, de modo que o “*direito afirmado compõe a res in iudicium deducta* e pode ser designado como o direito material

18 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol. 1. 18.ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008, p. 112.

19 DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 210, p. 41-56, ago., 2012.

20 CF, art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

21 CPC, art. 3º: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.”

22 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, vol. 1, cit., p. 237, grifo dos autores.

deduzido em juízo ou a ação material processualizada.”²³ Mas é necessário que se afirme algum direito. O direito de ação é autônomo em relação ao direito material porque não está vinculado à sua existência. Todavia, é necessário que a parte autora, ao ingressar em juízo com determinada demanda, *alegue* algum direito. Ou seja, é necessário que aquele que está em juízo pedindo algo para si ou para outro *possa ser* titular de algum direito. Enfim, toda pessoa que possui, de fato ou em tese, algum direito — e todas as pessoas têm no nosso Estado constitucional —, é titular do direito de ação.

Há, então, duas alternativas: (1) os animais são titulares de direito(s) e, desse modo, por via de consequência, são titulares do direito de ação, ou (2) os animais não são titulares de nenhum direito, de sorte que, por conseguinte, não são titulares do direito de ação.

Se a alternativa (1) estiver correta, a discussão fixar-se-á na possibilidade ou não de os animais terem capacidade de ser parte, já que esta diz respeito ao art. 1º do Código Civil, que não inclui *animais* em sua previsão.

Se, no entanto, a alternativa (2) for a correta, não há que se falar em capacidade de ser parte, e, conseqüentemente, nem em capacidade de estar em juízo (nem mesmo assistido ou representado).

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE ANIMAIS TITULAREM DIREITOS

3.1. Retorno à básica definição de sujeito de direito

Já é muito conhecida a posição tradicional da doutrina acerca do sujeito de direito. Na lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “[sujeito de direito é] aquele que titulariza relações jurídicas na órbita do Direito, podendo se apresentar como sujeito ativo ou como sujeito passivo, além de reclamar um mínimo de proteção necessária ao desempenho de suas atividades.”²⁴ Maria Helena Diniz segue igual linha ao afirmar que sujeito de direito é sinônimo de *pessoa*, vocábulo que por sua vez significa “o ente físico

23 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, vol. 1. 19.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 320, grifos do autor.

24 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 15.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 176.

ou coletivo suscetível de direitos e obrigações”^{25,26}.

Em consonância a isso, há doutrina que entende haver dois sentidos para *sujeito de direito*. O primeiro, estrito, compreende o titular de um direito subjetivo; em outras palavras, é a pessoa que *titulariza* o direito, tendo a possibilidade de o fazer valer ou exigir a prestação por ele prevista. O segundo sentido é o amplo, no qual ao se falar em sujeito de direito fala-se em duas espécies de sujeito, o ativo e o passivo. Como toda relação jurídica é constituída de modo intersubjetivo, deve-se sempre supor dois sujeitos, quais sejam: o ativo, titular do direito, a pessoa que pode exigir a prestação, e o passivo, que é a pessoa obrigada a realizar a prestação. Sujeito de direito inclui, portanto, o titular de determinados direitos e aquele que tem determinados deveres: nas relações creditícias, o sujeito ativo é o credor, e o sujeito passivo é o devedor. Nos direitos reais, o titular do direito de propriedade é o sujeito ativo e o sujeito passivo, toda a coletividade²⁷.

Em suma, é a redação do art. 1º do Código Civil: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

Há ainda a questão dos sujeitos de direito sem personalidade, os quais, segundo Paulo Lôbo, são “dotados de capacidade civil limitada à sua proteção ou à consecução de seus fins”²⁸, como é o caso da família, do espólio, da herança jacente e vacante, da massa falida, do condomínio edilício etc. Ou seja, “são meros conjuntos de pessoas e de bens que não possuem personalidade própria ou distinta, não constituindo pessoas jurídicas”²⁹.

25 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

26 Deve-se trazer à baila, mesmo em nota de rodapé, certa divergência doutrinária quanto à equivalência entre pessoa e sujeito de direito. Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, leciona que “pessoa é apenas o conceito. o universal. com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito; quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito [...]. Certamente, o ser sujeito do direito a, em concreto portanto, é diferente de ser pessoa, que é em plano acima abstrato; mas não se há de levar muito a fundo a diferença, porque a pessoa já nasce com titularidade concreta, que é a do direito de personalidade como tal, o direito a ser sujeitos de direitos” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito civil**: parte geral: pessoas físicas e jurídicas, v. 1., t. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 254). Há igual posicionamento na doutrina contemporânea: “sujeito de direito é conceito mais amplo que pessoa: nem todos os sujeitos são personalizados. Em outros termos, os titulares de direitos e obrigações podem ou não ser dotados de personalidade jurídica. Se se considerarem todas as situações em que a ordem jurídica atribui o exercício do direito ou (o que é o mesmo, visto pelo ângulo oposto) o cabimento de prestação, sujeito será o titular do primeiro ou o devedor da última. No conceito de sujeito de direito encontram-se, assim, não só as pessoas, físicas ou jurídicas, como também algumas ‘entidades’ despersonalizada” COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9. Exata igual posição Simone Eberle em EBERLE, Simone. **Capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 21 et ss. Tal polêmica não nos é aqui de todo relevante, já que, independente de serem ou não sinônimos, toda pessoa, pelo simples fato de o sê-lo, é sujeito de direito.

27 MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 33.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 515.

28 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96.

29 TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 329.

Tais sujeitos — ou entes —, com exceção da família, são representados em juízos por pessoas específicas: o administrador judicial, no caso da massa falida, o curador, para a herança jacente ou vacante, e o inventariante, que representará o espólio³⁰, e assim por diante.

3.2. Animais não são sujeitos de direitos

Uma parcela da corrente doutrinária que defende a titularidade de certos direitos por parte dos animais costuma argumentar que tal como as pessoas jurídicas possuem direitos de personalidade reconhecidos desde o momento do registro de seu ato constitutivo, “também os animais tornam-se sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem”³¹.

A premissa é verdadeira, mas a conclusão é equivocada por duas razões.

A primeira razão é a mais nítida: os animais não têm, diferente das pessoas jurídicas, personalidade. Sendo a personalidade “[a] aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil”³², é a lei que a atribui, seja à pessoa natural, seja à pessoa jurídica. Certo que ser pessoa (e isso significa, no plano jurídico, ter *personalidade*) não constitui condição *sine qua non* para ser sujeito de direitos, vide os entes não-personalizados. Aliás, embora não seja habitual na doutrina contemporânea, pelo menos desde Pontes de Miranda³³, costuma-se diferenciar pessoa e sujeito de direito, conforme tratado no item anterior, e por isso Fábio Ulhôa Coelho afirma que “sujeito de direito é o *centro de imputação de direitos* e obrigações referido em normas jurídicas com a finalidade de orientar a superação de conflitos de interesses que envolvem, direta ou indiretamente, homens e mulheres. *Nem todo sujeito de direito é pessoa e nem todas as pessoas, para o direito, são seres humanos*”³⁴. Mas o fato é que, embora se possa até questionar a política legislativa, a ordem jurídica brasileira não atribui personalidade jurídica aos animais, e por essa simples e dogmática razão não se

30 CPC, art. 75: “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: [...] V - a massa falida, pelo administrador judicial; VI - a herança jacente ou vacante, por seu curador; VII - o espólio, pelo inventariante; [...]”.

31 DIAS, E. C [Edna Cardozo]. Os animais como sujeitos de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 119-121, mai., 2014, p. 120. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10243>>. Acesso em: 15 maio. 2022. Ver também: RODRIGUES, Danielle Tetu. O direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 126-127.

32 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro**: parte geral. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94.

33 MIRANDA, Pontes de, op. cit., loc. cit.

34 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral, vol.1. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 149-150, grifos acrescentados.

pode igualá-los às pessoas jurídicas, estas que têm personalidade atribuída pela lei. E, em nosso entender, a legislação que regula a questão dos maus tratos a animais não é suficiente para atribuir tal personalidade.

Ainda que o legislador alterasse essa questão, há uma segunda razão que também poderia rechaçar a personalidade jurídica dos animais.

A atribuição de personalidade jurídica aos animais provocaria uma crise desse conceito. Refrise-se: personalidade é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações³⁵. Isso significa simplesmente que os animais, ao passarem a ter personalidade — e, portanto, serem considerados como pessoas —, passariam também a poder contrair obrigações, afinal a aptidão para tanto é da *essência* da personalidade jurídica.

O vocábulo “obrigação” pode ser conceituado como uma relação jurídica transitória que cria vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), “cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantido o cumprimento, sob pena de coerção judicial”³⁶ e cujas fontes são os atos voluntários, como os contratos e as manifestações unilaterais de vontade, o ato ilícito³⁷ e a lei, e.g., a obrigação de pagar pensão alimentícia.

Pergunte-se: como um animal pode praticar um ato voluntário, se lhes é impossível a prática de qualquer ato jurídico³⁸? Como pode um animal praticar ato ilícito, se é necessário para tanto uma *vontade consciente* dirigida a um fim, seja o fim ilícito ou seja um fim lícito, mas que por imprudência, negligência ou imperícia (conceitos que só se aplicam a atos humanos) a ação teve um resultado ilícito? Como um animal pode ser obrigado por lei fazer ou deixar de fazer alguma coisa?

Poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, afirmando que também aos absolutamente incapazes é impossível imputar qualquer obrigação — seja contratual, seja legal —, já que a responsabilidade incidiria sobre seus representantes. Seria um falso argumento, bastando para afastá-lo a previsão do art. 428 da CLT, que permite aos absolutamente capazes a partir dos 14 anos de idade firmarem contrato de aprendizagem no qual “o aprendiz [se compromete], a executar com zelo e diligência as tarefas

35 “A pessoa é *sempre* sujeito de direito e obrigações e os direitos da personalidade são seus componentes” DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 130, grifos nossos.

36 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: obrigações, vol. 2. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 35.

37 CC, art. 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

38 O ato jurídico, em seu sentido lato, é aquele constituído pela exteriorização consciente da vontade — ou seja, aquele que a está declarando precisa saber que a declara ou manifesta com seu exato sentido determinado, de modo que a inexistência de vontade negocial consciente leva a inexistência de qualquer ato — e pelo objeto lícito e possível, isto é, ele deve ser dirigido a um fim específico, lícito e possível. Cf. MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, v.1. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 199-208. A prática de tal ato é impossível aos animais.

necessárias a essa formação”. É evidente que o contrato será firmado pelo representante legal ou tutor, mas o *dever de executar com zelo e diligência as tarefas recairá sobre o absolutamente incapaz* e este suportará a sanção pelo inadimplemento: o fim da relação contratual.

Além disso, no que tange às obrigações cuja fonte é a lei, o que dizer dos atos infracionais? Ora, é sabido que as normas penais incriminadoras são compostas de dois preceitos: o primário, que proíbe certa conduta e impõe um dever de obediência, e o secundário, que estabelece a sanção. Assim, o tipo do *caput* do art. 121 do Código Penal impõe o dever de não matar alguém, pois, desrespeitando-o, o agente sofrerá a sanção prevista: a pena de reclusão pelo tempo de 6 a 20 anos. Os absolutamente incapazes não estariam submetidos a esse dever? Eles estão porque assim estabelece o ECA: “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, *sujeitos às medidas previstas nesta Lei.*”

De igual modo, os relativamente incapazes portadores de deficiência que os impossibilite de exprimir plenamente sua vontade, ou lhes prive de consciência para a prática de determinados atos, também estão sujeitos a obrigações legais ou contratuais, neste caso as assumidas pelo seu assistente cuidando de seus interesses. Eles estarão submetidos a tal dever no âmbito patrimonial, que responderá pelas obrigações. No caso das legais, os relativamente incapazes responderão pelas dívidas herdadas, no limite do que foi herdado³⁹.

Nenhum animal no direito brasileiro tem direito patrimonial. Afinal, “[os animais] não podem, por exemplo, ser beneficiados em testamento, a não ser indiretamente, sob a forma de encargo, imposto a herdeiro testamentário, de cuidar deles.”⁴⁰

Dessa forma, a atribuição de personalidade jurídica a animais geraria uma verdadeira crise do conceito de personalidade, vez que se criaria a figura de uma *persona* — pois seria um ser dotado da referida aptidão genérica — que só poderia titular direitos, mas nunca contrair obrigações de qualquer tipo (nem legais, nem oriundas da manifestação de vontade ou da prática de ato ilícito). Ter-se-ia que (1) ou alterar o previsto no art. 1º do Código Civil, já exaustivamente citado, ou (2) criar um *tertium genus*, ressaltando essa

39 CC, art. 1.997: “A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; *mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.*”, grifos acrescentados.

40 GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 98.

característica “nova” da pessoa como apenas titular direitos, sem obrigações⁴¹.

Há exemplo de um terceiro gênero criado pelo direito alemão. No *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* consta: “animais não são coisas. Eles são protegidos por estatutos especiais. Regem-se pelas disposições aplicáveis às coisas, com as modificações necessárias, salvo disposição em contrário”⁴². Ou seja, nem pessoa, nem coisa, mas algo. Isso não impediu o Tribunal de Stuttgart de negar guarda compartilhada de animal. Um dos fundamentos do julgamento, comentado por Karina Nunes Fritz, foi que a parte ganhadora da “guarda exclusiva” comprovou ser “dono da cadela”: “constando no contrato como único proprietário e responsável, como também tem assumido o cuidado e as despesas com ela desde então. A autora - na visão do Tribunal - não comprovou ser coproprietária do animal”⁴³. A cadela foi, em verdade, tratada como coisa (nos termos da segunda parte do dispositivo do BGB), sobre a qual a autora da ação não comprovou a propriedade. Por isso que na Alemanha esse dispositivo legal é considerado “uma declamação emocional sem conteúdo jurídico real”⁴⁴.

Talvez seja por essas razões que a majoritária parte da doutrina dos direitos dos animais defende hoje a ideia segundo a qual os animais são sujeitos de direito não-personalizados ⁴⁵.

As críticas a essa posição são de duas ordens: legal e conceptual.

A crítica legal é visível a olhos nus: não há na ordem jurídica brasileira qualquer direito atribuído aos animais. Logo, não podem ser sujeitos de direito, já que não titulam qualquer direito.

41 Isso é o que Diomar Ackel Filho parece defender: “[os animais] não são pessoas, na acepção do termo, condição reservada aos humanos. Mas são sujeitos de uma espécie de personalidade ‘sui generis’, típica e própria à sua condição. Claro que personalidade é um atributo da pessoa. E os animais não são pessoas, embora vinculados à mesma biologia. Todavia, como sujeitos de direitos são reconhecidos e tutelados, reunindo-se atributos que permite colocá-los numa situação jurídica peculiar” ACKEL FILHO, Diomar. **Direitos dos animais**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2001, p. 66.

42 Tradução nossa. No original: “Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis.”

43 FRITZ, Karina Nunes. Tribunal de Stuttgart nega guarda compartilhada de animal. **Migalhas**. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/307594/tribunal-de-stuttgart-nega-guarda-compartilhada-de-animal>> . Acesso em: 15 de mai. de 2022.

44 PALANDT, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch* citado por TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 191.

45 LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais**: fundamentação e novas perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 509, NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Fraganello. Animais não humanos: sujeitos de direitos despersonalizados. **Revista Brasileira de Direito Animal**, a. 5, v. 6, p. 133-152, jan./jun., 2010, p. 147. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11075>>. Acesso em 15 de mai. de 2022. GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2008, p. 131. FREITAS, Renata Duarte de Oliveira. **Animais não humanos**: a construção da titularidade jurídica como novos sujeitos de direito. 2013. 115 f. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013, p. 88 et ss. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13966>>. Acesso em 15 de mai. de 2022.

Muitos trabalhos citam, em especial, a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), em especial o tipo penal constante no art. 32, *caput*, no qual se lê: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”. Segundo Eduardo Bittar, esse dispositivo “procura tutelar de forma criminal a crueldade para com os animais, *guindando-os à condição de sujeitos de direitos* (na medida em que são tomados como sujeito passivo do tipo penal)”⁴⁶.

A posição do autor nos parece equivocada. O sujeito passivo do crime é sempre o titular do bem jurídico agredido⁴⁷. A doutrina amplamente majoritária entende que é a coletividade o sujeito passivo desse crime⁴⁸, sendo os animais o objeto material⁴⁹, e por uma simples razão: a interpretação sistemática da lei impede compreensão diversa.

Se a Lei 9.605/1998 de fato atribui, em seu art. 32, direitos aos animais (em especial o de bem-estar, como sustenta essa parcela doutrinária), ela deveria também conferir o direito mais essencial ao exercício de direitos: o da vida. Pois é assim que a Constituição Federal, ao inaugurar o Título II, reservado aos direitos e garantias fundamentais, estabelece, no *caput* do art. 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, *garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*” (grifou-se). Assim também faz o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 7º: “*a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.*” (grifamos). De igual modo orienta o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), em seu art. 3º: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida [...]”. Isso porque nenhum ser vivo tem direito sem ter, antes, direito à vida. Em paralelo, nenhuma pessoa jurídica (“ser coletivo”) tem direitos outros sem ter o de existir juridicamente (de ter registrado seu ato constitutivo).

Porém, não é o que a Lei de Crimes Ambientais faz. Ela não prevê qualquer tipo de direito à vida. Ao contrário:

Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;

46 BITTAR, Eduardo C. B. [Carlos Bianca]. **Introdução ao estudo do direito**: humanismo, democracia e justiça. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 55, grifos acrescentados.

47 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 168.

48 PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 215. 6.ed. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio Luiz. **Lei de Crimes Ambientais**: comentários à Lei 9.605/1998. 2.ed. São Paulo: Método, 2014, p. 146.

49 THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 723.

II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;

III – (VETADO)

IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

O citado diploma legal, quando trata de um suposto direito à vida dos animais, trata do seguinte modo: “Art. 29. *Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida*” (grifos acrescentados). E ainda: “Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a *mortandade de animais* ou a destruição significativa da flora” (grifos acrescentados).

Ou seja: no caso do art. 29, só será crime matar um animal se não houver autorização da autoridade competente ou em desacordo com o documento permissivo, e na hipótese do art. 54, só há crime se houver “mortandade”, i.e., um grande número de mortes — quer dizer que só há direito à vida quando não houver autorização para matar ou as mortes forem coletivas e em grande número?

A conclusão que nos parece mais lógica é: a Lei 9.605/1998 não atribui *qualquer* direito aos animais, porque não lhes assegura o básico — a vida. O titular desses direitos protegidos pelos retrocitados dispositivos é a coletividade, a comunidade humana que, por princípios éticos e morais, reprova os maus-tratos aos animais; a proibição dessas condutas é fruto da “preocupação ético-jurídica em relação aos animais por serem sencientes, suscetíveis de sentirem dor”⁵⁰. Nada mais cristalino, nesse sentido, do que o art. 225, §1º, VII, da CF:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º *Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem

50 DINIZ, Maria Helena. Ato de crueldade ou de maus tratos contra animais: um crime ambiental. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 1, p. 96-119, jan./abr., 2018, p. 105. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26219>>. Acesso em 15 de mai. 2022.

em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (grifos acrescidos)

Uma leitura atenta dos dispositivos constitucionais acaba por apresentar sentido contrário à interpretação dada por uma parcela da doutrina, segundo a qual o inciso VII supracitado conferiria aos animais o direito de não serem submetidos à crueldade⁵¹. O *caput* do art. 225 afirma, sem rodeios, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. O “todos” diz respeito à coletividade, ao conjunto de todos os indivíduos humanos, vez que, logo após, o dispositivo complementa “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. Em seguida, o §1º informa: “para assegurar esse direito [da coletividade ao meio ambiente equilibrado]” é que se veda, no inciso VII, a crueldade contra os animais. É em prol desse direito da coletividade humana que se veda os maus-tratos.

De mais a mais, a posição que defende os animais como sujeitos de direito não personalizados não humanos⁵² merece ainda outra crítica, esta de ordem conceptual.

Daniel Lourenço estabelece, em defesa dessa posição, o seguinte:

A teoria dos entes despersonalizados, baseando-se na distinção conceitual entre “pessoa” e “sujeito de direito”, conforme se verificou, permite, portanto, que se prescindia da qualificação do ente como “pessoa” para que ele venha a titularizar direitos subjetivos. No que diz respeito aos animais ela poderá ser aplicada para caracterizá-la como autênticos sujeitos de direitos despersonificados não-humanos, tal qual propõe a criteriosa classificação de Ulhoa Coelho.⁵³

O problema para essa posição é que, na lição do próprio Fábio Ulhoa Coelho, os sujeitos de direito não-personalizados “são entidades criadas pelo direito para melhor disciplinar os interesses de homens e mulheres. São, em última análise, técnicas de separação patrimonial destinadas a cumprir uma finalidade”⁵⁴. E mais: “Todo ente despersonificado não humano tem uma finalidade, que justifica a sua constituição e, principalmente, circunscreve os negócios jurídicos que está autorizado a praticar. [...] Ele só pode praticar os atos ínsitos às suas finalidades ou expressamente previstos na lei.”⁵⁵ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald complementam: “os entes despersonalizados não visam relacionamentos externos, vocacionando-se a realizar

51 BITTAR, Eduardo C. B. [Carlos Bianca], op. cit., p. 54-55.

52 Em contraposição aos sujeitos personalizados humanos, que são o nascituro, os embriões excedentários concebidos in vitro, os ainda não concebidos e as futuras gerações. Cf. LÔBO, Paulo, op. cit., p. 97.

53 LOURENÇO, Daniel Braga, op. cit., p. 509.

54 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 163, grifos nossos.

55 Idem, p. 163-164, grifos nossos.

atividades de interesses de seus próprios membros entre si” .⁵⁶

Isso basta para afastar dos animais a qualidade de sujeito de direito não-personalizados (ou despersonalizados). A inaplicabilidade desse conceito à situação dos animais é reconhecida, inclusive, por parcela da doutrina pró-direito dos animais, que confessa adotar tal posição apenas por razões “estratégicas”:

os entes despersonalizados têm em vista uma finalidade particular, isto é, o objetivo para que foi criado o sujeito de direito circunscreve os únicos negócios jurídicos para cuja prática ele está apto [...]. Ademais, são dotados das seguintes características comuns: transitoriedade e a fugacidade. Sendo assim, percebe-se que, estrategicamente, enquanto mudanças legislativas não chegam, é importante suportar esta teoria.⁵⁷

Apresentados esses pressupostos, passa-se à análise da (in)capacidade dos animais para figurarem como partes processuais.

4. DA INCAPACIDADE DE SER PARTE

4.1. Generalidades sobre a capacidade no processo civil

Três são os tipos de capacidade relevantes para o processo civil: capacidade de ser parte, capacidade para estar em juízo e capacidade postulatória. A primeira é, em linhas gerais, e utilizando a lição do mestre Araken de Assis, “a aptidão genérica de alguém para tornar-se sujeito da relação processual”⁵⁸ e corresponde à capacidade civil, i.e., a capacidade de assumir direitos e deveres⁵⁹. Tal aptidão genérica é conferida tanto às pessoas físicas quanto jurídicas, bem como à maior parte dos entes despersonalizados, como o espólio e a massa falida e, também, as Casas Legislativas, conforme o enunciado

56 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 457.

57 GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 65, pp. 333-363, jan., 2012, p. 355.

58 ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral : institutos fundamentais, vol. II, t. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 92.

59 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo, vol.1. 18.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 322 e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 12.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 167.

sumular nº 525 do STJ⁶⁰.

Já a capacidade de estar em juízo (“*legitimatío ad processum*”) corresponde à capacidade de exercício de direitos: “toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo” (art. 70, CPC). Isso significa que, conforme a lição de Moacyr Amaral Santos, a capacidade de estar em juízo (ou capacidade processual) “é a capacidade de exercer os direitos e deveres processuais; é a capacidade de praticar validamente os atos processuais; diz respeito àqueles que têm capacidade para agir.”⁶¹ Em regra, a capacidade de ser parte e a capacidade para estar em juízo andam juntas. Todavia, há casos em que há capacidade de ser parte, mas não há capacidade processual, como no caso dos absoluta ou relativamente incapazes, os quais precisam ser, respectivamente, representados ou assistidos, nos termos do art. 71 do CPC⁶², e também no caso das pessoas jurídicas, que são *presentadas* ou *representadas* (e.g., o espólio é representado pelo inventariante, e as sociedades irregulares são presentadas pelo responsável pela administração de seus bens).

Tem-se, por fim, a capacidade postulatória, que nada mais é do que “a aptidão para dirigir petições ao órgão jurisdicional”⁶³. Isso significa que, de regra, as partes deverão estar assistidas por um advogado habilitado pela OAB ou por um defensor público⁶⁴. Excepcionalmente, é possível que a parte com capacidade processual atue sem a presença obrigatória de advogado, como ocorre nas ações de *habeas corpus* e nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais nas causas de até 20 salários mínimos e que não esteja em âmbito recursal.

Em síntese conclusiva, a relação processual é formada por uma parte capaz de titular direitos e contrair obrigações (capacidade de ser parte), com capacidade de estar em juízo (quando necessário, por meio de representação, apresentação ou assistência) e que pratica atos em juízo na figura de seu advogado ou defensor.

60 “A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais.”

61 SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 393.

62 “Art. 71. O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.”

63 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

64 Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal declarou ser inconstitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme o Tema 1.074 da Repercussão Geral. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1240999/SP. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Defensor Público. Capacidade postulatória. Inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Inconstitucionalidade. Desprovemento. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal e Seccional de São Paulo. Recorrido(a): Associação Paulista de Defensores Públicos – APADEP. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 04 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1344793759/recurso-extraordinario-re-1240999-sp-0016414-6720124036100/inteiro-teor-1344793772>>. Acesso em 22 de julho de 2022.

4.2. Da incapacidade total dos animais para atuarem no processo

Restou estabelecido que, para ser parte, é necessário *poder* ser sujeito de uma relação jurídica material⁶⁵, de modo que não há parte que não possa ser titular de uma relação jurídica material, pois a capacidade de ser parte, como foi dito, corresponde à própria capacidade civil constante do art. 1º do Código Civil, já aqui analisado, abrangendo, também, por via de consequência, os entes despersonalizados.

A capacidade de ser parte é pressuposto processual de existência. Por isso o Superior Tribunal de Justiça entende que o falecimento do autor antes da propositura da ação é caso de inexistência jurídica do processo⁶⁶. Inexiste processo se a “parte” não tem capacidade de titularizar direitos ou contrair obrigações. E isso nos leva ao direito de ação, trabalhado no primeiro item deste texto. Dissemos que o direito de ação é exercido em vista de se obter alguma decisão, por meio do devido processo legal, a respeito de algum direito alegado (seja como causa de pedir, seja no pedido). Portanto, é ilógico pensar em um titular de direito de ação que não possa titularizar direitos. Ao mesmo tempo, é impensável alguém que não pode titularizar direitos ou contrair obrigações ser colocado como réu em determinado processo⁶⁷. Isso porque, na lição de Daniel Mitidiero,

a juridicidade pela qual se pauta o Estado Constitucional – isto é, o seu parâmetro jurídico de atuação e a efetiva atuabilidade dos direitos – assegura imediatamente a necessidade de uma decisão justa como meio particular para obtenção da tutela dos direitos. [...] *O Estado Constitucional existe para promover os fins da pessoa humana – e isto quer dizer que o processo civil no Estado Constitucional existe para dar tutela aos direitos.*⁶⁸

Expôs-se exaustivamente o fato de os animais não serem, na ordem jurídica brasileira, titulares de *qualquer* direito, nem mesmo o mais essencial (o da vida), pois o

65 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, cit., p. 354.

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **Ação Rescisória 3358/SC**. Ação rescisória. Instrumento de mandato. Autor falecido anteriormente ao ajuizamento da demanda ordinária. Incapacidade para ser parte. Ilegitimidade para o processo. Coisa julgada. Inexistência. Título executivo inexigível. Pedido rescisório procedente. Recorrente: União. Recorrido: Gonçalves Antônio Pacheco – Espólio. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 23 de junho de 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804962/acao-rescisoria-ar-3358-sc-2005-0114226-0/inteiro-teor-16804963>>. Acesso em 22 de julho de 2022.

67 Por isso o exemplo típico de incapacidade de ser parte ré é o caso de um processo promovido contra um réu morto. Pode-se direcionar o processo contra o espólio, é certo, mas não contra uma pessoa morta, que não possui direitos ou obrigações. Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., loc. cit.

68 MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 4, n. 44, p. 71-91, set. 2015, p. 75-82, grifos do autor. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/89495>>. Acesso em 11 de mai. 2022.

que há é o direito da coletividade, em virtude de uma preocupação ético-jurídica de vedar maus tratos e matança injustificada de animais. Isso significa, a *fortiori*, que eles não têm capacidade de serem partes, incapacidade essa que inviabiliza a capacidade de estar em juízo de qualquer entidade e, por via de consequência, inviabiliza a participação de um animal em qualquer processo, seja da forma que for.

Muitos defendem que o Ministério Público pode atuar como legitimado extraordinário para defender os “direitos” dos animais⁶⁹. Ocorre que essa espécie de legitimação (também conhecida como substituição processual) consiste na situação em que alguém *demand*a em nome próprio a tutela de um direito que pertence a outrem, o substituído. Inverte-se, desse modo, a titularidade do direito de ação, que passa do sujeito titular do direito material a ser protegido para uma pessoa legitimada pelo ordenamento jurídico. Em tal circunstância, o direito de ação passa a ser de outro sujeito, que não é o titular do direito material⁷⁰.

No entanto, é preciso que o substituído *tenha* algum direito material. Não é possível a substituição processual de um sujeito que sequer titulariza direito. Assim, inexistente possibilidade de o Ministério Público — ou de qualquer outra entidade, como uma associação atuar, como substituto processual de um animal ou de um conjunto de animais, vez que eles não são sujeitos de direito na ordem jurídica brasileira.

Em todo caso, é costumeiro encontrar referências ao Decreto 24.645/1934, segundo o qual: “os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais.”⁷¹

Acontece que tal decreto foi editado durante a Ditadura Vargas e revogado em 1991 pelo Decreto 11/1991. Uma parcela francamente minoritária defende que o Decreto 24.645/1934 não poderia ter sido revogado por um decreto da forma que o foi porque se tratava, na verdade, de um Decreto-Lei⁷². O argumento baseia-se no fato de que o diploma de 1934 foi editado com fulcro no art. 1º do Decreto 19.398/1930, o qual estabeleceu o acúmulo, pelo Governo Provisório, das funções dos poderes Legislativo e Executivo. Assim, o decreto 24.645/1934 seria, na verdade, um Decreto-Lei, figura normativa esta que surgiu apenas na Constituição de 1937, da seguinte forma:

69 Cf., v.g., FREITAS, Renata Duarte de Oliveira, op. cit., p. 60 e SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Capacidade de ser parte dos animais não-humanos: repensando os institutos da substituição e da representação processual. **Revista Brasileira de Direito Animal**, ano 4, n. 5, p. 323-352, jan./dez. 2009, p. 331.

70 RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar, op. cit., p. 143.

71 Art. 2º, §3º.

72 GORDILHO, Heron; ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paual. A capacidade processual dos animais no Brasil e na América Latina. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 15, n. 2, pp. 1-19, 2020, p. 9-10. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733>>. Acesso em: 17 de mai. 2022.

Art 12 - O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

Art 13 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Art 14 - O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas. (Redação originária).

Os leitores de Fustel de Colanges logo se lembrarão da advertência do autor: não se deve olhar o passado com o ponto de vista e os fatos de nosso tempo⁷³. Isso se aplica aqui porque inexiste a possibilidade de se imputar à uma espécie normativa pretérita as qualidades e a característica de uma outra que lhe sucedeu no tempo. Ou seja, não se pode dizer que um decreto editado antes do surgimento da espécie normativa “decreto-lei” é um decreto-lei apenas porque lhe é semelhante. É preciso ter cuidado com isso. Não é porque um decreto veio a existir quando o Chefe do Poder Executivo acumulava as funções do Executivo e do Legislativo que ele será um Decreto-Lei. Se assim o fosse, a edição de leis delegadas pelo Presidente da República, hoje, teria essa mesma natureza, a de decreto-lei. É certo que tanto o Decreto 24.645/1934 e os decretos-leis em geral tinham a *mesma eficácia*, ou seja, tinham força de lei. Mas não se define uma coisa levando em consideração apenas seus efeitos. Ontologia não é exame de eficácia.

O Decreto 24.645 é, em sua natureza, um ato normativo editado pelo Chefe do Poder Executivo. Ele possui força de lei porque, naquele momento, o Chefe do Poder Executivo acumulava também as funções legislativas. Os decretos-leis na Constituição de 1937 eram uma figura normativa excepcional, limitada pela própria Carta, e que tinham, dentre suas características, a força de lei. Os decretos-leis previstos nos Atos Institucionais de nº 2 e 4 e na Constituição de 1967 eram, em essência, idênticos aos decretos editados durante o regime de Getúlio Vargas antes da Constituição de 1937.

Isso significa que o referido decreto não tinha a natureza de um Decreto-Lei nem de lei ordinária, mas apenas uma de suas qualidades: a eficácia, a força de lei. Logo, não tem razão os defensores de que apenas uma lei ordinária poderia revogá-lo, posto

73 COULANGES, [Numa Denis] Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 4.ed. Bauru: EDIPRO, 2009, p. 13.

que não era lei ordinária, mas uma figura própria, um *tertium genus*. Até que venha um novo decreto, revogando o revogador e trazendo de volta a normativa de 1934, o Decreto 24.645/1934 continuará revogado, mesmo com as posições doutrinárias em contrário.

Alguns ainda argumentam a utilização do referido decreto em decisões do STF, em especial no julgamento da ADI 1.868-6, de relatoria do Min. Carlos Velloso. Nesse julgamento, porém, o relator apenas assentou em seu voto, num esforço de análise histórica do Direito, a existência do Decreto 24.645/1934, que serviu tão-somente como *obiter dictum*, não como *ratio decidendi*. Inexiste, até hoje, qualquer decisão judicial com força vinculante que ateste a vigência do citado diploma legal da década de 1930.

Resta, portanto, estabelecida a incapacidade de ser parte dos animais e a impossibilidade de substituição processual.

Reforce-se que se nega aos animais a capacidade de parte, e não a de associações que buscam impedir maus tratos e sofrimento de animais; isso porque a Constituição atribuiu à coletividade o dever de defender e preservar o meio-ambiente para as futuras gerações e, também, lhe assegurou o direito de ter esse meio-ambiente ecologicamente equilibrado, conforme o art. 225 da CF. Isso significa que, quando temos como parte autora associações, entidades da sociedade civil com legitimidade ou, ainda, o Ministério Público não é para defender supostos direitos dos animais, mas para defender o direito da coletividade e, ao mesmo tempo, fazer cumprir o dever a ela imposto pela Constituição.

4.3. Breve análise de algumas posições dos tribunais

Por fim, traz-se dois julgamentos para breve análise, quais sejam, o Agravo de Instrumento nº 0059204-56.2020.8.16.0000, julgado pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e o Agravo de Instrumento 0815882-77.2020.8.15.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba por meio de sua 1ª Câmara Especializada Cível.

O Agravo de Instrumento julgado pelo TJ-PR é, talvez, o mais importante dos

últimos ano⁷⁴. Nele, a 7ª Câmara Cível julgou um recurso interposto contra uma decisão de primeiro grau que, numa ação com pedido de pensão e de indenização por danos morais em favor de dois cães “representados” em juízo por uma ONG, extinguiu o processo sem resolução de mérito porque os animais não são sujeitos de direito. Por essa razão, a ONG interpôs um agravo de instrumento contra essa decisão, requerendo, em síntese, a reintegração dos cães no polo ativo da demanda.

Nos votos há referência à Declaração de Toulon — a qual não tem qualquer força no ordenamento jurídico brasileiro — e a alguns julgamentos das Cortes Superiores que, em tese, seriam precedentes. O relator cita o voto do Min. Luís Felipe Salomão no Recurso Especial 1.713.167/SP, no qual este fora o relator. Olvida o julgador, no entanto, extensos trechos do mesmo voto em que o ministro do STJ, utilizando o magistério de César Fiuza e de Gustavo Tepedino, retira por completo a qualidade de sujeito de direito dos animais⁷⁵. Ele também cita um trecho do voto do Min. Roberto Barroso no julgamento da ADI 4.983, a respeito da prática da vaquejada — que foi proibida pelo STF, mas referendada pelo Congresso Nacional na Emenda Constitucional nº 96/2017, que já é alvo de pedido de declaração de inconstitucionalidade no STF. No trecho citado, o Min. Barroso afirma, já na conclusão do voto, que “próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro – “bens suscetíveis de movimento próprio” (art. 82, caput, do CC) – revela uma visão

74 BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (7. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0059204-56.2020.8.16.0000**. Ação de reparação de danos. Decisão que julgou extinta a ação, sem resolução de mérito, em relação aos cães Rambo e Spike, ao fundamento de que estes não detêm capacidade para figurarem no polo ativo da demanda. Pleito de manutenção dos litisconsortes no polo ativo da ação. Acolhido. Animais que, pela natureza de seres sencientes, ostentam capacidade de ser parte (personalidade judiciária). Inteligência dos artigos 5º, XXXV, e 225, § 1º, VII, ambos da Constituição Federal de 1988, c/c art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei nº 24.645/1934. Precedentes do direito comparado (Argentina e Colômbia). Decisões no sistema jurídico brasileiro reconhecendo a possibilidade de os animais constarem no polo ativo das demandas, desde que devidamente representados. vigência do Decreto-lei nº 24.645/1934. Aplicabilidade recente das disposições previstas no referido decreto pelos tribunais superiores (STJ e STF). Decisão reformada. Recurso conhecido e provido. Recorrentes: “Rambo”, “Spike” e ONG Sou Amigo. Recorrido: Pedro Rafael de Barros Escher e Elizabeth Merida Devai. Relator: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, 14 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1287168301/agravo-de-instrumento-ai-592045620208160000-cascavel-0059204-5620208160000-acordao/inteiro-teor-1287168313>>. Acesso em 22 de julho de 2021.

75 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1713167/SP**. Recurso especial. Direito civil. Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade, a depender do caso concreto. Recorrente: L.M.B. Recorrido: V.M.A. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>>. Acesso em 22 de julho de 2022.

mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão.”⁷⁶ Trata-se de mero *obiter dictum*. Aliás, parece ser prática corriqueira transformar trechos de *obiter dictum* em *ratio decidendi*.

Há também diversas referências a decisões de Cortes estrangeiras, que nada valem para o Direito pátrio, mas tão só como precedentes (*lato sensu*) persuasivo de direito comparado. No voto do Des. D’Artagnan Serpa Sá são bastante citados trechos de códigos e leis estaduais que tornam os animais sujeitos de direito, em contraposição ao Código Civil, o que é, por si só, interessante, porque um animal que migre pode ser sujeito de direitos em um Estado, mas não em outro, um cão que eventualmente saia de um Estado para outro poderá, em um, ser parte, mas em outro não. A legislação estadual, porém, não interfere na capacidade de ser parte, já que esta é retirada do Código Civil.

Trata-se, no entanto, de posição isolada no Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, o qual já decidiu pela inadmissibilidade de animais como parte, inclusive em julgamento recente pela 10ª Câmara Cível no Agravo de Instrumento 0023179-44.2020.8.16.0000, de relatoria do Des. Albino Jacomel Guerios⁷⁷.

Por fim, temos a decisão monocrática do Des. José Ricardo Porto do Tribunal de Justiça da Paraíba, no AI 0815882-77.2020.8.15.0000, que negou a capacidade de ser parte a cachorro de nome “Chaplin”. Para o magistrado, é certo que, no ordenamento constitucional brasileiro, os animais gozam de proteção, de modo que se tornaram inaceitáveis as práticas que os sujeitem à extinção ou crueldade. Entretanto, tendo em vista a distinção entre a capacidade de ser parte e a capacidade processual, percebe-se que nenhum dispositivo legal confere aos animais a capacidade de ser parte, tampouco a de figurar como sujeito processual. Por essa razão se conclui que somente as pessoas (ou os entes despersonalizados) têm capacidade de serem parte, ativa ou passivamente, para a defesa de seus direitos. O desembargador conclui afirmando ser indiscutível que os animais sempre deverão ser objeto de proteção contra condutas cruéis, mas tal fato

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** 4983/CE. Vaquejada. Manifestação cultural. Animais. Crueldade manifesta. Preservação da fauna e da flora. Inconstitucionalidade. A obrigação de o estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso vii do artigo 225 da carta federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, 06 de julho de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em 22 de julho de 2022.

77 BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (10. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0023179-44.2020.8.16.0000**. Capacidade de ser parte negada em primeiro grau. Animal não-humano. Cão vítima de tratamento inadequado pelo agravado. Ausência de capacidade processual. Permanência no processo apenas da ong que ajuizou as demandas. Decisão mantida. Recurso não provido. Recorrente: Jack (Cão) e ONG Sou Amigo. Recorrido: Matheus Henrique Mello. Relator: Albino Jacomel Guerios, 28 de junho de 2021. Disponível em:<<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1247104575/agravo-de-instrumento-ai-231794420208160000-cascavel-0023179-4420208160000-acordao/inteiro-teor-1247104592>>.

não os alça ao mesmo patamar das pessoas naturais ou jurídicas, tampouco aos entes despersonalizados, os quais são os responsáveis por defender seus interesses, dentro ou fora da esfera judicial⁷⁸.

5. CONCLUSÃO

A questão dos “direitos dos animais” é um tema sempre em discussão. Todavia, nos propomos aqui a refletir como, no atual cenário jurídico nacional, sobre as razões jurídicas que levam os animais a não serem considerados sujeitos de direito de nenhum tipo e, por essa razão, não figurar como partes em juízo.

De início, demonstramos como o direito de ação, embora independente do direito material, exige, para sua consubstanciação, a possibilidade de seu titular poder ser, ao menos em tese, titular do direito material alegado em juízo, afinal, não se propõe qualquer ação cujo objetivo seja não obter qualquer tutela no âmbito material.

Assentamos também que a ordem jurídica nacional não tem os animais como sujeitos de direito personalizados, de modo que eles não possuem qualquer direito e nem podem contrair obrigações, não sendo possível, por essa razão, considerá-los como pessoa. Afastou-se, também, o argumento segundo o qual os animais seriam sujeitos de direito despersonalizados, posição que se muito se baseia nas prescrições da Lei de Crimes Ambientais. O citado diploma não atribui direitos aos animais, visto que o sujeito passivo dos crimes, este sempre o titular do bem jurídico agredido, é a coletividade, com os animais ocupando o papel de objeto material. A conclusão decorre, como afirmado, de uma interpretação sistemática tanto da lei quanto do ordenamento jurídico. A lei não assegura aos animais sequer o direito à vida, coisa que todos os diplomas asseguradores de direito fazem, inclusive a Constituição. Além disso, ficou demonstrado como o art. 225 do Texto Constitucional veda os maus-tratos aos animais para assegurar o direito da coletividade de um meio-ambiente equilibrado, conforme a própria dicção do §1º do referido artigo.

Demonstrou-se, ainda, tendo como universo amostral dois julgamentos singulares, a inexistência de posição jurisprudencial majoritária, quer na Superior Tribunal de

78 BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. (1. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0815882-77.2020.8.15.0000**. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Inclusão de animal no polo ativo da lide. Indeferimento na origem. Irresignação. Ausência de personalidade jurídica dos animais. Capacidade de ser parte. Impossibilidade. Precedente do superior tribunal de justiça. Manutenção do decisum. Desprovimento do recurso. Recorrente: “Chaplin” (Cão). Recorridos: Edifício Manaíra Palace Residence e a Nerissa Enterprises Ltda. Relator: José Ricardo Porto, 04 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/0250F46EE80B40_acordao-caozinho.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2021.

Justiça, quer no Supremo Tribunal Federal, e menos ainda nos tribunais estaduais ou regionais. Com a análise de uma das decisões, verificamos a fragilidade da maior parte dos argumentos em prol da concessão aos animais da capacidade de ser parte.

Dessa forma, a conclusão consequencial deste trabalho é que, inexistindo a titularidade de direitos por parte dos animais, inexistente a capacidade de ser parte, qualidade essa umbilicalmente ligada à possibilidade de titular direitos e contrair obrigações, ainda que representado ou assistido.

Repise-se que se buscou realizar uma análise à luz do nosso atual ordenamento, sem nos prendermos a concepções filosóficas ou de demais ciências afins. Isso significa que a conclusão a que chegamos decorre, em última instância — nada obstante o emprego da doutrina e da jurisprudência —, da lei. Basta a vontade do legislador para que se necessite de novo estudo, pois aí os textos normativos serão outros, e, por consequência, igualmente outras serão as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais. Afinal, já dizia Ihering, “o direito não é pura teoria, mas uma força viva”⁷⁹, e como força viva, está em constante mudança. Por ora, no entanto, o sistema jurídico brasileiro nega aos animais a capacidade de ser parte, e isso não significa necessariamente uma menor importância à tutela desses direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Direitos dos animais**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2001.

ARISTÓTELES. **História dos animais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral : institutos fundamentais, vol. II, t. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B. [Carlos Bianca]. **Introdução ao estudo do direito**: humanismo, democracia e justiça. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1240999/**

79 IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 1.

com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>. Acesso em 22 de julho de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. (1. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0815882-77.2020.8.15.0000**. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Inclusão de animal no polo ativo da lide. Indeferimento na origem. Irresignação. Ausência de personalidade jurídica dos animais. Capacidade de ser parte. Impossibilidade. Precedente do superior tribunal de justiça. Manutenção do decismum. Desprovisionamento do recurso. Recorrente: “Chaplin” (Cão). Recorridos: Edifício Manaíra Palace Residence e a Nerissa Enterprises Ltda. Relator: José Ricardo Porto, 04 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/0250F46EE80B40_acordao-caozinho.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (10. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0023179-44.2020.8.16.0000**. Capacidade de ser parte negada em primeiro grau. Animal não-humano. Cão vítima de tratamento inadequado pelo agravado. Ausência de capacidade processual. Permanência no processo apenas da ong que ajuizou as demandas. Decisão mantida. Recurso não provido. Recorrente: Jack (Cão) e ONG Sou Amigo. Recorrido: Matheus Henrique Mello. Relator: Albino Jacomel Guerios, 28 de junho de 2021. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1247104575/agravo-de-instrumento-ai-231794420208160000-cascavel-0023179-4420208160000-acordao/inteiro-teor-1247104592>>. Acesso em 22 de julho de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (7. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0059204-56.2020.8.16.0000**. Ação de reparação de danos. Decisão que julgou extinta a ação, sem resolução de mérito, em relação aos cães Rambo e Spike, ao fundamento de que estes não detêm capacidade para figurarem no polo ativo da demanda. Pleito de manutenção dos litisconsortes no polo ativo da ação. Acolhido. Animais que, pela natureza de seres sencientes, ostentam capacidade de ser parte (personalidade judiciária). Inteligência dos artigos 5º, XXXV, e 225, § 1º, VII, ambos da Constituição Federal de 1988, c/c art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei nº 24.645/1934. Precedentes do direito comparado (Argentina e Colômbia). Decisões no sistema jurídico brasileiro reconhecendo a possibilidade de os animais constarem no polo ativo das demandas, desde que devidamente representados. vigência do Decreto-lei nº 24.645/1934. Aplicabilidade recente das disposições previstas no referido decreto pelos tribunais superiores (STJ e STF). Decisão reformada. Recurso conhecido e provido. Recorrentes: “Rambo”, “Spike” e ONG Sou Amigo. Recorrido: Pedro Rafael de Barros Escher e Elizabeth Merida Devai. Relator: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, 14 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1287168301/agravo-de-instrumento-ai-592045620208160000-cascavel-0059204-5620208160000-acordao/inteiro-teor-1287168313>>. Acesso em 22 de julho de

2021.

CALMON DE PASSOS, J. J. [José Joaquim]. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**, vol.1. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

COULANGES, [Numa Denis] Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. 4.ed. Bauru: EDIPRO, 2009.

DIAS, E. C [Edna Cardozo]. Os animais como sujeitos de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 119-121, mai., 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10243>>. Acesso em: 15 maio. 2022..

DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 210, p. 41-56, ago., 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**, parte geral e processo de conhecimento, vol. 1. 19.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Ato de crueldade ou de maus tratos contra animais: um crime ambiental. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 1, p. 96-119, jan./abr., 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26219>>. Acesso em 15 de mai. 2022.

EBERLE, Simone. **Capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB, v.1. 15.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: obrigações, v. 2. 11.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FREITAS, Renata Duarte de Oliveira. **Animais não humanos**: a construção da titularidade jurídica como novos sujeitos de direito. 2013. 115 f. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13966>>. Acesso em 15 de mai. de 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro**: parte geral. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2008.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 65, pp. 333-363, jan., 2012.

GORDILHO, Heron José de Santana; ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais no Brasil e na América Latina. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 2, p. 1-19, 2020.

GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LA FOUNDATION DE DROIT ANIMAL ÉTHIQUE E SCIENCES. **La Déclaration universelle des droits de l'animal**. 201[?]. Disponível em: <<https://www.fondation-droit-animal.org/la-fondation/declaration-universelle-droits-de-lanimal/>>. Acesso em 18 de mai. de 2022.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais**: fundamentação e novas perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual do processo civil**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, v.1. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito civil: parte geral: pessoas físicas e jurídicas**, v. 1., t. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 4, n. 44, p. 71-91, set. 2015. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/89495>>. Acesso em 11 de mai. 2022.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 33.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil: volume único**. 12.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NEUMANN, Jean-Marc. **La Déclaration Universelle des Droits de l'Animal ou l'égalité des espèces face à la vie**. In: HANNI, Julia; KUHNE, Daniela; MICHAEL, Margot. (edits.). **Animal Law: tier und techt : Entwicklungen und Perspektiven im 21**. Zurich/St. Gallen: Dike, 2012. Disponível em: <<http://www.fondation-droit-animal.org/documents/NeumannDUDA.pdf>>. Acesso em 18 de mai. de 2022.

NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Fraganello. Animais não humanos: sujeitos de direitos despersonalizados. **Revista Brasileira de Direito Animal**, a. 5, v. 6, p. 133-152, jan./jun., 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11075>>. Acesso em: 15 de mai. de 2022.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v.1. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Capacidade de ser parte dos animais não-humanos:

repensando os institutos da substituição e da representação processual. **Revista Brasileira de Direito Animal**, ano 4, n. 5, p. 323-352, jan./dez. 2009.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo, vol.1. 18.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

A ATUAÇÃO INTERVENTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS

THE PUBLIC DEFENDER'S INTERVENTION AS CUSTOS VULNERABILIS

Recebido: 02/05/2022

Aceito: 05/03/2023

Eveline Gonçalves Denardi

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo. Professora Titular de Metodologia de
Pesquisa Jurídica e Ensino o Direito.
Escola Paulista de Direito.

E-mail: evelinedenardi@uol.com.br

 <https://orcid.org/0000-0002-1484-383X>

Carolina Galeazzi Avolio

Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade
Presbiteriana Mackenzie

E-mail: cgavolio@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-2342-2957>

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a intervenção da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis* (“guardião dos vulneráveis”), sob seus aspectos normativo e jurisprudencial. Objetiva-se examinar o papel dessa instituição como instrumento de acesso à Justiça da população em situação de vulnerabilidade, de acordo com a missão institucional que lhe é atribuída pela Constituição Federal. Essa pesquisa qualitativa será elaborada por meio de revisão bibliográfica e documental,

buscando-se investigar, em um primeiro momento, as diversas formas de atuação da Defensoria Pública e os grupos destinatários da assistência jurídica pública e gratuita prestada pela instituição. Com o estudo do *Custos Vulnerabilis*, foco deste trabalho, buscou-se identificar a finalidade, a natureza e as particularidades dessa intervenção, a partir da análise do art. 554, § 1º do Código de Processo Civil (ações possessórias multitudinárias), da atuação do Ministério Público como *Custos Legis* e da figura do *Amicus Curiae*. Observando sua receptividade na jurisprudência, constatou-se que, por um lado, os Tribunais nacionais vêm reconhecendo a importância do *Custos Vulnerabilis* na promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos dos necessitados, e, por outro, ainda há obstáculos para sua aceitação em alguns casos por tratar-se de um tema ainda em construção, razão pela qual é essencial a evolução e aprofundamento desse debate.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Defensoria Pública; Vulnerabilidade; Atuação interventiva; Custos Vulnerabilis.

ABSTRACT

This This work has as its object the Public Defender's intervention as *Custos Vulnerabilis* ("Guardian of the Vulnerable"), under its normative and jurisprudential aspects. The objective is to examine the role of this institution as an instrument of access to justice for the vulnerable population, according to the institutional mission assigned to it by the Federal Constitution. This qualitative research will be elaborated through a bibliographic and document review, seeking to investigate, at first, the different forms of Public Defender's action and the recipient groups of public and free legal assistance provided by the institution. With the study of *Custos Vulnerabilis*, focus of this work, we sought to identify the purpose, nature and particularities of this intervention, based on the analysis of art. 554, § 1º of Civil Procedure Code (multitudinous possessory actions), the role of the Public Ministry as *Custos Legis* and the figure of *Amicus Curiae*. Observing its receptivity in the jurisprudence, it was found that, on the one hand, the national Courts have been recognizing the importance of the *Custos Vulnerabilis* in the promotion of human rights and defense of the rights of the needy, and, on the other hand, there are still obstacles to its acceptance in some cases because it is a topic still under construction, which is why the evolution and deepening of this debate is essential.

Keywords: Access to justice; Public Defense; Vulnerability; Interventive action; Guardian of the Vulnerable.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 134, designa a Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático, incumbindo-lhe a promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados. Diante desta missão constitucional, a instituição exerce uma atuação multifacetada, assumindo posições processuais múltiplas e dinâmicas.

Embora seu papel primordial seja a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, exerce, também, suas atividades em prol de outros grupos vulneráveis, como é o caso dos necessitados jurídicos, que têm proteção, por exemplo, por meio da curadoria especial, prevista no artigo 9º, II, do Código de Processo Civil (CPC).

Ao conferir-lhe essa ampla atribuição, a Constituição Federal não restringiu sua atuação à representação processual da parte, o que permitiu que Defensoria Pública fosse se amoldando para prestar da forma mais adequada seus serviços em prol das pessoas necessitadas. Nesse contexto, transcendendo o papel tradicional da instituição e visando uma atuação mais abrangente em favor da população vulnerável, surge a intervenção processual exclusiva da Defensoria Pública, denominada *Custos Vulnerabilis* (“guardião dos vulneráveis”).

Busca-se, no presente trabalho, analisar os aspectos normativos que embasam essa modalidade de intervenção defensorial, sobretudo considerando que o ordenamento jurídico brasileiro não possui previsão normativa específica sobre o instituto em questão, bem como os aspectos jurisprudenciais, verificando como este tema vem sendo recepcionado pelos Tribunais.

Foi empregada uma metodologia qualitativa e descritiva, consubstanciada na pesquisa bibliográfica e documental. No exame jurisprudencial, buscou-se identificar as decisões dos Tribunais Estaduais e dos Tribunais Superiores (STF e STJ), na seara cível, que tinham em seu bojo o termo *Custos Vulnerabilis*, e, então, a partir da análise destas, fazer um levantamento das situações fáticas e jurídicas em que essa intervenção está sendo aceita, bem como dos motivos mais recorrentes que embasam sua rejeição em outros casos.

A análise ampla deste instituto tem como propósito final discutir sobre a necessidade de criação de uma nova figura processual, ante a existência de tantas outras modalidades clássicas, muitas delas já desempenhadas pela Defensoria Pública, e refletir, em paralelo, sobre a importância da ampliação do campo da atuação dessa instituição, mostrando seu papel como instrumento de acesso à justiça da população em situação de vulnerabilidade.

1. Formas de atuação da Defensoria Pública ante sua missão

institucional

A atuação da Defensoria Pública deve ser analisada, em um primeiro plano, em relação ao grupo destinatário da assistência jurídica pública e gratuita prestada pela instituição. Ao tratar da Defensoria Pública, a Constituição Federal faz uso dos termos “insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV) e “necessitados” (art. 134), não havendo referência específica a questões econômicas, como o faz em outros artigos utilizando os termos “carente”, “pobreza” e “pobre” (a título de exemplo, art. 3º, III; art. 23, X; e art. 203, II e VI).

A expressão “necessitado”, portanto, deve ser entendida para além da vulnerabilidade econômica, abrangendo também outros aspectos, como organizacional, jurídico e social. Apesar da definição desses grupos decorrer de uma análise fática, há previsões nesse sentido em diversos diplomas legais, destacando-se, dentre eles, as Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade, aprovadas pela XIV Conferência Judicial -Americana¹. Este documento traz, de forma expressa e catalogada, diferentes formas de vulnerabilidade:

[...] (3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. (4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade.

Diante de todas essas causas de vulnerabilidade, as Regras de Brasília esclarecem que a concreta determinação das pessoas nessa condição em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico. No caso do Brasil, a pobreza é, em geral, um dos fatores mais presentes, acompanhada de outras causas que muitas vezes dela decorrem. Em geral, esses fatores se apresentam conjugados.

Nesse ponto, ressalta-se que, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, previstas no art. 4º da LC n. 80/94, está a de “exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar, e de outros grupos sociais vulneráveis que merecem proteção especial do Estado”.

Assim, pontua o Defensor Público Jorge Bheron Rocha que não há razão para dividir as funções da instituição em típicas e atípicas, “uma vez que a atuação da instituição está sempre tipicamente ligada à presença de alguma vulnerabilidade coletiva ou individualmente considerada,

¹ CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 14, 2008, Brasília. **Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasiliaversao-reduzida.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022.

sob o prisma econômico, jurídico, circunstancial ou organizacional.”²

Evidentemente, no aspecto individual, os termos “insuficiência de recursos” e “necessitados” tendem a assumir conotação predominantemente econômica, a fim de não sufocar a advocacia privada³. Mas, no aspecto coletivo, sobretudo, a amplitude das vulnerabilidades deve ser potencializada a fim de garantir acesso à Justiça transindividual de modo efetivo. Nesse sentido, verifica-se precedente do STJ, que, ao interpretar os requisitos legais para a atuação coletiva da Defensoria Pública, adotou o conceito ampliado de necessitado, de modo a possibilitar sua atuação em prol de necessitados jurídicos em geral, e não apenas aos hipossuficientes sob o aspecto econômico⁴:

Condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza do público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública — conforme determina a Lei 7.347/1985 — não seria condizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, menos ainda com a norma do art. 3º da CF. xxx

Vale mencionar, ainda, importante decisão da 2ª Turma que fixou esse entendimento⁵:

A expressão ‘necessitados’ (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, ‘necessitem’ da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado.

Para identificação da abrangência do termo necessidade, portanto, deve-se levar em conta a capacidade de acesso à justiça, em sentido amplo, do indivíduo ou grupo a ser representado pela Defensoria Pública. Nesse ponto, não só a necessidade financeira, como as demais causas de vulnerabilidade podem demonstrar a necessidade no caso concreto, não sendo incomum a presença de mais de um fator determinante⁶.

No que diz respeito a sua atuação multifacetada, a Defensoria Pública assume diversas

2 ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Custos Vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações Político-Jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 67.

3 ROCHA, Jorge Bheron. **Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais**. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p.19 apud ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações Político-Jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3943/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 07 maio 2015.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial 1.264.116/RS**. Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 18 out. 2011.

6 ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Custos Vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações Político-Jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 67.

posições jurídico-processuais⁷, podendo atuar como representante judicial, nos casos em que a parte comparece em Juízo em nome próprio para defender seus próprios interesses (o que ocorre, inclusive, na curadoria especial); em nome próprio para defender direito próprio, seja este interesse institucional primário, visando a realização finalística de sua missão institucional de acesso à ordem jurídica e social justa aos grupos vulneráveis, ou interesse institucional secundário, relativo à própria instituição; ou em nome próprio para defender direito alheio, casos em que deverá ser autorizada pelo ordenamento jurídico, conforme dispõe o artigo 18 do CPC.

O *Custos Vulnerabilis* consiste na atuação em nome próprio para defender direito institucional primário, isto porque seu interesse como terceiro interveniente se dá com a necessidade de cumprir suas próprias funções institucionais. Sua participação processual, portanto, ocorre não como representante da parte em juízo, mas como protetora dos interesses dos necessitados em geral, conforme será visto adiante.

Ressalta-se, por fim, que o CPC, ao dispor, em seu artigo 185, que a Defensoria Pública exercerá a “orientação jurídica”, abrange tanto funções propriamente judiciais (assessoria, consultoria e postulação), como funções extrajudiciais (educação em direitos, mediação, conciliação e arbitragem). Há, ainda, atribuições não jurídicas, como a assistência interdisciplinar, ou não necessariamente jurídicas, como o fomento da participação popular nas decisões institucionais, participação em conselhos e comissões temáticas, entre outras⁸. As funções tradicionalmente conhecidas não abarcam, portanto, toda a significação da missão institucional da Defensoria Pública.

2. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS

A expressão *Custos Vulnerabilis* (“guardiã dos vulneráveis”), cujo emprego vem sendo defendido pela própria Defensoria Pública, foi criada pelo Defensor Público Maurílio Casas Maia, em 2014, no contexto da ADI n. 3943, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e que questionava a legitimidade da instituição para propositura da Ação Civil Pública, sob o argumento de que haveria usurpação dos poderes do Ministério Público, órgão responsável por apresentar ações em nome de interesses coletivo. A expressão foi utilizada para explicar a função institucional da Defensoria Pública, que muito se difere do papel atribuído ao Ministério Público como *Custos Legis*.

Segundo a tese da instituição, em todo e qualquer processo onde se discuta interesses

7 GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos**. 3ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 236.

8 ROCHA, Jorge Bheron. O título da Defensoria Pública no CPC 2015. apud BORBA, Mozart. **Diálogos sobre o CPC**. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1089.

dos vulneráveis seria possível a intervenção da Defensoria Pública, independentemente de haver ou não advogado particular constituído, de modo a garantir um processo mais democrático e com maior poder da parte de influenciar o juiz na sua atividade jurisdicional.

Essa intervenção da Defensoria Pública consiste em um mecanismo processual que visa conferir visibilidade às necessidades e interesses jurídicos dos grupos vulneráveis, amplificando o contraditório e a ampla defesa, de forma a viabilizar a participação democrática na formação de precedentes. Objetiva-se, com esta atuação interventiva, trazer aos autos argumentos, documentos e outras informações que reflitam o ponto de vista das pessoas vulneráveis, permitindo que o juiz ou tribunal tenha mais subsídios para decidir a causa⁹. Importante destacar que não há uma limitação quanto ao momento processual em que é cabível esta intervenção, tampouco das matérias passíveis de serem arguidas.

O *Custos Vulnerabilis*, embora não tenha previsão específica, possui fundamento normativo-constitucional, com vistas a se alcançar a sua missão institucional. Como expressão e instrumento do regime democrático (art. 134, CF), à Defensoria Pública cabe a promoção da tutela jurisdicional adequada dos interesses que lhe são confiados pelo modelo constitucional de assistência jurídica¹⁰.

Nesse aspecto, essa atuação da instituição é legitimada pela teoria dos poderes implícitos, segundo a qual deve-se compreender que, se a Constituição atribuiu a um órgão uma atividade-fim, também conferiu-lhe, implicitamente, todos os meios necessários para a realização desta atribuição¹¹. Por aplicação dessa teoria, a Defensoria Pública “titulariza todas as faculdades processuais necessárias à efetivação de sua função, qual seja, a concretização do contraditório substancial em favor dos vulneráveis”¹². Em complemento a esta doutrina, importante mencionar o art. 4º, V e VII, da LC 80/94, que prevê a possibilidade de a instituição utilizar todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva consecução de seu fim institucional, que tem por cláusula geral a proteção dos vulneráveis (art. 4º, XI, LC 80/94).

Assim, a intervenção da Defensoria Pública no Processo Civil é decorrente do texto constitucional e de sua Lei Orgânica Nacional, podendo-se citar, ainda, normas que preveem essa atuação interventiva em situações específicas, como é o caso do art. 554, § 1º, do CPC, que será analisado adiante.

Ressalta-se, por fim, que, no plano da legislação estadual, pode haver previsão de funções

9 ROCHA, Jorge Bheron. A Defensoria como custos vulnerabilis e a advocacia privada. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>. Acesso em: 05 abr. 2022.

10 GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos**. 3ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 238.

11 O STF já adotou esta teoria em diversos casos. Dentre eles, a título de exemplo: “[...] a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.547-MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 23 maio 2007).

12 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (Primeira Câmara Cível). Agravo de Instrumento 4002335-09.2018.8.04.0000. Relator: Paulo César Caminha e Lima, julgado em 11 mar. 2019.

que não possuem correspondência na LC 80/94¹³ (dentro dos limites constitucionais), uma vez que esta última dita as normas gerais de seguimento pelas legislações das Defensorias Públicas estaduais (art. 97), as quais, por sua vez, possuem caráter supletivo (art. 108). Diante disso, a lei da Defensoria Pública do Estado do Pará (Lei Complementar Estadual 54/2006, alterada pela Lei Complementar 135/21) trouxe, de forma pioneira, novas formas de atuação como Custos Vulnerabilis¹⁴ para além das previsões trazidas na Lei Orgânica Federal, no Código de Processo Civil e na Lei de Execução Penal.

Essas novas previsões legais representam o reconhecimento jurídico e normativo das amplas possibilidades de atuação finalística e institucional como Custos Vulnerabilis, podendo servir como paradigma nacional, a ser adotado por outras Defensorias Públicas estaduais¹⁵.

2.1. Litígios possessórios multitudinários no Código de Processo Civil e a natureza jurídica da atuação da Defensoria Pública

Embora a atuação interventiva da Defensoria Pública como guardiã dos vulneráveis não se resuma a litígios possessórios multitudinários, essas ações demonstram de maneira ímpar a importância da atuação multifacetada da instituição, que pode assumir em um mesmo processo diferentes posições processuais. Além disso, estas diferentes atuações permitem identificar nitidamente a natureza dessa intervenção defensorial, a partir da qual é possível definir seus limites processuais.

13 LC 80/94, art. 4º: “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; [...] VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; [...]”.

14 LC 54/2006, art. 6º: “São funções institucionais da Defensoria Pública do Estado do Pará, dentre outras: [...] IX - Promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações e posições processuais capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive atuando como parte, representante e intervir em favor dos vulneráveis e na promoção dos direitos humanos; [...] XXI - Intervir como guardião constitucional dos vulneráveis nas causas individuais ou coletivas de qualquer natureza que impactem nos interesses da instituição por produzirem efeitos na esfera dos direitos dos vulneráveis e/ou na promoção dos direitos humanos, inclusive na formação de precedentes, nos termos da Legislação Federal e Constituição Federal. [...] XXVII - Velar pela regular execução da pena, da medida de segurança, da prisão provisória e medida socioeducativa, oficiando, no processo executivo, nos incidentes da execução, e nos processos e procedimentos em geral para a promoção dos direitos humanos dos vulneráveis em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva. [...] § 10. A Defensoria Pública deve ser oficiada pelo juízo quando este se deparar com diversas demandas individuais sobre a mesma questão de direito, a fim de que seja promovida a propositura da ação coletiva respectiva. § 11. Nas ações em que figure em quaisquer dos polos processuais grande número de litigantes em situação de vulnerabilidade, a Defensoria Pública poderá requerer sua intervenção para acompanhar o feito.”

15 CAVALCANTE, Bruno Braga. **A atuação como custos vulnerabilis e a nova lei orgânica da Defensoria do Pará**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-20/opiniao-atuacao-custos-vulnerabilis-defensoria#_edn7. Acesso em: 05 abr. 2022.

O Código de Processo Civil trouxe, em seu artigo 554, inovações procedimentais para ações possessórias em que figure no polo passivo grande número de pessoas. O parágrafo 1º deste artigo determina que seja feita a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais (aqueles que não forem encontrados quando do comparecimento do Oficial de Justiça). Feita a citação, deverão ser intimados o Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, a Defensoria Pública. Observa-se que, apesar da hipossuficiência econômica estar presente na grande maioria dos litígios possessórios coletivos, deve-se entendê-la a partir de uma perspectiva mais abrangente, conforme já discutido.

Ante estes litígios, a Defensoria Pública poderá atuar em favor de ocupantes que, citados tanto pessoalmente como por edital, tiveram conhecimento da demanda e procuraram a instituição para que os representasse em juízo. Ao mesmo tempo, caso os ocupantes citados por edital não constituam advogado para representá-los, a Defensoria Pública será intimada para atuar na qualidade de curadora especial, conforme dispõe o artigo 72, II, do CPC.

A atuação trazida pelo artigo 554, § 1º, entretanto, não se confunde com as supracitadas. Distingue-se da representação da parte, pois sua intervenção se dará ainda que haja advogado constituído, e mesmo que esta seja feita pela própria Defensoria Pública. E também não se trata de curadoria, visto que o dispositivo não restringe a atuação da instituição apenas aos réus citados por edital ou por hora certa que tenham incorrido em revelia. Não tutelar, portanto, somente os interesses de partes que necessitam de curatela. Conforme pontuado em decisão do TJ-AM¹⁶, “o critério que justifica a atuação da Defensoria é a presença de necessitados econômicos no polo passivo, de forma que o órgão defensorial tutelar todos que forem necessitados, pouco importando se tenham ou não capacidade processual e postulatória”.

A intervenção processual da instituição visará garantir o contraditório da comunidade vulnerável. Ressalta-se, ainda, que essas formas de atuação da Defensoria Pública não se excluem, podendo ocorrer de modo simultâneo em uma mesma demanda (casos em que, havendo interesses conflitantes, as atuações se darão por Defensores Públicos distintos, nos termos do artigo 4º-A, V, da Lei Complementar 80/94).

Para categorizar essa atuação trazida pelo artigo 554, é importante avaliar a natureza jurídica desse litígio possessório. Se este fosse enquadrado como uma ação de natureza coletiva passiva, poderia se entender a figura da Defensoria Pública como substituta processual, ou seja, defendendo em nome próprio direito coletivo alheio (situação em que a instituição está autorizada a atuar¹⁷). Há doutrinadores que defendem que o sistema processual civil coletivo brasileiro nega a legitimação extraordinária no polo passivo, dentre outras razões, por falta de previsão legal. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli¹⁸:

16 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (Primeira Câmara Cível). Agravo de Instrumento 4002335-09.2018.8.04.0000. Relator: Paulo César Caminha e Lima, julgado em 11 mar. 2019.

17 A Defensoria Pública não detinha legitimidade extraordinária ampla e expressa em ações coletivas, quadro que mudou com a Ed da Lei 11.448/2007, que inseriu a instituição no rol dos legitimados extraordinários do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública.

18 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 417-420.

Pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, os legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados no polo ativo, o que afasta a possibilidade de aqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção [...]. Ressalvados os casos excepcionais, não se admite hoje, por falta de previsão legal, que a coletividade lesada seja substituída processualmente senão no polo ativo da ação civil pública ou coletiva [...]. Somente quando advier alteração legislativa em matéria de tutela coletiva, é que será possível cogitar de disciplina mais ampla para a substituição processual também no polo passivo.

Por outro lado, parte da doutrina, como Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.¹⁹, entende pela admissibilidade desse tipo de ação, sob o argumento de que o princípio constitucional do acesso à justiça garante que nenhuma pretensão será afastada da apreciação do poder judiciário e negar essa possibilidade, violaria o direito fundamental de defesa, considerando, sobretudo, que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 83, estabelece que serão admitidas todas as espécies de ações para propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos lato sensu. Adotado este raciocínio, as regras do processo coletivo ativo seriam aplicadas subsidiariamente ao processo coletivo passivo, de forma que os legitimados a atuar na defesa da coletividade passiva seriam aqueles elencados nos artigos 5º da LACP e 82 do CDC, como substitutos processuais.

Não obstante a divergência doutrinária da questão, deve-se considerar que, com esta atuação específica da Defensoria Pública, não se pretende que o titular do direito se ausente da relação processual como parte, isto é, não se visa impedir que essas pessoas atuem no processo como legitimados ordinários, buscando a representação processual que entenderem pertinente. Se assim o fosse, a Defensoria Pública estaria aceitando o encargo de atuar como substituta processual de todos os requeridos, tanto dos pessoalmente citados quanto daqueles citados por edital e por hora certa, o que implicaria, por parte de todos eles, na preclusão consumativa para a apresentação de defesa.

Nesse contexto, o Colégio Nacional Dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE), através da sua Comissão Especial do Direito Social à Moradia e Questões Fundiárias, elaborou enunciados²⁰ sobre a atuação da instituição nestas modalidades de litígios, trazendo, dentre outras importantes conclusões, as do Enunciado 3: “A atuação da Defensoria Pública, nos termos do artigo 554, §1º, do CPC, não substitui a representação processual regular das partes e não gerará a presunção de citação de todos os interessados nem a sua preclusão consumativa à apresentação de defesa”.

Não cabe, ainda, a classificação dessa atuação como litisconsórcio, uma vez que a Defensoria Pública não é titular do direito material em litígio e, além disso, se a intenção do legislador fosse formar uma espécie de litisconsórcio passivo necessário, a instituição deveria ser citada, e não intimada. Assim sendo, entende-se que não é o objetivo desta norma que a

19 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 508.

20 Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE). **Enunciados da Comissão Especial do Direito Social à Moradia e Questões Fundiárias**. Disponível em: <http://condege.org.br/enunciados-das-comissoes/>. Acesso em: 18 abr. 2022.

instituição faça parte do polo passivo da ação.

Também não se entende ser o caso de assistência, uma intervenção processual ad *coadjuvandum*, visto que o assistente, que ingressa no processo para ajudar uma das partes da demanda a obter sentença favorável, deve ter interesse jurídico na causa, isto é, “depende da existência de uma relação jurídica de direito material que será potencialmente alcançada pela decisão judicial posta em juízo”²¹. A Defensoria Pública, entretanto, não tem participação na relação jurídica discutida pelas partes, e, segundo Franklyn Roger e Diogo Esteves²², não age com o intuito de obter a sentença favorável a uma delas. Seu papel seria apenas assegurar que a parte pudesse litigar em igualdade de condições, diante da ausência de interesse jurídico da instituição. Nesse aspecto, assemelha-se à atuação do Ministério Público, que, “como fiscal da lei, não tem compromisso nem com a parte ativa nem com a passiva da relação processual, e só defende a prevalência da ordem jurídica e do bem comum”²³.

A posição que se mostra mais adequada é a de que essa atuação possui natureza jurídica de intervenção de terceiro *sui generis*, que se aproxima da atuação do Ministério Público como *Custos Legis* (fiscal da lei).

2.2. Ministério Público e Defensoria Pública: um paralelo entre o *Custos Legis* e o *Custo Vulnerabilis*

A Defensoria Pública teve sua origem no Estado do Rio de Janeiro, por meio da lei 216/48, a qual previa o cargo de Defensor Público atrelado ao Ministério Público. A entrada na carreira se dava no cargo de Defensor, para posterior evolução ao cargo de promotor. Conforme pontuado por Maurílio Casas Maia²⁴, essa visão histórica permite uma melhor compreensão da tendência de aproximação entre as duas instituições.

Pontua-se, ainda, que ambas instituições possuem natureza jurídico-constitucional de função essencial à Justiça, bem como dispõem das mesmas prerrogativas processuais conferidas pelo CPC, a exemplo da contagem de prazo em dobro para todas suas manifestações (art. 186, caput) e de sua intimação pessoal (art. 186, § 1º). Não podemos pensar em acesso à justiça sem fazer referência a essas instituições, uma vez que seus papéis são essenciais ao próprio Estado Democrático de Direito²⁵.

21 ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 192.

22 ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 497.

23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 62ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 439.

24 ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Custos Vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações Político-Jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 78.

25 DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 373.

Assim, não havendo previsão normativa específica para o *Custos Vulnerabilis*, pode-se aplicar, de forma análoga, as atribuídas ao Ministério Público como *Custos Legis*, previstas nos artigos 178, 179 e 279 do CPC. A Defensoria Pública, portanto, deverá ser intimada nos feitos em que caiba sua intervenção, sob pena de nulidade do processo²⁶; sendo admitida como *Custos Vulnerabilis*, deverá ser intimada de todos os atos do processo, tendo vista dos autos depois das partes; poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer²⁷.

Além da ausência de previsão normativa específica, a intervenção defensorial ainda não dispõe de um amplo leque doutrinário a seu respeito, dada a sua origem relativamente recente. Assim, a fim de ampliar o debate sobre este instituto processual, é possível fazer seu estudo a partir da análise doutrinária da função *Custos Legis* (tendo em vista a natureza semelhante das instituições, bem como de suas respectivas atuações em questão).

Humberto Theodoro Júnior²⁸ pontua que, “no sistema do Código, a distinção entre função do Ministério Público como parte e como *Custos Legis* é meramente nominal, pois, na prática, os poderes que lhe são atribuídos, na última hipótese, são tão vastos como os dos próprios litigantes”. O grande diferencial da atuação da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis* é justamente a amplitude de seus poderes, que a difere, por exemplo, de sua atuação como *Amicus Curiae*, conforme será visto adiante.

Nas causas que envolvam interesses sociais (conceituados por Elpídio Donizetti como “aqueles que transcendem o âmbito individual para atingir o interesse da coletividade”²⁹), defende-se a intervenção do Ministério Público mesmo que não haja expressa previsão legal, “desde que a demanda corresponda ao comando que a Carta da República lhe dirige de tutelar os interesses sociais”³⁰. Embora nas causas que envolvam interesse público, em regra, a necessidade de sua intervenção seja ditada pela própria lei, sua atuação como *Custos Legis* “não depende apenas de corresponder a previsão específica e explicitada em norma casuística, mas da incidência no debate judicial dos interesses que o constituinte lhe confiou resguardar”³¹.

26 Nesse sentido: “[...] verifica-se que o órgão peticionante teria direito a intimação pessoal do núcleo referente à atuação como custos vulnerabilis, que como exposto se trata do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos. **Contudo, ausente sua intimação dos atos processuais posteriores a citação por edital, tendo sido apenas intimada a curadoria especial desse órgão, o que representaria nulidade processual pelo menos em sede de cognição sumária.**” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Petição Cível 0725643-83.2019.8.07.0000. Relator: Des. Rômulo de Araújo Mendes. DF, 25 nov. 2019).

27 Nesse sentido: “Por primeiro, assento que §1º do art. 554 do CPC, outorga à instituição agravante, à luz do art. 996, caput, do mesmo diploma legal, legitimidade recursal para e insurgir contra decisões que sejam desfavoráveis aos interesses da coletividade tutelada, o que tem amparo na teoria dos poderes implícitos e no do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB), que, nessa condição – de custos vulnerabilis –, o Órgão defensorial concretiza.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (1ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento 0625834-21.2017.8.06.0000. Relatora: Desa. Lisete de Sousa Gadelha, julgado em 22 abr. 2019).

28 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 62ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 439.

29 DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 377.

30 ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 272.

31 ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 272.

Seguindo esse mesmo raciocínio, a Constituição, ao situar a Defensoria Pública como instituição essencial à função do Estado, “incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (art. 134), dá espaço para que, estando em apreço esses valores, também se faça útil e necessária a abertura dos autos à manifestação da instituição, para por eles zelar.

O *Custos Vulnerabilis*, assim como o **Custos Legis**, consiste em intervenção “desinteressada”, porque, nestes casos, o Ministério Público e a Defensoria Pública não são sujeitos parciais do processo. Sua função, a rigor, é substancialmente a de opinar, mesmo que, ao opinar, faça-o em sentido favorável a uma parte e desfavorável a outra. No caso do órgão ministerial, “tecnicamente, ele nada pede e nada contra ele é pedido, no sentido de que ele não deduz no processo uma pretensão processual nem contra ele uma pretensão processual é deduzida”³². Ademais, pouco importa se figura em um dos polos da relação processual, por exemplo, um incapaz ou a Fazenda Pública, visto que “o primeiro aspecto a ser tutelado é a ordem jurídica, até porque, preservada esta, na demanda, preservado estará o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/1988)”³³.

Não obstante a atuação mais tradicional da Defensoria Pública como representante judicial dos necessitados, seu interesse como terceiro interveniente se dá com a necessidade de cumprir suas próprias funções institucionais, como protetora dos interesses dos necessitados em geral. Partindo desse pressuposto, é possível encontrar respostas para questionamentos como, por exemplo, o levantado por Franklyn Roger e Diogo Esteves³⁴, quanto à postura da Defensoria Pública ao se deparar com duas partes em polos antagônicos que apresentem flagrante condição de vulnerabilidade. Considerando-se que a atuação *Custos Vulnerabilis* tem como foco trazer para os processos argumentos, documentos e outras informações que reflitam o ponto de vista das pessoas vulneráveis, permitindo que o juiz ou tribunal tenha mais subsídios para decidir a demanda, não haverá conflito de interesses. A opinião institucional será considerada tão somente para se construir uma decisão jurídica mais democrática, e não para beneficiar uma parte ou outra.

Embora o *Custos Vulnerabilis* se assemelhe em alguns aspectos ao *Custos Legis*, estes não se confundem, uma vez que as finalidades de atuação são diversas. Nesse sentido, pontua o Defensor Público Federal Edilson Santana Gonçalves Filho³⁵:

[...] Este último guarda a ordem jurídica, de maneira mais genérica, abstrata e geral,

32 BENEDUZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Artigos 70 ao 187. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 337.

33 DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 377.

34 ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 524.

35 GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos**. 3ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 232.

bem por isso é denominado de *custos juris* (no que podemos também denominar de *amicus iuris*), enquanto o *Custos Vulnerabilis* (ou *amicus communitas*) serve para designar aquele que exerce um papel mais concreto, voltado a pessoas ou comunidades, que eventualmente podem inclusive chegar a alcançar a sociedade como um todo, como os consumidores. Ao fim e ao cabo, ambas (MP e DP) atuam enquanto *custos societates* (guardião da sociedade), dentro de suas missões constitucionais.

A ideia, portanto, é que as instituições atuem conjuntamente como *Custos Societates*. Por outro lado, deve-se considerar que, pelo Ministério Público ter como principal missão a defesa da ordem jurídica e democrática, são recorrentes as situações em que atua em posição contrária aos interesses dos grupos vulneráveis. Pode-se citar como exemplo: Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público visando a efetiva aplicação de Lei Municipal que proíbe a atuação guardadores de veículos nas vias públicas³⁶; Ação Civil Pública em que pugnavam pela retirada de todos os comerciantes ambulantes clandestinos do Centro da Cidade³⁷; Ação Civil Pública ajuizada com o intuito de impedir novas ligações de energia elétrica em edificações sem a prévia apresentação de alvará de construção e habite-se³⁸. Em todos os casos, tratando-se de pessoas em situação de vulnerabilidade social, econômica e jurídica, entendeu-se pertinente e relevante a atuação da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis* para defesa dos direitos fundamentais e dos interesses dos grupos.

Esta atuação pode se dar, ainda, de maneira complementar, como foi o caso, por exemplo, da Apelação Cível n. 0002061-84.2016.8.04.0000 (TJ-AM)³⁹, cuja decisão foi pioneira no uso do termo *Custos Vulnerabilis* em nível de julgamento nos Tribunais, bem como a primeira aceitação judicial noticiada de tal condição em Apelação Cível⁴⁰.

Nesta ação de curatela, a intervenção da Defensoria Pública se deu por conta das negativas de reconhecimento dos problemas psíquicos suportados pelo interditando. Tendo em vista que o Ministério Público, como *Custos Legis*, suscitava tão somente os problemas deambulares do interditando, a Defensoria Pública, entendendo como fragilizado o contraditório em desfavor do vulnerável, interveio com o intuito de estimular a análise correta e integral dos documentos médicos e psicossociais, para além da problemática meramente deambular, defendendo, ainda, a decretação da curatela do interditando limitadamente aos aspectos negociais e materiais da vida

36 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 2ª Vara Cível da Comarca de Santo Antônio de Jesus/BA. Ação Civil Pública 0501805-49.2016.8.05.0229. Juiz: Carlos Roberto Silva Júnior, julgado em 11 jun. 2018.

37 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 3ª Vara Cível da Comarca de Santo Antônio de Jesus/BA. Ação Civil Pública 0302850-09.2015.8.05.0229. Juíza: Renata de Moraes Rocha, julgado em 28 mar. 2017.

38 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (5ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento 0900015-65.2019.8.24.0023. Relator: Hélio do Valle Pereira, julgado em 06 jun. 2019.

39 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (2ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 0002061-84.2016.8.04.0000. Relator: Ari Jorge Moutinho da Costa, julgado em 28 nov. 2016.

40 MAIA, Maurílio Casas. Defensoria Pública é admitida como “Custos Vulnerabilis” em Apelação Cível. **Empório do Direito**, 2016. Disponível em: [https://emporiiododireito.com.br/leitura/defensoria-publica-e-admitida-como-custos-vulnerabilis-em-apelacao-civel#:~:text=Na%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20n%C2%BA%200002061,e%20pelo%20julgador%20de%20primeiro](https://emporiiododireito.com.br/leitura/defensoria-publica-e-admitida-como-custos-vulnerabilis-em-apelacao-civel#:~:text=Na%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20n%C2%BA%200002061,e%20pelo%20julgador%20de%20primeiro.). Acesso em: 18 abr. 2022.

do vulnerável, nos termos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

Embora haja pontos de atuação em comum entre a atuação das duas instituições (podendo haver, por exemplo, atuação em litisconsórcio ativo em ação civil pública), o desempenho dessa função pela Defensoria Pública não visa sobrepor-se ao papel do Ministério Público, mas sim complementar à tutela de direitos⁴¹. As intervenções dessas duas instituições captam pontos de vistas sociais parciais, mas igualmente legítimos e nem sempre coincidentes. Assim sendo, a presença do Ministério Público em uma ação não tem o caráter de exclusão da Defensoria Pública. Pelo contrário, a atuação de ambas as instituições colabora com a concretização do princípio da paridade.

2.3. A intervenção da Defensoria Pública como *Amicus Curiae* e *Custos Vulnerabilis*

A figura do *Custos Vulnerabilis* nada mais é do que a intervenção da Defensoria Pública enquanto terceiro no processo, a partir de seu interesse institucional. Como terceiro, neste caso, entende-se o sujeito alheio ao quadro subjetivo mínimo da ação, não se enquadrando na classificação de intervenientes trazida pelo CPC. Não obstante sua natureza *sui generis*, essa intervenção se assemelha com a figura do *Amicus Curiae*, sobretudo em relação a sua finalidade.

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno⁴², o *Amicus Curiae* é o terceiro que “intervém no processo por convocação judicial ou por livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos reputados como importantes, úteis, quiçá indispensáveis, para o julgamento da causa”. Historicamente, tal intervenção se justificou pela necessidade de que conhecimentos estranhos ao juízo fossem levados à sua presença, com o intuito de aproximar o juiz dos fatos. Ele não intervém nem como parte, nem como auxiliar da parte, mas como verdadeiro auxiliar do juízo⁴³.

Este terceiro interveniente contribui com a qualidade da decisão em razão de seu notório conhecimento a respeito da matéria. Embora sua manifestação sobre a questão discutida deva ser, em tese, neutra, assim como a figura do *Custos Vulnerabilis*, demonstra-se a existência de um interesse institucional por sua parte. Este, conforme pontua Daniel Amorim, apesar da proximidade, não se confunde com o interesse público⁴⁴:

O interesse institucional é voltado à melhor solução possível do processo por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão.

41 ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Custos Vulnerabilis**: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações Político-Jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 82.

42 BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 143.

43 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 285.

44 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 390.

Esse verdadeiro interesse jurídico, diferente do interesse jurídico do assistente, porque não diz respeito a qualquer interesse subjetivo, é justamente o que legitima a participação do *amicus curiae* no processo.

Embora esse interesse institucional, presente em ambas as intervenções (*Amicus Curiae* e *Custos Vulnerabilis*), dê a ideia de que não há total desinteresse por parte do terceiro, isto não é o suficiente para entendê-las como hipóteses de assistência, porque aquele não se confunde com interesse próprio, de natureza jurídica ou econômica. Podendo seus interesses institucionais ser afetados, convirá, pois, que seja ouvido, “para que a decisão, proferida num litígio específico, não acabe afetando interesses gerais, que não puderam ser captados ou percebidos pelo julgador”⁴⁵.

A presença desses terceiros intervenientes é relevante e contribui, de certo modo, para a adequada solução da controvérsia. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero aduzem⁴⁶:

[...] não se pode tolerar que alguém possa ser prejudicado por uma decisão judicial, sem que se lhe tenha dado a oportunidade de defender seus interesses. Nem sempre, porém, essa defesa pode ser feita de modo pessoal (pelo titular do direito). Por isso, muitas vezes, é necessário recorrer a um representante adequado de um grupo, categoria ou classe, que tutele de forma adequada os interesses daquela coletividade, permitindo que – tanto para respostas positivas, como para respostas negativas – tenham eles preservada a garantia do devido processo legal.

A Defensoria Pública pode atuar como instituição interveniente tanto na condição de *Amicus Curiae* como de *Custos Vulnerabilis*. Em ambos os casos temos a hipótese de intervenção institucional em um processo judicial visando ampliar a democratização do debate. Ademais, nas duas hipóteses a intervenção da Defensoria Pública pode se dar por requerimento das partes, de ofício ou por iniciativa própria. A despeito disso, há diversas diferenças entre estas posições processuais que precisam ser pontuadas.

Na intervenção *Amicus Curiae*, prevista no artigo 138 do CPC, o pretense terceiro deverá comprovar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia e, ainda, a sua representatividade adequada. Já para o ingresso da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis*, basta a demonstração do interesse institucional na demanda, isto é, a existência de interesse de pessoas em situação de vulnerabilidade. Tendo em vista que as normas que determinam sua intervenção (sobretudo constitucionais) são de ordem cogente e diretamente ligadas ao regime democrático, seu ingresso na ação encontra menos óbices do que o *Amicus Curiae*.

Enquanto os poderes do *Amicus Curiae* são definidos pelo magistrado, os poderes do *Custos Vulnerabilis* decorrem do ordenamento jurídico, aplicando-se por analogia os poderes

45 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 285.

46 ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. 6ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 110.

do Ministério Público enquanto interveniente, conforme já visto. Nesse aspecto, pontua-se uma diferença crucial dessas intervenções, que é a restrição recursal do *Amicus Curiae*, podendo este manejar apenas embargos de declaração ou recorrer de decisão que julgar incidente de resolução de demandas repetitivas. Não poderá recorrer da decisão que indefere seu ingresso, ao passo que, no *Custos Vulnerabilis*, a Defensoria Pública tem todos os poderes no processo, inclusive no âmbito recursal.

A respeito dos poderes recursais, importante mencionar que, em 2019, a segunda Seção do STJ reconheceu, de modo unânime, a possibilidade de a Defensoria Pública da União (DPU) assumir a função de *Custos Vulnerabilis* no recurso repetitivo em que foi fixada a tese de que as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Anteriormente, a DPU havia sido admitida no julgamento como *Amicus Curiae*, o que restringia sua atuação recursal à interposição de embargos de declaração. Contudo, a instituição postulou a sua intervenção, na hipótese, como *Custos Vulnerabilis*, uma vez que isso lhe possibilitaria interpor todo e qualquer recurso em prol dos vulneráveis. Concordando com o pleito, o STJ admitiu a intervenção da Defensoria Pública da União no feito como *Custos Vulnerabilis* “nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos”⁴⁷:

Em virtude de esta Corte buscar a essência da discussão, tendo em conta que a tese proposta neste recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a DPU está legitimada para atuar como quer no feito.

Ambas as posições processuais buscam influenciar na formação de decisões e democratizar o processo, mas divergem, dentre outros fatores já citados, no papel exercido em juízo, sendo a atuação do *Amicus Curiae* atrelada à tutela da ordem jurídica, com perfil colaborativo ao Judiciário, e a do *Custos Vulnerabilis* voltado à integralidade da assistência jurídica e com função vinculada à defesa dos direitos de vulneráveis⁴⁸.

Ressalta-se, por fim, que, no *Custos Vulnerabilis*, a Defensoria Pública não intervém no processo por faculdade, mas sim por imposição constitucional decorrente de sua missão, razão pela qual os ônus e as prerrogativas dessas posições processuais são tão distintas.

2.4. Aspectos jurisprudenciais do *Custos Vulnerabilis*

Os Tribunais nacionais estão reconhecendo cada vez mais a legitimidade da Defensoria Pública para intervir como *Custos Vulnerabilis*, consoante os precedentes do STJ e de tribunais estaduais já citados ao longo deste trabalho.

Conquanto esta atuação não se resuma às ações possessórias com grande número de

peças, estes são os casos com maior aceitação no âmbito dos tribunais⁴⁹, sobretudo em razão de sua previsão expressa. A negativa do ingresso da Defensoria Pública se dá, por vezes, sob o simples fundamento de que não se trata de ação possessória ou de não ser movida contra um grande número de pessoas em situação de hipossuficiência econômica⁵⁰, argumentos estes já superados no âmbito doutrinário (tanto em relação ao tipo de ação, como no que diz respeito à coletividade e a hipossuficiência meramente econômica) e que vem perdendo espaço no âmbito jurisprudencial. Afinal, conforme já esclarecido, o artigo 554, § 1º, do CPC não é fundamento único e último para a intervenção *Custos Vulnerabilis*. Entende-se que esse artigo busca “concretizar a dignidade da pessoa humana, democratizando o processo, ao permitir a intervenção defensorial”, bem como “garantir e efetivar os princípios do contraditório e da ampla defesa de forma efetiva”, conforme trecho de decisão do STJ, em feito que não se enquadrava nos termos desse dispositivo, mas cujos recorridos eram “pessoas hipossuficientes e muitos deles idosos em situação de risco”⁵¹.

Além das ações multitudinárias, há também uma forte atuação em ações possessórias no geral, citando-se, como exemplo, caso em que a Defensoria Pública da União, que já representava um dos réus, foi intimada para atuar na qualidade de *Custos Vulnerabilis* a fim de proteger os interesses de indígenas⁵². Menciona-se, ainda, a atuação da Defensoria Pública do Paraná em ação reivindicatória cuja área de litígio é local onde habitam diversas famílias e funciona terreiro de umbanda desde 1982, “comunidade tradicional com importantes repercussões de patrimônio histórico e cultural, inclusive com pedido em curso de tombamento”⁵³.

Destacam-se, entre os casos com crescente admissão nos tribunais, as Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público, conforme casos já mencionados⁵⁴. Muitas dessas ações são ajuizadas em face de municípios que, contudo, repercutem na esfera jurídica de pessoas vulneráveis, como, por exemplo, ação que envolvia a reintegração de área em que habitavam diversas famílias⁵⁵. Nesses casos, a Defensoria Pública atua no sentido de tentar minimizar os

49 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (3ª Turma). Apelação Cível 0800936-02.2015.4.05.8500. Relator: Des. Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira, julgado em 09 dez. 2021.

50 Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (19ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 1014699-09.2019.8.26.0100. Relator: Ricardo Pessoa de Mello Belli, julgado em 27 mar. 2020; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (5ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento 2174069-79.2020.8.26.0000, Relatora: Fernanda Gomes Camacho, julgado em 22 jul. 2020; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (10ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento 2217312-10.2019.8.26.0000, Relatora: Teresa Ramos Marques, julgado em 16 out. 2019.

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1729246/AM, Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 04 set. 2018.

52 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3ª Turma). Agravo de Instrumento 5037448-06.2019.4.04.0000/RS. Relator: Rogério Favreto, julgado em 03 set. 2019.

53 BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (18ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento 0036428-96.2019.8.16.0000. Relatora: Denise Antunes, julgado em 10 dez. 2019.

54 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 3ª Vara Cível da Comarca de Santo Antônio de Jesus/BA. Ação Civil Pública 0302850-09.2015.8.05.0229. Juíza: Renata de Moraes Rocha, 28 mar. 2017; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 2ª Vara Cível da Comarca de Santo Antônio de Jesus/BA. Ação Civil Pública 0501805-49.2016.8.05.0229. Juiz: Carlos Roberto Silva Júnior, julgado em 11 jun. 2018.

55 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (25ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento 0054474-52.2019.8.19.0000. Relatora: Des. Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque, julgado em 06 set. 2019.

efeitos da abrupta remoção de pessoas do local.

Verifica-se que há uma maior resistência da aceitação desse instituto no âmbito das ações individuais, sobretudo quando já há atuação do Ministério Público⁵⁶. Isto se dá, em grande maioria, nas ações que envolvem direitos de crianças e adolescentes, sob o argumento de que se faz desnecessária a participação de outro órgão (no caso, a Defensoria Pública) para defender exatamente os mesmos interesses zelados pelo autor da ação (Ministério Público).

Percebe-se que ainda há uma confusão dessa atuação interventiva com a curadoria especial⁵⁷. Muitos desses casos que envolvem direitos de crianças e adolescentes, ao negar o ingresso da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis*, fundamentam-se em decisões em que a instituição visava atuar como curadora. Diferentemente dos casos previstos no artigo 554, § 1º, do CPC, em que essas posições processuais se distinguem de forma mais evidente, nas situações do art. 72, I, do CPC (curatela especial do incapaz, “se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade”), os interesses da Defensoria Pública na qualidade de *Custos Vulnerabilis* em muito se assemelha à sua finalidade enquanto curadora, motivo pelo qual ainda há certa confusão no âmbito jurisprudencial.

O indeferimento do ingresso da instituição como *Custos Vulnerabilis* ainda se dá sob o fundamento de tratar-se, no caso concreto, de discussão fática sem possibilidade de formação de precedentes⁵⁸. Evidentemente, nas ações coletivas, que envolvem interesse de um grande número de pessoas, ou individuais passíveis de serem indexadores jurisprudenciais, há uma maior relevância e imprescindibilidade da intervenção da Defensoria Pública. Cita-se, a título de exemplo, trecho de decisão proferida em ação civil pública que versava o acolhimento institucional de menor por período acima do teto previsto em lei⁵⁹:

Para a adequada resolução dos litígios estruturais, é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante

56 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1917345/MS. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 13/07/2021; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1829939/MS. Relator: Min. Moura Ribeiro, julgado em 20 jul. 2021.

57 Nesse sentido: “[...] tem a Defensoria Pública a função para atuar na defesa, em sua plenitude e na extensão que possa alcançar, os interesses desses sujeitos de direito (fls.244). Ocorre que aqui o equívoco diz em relação as figuras processuais da curadoria especial, que se dá pela citação ficta e pela incapacidade processual, em confronto com a do *custus vulnerabilis* que tem por base de existir a condição de vulnerabilidade, de fragilidade, de estigma social, de hipossuficiência, enfim, de necessidade na maior condição que a expressão pode representar, sendo ela a idade, a miserabilidade, a deficiência, a isenção da parte ativa e passiva do processo, e tudo isto, apenas para exemplificar o maior espectro que abarca a figura do *custus*. [...] In casu, por se tratar de medida de proteção de acolhimento institucional, promovida no exclusivo interesse das menores, faz-se desnecessária a participação de outro órgão, no caso a Defensoria Pública, para defender exatamente o mesmo interesse pelo qual zela o autor da ação” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1885286/MS. Relator: Min. Humberto Martins, julgado em 02 jun. 2021).

58 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1875686/MS. Relator: Min. Marco Buzzi, julgado em 21 mar. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PET no AREsp 1547625/AM, Relator: Min. Leopoldo de Arruda Raposo, julgado em 07 nov. 2019.

59 Neste Recurso Especial, a Rel. Ministra Nancy Andrighi anulou o processo desde a citação, com determinação de instrução e rejuízo da causa. Por tratar-se de conflito de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, entendeu-se indispensável, entre outras providências, a colaboração e participação do Estado e da sociedade civil na construção de solução para o litígio estrutura.

a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos amici curiae e pela Defensoria Pública na função de *custos vulnerabilis* permitindo-se que processos judiciais dessa natureza, que revelam as mais profundas mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, sejam utilizados para a construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo⁶⁰.

Não se deve restringir essa intervenção, entretanto, às ações coletivas. Como bem pontuado por Cassio Scarpinella Bueno⁶¹, a Defensoria Pública, na qualidade de *Custos Vulnerabilis*, deve atuar, sempre que os direitos e/ou interesses dos processos, ainda que individuais, justifiquem a oitiva e correlata consideração de seu posicionamento institucional, “inclusive, mas não apenas, nos processos formadores ou modificadores dos indexadores jurisprudenciais, tão enaltecidos pelo Código de Processo Civil. Trata-se de fator de legitimação decisória indispensável e que não pode ser negada a qualquer título”.

3. CONCLUSÃO

Em um Estado marcado por crítica desigualdade social, acompanhada de outras causas de vulnerabilidade que muitas vezes dela decorrem, é inegável que um dos maiores obstáculos para a concretização da democracia é o efetivo acesso à Justiça. Nesse contexto, a Defensoria Pública, como expressão e instrumento do regime democrático, vem gradativamente evoluindo suas funções institucionais para fazer jus a sua missão constitucional e atender cada vez mais, quantitativa e qualitativamente, as demandas dos vulneráveis.

A figura do *Custos Vulnerabilis* surge, assim, visando garantir a participação e influência dos grupos e indivíduos vulneráveis (não estando esta vulnerabilidade adstrita à hipossuficiência econômica) na construção de decisões judiciais mais democráticas.

A análise dessa intervenção a partir de figuras processuais clássicas possibilitou concluir que o seu enquadramento em uma nova modalidade permite a construção de um modelo processual mais garantista, sem as delimitações dos institutos já existentes. Entendendo se tratar de intervenção de terceiro *sui generis*, as discussões passam a ser relativas à construção de um modelo funcional, no qual a instituição possa contribuir, de forma efetiva, com a finalidade a que se propõe.

Essa construção doutrinária, respaldada na normativa constitucional e decorrente da lógica da teoria dos poderes implícitos, vem ganhando força na jurisprudência dos Tribunais

60 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 1867467/CE. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 02 jun. 2020.

61 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, V. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 220.

nacionais, na medida em que reconhecem seu papel primordial na promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos dos necessitados. Não obstante, ainda enfrenta alguns obstáculos para sua aceitação em alguns casos, sobretudo por ter sua finalidade confundida com outros institutos já existente, seja de atuação da própria Defensoria Pública, como a curadoria especial, ou de atuação do Ministério Público como *Custos Legis*.

O seu surgimento relativamente recente e a falta de previsão normativa específica, naturalmente, acabam gerando dúvidas em sua aplicação e sobre os limites de sua atuação. Há vários aspectos que, por não serem tão bem definidos, configuram óbices na prática, como por exemplo, a falta de uma identificação mais clara de quais ações comportam esse tipo de intervenção.

Seguindo o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, entendeu-se não haver razão para limitar essa intervenção às ações coletivas, tampouco restringi-la a processos formadores ou modificadores dos indexadores jurisprudenciais. Abrangidas, assim, as ações individuais, é necessário estabelecer em quais haveria imprescindibilidade da opinião institucional da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis*. Bastaria a mera presença de uma parte vulnerável? Caso não baste, quais seriam os critérios para sua aplicação?

Esse ponto deve ser interpretado com cautela e prezando pelo direito de defesa dos vulneráveis, mas também sem descartar o atual cenário estrutural da instituição, que, por enfrentar um grande desfalque de profissionais, acaba impedindo ou dificultando o acesso da população vulnerável ao sistema de justiça brasileiro de modo geral. Nesse contexto, seria inviável a intervenção defensorial em todo e qualquer feito que envolvesse partes vulneráveis.

Aos poucos, essas questões encontrarão respostas na jurisprudência, mas é de suma importância o contínuo debate e aprofundamento sobre o tema, como forma de colaborar para a consolidação desse instrumento capaz de trazer resultados efetivos em prol dos grupos vulneráveis.

As mudanças legislativas que a instituição enfrentou desde seu surgimento propiciaram o alargamento de suas funções para tutelar os direitos dos necessitados. Essa atuação mais abrangente viabiliza uma significativa transformação social, uma vez que exerce influência direta no grau de efetivação dos direitos fundamentais da população vulnerável e, por conseguinte, de toda a coletividade. Assim, é preciso zelar para que a Defensoria Pública disponha não só de estrutura humana, mas de instrumentos processuais para que cumpra da forma mais plena sua missão institucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. 6ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BENEDUZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Artigos 70 ao 187. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BORBA, Mozart. **Diálogos sobre o CPC**. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, V. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAVALCANTE, Bruno Braga. **A atuação como Custos Vulnerabilis e a nova lei orgânica da Defensoria do Pará**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-20/opinio-atuacao-custos-vulnerabilis-defensoria#_edn7. Acesso em: 05 abr. 2022.

CONDEGE. **Enunciados da Comissão Especial do Direito Social à Moradia e Questões Fundiárias**. Disponível em: <http://condege.org.br/enunciados-das-comissoes/>. Acesso em: 18 abr. 2022.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 14, 2008, Brasília. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 11ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria pública, direitos fundamentais e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos**. 3ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

MAIA, Maurílio Casas. Defensoria Pública é admitida como “Custos Vulnerabilis” em Apelação Cível. **Empório do Direito**, 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/defensoria-publica-e-admitida-como-custos-vulnerabilis=-em-apelacao-civel#:~:text=Na%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20n%C2%BA%200002061,e%20>

pelo%20julgador%20de%20primeiro. Acesso em: 18 abr. 2022.

MAIA, Maurílio Casas. O Estado-Defensor e sua missão enquanto Custos Vulnerabilis Constitucional: Um convite para reflexões. **ANADEP**, 2014. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=20140>. Acesso em: 01 abr. 2022.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 390.

RESSURREIÇÃO, Lucas. A Defensoria Pública como interveniente: amicus curiae e custos vulnerabilis. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-10/defensoria-pública-instituicao-interveniente>. Acesso em: 18 abr. 2022.

ROCHA, Jorge Bheron. A Defensoria como custos vulnerabilis e a advocacia privada. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>. Acesso em: 05 abr. 2022.

ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Custos Vulnerabilis**: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações Político-Jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **O CPC 2015 e a perspectiva da Defensoria Pública**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2019;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 62ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.547-MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DF, julgado em 23 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3943/DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DF, julgado em 7 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial 1.712.163-SP. Relator: Min. Moura Ribeiro, julgado em 25 set. 2019 (Info 657).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1.729.246/AM, Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 04 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial 1.264.116/RS. Relator: Min. Herman Benjamin. 18 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 1867467/CE. Relatora: Min. Nancy Andrigli, julgado em 02 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1875686/MS. Relator: Min. Marco Buzzi, julgado em 21 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PET no AREsp 1547625/AM, Relator: Min. Leopoldo

de Arruda Raposo, julgado em 07 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1917345/MS. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 13 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1885286/MS. Relator: Min. Humberto Martins, julgado em 02 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1829939/MS. Relator: Min. Moura Ribeiro, julgado em 20 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (1ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento 4002335-09.2018.8.04.0000. Relator: Paulo César Caminha e Lima, julgado em 11 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (2ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 0002061-84.2016.8.04.0000. Relator: Ari Jorge Moutinho da Costa, julgado em 28 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 3ª Vara Cível da Comarca de Santo Antônio de Jesus/BA. Ação Civil Pública 0302850- 09.2015.8.05.0229. Juíza: Renata de Moraes Rocha, julgado em 28 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 2ª Vara Cível da Comarca de Santo Antônio de Jesus/BA. Ação Civil Pública 0501805-49.2016.8.05.0229. Juiz: Carlos Roberto Silva Júnior, julgado em 11 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (1ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento 0625834-21.2017.8.06.0000. Relatora: Desa. Lisete de Sousa Gadelha, julgado em 22 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (18ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento 0036428-96.2019.8.16.0000. Relatora: Denise Antunes, julgado em 10 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (5ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento 0900015-65.2019.8.24.0023. Relator: Hélio do Valle Pereira, julgado em 06 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (5ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento 2174069-79.2020.8.26.0000, Relatora: Fernanda Gomes Camacho, julgado em 22 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (10ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento 2217312-10.2019.8.26.0000, Relatora: Teresa Ramos Marques, julgado em 16 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (19ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 1014699-09.2019.8.26.0100. Relator: Ricardo Pessoa de Mello Belli, julgado em 27 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (25ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 0054474-52.2019.8.19.0000. Relatora: Des. Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque, julgado em 06 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Petição Cível 0725643-83.2019.8.07.0000. Relator: Des. Rômulo de Araújo Mendes, julgado em 25 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3ª Turma). Agravo de Instrumento 5037448-06.2019.4.04.0000/RS. Relator: Rogério Favreto, julgado em 03 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (3ª Turma). Apelação Cível 0800936-02.2015.4.05.8500. Relator: Des. Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira, julgado em 09 dez. 2021.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

ESFORÇO PARA COMPREENSÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

EFFORT FOR HISTORICAL UNDERSTANDING OF THE EXECUTION PROCESS

Recebido: 29/08/2022

Aceite: 10/02/2023

Luiz Tarcísio de Paiva Costa

Doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (2019-Atual). Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Sul de Minas de Pouso Alegre (MG).

Email: luiztarcisiopcosta@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-5556-8395>



Rafaela Rezeck Pereira

Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior de Ensino de Campinas (SP). Bacharela pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, de Pouso Alegre (MG).

E-mail: rafaelarezeck@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-3988-3341>



RESUMO

O presente estudo trata do histórico do processo de execução partindo de uma breve história do instituto no Direito romano, precisamente pela influência que teria na formação da família do direito romano-germânico. Verifica-se o processo de execução no período arcaico, clássico e pós-clássico. Atenta-se a pesquisa ao Direito medieval e da recepção do Direito romano a partir do século XI, como obra das universidades em um momento de transformação da Europa com o renascimento das cidades. Trata também do Direito no Reino de Portugal do qual o brasileiro seria conseqüente, ao qual se chega através de breve exposição dos Códigos de 1939 e 1973, instituídos em governos autoritários e das transformações impostas pela nova ordem constitucional, que culminaram com a edição do Código de 2015, o primeiro instituído em uma democracia no país.

Palavras-chave: história; direito; processual; civil; execução.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

The present study deals with the history of the execution process starting from a brief history of the institute in Roman Law, precisely because of the influence it would have on the formation of the family of Roman-Germanic law. The execution process occurs in the archaic, classic and post-classic period. The research focuses on Medieval Law and on the reception of Roman Law from the 11th century, as a work of universities at a time of transformation in Europe with the rebirth of cities. It also deals with the Law in the Kingdom of Portugal of which the Brazilian would be a consequence, making an analysis through a brief exposition of the Codes of 1939 and 1973, instituted in authoritarian governments and from the transformations imposed by the new constitutional order, which culminated in the edition of the 2015 Code, the first instituted in a Brazilian democracy.

Keywords: story; law; procedural; civil; execution.

1. INTRODUÇÃO

A compreensão de um determinado instituto do Direito não prescinde de uma genealogia do conceito pesquisado que concorre para cognição de seu sentido e alcance. Os institutos do Direito se apresentam datados e localizados, sob o influxo de contextos sociais cristalizados em paradigmas metodológicos, pelo que, podem ser localizados sistemas (DAVID, 1998) que em certo grau se filiam a correntes doutrinárias e ideológicas, identificados em famílias, como dos direitos romanistas, influenciados pelo Direito Romano, com subsistemas como o latino-americano (SCHIPANI; ARAÚJO, 2015), ou do common law inglês, que com ele mantém laços de parentesco, e, outros que decorrem de tradições diversas, como os sistemas hindu, chinês, japonês, muçulmano e africano (GILISSEN, 2001, p. 13). Ocupa-se o presente estudo do sistema romanista e seu conseqüente, o português, através do método dedutivo, pela revisão bibliográfica, buscando compreender o ponto de intersecção desses sistemas, como chegaram ao Direito brasileiro e que transformações podem ser observadas no processo de execução nesse caminhar histórico.

Sob tal ressalva é possível tomar como ponto de partida a percepção de que à ideia de execução se imbrica a de obrigação. A palavra obrigação tem sua origem no vocábulo latino obligatio, que se refere a uma ligação, um laço, um vínculo moral, religioso, social ou, entre outras acepções possíveis, econômico, que somente se desatará com o seu pleno cumprimento. No Direito Civil, seguindo a tradição romana, a obrigação adstringe

transitoriamente a quem se obriga a solver uma determinada prestação, cujo cerne seria precisamente a possibilidade de coercitivamente exigir sua satisfação. Não se olvide, entretanto, que a obrigação no Direito hodierno é tomada como um processo (SILVA, 2006, p. 17-22), com deveres recíprocos que ultrapassam o simples adimplemento (LARENZ, 1958, p. 22-39). Nessa sequência de ideias, buscará a pesquisa as consequências processuais decorrentes do não cumprimento das obrigações ao longo do tempo.

Sob essa perspectiva a presente comunicação buscará inicialmente inventariar o processo de execução no Direito romano, em suas fases arcaica, que compreende a fundação do que seria o grande Império, a edição da Lei das XII tábuas e a instituição das legis actiones, em um momento que a autotutela ainda se impõe, com tímida intervenção do Estado; clássica, em que se organiza o processo de forma a tutelar direitos em procedimento maleável, em contraposição ao rígido sistema que o precedeu, com o agressivo sistema de execução já amenizado; e, pós-clássica, já no ocaso do Império, buscando sinais sobre as transformações que sofreu e, ainda que brevemente, identificar as influências que o direcionaram a essas transformações, sobretudo, pela importância que assume no Direito contemporâneo. O estudo do Direito romano revelará as origens da herança recepcionada pelo Direito brasileiro e dos países de tradição romanística.

Não se pretende, naturalmente, pelos limites do presente estudo, uma pesquisa o detalhamento da história de Roma e suas instituições jurídicas, mas é preciso compreender que com a queda do Império romano novos influxos se apresentaram a partir do Direito dos povos conquistadores, ainda que rudimentares se comparados à sofisticação atingida pelos romanos, sobretudo, em seu período pós-clássico, promovendo um retrocesso às instituições processuais consolidadas, levando a pesquisa a buscar os efeitos do direito bárbarico, ao longo da Idade Média, no processo de execução, o que levará o estudo da perscrutar como o Direito romano, após séculos de relativo esquecimento, voltou a ter importância histórica e jurídica e como se difundiu a ponto de constituir a família dos direitos romanísticos. É nesse contexto que se funda o Reino de Portugal, sob a influência do Direito romano (Justiniano), do Direito canônico e das instituições jurídicas germânicas. Compreender a execução no Direito português, que manteve vigência na terra brasileira ao longo dos séculos de seu período colonial, e, mesmo depois da independência constitui pré-requisito para compreensão do instituto no direito processual brasileiro, do que deverá se ocupar o presente estudo.

O direito processual civil brasileiro, inicialmente fragmentado pelo sistema federativa adotado pela constituição de 1891, foi unificado em 1939 e revisto pelos códigos de 1973 e 2015, este o primeiro promulgado em um regime democrático, após longas reformas do antigo regime processual, com profundo compromisso com a efetividade da jurisdição, condição para o exercício da cidadania e da própria soberania do Estado, o

que merecerá estudo e exposição neste texto.

2. A EXECUÇÃO NO DIREITO ROMANO

Parte a pesquisa do processo de execução no Direito Romano, que em seu período arcaico (*legis actiones*), compreendido entre sua fundação até o século II a.C, a execução, sempre se fundava em sentença condenatória ou em confissão, em procedimento extremamente gravoso ao devedor, realizado por autoridade privada, sob certo controle do magistrado, inexistindo execução por título extrajudicial ou específica para obrigação de entrega de coisa, de fazer ou não fazer, que se convertiam sempre em pecúnia, pois, a “*manus iniectio* é a ação executória por excelência, no sistema das ações da lei” (ALVES, 1983, p. 245)

Na *manus iniectio* o devedor poderia confessar o não cumprimento da sentença condenatória, cumpri-la ou impugná-la (*infitiatio*), apresentando um fiador (*vindex*) caso em que, se improcedente a exceção ao cumprimento, seria condenado ao dobro do valor originalmente reconhecido (DINAMARCO, 2000, p. 36-39). Vencendo o credor, ou não havendo impugnação à sentença os efeitos execução (*addictio*), proferidas pelo magistrado, recaiam sobre a pessoa do réu. O procedimento previa que após a confissão do não cumprimento da sentença perante o magistrado, ou a sua condenação ao pagamento, o devedor deveria promover o adimplemento no prazo de 30 dias, depois do que seria levado (*manus injectio*) preso pelo prazo de 60 dias, período em que seria conduzido três vezes em dia de feira ao *comitium* e anunciado o valor da dívida, não havendo pagamento respondia o devedor com seu corpo pelas obrigações, podendo ser levado à condição de escravo, vendido a estrangeiros, ou morto; como a execução era sempre concursal, havendo mais de um credor poderiam eles optar pelo esquitejamento do devedor, de forma que cada um recebesse uma parte do corpo, pois “ao tempo da Lei das XII Tábuas não se conhecia outra forma de execução que não fosse a pessoal” (THEODORO, 2016, p. 101). Com a *manus injectio* coexistiu a “*pignoris capio*” (BONFANTE, 1909, p. 236-247), de caráter exclusivamente patrimonial, destinada a obrigações públicas ou sacras em que o credor poderia, extrajudicialmente, apropriar-se de um bem do devedor; e, não havendo pagamento, poderia destruí-lo.

Da execução pessoal o Direito romano passou para a patrimonial, de início sobre todo o patrimônio do devedor, para posteriormente atingir apenas o necessário ao cumprimento da condenação em um desenvolvimento histórico que tomou como ponto de partida a *Lex Poetelia* do ano de 326 a.C., que criou normas atenuadoras do sistema então vigente ao impedir a morte e acorrentamento do devedor, institucionalizar o direito do

devedor pagar seu débito com trabalho (BAUMÖHL, 2006, p. 85), com gradativa vinculação da execução ao patrimônio do devedor, passando-se a uma execução especificamente patrimonial a partir de uma construção pretoriana (Rutilius Rufus) através da *venditio bonorum*, em que o credor era imitado na posse de todos os bens do devedor, convocando-se os demais credores através de editais, após o que o magistrado nomearia um curador responsável pela venda dos bens e distribuição dos valores obtidos entre os credores habilitados.

A *venditio bonorum* consistia na execução patrimonial, em que os bens do devedor seriam levados à venda pública para satisfazer seus credores, instituindo-se, pois, um procedimento concursal em que os demais credores são chamados a intervir para satisfação dos respectivos créditos. No procedimento da *venditio bonorum* o primeiro credor a executar tomava posse de todos os bens do devedor logo ao início do procedimento, podendo o juiz nomear um curador. Excluía-se do procedimento os créditos com garantia real que se processavam de forma independente; alienados os bens, pelo melhor preço, promovia-se o pagamento dos credores habilitados na proporção de seus créditos, respondendo o devedor por eventuais resíduos (DI PIETRO, 2001, p. 70-72), entretanto, o procedimento poderia ser evitado se o devedor espontaneamente promovesse a cessão de seus bens ao credor, ou credores, para pagamento de suas obrigações através da *cessio bonorum* instituída através da Lex Julia, já no período clássico, caso em que poderia evitar a pecha de infâmia e reservar bens suficientes para sua subsistência. Quando o devedor era incapaz e necessitava de um curador ou tutor, ou ainda, quando se tratava de um senador ou de patente senatorial era admitida a venda de bens singulares, até que, com seu produto fosse satisfeito o crédito exequendo, através da *distractio bonorum* (SAHAGÚN, 2008, p. 141).

Esclarece Theodoro Júnior (2006) que:

Primeiro surgiu a *missio in possessionem*, que permitia aos credores apreender diretamente os bens do devedor, deixando de lado a *manus iniectio*. Tal se dava extrajudicialmente, sem presença do magistrado e alcançava todo o patrimônio do devedor.

Depois, por obra pretoriana, introduziu-se a *Borum venditio*, que importava autêntica revolução no processo romano clássico, pela judicialização operada sobre o procedimento expropriatório do devedor. A apreensão era ainda privada, mas os credores não mais incorporavam os bens penhorados a seu patrimônio. Criava-se apenas uma custódia, enquanto ultimava o procedimento executivo.

Decorrido um certo prazo, o pretor convocava os credores, para que elessem um magister, que ficava encarregado de *bonorum venditio*. Atuava o magister como vendedor dos bens do inadimplente e o que se adquiria era chamado *bonorum emptor*, cuja figura jurídica era de sucessor universal do devedor. O preço assim apurado era, então, repartido entre os credores, se mais de um havia se habilitado.

O período clássico do Direito romano se instaura com a *Lex Aebutia*, ainda coexistindo

com as ações da lei, até que foram abolidas através da *lex Julia iudiciorum privatorum*, editada pelo imperador Otaviano Augusto, instituindo-se o processo formulário como o rito ordinário (KASER, 1968, p. 357). A execução da sentença condenatória se ameniza estendendo as hipóteses de impenhorabilidade, porém desconheceu o Direito Romano o que hoje se considera como título executivo extrajudicial. O processo de execução se limitava ao cumprimento forçado de sentenças condenatórias, em que “a obligatio e a actio consequentemente estão tão intimamente ligadas, que logo que se dê a primeira, e se não dê a segunda, juridicamente se não entende que haja um credor, e um devedor” (SILVA, 2008, p. 295).

A legislação pós-clássica, já no ocaso do Império Romano, separa-se na forma e na substância daquela que a precedeu, sob profunda influência do cristianismo, oferecendo princípios e valores diversos e até antagônicos aos reconhecidos no período clássico, centrando o processo e todos os seus atos na equidade e sob os valores cristãos, como a moderação e a caridade, orientando-se a execução à proteção do devedor. Manteve-se a *actio iudicati*, porém com profundas alterações, como por exemplo, o prazo para pagamento que passou a ser de 60 dias, após o que, o bem penhorado ao início do procedimento, que daria preleção ao credor que a promoveu, era vendido em praça pública, instituindo-se execuções específicas para entrega de coisa e par obrigação de fazer ou não fazer (DINAMARCO, 2000, p. 46-49)

Com a queda do Império romano predominou, por algum tempo, a aplicação do Direito germânico (SILVA, 1997, p. 91-101), porém, sob os influxos do Direito romano (processo “romano-barbárico, que se desenvolveu especialmente na Lombardia” (SANTOS, 2004, p. 45). A execução no período germano-barbárico regrediu afastando a proteção ao devedor, podendo o credor “sem dependência de qualquer autoridade a que não precisava dirigir-se, autorizado a penhorar, mesmo usando suas próprias forças, os bens do devedor a fim de pagar-se ou constrangê-lo ao pagamento” (SANTOS, 1983, p. 208), o que veio a impulsionar a criação e circulação dos títulos executivos extrajudiciais, podendo ainda optar entre a execução pessoal ou a patrimonial em verdadeira autotutela, não obstante pudesse o devedor, após iniciada a execução buscar um pronunciamento judicial em que, se vitoriosa sua pretensão, poderia cobrar do credor o valor indevidamente exigido (DINAMARCO, 2000, p. 50-54).

A presença predominante do Direito romano voltou a ser sentida somente após a sua recepção (MARTINS, 2006, p. 137-168) decorrente da redescoberta da tradição clássica e do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, tomando por fundamento o Digesto e as Institutas, como obra das universidades instituídas a partir do final do século XI (processo que se inicia com a fundação da Universidade de Bolonha em 1088), instituindo uma escola de glosadores e mais tarde dos comentadores, que em seu conjunto foram responsáveis

pela exposição do *jus commune*, formado da junção do Direito Romano Justiniano (na verdade, das glosas e comentários a ele propostos) ao Direito Canônico (BERMAN, 2006, p. 12), fruto da Reforma Gregoriana (1073-1085), que o instituiu como primeiro sistema jurídico ocidental (COSTA, 2019, p. 77-78), quando ressurgiram as cidades e o comércio inter-regional, foram criados os Bancos e os títulos de crédito, difundindo-se entre as universidades nascentes e produzindo influência no Direito medieval (que somente seria superado definitivamente nos séculos XVIII na França e XIX na Alemanha (GILISSEN, 2001, p. 127-128), sobretudo, na Europa continental:

Através do período bárbaro, a igreja cristã esforçou-se por conservar o direito romano. Em seguida, a lenda quer que no dealbar do século XII, durante o incêndio da cidade de Amalfi, um manuscrito da mais importante compilação das leis romanas, o Digesto, tenha sido reencontrado. As universidades apoderaram-se dele. As leis romanas foram as únicas, com o direito canônico, consideradas dignas de serem ensinadas. De modo nenhum apenas porque os homens da idade média acreditavam no Império romano sempre vivo, e as suas leis sempre em vigor: Isto vale para a Alemanha e a Itália, mas funcionou antes em sentido contrário no que diz respeito à França e à Inglaterra. Mas então, os juizes não tinham o hábito de obedecer aos códigos. Por falta de um suficiente conjunto de leis obrigatórias. Eles julgavam bastante livremente e segundo a justiça. Ora, aos seus olhos, assim como os segredos da filosofia e da ciência estavam dissimulados no tesouro da literatura antiga, a justiça não residia senão no direito romano (VILLEY, 1991, p.

31).

O peso ideológico e histórico desse Direito romano construído e exposto nas universidades medievais chegou à península ibérica e produziu seus influxos ao ordenamento da nascente nação portuguesa.

3. A EXECUÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

Nesse ambiente de transformações do século XII se instituiu o Reino de Portugal, seguindo em um primeiro momento as instituições jurídicas do Reino de Castela, denominadas de *Fuero Juzgo*, que se constituía como tradução do Código Visigótico do século VII, do qual se desligou com a independência, até que promulgadas por D. Afonso II, nas Cortes de Coimbra de 1211 as Leis Gerais (embora ainda aplicada a legislação de Castela), ainda que não fossem as fontes exclusivas do Direito português, ou sequer as predominantes, representaram a primeira legislação própria de Portugal, aplicada em todo o seu território, sob a influência do sistema germânico ou germano-ibérico, acentuadamente costumeiro. Os antecedentes podem ser encontrados no Breviário de Alarico, do século VI, também conhecido como *Lex romana visigothorum*, que representou uma compilação do direito romano vulgar; elaborado pela corte de Alarico II, rei visigótico, buscando atrair as populações romanas e católicas da península em um momento de

instabilidade do reino (MERELLO, 2007, p. 98-99), tomando por fontes, sobretudo, o Código Theodosiano e as Institutas de Gaio (GAIO, 2010).

Somente no século XIII se consolidou o chamado fenômeno de recepção do *direito comum*, especialmente com o reinado de D. Dinis. D. Duarte editou, mais tarde, as “Ordenações de Dom Duarte” reunindo a legislação do período compreendido entre Afonso II e seu reinado (PORTUGAL, 1988), enquanto o mesmo processo se desenvolvia na Espanha através da *Ley das Siete Partidas*:

Apesar de já serem constatados traços da influência do direito romano em algumas leis de D. Afonso II (1211-1223) – os quais possivelmente teriam derivado da legislação visigótica – foi apenas no reinado de D. Dinis (1279-1325) que o direito comum adquiriu grande autoridade, principalmente por ter importado e mandado traduzir para o português as obras Flores de las leyes, do Mestre Jacob, e as *Siete partidas*; e por ter fundado em 1º de março de 1290, o *Studium generale dionisiano*, no qual “o ensino no direito romano e do direito canônico e a outorga de graus num e noutro direito ocupavam justamente a finalidade mais destacada” (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 28)

Tem-se assim, o período de 1140 a 1248 de individualização do Direito português, consuetudinário e foraleiro; entre 1248 e 1445, de inspiração romano-canônica (COSTA, 2009, p. 174-175), como parte da política de afirmação de Afonso III (FERNANDES, 2004, p. 73-83), que permaneceria até o reinado de D. José I (1750-1777), pelo que, “Durante cerca de cinco séculos, o direito romano justinianeu, será o direito aplicado em Portugal” (SILVA, 2016, p. 41), somente sendo substituído como influência principal do Direito lusitano pelos influxos iluministas até a Revolução Liberal de 1820, que instaurou nova tendência, liberal e individualista.

Organizou-se no século XV a compilação de leis, conhecida por Ordenações Afonsinas, de 1446, nas quais se regulava o processo civil no Livro III, fixando um procedimento para a execução fundada em uma sentença condenatória transitada em julgado, onde se buscava primeiramente a expropriação de bens móveis e somente na sua insuficiência sobre bens imóveis, a penhora de bens se limitava ao necessário para liquidação da obrigação, com expressa impossibilidade de penhorar alguns bens do devedor; estabeleceu-se a primazia do primeiro credor que promovesse a execução (DOMINGUES, 2008, p. 482-576).

A execução nas Ordenações Afonsinas deveria se processar da forma menos onerosa ao devedor; considerava-se ineficaz a alienação de bens em prejuízo ao credor; e, admitia-se, entretanto, a prisão do devedor que uma vez condenado não pagasse a dívida (Título LXVII do Livro IV). Admitia-se embargar a execução com a indicação de fiadores capazes de responder pela obrigação, custas e perdas e danos (PORTUGAL, 1999, p. 330-336).

Em 1513 foram promulgadas as Ordenações Manuelinas, sob o comando do Rei D. Manuel, absolutista, que promoveu a expansão do império português e reorganizou o Estado, contexto em que foram editadas as suas ordenações. Trata-se da reunião das normas vigentes no reino subsistindo a influência do Direito romano-canônico. O processo civil foi contemplado no Livro III, proibindo a penhora sobre determinados bens; admitia-se a caução ofertada pelo executado; instituiu-se o que hoje se denomina de embargos de terceiros; contemplaram também o procedimento (Livro III, título XVI) em que documentos privados (Escrituras Públicas ou equivalentes) poderiam ser executados, além de buscar maior efetividade e celeridade à execução (PORTUGAL, 1984, p. 251-281), tendo instituído um procedimento para execução para entrega de coisa.

As Ordenações Filipinas (PORTUGAL, 1985, p. 559-720) de 1603 decorrem da união dos reinos de Portugal e Espanha, porém não representaram profunda transformação nas disposições existentes nas Ordenações Manuelinas, quanto ao processo de execução. As ordenações Filipinas, tal qual suas predecessoras, regulou o processo civil no Livro III, prestigiando, a proteção ao devedor com a limitação dos bens penhoráveis, a par de atribuir a ele (devedor) as despesas da execução; manteve-se a primazia da primeira penhora, assim como a possibilidade de prisão do devedor, que seria solto se promovesse a cessão de seus bens para pagamento da dívida; manteve a execução para entrega de coisa, com procedimento próprio; previu o impedimento da penhora sobre certos bens, que de qualquer forma deveria ser proporcional à obrigação exequenda; admitia a cessão de bens, como na *cessio bonorum*; tal qual as Ordenações Manuelinas tratava da ineficácia da alienação de bens em fraude à execução; admitia a execução fundada em documento lavrado por tabelião ou alvará feito e assinado ou fundado em crédito privilegiado (ação de assinação em 10 dias).

A invasão da terra brasileira pelo colonizador português se deu sob a vigência das Ordenações Afonsinas, entretanto, somente com o governo geral de Martin Afonso se iniciou o povoamento do país pelos invasores, diante da “tomada de *La Pèlerine*, a feitoria francesa fundada em Pernambuco, notícias de preparativos para fundarem-se outras” (ABREU, 1998, p.48), levaram o Estado português a promover o sistema de capitanias visando o povoamento e demarcação da colônia, recebendo os donatários jurisdição civil e criminal, “prática político-administrativa tipicamente feudal” (WOLKMER, 2007, p. 58). já sob a vigência das Ordenações Manuelinas, pelo que, efetivamente foi a primeira legislação aplicada no Brasil, ao contrário das colônias espanholas que receberam legislação própria rapidamente que receberam legislação própria, reunida em 1680, através das “*Recompilación de Leyes de los Reinos de Índias*” (GUARDIA, 1889):

Os outros magistrados judiciários eram primitivamente o ouvidor-geral (que veio com Tomé de Souza), cuja alçada compreendia o foro em geral, e foi muito vasta, como principal entidade da colônia depois do governador; o ouvidor dos donatários,

“devendo incumbir-se do despacho das apelações e mais papéis forenses deste lugar como das de mais vilas da capitania”; 270 depois o ouvidor das comarcas; e o juiz de fora a partir de 1696.271 À medida que se tornava a justiça mais embaraçosa: além dos corregedores (que poderiam ser desembargadores), houve um corregedor de comarca (1696), juiz do crime (1742), juiz de órfãos (1650), juiz da mampostaria-mor dos cativos, extinto em 1774, etc. (CALMON, 2002, p. 146)

Aplicava-se à América portuguesa além das Ordenações Manuelinas da produção normativa da metrópole, com suas cartas de lei, de doação e de foral (que atribuíam poderes jurisdicionais e administrativos aos donatários), as cartas régias, os decretos, os alvarás, resoluções, provisões, regimentos, estatutos, instruções, avisos, portarias, usos e costumes, os assentos (como o assento de 04/03/1690 que limitou o efeito suspensivo dos embargos do devedor à hipótese de nulidade - L.3, T. 87, Col. 3, n. 1 e na Col. dos assentos nº: 148 (LOBÃO, 1865, p. 183), o direito romano e canônico como fontes subsidiárias, aplicadas aos sujeitos de primeira classe por juízes despreparados para seu ofício, enquanto os demais habitantes ficaram à margem da jurisdição portuguesa.

Somente no século XVII foi instituído um Tribunal no país, a Relação da Bahia, aproveitando-se de um regimento de 1588, porém, extinto em 1626 e restabelecido somente em 1652. O século XVIII trouxe novo influxo ao Direito português, o iluminismo, cujo grande nome em Portugal foi o Marquês de Pombal, que assumindo a função de Secretário de Estado do Reino, exercida por nomeação de Dom José, entre 1750 a 1777, período em que promoveu profundas e significativas transformações nas mais diversas áreas da sociedade portuguesa, inclusive no Direito português, imediata consequência em sua prática na colônia, especialmente através da Lei da Boa Razão, que modificou substancialmente o regime de fontes das Ordenações Filipinas, além de criar a Relação do Rio de Janeiro, em 1751, que aplicou as Ordenações Filipinas e a legislação portuguesa, relegando ao direito romano o caráter subsidiário. “No referente à organização judiciária, o que de mais importante ocorreu, foi a criação do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, a das Juntas de Justiça e a das Juntas do Comércio” (MATHIAS, 2009, p. 74):

Mudou-se completamente o ambiente cultural do país. Rompeu-se com os métodos escolásticos. O Direito português como que saltou de seus quadros históricos, orientando-se por outros princípios condizentes com a mentalidade particular do século.

Tais princípios forma, no ensinamento de CABRAL DE MONCADA, “os da escola do Direito Natural e das Gentes”, cuja “origem precisa e determinada estava afinal no Direito de alguns dos tais “países muito polidos” e nações modernas e civilizadas da Europa, donde ao tempo vinham tôdas as modas à jurisprudência pátria (FERREIRA, 1960, p. 176).

Através da lei de 20 de junho de 1774 foi instituída a obrigatoriedade de avaliação dos bens do executado, após o que foram estabelecidos procedimentos que condicionavam a arrematação ou adjudicação a uma praça pública pelo valor avaliado e uma segunda, caso

não houvesse licitante, admitindo deduções daquele valor, como ocorre atualmente, após o que o bem penhorado poderia ser adjudicado pelo credor. Embora inexistisse previsão legal para remição a jurisprudência a admitia (DINAMARCO, 2000, p. 69-70), sempre buscando uma execução menos gravosa ao devedor, ao tempo em que se afirmava a hegemonia da influência racionalista no direito, em especial no direito processual civil, especialmente na Europa continental, ao menos a partir da Revolução Francesa.

Trata-se de um ambiente político e ideológico de grande desconfiança da magistratura, por seus vínculos e compromissos com o *ancien régime*, em que a separação de poderes visava precisamente sua limitação, predominando no Direito o valor da segurança jurídica, indispensável aos projetos econômicos e políticos da burguesia que se converteu em classe dominante se apropriando da Revolução Francesa do século XVIII, instaurando-se a corrente de codificações a partir do Código Civil francês de 1804, instituindo uma nova cultura jurídica, liberal, individualista e essencialmente patrimonialista:

A cultura jurídica produzida ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa Ocidental, resultou de um complexo específico de condições engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação de interesses liberal-individualistas e por uma estrutura estatal centralizada. Esse entendimento não só compartilha da idéia de que subsiste em cada período histórico uma prática jurídica dominante, como, sobretudo, confirma a concepção de que o Direito sempre é produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes de necessidades humanas (WOLKMER, 2007, p. 29).

4. A EXECUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A independência do Brasil se limitou a substituir a submissão do Estado aos interesses da corte europeia pelos da corte nacional, composta por aqueles que “ocupavam posições estratégicas ligadas ao poder, através das quais, promoveram sua hegemonia na sociedade, de forma a manter as estruturas sociais intactas, servindo apenas para constituir um monopólio de poder à elite local” (COSTA, 2019, p. 28-29), pelo que, “não se erguiam contra a estrutura da sociedade colonial. Mas, contra as implicações econômicas, sociais e políticas do estatuto colonial, pois este neutralizava sua capacidade de dominação em todos os níveis da ordem social” (FERNANDES, 2006, p. 50), assim a legislação portuguesa manteve sua vigência por força de um decreto 20 de outubro de 1823, que recepcionou a legislação da antiga metrópole, inclusive em matéria processual, tomando-a como nacional, que determinava:

toda a legislação (ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos

e resoluções) promulgada pelos monarcas portugueses, 'e pelas quais o Brasil se governava até o dia vinte e cinco de abril de mil oitocentos e vinte e um, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal e Algarves, se ausentou desta Corte (AZEVEDO; TUCCI, 2009, p. 177).

Somente em 1832 foi editado o primeiro Código Criminal do país, que tratava através de seu anexo de Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil. Em 1850, entraram em vigor os Decretos 737, que tratava do procedimento processual das causas comerciais, e o 738, que se referia ao funcionamento dos Tribunais e juiz do comércio, considerados como as primeiras normas processuais do Brasil, mantendo-se quanto aos demais processos o que dispunham as Ordenações Filipinas, até que em 1876 foi editada a Consolidação das Leis do Processo Civil (Consolidação Ribas). Surgiu assim, no século XIX, uma cultura jurídica brasileira, sobretudo, sob a influência das obras de dois doutrinadores, Francisco Paula Baptista e Joaquim Ignácio Ramalho (ZARONI, 2014, p. 13-40).

O Decreto 4.824 de 1871 atribuiu ao juiz de paz a competência para processar a execução de sentença até 100\$000; aos juízes de direito das comarcas gerais foi atribuída a competência para as causas por eles julgadas de valor superior a 100\$000. Nas comarcas especiais aos juízes de direito foi atribuída a competência para execuções acima de 500\$000 e seus substitutos para as execuções entre 100\$000 e 500\$000. Quanto à competência territorial se observava o local onde se encontravam os bens do devedor. As Ordenações ainda eram aplicadas quanto à citação, prazo para pagamento, nomeação de bens à penhora, salvo quando fossem sequestrados bens (vinculados em garantia) que se converteriam em penhora na forma do Decreto 3.453 de 1865; a ordem de penhora se regulava também pela Lei de 20 de junho de 1774 e pelo Decreto 737. O Alvará de 17 de janeiro de 1776 e o de 10 de março de 1778, as Ordenações e o Decreto 737 estabeleciam limitações à penhora. A avaliação dos bens para expropriação, o procedimento para arrematação (e a possibilidade de sua anulação) e adjudicação foram regulados pelas Ordenações, pela Lei de 20 de junho de 1774, pelo Alvará de 25 de agosto de 1774, pela Lei de 22 de fevereiro de 1779 e pelo Decreto 737 (BAPTISTA, 1910, p. 185-209).

A Guerra do Paraguai, a abolição, a proliferação das ideias positivistas e republicanas levaram ao golpe militar que destituiu a monarquia (CARVALHO, 1987) instituindo a república no Brasil, institucionalizada através do Decreto nº: 1, de 15 de novembro de 1889, assinado pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, Silveira Lobo, Quintino Bocaiuva, Rui Barbosa e Eduardo Wandenkolk. O governo provisório editou o Decreto 169-A, de 19 de janeiro de 1890, regulamentado pelo Decreto 370, de 02 de maio de 1890, regulamentando as execuções hipotecárias e pignoratícias, porém sem novidades

quanto ao Regulamento 737 de 1850. A primeira modificação ao direito processual então vigente foi a abolição da obrigatoriedade de prévia tentativa de conciliação, através do Decreto 359 de 26 de abril de 1890.

Sob a influência de Rui Barbosa foi instituída uma constituição provisória através do Decreto 510 de 22 de junho de 1890, em que se assegurou a independência do Poder Judiciário e criado o Supremo Tribunal Federal, seguindo o modelo norte-americano com a adoção do modelo federalista que deu origem a um dualismo processual, caracterizado pela adoção de uma justiça federal e outra estadual. A constituição de 1891 atribuiu a União a competência para legislar sobre a justiça federal, passando os Estados a legislar sobre matéria processual no âmbito de suas jurisdições. A legislação processual federal, antes mesmo de promulgada a constituição republicana, que a recepcionou, mantendo-se na reforma constitucional de 1926 e nas constituições que a sucederam, salvo a de 1937, foi introduzida através do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890 (que tratava da ação executiva entre os artigos 192 e 195, da execução fiscal entre os artigos 196 e 201, e, 241 e 331), mantendo-se, a rigor, as disposições do Regulamento 737, modificada através do Decreto 221 de 20 de novembro de 1894 e pela Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal (Decreto 3084 de 05 de novembro de 1898).

Os Estados da União aplicaram o Regulamento 737, alguns deles instituindo seu próprio Código de Processo Civil, como os Estados do Rio Grande do Sul (1908, o primeiro a legislar sobre a matéria), Maranhão (1909), Bahia (1915), Espírito Santo (1915), Rio de Janeiro (1919), Paraná (1920), Piauí (1920), Sergipe (1920), Minas Gerais (1922), Rio Grande do Norte (1922), Pernambuco (1924), Distrito Federal (1924), Ceará (1926), Santa Catarina (1928), São Paulo (1930) e Paraíba (1930), enquanto o Pará editou um Regulamento processual em 1905.

Os Códigos estaduais ofereceram pouca mudança ao que dispunha o Regulamento 737, que por sua vez tinha sólida base nas Ordenações Filipinas, mantendo os dispositivos destinados à ação de execução. Com a vigência do Código Civil de 1916, projeto de Clóvis Beviláqua, que mantinha diversos dispositivos de caráter processual, como se observa em seus artigos 76, 136 a 144, 146, 152, 166, 172, 174, 176, 177, 222, 223, 224, 316, 317, 322, 323, 324, 350, 351, 416, 417, 452, 463, 465, 523, 568, 826 e, entre outros, o artigo 1596, tomou corpo o movimento de unificação do Direito Processual Civil, levado a efeito através do Código de Processo Civil de 1939, como imposição das constituições de 1934 e 1937 e do próprio quadro autoritário instaurado com a Revolução de 1930, extremado com a constituição de 1937, quando se buscava a centralização do poder e, ao mesmo tempo, a adequação do sistema processual às tendências da época. “São levadas em consideração, com grande destaque, as tendências da Civilprozessordnung austríaca de 1895, o Projeto Chiovenda de 1919 e o Código de processo civil português de 1926”

(PICARDI; NUNES, 2011, p. 93-120)

O CPC de 1939 era composto por 1.052 artigos, distribuídos em dez livros, em que a execução era tratada no livro VIII, entre os artigos 882 a 1030. A execução era compreendida como processo autônomo, tanto na fase de liquidação da sentença, quando necessária, como em sua execução ou ainda, com mais razão, da execução por títulos extrajudiciais. Dividia-se a execução em de quantia certa, de entrega de coisa certa ou incerta e de obrigação de fazer ou não fazer. O CPC de 1939 manteve a vigência de diversas normas extravagantes de matéria processual, com repercussão nas ações executivas, como a Lei 2.044, de 31 de dezembro de 1908, sobre a anulação de títulos cambiários, o Decreto-lei 960, de 17 de dezembro de 1938, sobre a cobrança judicial da dívida pública; foi modificado por diversas normas posteriores, quanto à execução, pelo Decreto-Lei 4.565, de 1942 (que trata de normas sobre a liquidação de sentença, da execução provisória e da exigência de caução para levantamento de valores depositados se houver oposição de embargos); Decreto-Lei nº 8.951, de 1946 (que trata do depósito de bens penhorados); Lei nº 3.186, de 1957 (que trata do depósito sobre bens penhorados); Lei nº 4.133, de 1962 (que trata do depósito sobre bens penhorados); Lei 4.248 de 1963 (que trata de depósito sobre bens penhorados); Lei 5.748 de 1968 (que trata da prisão por alimentos e prosseguimento da execução); Decreto-Lei 1.030 de 1969 (que trata da suspensão da execução na hipótese de ação rescisória).

Na conjuntura de reforma da legislação codificada, iniciada ainda no governo Jânio Quadros, o Ministro da Justiça, Oscar Pedrosa Horta, convidou o Professor Alfredo Buzaid para elaborar um anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil, apresentado em janeiro de 1964, propondo a edição de um novo código processual, que contemplava o processo de execução em seu Livro II. Em abril de 1965 o Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, promoveu um congresso nacional para analisar e debater o anteprojeto, entretanto, “O movimento militar de março de 1964, revolucionando a ordem jurídica para impor o estado de fato baseado na força das armas, acarretou a paralização dos trabalhos de reforma dos códigos” (COSTA, 1970, p. 113).

O novo Código de Processo Civil seria editado em 1973, sob o comando do Professor Buzaid, nomeado presidente da nova comissão e Ministro da Justiça, com profunda influência da doutrina italiana, especialmente de Enrico Túlio Liebman, não obstante as emendas oferecidas ao Senado, sobretudo, por propostas dos professores Egas Dirceu Muniz de Aragão e Cândido Rangel Dinamarco (SENADO FEDERAL, 1974). O CPC de 1973 sofreu diversas reformas, sobretudo, após a promulgação da constituição de 1988 em um grande movimento de reformas iniciado nos anos 1990, entre outras normas, através das Leis 8.593 de 1994 (sobre as condições para desistência da execução, sobre títulos executivos extrajudiciais, sobre procedimentos para execução, estabelecendo

procedimento para execução de obrigação de fazer ou não fazer); Lei nº 10.358 de 2001 (quanto a competência do juízo cível quando o título executivo for sentença penal condenatória ou sentença arbitral); Lei 10.444 de 2002 (estabelecendo procedimento para execução para entrega de coisa); Lei 11.382 de 2006 (sobre títulos executivos extrajudiciais, sobre bens sujeitos à execução, sobre a caracterização de ato atentatório à dignidade da justiça, extinguiu os procedimentos para liquidação de sentença, sobre o procedimento para execução, permitindo ao credor averbar a execução no Registro de Imóveis, estabelecendo regra para caracterização de fraude à execução, sobre nulidade da execução, estabelecendo procedimento para execução de obrigação de fazer e não fazer, normas sobre a penhora de bens do devedor); Lei 11.694 de 2008 (normas sobre a penhora, normas sobre avaliação e adjudicação de bens, instituiu a alienação por iniciativa particular, sobre embargos do devedor).

Humberto Teodoro Júnior esclarece que o direito processual do final do século XX deslocou seu enfoque principal dos conceitos e categorias para a funcionalidade do sistema de prestação de tutela jurisdicional. Sem desprezar a autonomia científica conquistada no século XIX e consolidada na primeira metade do século XX, esse importante ramo do direito público concentrou-se, finalmente, na meta da instrumentalidade e, sobretudo, da efetividade (THEODORO, 2016, p. 3). Com esse espírito foi proposta a edição de um novo Código de Processo Civil, o primeiro aprovado em um regime democrático, o que se refletiu nas audiências públicas e no amplo debate que o precedeu, direcionando sua ideologia e metodologia, em um ambiente de constitucionalização dos direitos, em que se reconhece um direito constitucional à rápida solução do litígio, atribuindo-se à norma processual vigente um caráter eminentemente principiológico, pelo que, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (2017) a editar o Enunciado 370 a expôs o entendimento da doutrina no sentido de que “(arts. 1º a 12) Norma processual fundamental pode ser regra ou princípio. (Grupo: Normas fundamentais)”.

Sob essa perspectiva o tema da execução foi o que menor número de alterações sofreu frente ao regime processual anterior, embora aquelas incluídas em seu texto sejam qualitativamente substanciais, pois, já fora transformado com as reformas promovidas a partir dos anos 1990. No cumprimento de sentença se positivou o entendimento jurisprudencial já consolidado de intimação do réu através de seu advogado, quando sem advogado nos autos através de carta com aviso de recebimento, se revel na fase de conhecimento por meio de edital. Admitiu o novo CPC o protesto da sentença transitada em julgado quando ultrapassado o prazo para cumprimento voluntário (15 dias), para o que se admite que o devedor promova a apresentação de cálculos para o cumprimento.

1 Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em 24 jul. 2021.

A nova legislação processual admite a limitação do litisconsórcio também na fase de execução (art. 112, §§1º e 2º). Positivou o novo Código a inexigibilidade de obrigação fundada em norma considerada inconstitucional em controle concentrado ou difuso art. 511, §5º e 520, §4º). Institui-se a possibilidade de medidas indiretas para efetividade da execução, como o registro do devedor nos órgãos de proteção ao crédito (§3º do art. 782) ou as medidas que entender adequadas para garanti-la (art. 139-IV).

O Processo de Execução é tratado do novo CPC entre os artigos 771 a 925, em que se detalharam as regras de competência; foram incluídos novos títulos executivos extrajudiciais; tratou-se da liquidez do título executivo; da fraude à execução; do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução; dos documentos indispensáveis ao ajuizamento da execução extrajudicial; da interrupção da prescrição; da nulidade da execução, que pode ser conhecida de ofício ou a requerimento da parte independentemente de embargos; dos honorários advocatícios que poderão ser elevados do mínimo de 10% para o máximo de 20%; da conversão do arresto em penhora sem novo termo; foi relativizada a impenhorabilidade de salário; do depósito dos bens móveis; a preferência do cônjuge na arrematação de bens penhorados indivisíveis; a averbação do arresto na matrícula do imóvel independentemente de mandado; da alienação antecipada de bens móveis para evitar deterioração; penhora on-line sem prévio conhecimento do devedor; da responsabilidade às instituições financeiras que não promoveram o bloqueio; da penhora de cotas societárias; a penhora sobre faturamento da empresa; a dispensa de avaliação de bens que possam ser apurados pela cotação no mercado; intimação do executado quando o credor requerer a adjudicação; a busca e apreensão ou imissão na posse, após expedição do auto de arrematação ou de adjudicação, tratando-se de bem móvel ou imóvel; alienação judicial preferencialmente por meio eletrônico; editais devem ser publicados em meio eletrônico e só excepcionalmente, por ordem do juízo a publicação em jornais de circulação física; os embargos à arrematação ou adjudicação foram substituídos por simples impugnação nos próprios autos, desde que apresentados antes da expedição das cartas de arrematação ou adjudicação; o adquirente do bem penhorado não responde por qualquer outro débito; admite execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública; prisão por dívida de alimentos ainda que representada por título extrajudicial; prescrição intercorrente com extinção da execução; criou-se uma execução concursal.

5. CONCLUSÕES

A história do Direito romano, em sua evolução histórica, lança sinais para

compreensão da questão da efetividade da execução e quanto à proteção da dignidade do devedor.

Em um primeiro momento se observa a elevada efetividade sob o peso do completo afastamento da dignidade do devedor, que poderia ser levado à escravidão ou à morte. O abrandamento da execução, que ocorre em paralelo ao fortalecimento do próprio Estado e da jurisdição, para atingir o patrimônio do devedor, não a tornou ineficaz, mas limitou-a progressivamente ao necessário para satisfação da obrigação, com respeito à pessoa do executado.

O Estado se enfraqueceu novamente ao longo da Idade Média, quando a execução regride ao ataque pessoal ao devedor e à mínima intervenção do Estado no procedimento executório, com a aplicação do Direito Germânico.

O Direito Romano e a cultura clássica foram redescobertos em um momento de reorganização da sociedade, como o ressurgimento das cidades e, sobretudo, com a criação das universidades, onde o direito Justiniano é estudado e difundido, formando um sistema composto por influências recíprocas com o direito germânico. Esse direito romano-germânico se encontrava vigente quando da criação do reino de Portugal, chegando ao Direito brasileiro através das Ordenações do Reino.

O Direito processual brasileiro se organizou em uma cultura própria com o Código de Processo Civil de 1939, fruto da ditadura Vargas, quando o país se desenvolve econômica e institucionalmente. Novo Código foi aprovado em 1973 em nova ditadura.

Com a constituição de 1988 que trouxe a constitucionalização e repersonalização dos direitos o Código processual foi sistematicamente reformado, em uma onda histórica que se iniciou nos anos 1990. Diante de tais reformas, que adequaram a norma processual ao sistema democrático, sobretudo, quanto ao processo de execução, atribuindo-lhe maior eficácia, foi a matéria que menos se transformou com a edição do Código de 2015, o primeiro elaborado e aprovado em um regime democrático no país, primando por sua efetividade, com respeito à dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, em procedimento simplificado

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, J. Capistrano de. Capítulos da história colonial (1500-1800). Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1998.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. v.I. ed.5. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BAPTISTA, Francisco de Paula. Compêndio de Theoria e prática do processo civil compa-

- rado com o processo comercial e de hermenêutica jurídica. ed.7. Lisboa: A. M. Teixeira & Cia Ltda, 1910.
- BAUMÖHL, Débora Inês Kram. A Nova Execução Civil: a desestruturação do processo de execução. São Paulo: Atlas, 2006.
- BERMAN, Harold J. Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- BONFANTE, Pietro. Storia del diritto romano. 2ª ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1909.
- CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- CALMON, Pedro. História da civilização brasileira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.
- COSTA, Débora Laís dos Santos. Fundamental ou não fundamental? Eis a questão: um debate a partir da chain novel de Dworkin sobre o artigo 489, §1º e sua aplicabilidade no Brasil contemporâneo. São Paulo: Max Limonad, 2019.
- COSTA, M. J. de Almeida. História do direito português. ed.3. Coimbra: Almedina, 2009.
- COSTA, Moacyr Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: Revista dos Tribunais, Universidade de São Paulo, 1970.
- DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. ed.7. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DI PIETRO, Alfredo. Derecho privado romano. ed.2. Buenos Aires: Depalma, 2001.
- DOMINGUES, José. As ordenações afonsinas: três séculos de direito medieval (1211-1512). Sintra: Zéfiro, 2008.
- FERNANDES, Fátima Regina. A recepção do direito romano no ocidente europeu medieval: portugal, um caso de afirmação régia. História: Questões & Debates. Curitiba: UFPR, 2004. n. 41, p. 73-83.
- FERNANDES, Florestan. A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2006.
- FERREIRA, Waldemar. O direito público colonial do Estado do Brasil sob o signo pombalino. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1960.
- Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em 24 jul. 2021.
- GAIO, Instituições: direito privado romano. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Ma-

caísta Malheiros. ed.3. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GUARDIA, Dom Miguel de la. Las leyes de índias con las posteriores vigentes hoy y un epílogo sobre las reformas legislativas ultramarinas. v.I. Madri: Establecimiento tipográfico de Pedro Núñez, 1889.

JUSTO, A. S. A Administração da Justiça no Direito Romano. Revista Jurídica Da FA7, v.7(1), p. 315-333, 2010. Disponível em <https://doi.org/10.24067/rjfa7;7.1:155>. Acesso em 30 mai. 2020.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: ERDP, 1958.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. Tratado encyclopedico pratico e critico sobre as execuções que procedem por sentenças. Lisboa: Imprensa Nacional, 1865.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. In WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Fundamentos de história do direito. ed.3. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MATHIAS, Carlos Fernando. Notas para uma história do judiciário no Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

MERELLO, Italo. Historia del derecho. Valparaiso: Ediciones Universitárias de Valparaiso / Pontificia Universidad Católica de Valparaiso, 2007.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro Origem, formação e projeto de reforma. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v.48, n.190, ano 48 n. 190, abr./jun. 2011.

PORTUGAL. Ordenações Afonsinas – Livro III. ed.2. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

_____. Ordenações Afonsinas – Livro IV. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

_____. Ordenações del rei Dom Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

_____. Ordenações Filipinas – Livros II e III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

_____. Ordenações Manuelinas – Livro III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

SAHAGÚN, Gumesindo Padilla. Derecho romano. ed.4. México: McGraw-Hill, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. ed.6. v.3. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. Primeiras linhas de direito processual civil. ed.23. v.1. Revisado e atualizado por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCHIPANI, Sandro; ARAÚJO, Danilo. B. dos Santos G. de. Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.

SENADO FEDERAL. Código de processo civil: histórico da lei. v.I. tomo II. Brasília: Senado

Federal, subsecretaria de edições técnicas, 1974.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Luís Antônio Vieira da. História interna do direito romano privado até Justiniano. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2008.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. História do direito português: fontes de direito. ed.6. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SILVA, Ovídio Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. ed.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. ed.47. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. ed.2. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil lusitano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VILLEY, Michel. Direito Romano. Tradução de Fernando Couto. Porto: Resjuridica, 1991.

WOLKMER, Antônio Carlos. História do direito no Brasil. ed.4. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZARONI, Bruno Marzullo. A cultura jurídica processual civil brasileira na segunda metade do século XIX: uma análise à luz das obras de Francisco de Paula Batista e Joaquim Ignácio Ramalho. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v.38, n.2, p. 13-40, jul./dez. 2014.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

DE POLISSEMIA A METONÍMIA: A INCERTEZA SOBRE O QUE É UM PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO

FROM POLYSEMY TO METONYMY: THE UNCERTAINTY ABOUT WHAT IS A PRECEDENT IN BRAZILIAN LAW

Recebido: 29/04/2022

Aceito: 17/11/2022

Benedito Cerezzo Pereira Filho

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado).
Realizou estudo pós-doutoral na Universidad Complutense de Madrid. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil (ABPC).
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).
Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo Civil, Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos - CNPq/UnB. Advogado.
E-mail: benedito.cerezzo@unb.br

 <https://orcid.org/0000-0002-7182-0159>

Rodrigo Nery

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito, graduado em Direito pela Universidade de Brasília, pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq/UnB Processo Civil, Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos
E-mail: rodrigonerycardoso@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-5313-7719>

Luísa Rocha Corrêa

Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília, graduada em Direito pela Universidade de Brasília, Advogada, Membro do Grupo de Estudos de Processo Civil da Universidade de Brasília – GPC-UnB e do Laboratório Dr. IA da Universidade de Brasília
E-mail: lucorrea.dir@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-1982-7158>

Guilherme Mazarello

Mestrando em Estado, Cidadania e Globalização — Direito Processual, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.
E-mail: mazarello05@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-3113-0452>

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

RESUMO

O presente artigo analisa a aplicação do conceito de “precedente” no Direito brasileiro. O objetivo do trabalho é refletir sobre a polissemia inerente a essa palavra e, especialmente, a incerteza doutrinária a respeito do que seria um precedente no nosso país. O estudo proposto terá como cerne a análise de algumas das produções doutrinárias de fôlego sobre o tema, visando a compreender os posicionamentos nelas expostos e a comparar a visão de cada autor a respeito de diversas dimensões da noção de precedentes.

Palavras-chave: Precedentes, Polissemia, Direito Processual Civil, Norma jurídica.

ABSTRACT

This article analyzes the application of the concept of “precedent” in Brazilian Law. The objective of the work is to reflect on the polysemy inherent to this word and, especially, the doctrinal uncertainty about what would be a precedent in our country. The proposed study will have as its core the analysis of some of the doctrinal productions on the subject, aiming to understand the positions exposed in them and to compare the vision of each author regarding different dimensions of the notion of precedents.

Keywords: Precedent; Polysemy; Civil Procedural Law; Legal norm.

1. Introdução

No Direito Processual, especialmente o brasileiro, a linguagem é, mais do que nunca, um fator importantíssimo para atribuir segurança jurídica às construções doutrinárias e de natureza jurisprudencial¹. Os termos jurídicos utilizados na doutrina, tais como “processo”, “ação”, “demanda”, e, no que concerne ao presente trabalho, “precedente”, devem (ou ao menos deveriam) ser de compreensão clara, trazer uma ideia, dar uma noção minimamente assimilável de qual fenômeno eles rotulam, sem gerar confusão para o aplicador, que não necessariamente será versado nos meandros dos debates terminológicos e extremamente abstratos².

1 Tal como nos ensina Cândido Rangel Dinamarco: “A linguagem é, pois, expressão de uma cultura, servindo não só para medir o grau de civilização que através dela se expressa mas também para chegar-se ao conhecimento das peculiaridades de determinada civilização. No dia a dia da vida dos profissionais do direito são indispensáveis o conhecimento e adequado emprego das palavras, com integral consciência do seu significado, sob pena de mau entendimento dos textos postos em leitura” (DINAMARCO, Cândido R. **instituições de direito processual civil**: volume I. 9ª ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 126-127).

2 “Nesse quadro, a escolha das palavras adequadas aos fenômenos do direito processual não é um trabalho voltado à mera estética verbal nem uma infrutífera radicalização de puristas. É um imperativo da estabilidade da ciência processual e da segurança jurídica indispensáveis àquele que as emite e àquele que as capta em seus sentidos” (*Ibidem*, p.127).

Ocorre que, conforme já é possível antever, tanto na doutrina quanto na prática forense não é isso que ocorre com os conceitos jurídicos. Muitas vezes, especialmente no Direito Processual, percebe-se a ocorrência de uma polissemia, ou então a presença de figuras de linguagem, como a metonímia, a causar estranheza, e, em alguns casos, a aparentar que a própria aplicação do conceito estaria equivocada, dando azo a produções doutrinárias que serviriam para “corrigir” a suposta imprecisão vocabular do doutrinador³.

Até mesmo fora do Direito Processual é possível verificar mencionado fenômeno. No Direito Empresarial, por exemplo, “empresa” é a qualificação de uma determinada espécie de atividade, enquanto que, no dia a dia dos cidadãos, e, até mesmo, em aulas nas faculdades de Direito (não obstante a tentativa da doutrina de que seja evitada essa postura⁴) esse conceito é utilizado para definir a própria sociedade empresária (“abrir uma empresa”, “eu tenho uma empresa”, “vendeu a empresa”). Os exemplos de situações semelhantes a essa são inúmeros, abrangendo vários outros ramos jurídicos, não somente o Direito Empresarial ou o Direito Processual.

A importância dessa averiguação se revela igualmente para fins de pôr obstáculo à falácia da ambiguidade⁵. É que esvaziar de sentido a palavra pode ser subterfúgio para preenchê-la de significados particularistas, em detrimento da consistência jurídica do conteúdo⁶.

Com efeito, realizadas as considerações acima, revela-se aqui que os termos citados no início desta introdução (“processo”, “ação”, “demanda” e “precedente”) não foram escolhidos por acaso. Não obstante ter sido afirmado que eles deveriam propiciar segurança jurídica, com a determinação de um significado claro e minimamente preciso, todas essas expressões podem ser consideradas como polissêmicas — isso quando

3 Alertando para o uso impreciso da linguagem jurídica, Neves, em uma perspectiva semiótica, aponta que “a linguagem do Direito positivo, na qualidade de linguagem ordinária pertencente ao mundo da práxis, malgrado sintaticamente organizada, é semanticamente imprecisa e pragmaticamente conflituosa” (NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 133).

4 A esse respeito, merece registro a concepção de empresa para Alberto Ascuini, para quem a empresa é um fenômeno econômico poliédrico, passível de observação a partir de diferentes lentes e perspectivas — desde o estabelecimento comercial, até a sociedade empresária (ASCUINI, Alberto. **Profili dell’impresa. Rivista del diretto commerciale**. Milão, Francesco Vallardi. XLI. 1943).

5 Sobre o tema, conferir COPI, Irving M, & COHEN, Carl. Introduction to Logic. Upper Saddle River, N.J: Pearson/Prentice Hall. 2014, p. 79: “Many disputes, whether about beliefs or about attitudes, are genuine. However, some disputes are merely verbal, arising only as a result of linguistic misunderstanding. The terms used by the disputing parties may have more than one meaning—they may be ambiguous—but such ambiguity may be unrecognized by the disputing parties. To uncover and to resolve verbal disagreements, ambiguities must be identified, and the alternative meanings of the critical terms in the dispute must be distinguished and clarified”.

6 Esse tema é objeto de amplos debates de linguística, em especial pelos autores da semiótica. Examinando a relação entre poder e linguagem, ver Roland Barthes para que o “poder, desde toda a eternidade humana, é a linguagem — ou, para ser mais preciso, sua expressão obrigatória: a língua” (BARTHES, Roland. **Elementos de semiologia**. São Paulo: Cultrix, 1979, pp. 11-12).

não se prestam a rotular fenômenos por meio de metonímia ou sinédoque⁷, exatamente conforme foi apontado mais acima.

Inicia-se, apenas a título de exemplo, com o vocábulo “processo”, que pode ser sinônimo de procedimento em contraditório⁸, relação jurídica ou conjunto de relações jurídicas⁹, autos processuais, demandas judiciais, sem óbice de indubitáveis outros

7 No magistério de Napoleão Nunes de Almeida, sinédoque corresponde ao “emprego de uma palavra em lugar de outra na qual está compreendida”, enquanto metonímia diz respeito a uma “simples variante da sinédoque; são denominações essas de distinção tão sutil que há autores que dão como exemplo de metonímia aquilo mesmo que outros subordinam à sinédoque (...)”. (ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Dicionário de questões vernáculas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 514).

8 “Como repetido, o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor não possa obliterar as suas atividades”(FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119). Como bem lembram Cintra, Grinover e Dinamarco, em menção à doutrina de Elio Fazzalari, com a observação de que para eles “é lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª Edição. Revista e atualizada até 15.2.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 303). Em uma menção mais recente ao processo como “procedimento estruturado em contraditório”, também fazendo referência à obra de Elio Fazzalari: DIDIER, Fredie. **Teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 87. É interessante destacar, todavia, que Didier ressalva a possibilidade de existir processo sem contraditório, sendo o contraditório apenas um requisito de validade, e não de existência do processo. Processo como procedimento em contraditório serviria bem para classificar o processo jurisdicional em países de cunho democrático, tal como é no Brasil. Também o próprio autor destaca que já se fala, inclusive, em direito fundamental à processualização dos procedimentos, haja vista não se conceber a possibilidade de atuação estatal que não seja processual, marcada pelo contraditório (DIDIER, Fredie. *Op cit.* 2018, p. 87).

9 Deve-se à Bülow a classificação de processo como relação jurídica, feita no início de seu livro sobre exceções e pressupostos processuais (“*BÜLOW, OSCAR V. Die lebre von den Processeinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen, Roth, 1868*”; versão consultada neste trabalho, em espanhol: BÜLOW, Oslar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJA, 1964, p. 1-4). Conforme afirma Bernardo B. Queiroz de Moraes, essa construção foi influenciada pela doutrina de Savigny sobre relação jurídica: “Dito em outras palavras: não pode restar dúvida que a originalidade da construção de Bülow é uma evidente derivação da teoria desenvolvida por Savigny e da sua escolha da relação jurídica como conceito chave de todo o direito. Até porque a concepção de Bülow de relação jurídica é claramente ligada à ideia de uma relação jurídica de direito material (MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia**. São Paulo: YK, 2018, p. 103). No Direito Brasileiro, já considerando as críticas feitas à concepção de Bülow e em obra mais recente, é possível citar Fredie Didier Jr., para quem processos o conjunto de relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc. Por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam uma única relação jurídica, que também se chama processo.” (DIDIER, Fredie. *Op cit.* 2018, p. 88- 89). Antes de Fredie Didier, em clássica obra sobre teoria geral do processo, foram feitas observações pertinentes por Cintra, Grinover e Dinamarco a respeito da dificuldade de considerar processo e relação jurídica processual como sinônimos, haja vista que, para eles, “o processo é um entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno processo mostra que, se ele não pode ser confundido como o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga,), também não se exaure no conceito puro e simples de relação jurídica processual” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.* p. 303).

fenômenos também entendidos como processo dentro do ramo do Direito Processual¹⁰.

Da mesma forma a palavra “ação”, que, na prática, é constantemente rotulada como sinônimo de “processo”; de “demanda”¹¹; de “direito” (por metonímia)¹², de exercício de um “complexo de situações jurídicas”¹³, sendo, até mesmo, utilizada (sem a devida percepção) por diversos profissionais como uma referência inconsciente à judicialização da ação de direito material que a parte poderia ter exercido contra um particular, no lugar da ação processual que é ajuizada contra o Estado em face desse particular. É a comum expressão: “Fulano ajuizou uma ação contra Ciclano”, que deveria ser entendida como “Fulano ajuizou uma ação processual contra o Estado, em face de Ciclano”¹⁴.

Idêntica constatação se verifica em relação ao vocábulo “demanda”. Também há marcante polissemia. Marcelo Pacheco Machado, em tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, reforça isso, especialmente apontando essa variação de

10 Uma concepção interessante é a de processo como método de produção de normas jurídicas: “Sob o enfoque da *Teoria da Norma Jurídica*, processos é o método de produção de normas jurídicas; é, pois, método de exercício de poder. O poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercida *processualmente*. Assim, fala-se em *processo legislativo* (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), *processo administrativo* (produção de normas gerais e individualizadas pela Administração) e *processo jurisdicional* (produção de normas pela jurisdição). É possível, ainda, conceber o *processo negocial*, método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada.” (DIDIER, Fredie. *Op cit.* 2018, p. 85)..

11 Isso é perceptível até mesmo do título da obra de Araken de Assis: ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1989. Afirmando que “A ação é um ato jurídico. Trata-se do exercício do direito de ação. Também é conhecida como demanda”: (DIDIER JR., Fredie. *O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. Revista de Processo, n. 210*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 51). Nas conversas do dia a dia forense e entre leigos também a noção de demanda como ação é bastante utilizada no Brasil.

12 “A ação constitui direito ou poder, cujo exercício tem em vista a tutela jurisdicional” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo**. 6ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 97). Sobre o desenvolvimento das teorias sobre o conceito de ação até o CPC/2015, concluindo com importante perspectiva, que é a de “Direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo”, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: Artigos 1º ao 69**. (dir. Luiz Guilherme Marinoni. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 290-316.

13 “Direito de ação é o direito fundamental (situação jurídica, portanto) composto por um conjunto de situações jurídicas, que garantem ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. É direito fundamental que resulta da incidência de diversas normas constitucionais, como os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (...)” (DIDIER JR., Fredie. *Op cit.* 2012, p. 51). Na mesma linha: “O Direito de ação é, como qualquer direito, uma situação jurídica. Sucede que o conceito deste direito é complexo: trata-se de direito composto por uma infinidade de situações jurídicas”. (DIDIER JR., Fredie. *Op cit.* 2012, p. 52).

14 SILVA, Ovídio Baptista da. Direito subjetivo, Pretensão de Direito Material e ação. In: MACHADO, F. C; AMARAL, G. R; OLIVEIRA, C. A. A. de...[et al.]. **Polêmica Sobre a Ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15-39.

sentidos no CPC/1973¹⁵, tal como fez Dinamarco¹⁶, denunciando uma multiplicidade de sentidos que faz com que grandes doutrinadores entrem em contradição, o que jamais retira da obra o seu valor, ainda mais quando se considera inevitável essa multiplicidade de significados.

Com efeito, dos exemplos acima listados, o último que resta é o conceito de “precedente”. Ele foi deixado propositalmente por último, em razão de ser o objeto principal do presente trabalho.

O objetivo geral ao qual este artigo se propõe pode ser definido da seguinte forma: evidenciar, por meio de uma revisão bibliográfica (método de pesquisa aqui adotado), uma multiplicidade de sentidos existentes nas obras doutrinárias brasileiras a respeito do que é “precedente”, assim como também apontar possíveis razões para essa multiplicidade.

Também será ressaltada neste trabalho a eventual falta de cautela que a doutrina possui com relação à polissemia do termo “precedente”, seja por importar conceitos do direito estrangeiro sem a devida observação de como o suposto fenômeno a ser rotulado ocorre no nosso ordenamento, seja pelo desconhecimento — ou a deliberada desconsideração — das suas raízes históricas, tanto no Direito estrangeiro quanto no Direito nacional.

2. O CONCEITO DE PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Precedente e sua natureza jurídica para a doutrina brasileira

Ao conceituar precedentes, ao menos em sua dimensão jurídica, a doutrina brasileira contemporânea parece concordar em compreendê-los como produto

15 MACHADO, Marcelo Pacheco. **Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência**. São Paulo, 2013. 272 p. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP, p. 12-14.

16 “O vocábulo demanda, em seu correto sentido técnico, é de uso menos antigo na linguagem brasileira do processos, sendo algumas vezes empregado com significados diferentes, que não correspondem ao conceito de ato de postulação de tutela ao órgão jurisdicional (supra, n. 508). O próprio Código de Processo Civil de 1973 o empregava com significados diferentes, certamente pela pouca familiaridade dos operadores brasileiros do direito e do próprio legislador com esse vocábulo em seu sentido técnico - e também na linguagem praticada na doutrina brasileira esse vocábulo era e é muitas vezes empregados em outros sentidos menos corretos, o que pode criar dúvidas interpretativas e algumas dificuldades para o bom entendimento dos textos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume II**. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 129).

decorrente da interpretação de um pronunciamento decisório¹⁷. Trata-se, portanto, das razões extraídas de um determinado pronunciamento. Essas razões, para serem precedentes, precisam ser fundamentais para a solução da questão que foi decidida¹⁸. Além disso, devem ser obtidas por meio de um processo hermenêutico indutivo¹⁹ e possuir relevância jurídica e/ou força normativa, que para alguns, por restringirem suas teorias a determinados tipos de pronunciamento (dimensão institucional ou funcional²⁰), “vinculariam” normativamente outros magistrados pelo simples fato de se configurarem como fonte qualificada de interpretação do Direito²¹. Elas (as razões) são, portanto, consequência lógica do próprio Direito, que, quando objeto de decisão judicial, é sempre fruto de uma relação complexa de interação entre intérprete e texto legal²².

Eis que surge, a partir desse ponto, algumas divergências doutrinárias a serem observadas, para além da questão da vinculação, que também será abordada em tópico próprio neste escrito.

2.1.1. Precedente como fonte e como norma. A metonímia a ser considerada. Ademais, o problema de quem é o autor de precedente.

Em primeiro lugar, o conceito de precedente já existe há mais de 300 anos,

17 Didier Jr. define precedente, em sentido estrito, como sendo “a própria *ratio decidendi*” e, em sentido lato, “é a decisão tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 455).

18 MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 99.

19 Sobre o exercício indutiva que realiza o magistrado ao decidir o caso concreto: Fredie Didier Jr. ensina: “extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular), extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada. Só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada. (DIDIER JR. Fredie *et al.* *Op. Cit.* 2016, p. 460).

20 Valendo-se do vocábulo “funcional”: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.99.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 98.

21 MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 98.

22 Nas palavras de Eros Grau igualmente leciona: “Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma da decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. V.).

sofrendo modificações com o desenvolver do tempo²³. Trata-se de conceito notadamente de Direito estrangeiro, mas que foi ao menos considerado como referencial no Direito brasileiro desde antes da época do Império²⁴, ainda que de forma diversa da que se entende hoje e também da que se entendia em outros ordenamentos.

No que concerne a essa constatação, dois aspectos são interessantes. O primeiro deles, abordado neste tópico, é de que a doutrina e jurisprudência brasileiras valem-se de uma figura de linguagem denominada de “metonímia” ao referirem-se a precedente,,de modo a passar a ideia (por simples consequência linguística) de que tanto o pronunciamento quanto a própria norma seriam precedentes²⁵.

É o que ocorre, por exemplo, quando se observa o próprio Superior Tribunal de Justiça afirmar que “foram superados os seguintes precedentes”²⁶, e citar o número dos julgados, que por uma lógica seriam a fonte dos precedentes, e não o próprio precedente. Também se vê isso quando há menção “às razões de determinado precedente”, ou a utilização de expressões tais como “lê-se em precedente”, “colhe-se dos seguintes precedentes” ou até mesmo “seguem os precedentes”.

Da mesma forma, também é comum ver a menção às ementas do julgado como se fossem precedentes, algo muito comum em decisões²⁷ e em petições da advocacia brasileira. Também se cuida de metonímia, pois de fato não há como rotular um fenômeno normativo tão complexo sem dissociar da fonte. Ao se observar decisões²⁸ e petições colacionando ementas e citando-as como precedentes, em verdade deve-se

23 DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 31-35.

24 Seixas, em dissertação de mestrado dedicada ao tema, pondera a importância dos precedentes judiciais no Brasil, ainda na condição de colônia lusitana. À época, esse autor identificou “em Portugal um recrudescimento da relevância dada aos precedentes judiciais dos tribunais superiores, os quais passaram a ter, a partir da segunda metade do século XVI, notória audiência na doutrina, que se dedicara à sua compilação e comentário, passando a ser por ela conduzida. Não causa espanto, portanto, que tenha sido intitulada pela doutrina de *Idade das Decisões e Casos Julgados* a era que sucedera à *Idade da Glosa e da Opinião Comum*”. (SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro: Colônia e Império*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal da Bahia 2014, p. 55).

25 Nesse sentido, merece registro a sistematização proposta por Didier Jr. et al. em precedente em sentido amplo para designar “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” e precedente em sentido como “sendo a própria *ration decidendi*”. (DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. Cit.* 2016, p. 455).

26 A título de exemplo, em recente acórdão nos autos do CC 147784/PR: “2. Superados os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça que dispunham de modo diverso: AgRg no CC n. 135.694 / GO, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina (...)” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Conflito de Competência 147784/PR*. Rel. Min. Mauro Campbell. Primeira Seção. Data de julgamento: 24/04/2021).

27 Cf., por exemplo: AgInt nos EDcl no AREsp 1954161/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2022, DJe 23/02/2022, no qual o voto que deu origem ao acórdão vencedor colaciona uma série de ementas e as introduz com a expressão “Nesse sentido, seguem os precedentes”.

28 Como por exemplo, a seguinte, na qual se afirma “como demonstram os seguintes precedentes”, e depois é colacionado um conjunto de ementas: AgInt no REsp 1953589/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2022, DJe 23/02/2022.

(ou ao menos se deveria) compreender que os subscritores referem-se às razões dos precedentes, sintetizadas nas ementa²⁹.

Por fim, vemos também a menção a precedentes como as “teses” jurídicas firmadas por meio da sistemática de resolução de casos repetitivos³⁰, que também são chamadas pelo próprio CPC, em determinado momento, de “entendimento(s)”. À guisa de exemplificação, vale mencionar a variada designação vocabular conferida aos arts. 311 (hipóteses de concessão de tutela de evidência) e 332 (hipóteses de improcedência liminar do pedido).

Explica-se. No inciso II do art. 311, há menção ao termo “tese firmada” em alusão ao precedente formado por ocasião do julgamento de casos repetitivos — terminologia abrangente para compreender os recursos especiais e extraordinários repetitivos e o IRDR — ou as súmulas vinculantes. Em sentido variado, o inciso II do art. 332 menciona o termo “acórdão”, em referência ao precedente formado em julgamento dos recursos repetitivos no STF e STJ. Imediatamente no inciso posterior (inciso III), o legislador se valeu do termo “entendimento” para fins de indicação do precedente extraído do julgamento de IRDR e IAC. Sem sombra de dúvidas é uma celeuma.

É de ver que a metonímia se revela em via dupla. A primeira ocorre na utilização de termos anexos ao conceito de precedente, designando-o³¹. A segunda ocorre no emprego do termo “precedente” em sentido diverso, fazendo referência ao pronunciamento judicial, sem que se preste como diretriz à resolução de caso futuro que seja ou, até mesmo, à jurisprudência.

Um exemplo interessante de utilização do conceito de precedentes referindo-se à fonte em vez da norma pode ser observado em Rodolfo Camargo Mancuso, conforme se observa:

Pela expressão precedente se devem compreender: (i) o julgamento de um caso concreto, num dado órgão judicial, precipuamente colegiado (acórdão) podendo, excepcionalmente, ocorrer em órgão monocrático (v.g., CPC, art. 932, IV, a; V, a; (ii) o acórdão no processo afetado com repercussão geral (STF) ou considerado

29 Inclusive, é pertinente mencionar o caso ocorrido no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que, conforme relembrou Hermes Zaneti Jr. (ZANETI JR, Hermes. *Precedentes (Treat Like Cases Alike)* e o novo código de processo civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria dogmática dos precedentes no Brasil. In: ALVIM, T. A; DIDIER JR., F. (org.). **Precedentes: Execução: Procedimentos especiais. Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. 6**. 2. ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. Thomson Reuters Brasil, 2018, tópico 3, rodapé 48.), em menção à obra de Fredie Didier, Rafael Alexandria e Paula Sarno (DIDIER, JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Oliveira, Rafael. *Op cit.* 2016, vol. 2, p. 386, nota 25), fez alterações no art. 208 do seu regimento interno para estabelecer que a ementa faz parte do acórdão prolatado e que nela deve estar explicitada a *ratio decidendi*.

30 Essa afirmação depreende-se da própria leitura do diploma legal. Isto é, de uma opção vocabular do legislador, imiscuindo conceitos afins em terminologias imprecisas ou amplas.

31 É o que ocorre, por exemplo, nos arts. 311 e 332 do CPC, retomados, em que os termos “entendimento”, “acórdão” e “tese” são usados no lugar de “precedente”, designando-o.

como representativo de controvérsia (STJ), para fim de julgamento em bloco, ou por amostragem, com vistas à extensão daquela decisão-quadro aos processos replicados, sobrestados nos Tribunais de origem — CPC, art. 1.040 e incisos; (iii) o posicionamento do STJ que dirime divergência entre o entendimento firmado por Turma de Uniformização no âmbito dos Juizados Especiais Federais e súmula ou jurisprudência dominante daquele Tribunal (Lei 10.359/2001, § 4º do art. 14); (iv) os acórdãos de Cortes superiores que, posto isolados, revelam-se emblemáticos, seja pela relevância da matéria ou pela consistência ou singularidade da fundamentação, que lhes agrega aptidão para exercerem eficácia impositiva sobre casos análogos em trâmite nos demais órgãos judiciais (novo CPC, art. 927, III); (v) os acórdãos firmados no Plenário ou no Órgão Especial dos Tribunais, seja como *Questões de Ordem*, seja nos incidentes de arguição de inconstitucionalidade (CPC § único do art. 949), ou ainda aqueles firmados ao cabo do incidente de *assunção de competência* (CPC, § 3º do art. 947); (vi) a *tese jurídica* firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 985 e incisos)³².

Nesse sentido, conforme pontuam Lênio Streck e Igor Raatz, ainda que sem refletirem sobre a metonímia aqui citada — mas já denunciando essa posição como um pressuposto —, é incoerente negar que precedentes também são texto. São tanto fonte quanto norma. Não há como distinguir, quando se observa que o próprio precedente será objeto de interpretação por parte do magistrado quando for aplicar suas razões. Essas razões do precedente (como fonte) serão extraídas pelo magistrado “aplicador” por meio de um processo hermenêutico, dando origem à norma precedente (como produto normativo), fruto das razões indicadas como determinantes pelo julgado³³.

Neil Duxbury já refletiu também sobre o tema, especialmente no que diz respeito a quem produzirá o precedente, se é a Corte que produziu o julgado cujas razões serão extraídas ou se é o novo intérprete, levando-se em conta que a norma do precedente, em tese, será extraída também de uma nova interpretação. Para ele, é difícil conceber que a

32 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes**. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 499.

33 Lênio Streck e Igor Raatz: “Ora, o problema da indeterminação do direito, que Hart apontou como “textura aberta do direito” não deixa de ser um desdobramento no caráter indeterminado da linguagem, e que, portanto, também estará refletido na interpretação do mecanismo vinculante e do “precedente”, na medida em que estes também são textos. É interessante que isso há muito foi notado por Ascarelli — fonte da qual os italianos beberam os elementos para formar a sua dissociação entre texto e norma — para quem “l’equivocità del testo è superata solo nel momento dell’applicazione della norma all’uopo formulata; norma che torna a sua volta poi ad essere ‘testo’ per le applicazioni successive”. Portanto, também o “precedente” será alvo de sucessivas interpretações e, sendo ele texto, também será marcado pela vagueza e ambiguidade inerentes à linguagem. Mesmo que gravados pelo “selo da obrigatoriedade/autoridade” são incapazes de, por si só, impedir o problema da indeterminação do direito. Por isso que o “precedente”, pensado nessa postura objetivista e subsuntiva, será rapidamente “alargado” pelos juízes futuros a fim de conseguirem subsumi-lo no caso decidendo. Ele não deixará de ser uma espécie de premissa maior, dentro da qual o juiz tentará encaixar o caso, a sua premissa menor do silogismo judicial e, na medida em que não consiga fazê-lo, irá deixar de lado as suas especificidades, até que “caiba” dentro do precedente. Esse é um risco da tentativa de importar modelos estrangeiros, construídos e solidificados numa cultura jurídica bastante distinta da nossa” (STRECK, Lênio Luiz; RAATZ, Igor. **A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”**. Revista de Processo. Ano 41. Vol. 262. Dezembro. 2016. p. 404).

ratio pode ser obtida retrospectivamente por uma corte posterior, não obstante isso ser um problema para os estudiosos de precedentes³⁴.

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni, que foi alvo de críticas feitas expressamente por Lenio Streck e Igor Raatz por meio do texto cujo posicionamento foi citado acima³⁵, ao refletir sobre o que ele chama de “problema relativo a se saber quem define a *ratio decidendi*” (em trabalho anterior às críticas feitas por Streck e Raatz), concluiu não haver dúvidas de que, mesmo que a *ratio decidendi* seja produto da corte que elaborou o precedente, ainda assim isso não isentará os magistrados do futuro a interpretá-la perante os novos casos sob julgamento. E completa Marinoni:

Note-se que, ao se supor que a Corte subsequente cria o precedente, estabeleça-se um efeito retroativo, não desejável e admissível quando se têm em conta a segurança jurídica e a previsibilidade. O novo caso dá à Corte posterior apenas a possibilidade de compreender o precedente, que existe desde quando instituído pela primitiva Corte³⁶.

Não há como olvidar, contudo, hipóteses em que o precedente indubitavelmente é concebido com essa qualidade desde sua origem. Isto é, hipóteses em que o pronunciamento judicial é qualificado como precedente por força de uma qualidade inerente à circunstância de sua exarcação³⁷. É o que ocorre, por exemplo, nos casos do precedente constitucional extraído de julgamento de controle abstrato de constitucionalidade no STF, o denominado “processo objetivo”. Nesse caso, não é uma cadeia posterior de aplicação do precedente que o define como tal, mas uma qualidade inerente ao pronunciamento — qualidade essa extraída da lei ou do sistema.

34 “It is doubtful that there is any common law court which would accept as a convention the blunt proposition that the ratio of a case is created retrospectively. One reason judges might be expected to resist such a convention is that accepting it would make it difficult to argue that a court had misunderstood the ratio of an earlier case.” (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova Iorque: Cambridge University Press. 2008. p. 74).

35 Lênio Streck e Igor Raatz criticam os aderentes à denominada “teoria dos precedentes à brasileira”. Para esses autores, o equívoco dos precedentistas brasileiros situa-se na incorreta separação entre texto e norma, em uma tentativa de crítica a um modelo de formalismo jurídico há muito superado. Nas palavras dos autores: Como texto e norma estão, para eles, separados, essa dação de sentido é realizada de modo voluntarista, de modo que os novos ‘oráculos do sentido do texto normativo’ figuram como o canário do conto machadiano: são livres para, com a sua subjetividade, atribuir os limites do mundo do Direito” (STRECK, Lênio Luiz; RAATZ, Igor. *Op. cit.* 2016. p. 406).

36 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 163.

37 Essa possibilidade não escapa às críticas formuladas por Lênio Streck e Igor Raatz, para quem essa espécie de precedente “aparece como uma regra especial que, na linha da crítica de Dworkin ao positivismo, pode ser identificada e distinguida com auxílio de critérios específicos, melhor dizendo, com base em testes que não têm a ver com o seu conteúdo, mas com a maneira pela qual forma adotadas ou formuladas (*pedigree*)” (STRECK, Lênio Luiz; RAATZ, Igor. *Op. cit.* 2016. p. 401).

2.1.2. O problema do critério institucional ou funcional: que órgão jurisdicional pode produzir precedentes?

Como dito, o conceito de precedentes é fruto de uma evolução histórica de muitos séculos. Essa constatação possibilitou as observações feitas no tópico anterior, mas também dá origem a uma segunda gama de observações, que pode ser resumida na pergunta de como esse conceito é utilizado no Direito brasileiro.

No presente subtópico, será analisada a divergência entre doutrinadores nacionais sobre que cortes podem produzir precedentes, verificando algumas produções de fôlego sobre o tema, com o objetivo de classificar suas principais justificativas. Nos seguintes, outros pontos que são objeto de discussão serão abordados, com o objetivo de evidenciar a incerteza a respeito do conceito aqui analisado.

Até período recente, o Direito Processual foi marcado por uma evidente tendência rotulada pela doutrina como cognitivista, a se compreender que da lei seria possível extrair um sentido exato e unívoco, e que o objetivo principal da função jurisdicional seria o de fazer valer a vontade concreta da lei, ignorando-se que “todos os juízes reconstruem o direito a partir dos elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica”³⁸. Não havia, tal como hoje há, uma compreensão difundida (ao menos pela doutrina) da distinção entre texto legal e norma jurídica, e isso é relevante para refletir se realmente haveria falar em uma concepção precedentalista no direito brasileiro tal como a noção de *stare decisis* é concebida hoje pela doutrina tanto brasileira³⁹ quanto estrangeira⁴⁰.

A questão central envolve a divergência verificada no âmbito da chamada “*dimensão institucional*”⁴¹ dos precedentes. Trata-se de discussão acerca de qual corte judiciária seria apta a produzir precedentes e por quê. Para tanto, é necessário compreender algumas das principais posições sobre o tema.

38 MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 p. 1076.

39 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

40 DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008.

41 O professor italiano, Michele Taruffo, explica a existência de quatro dimensões dos precedentes, quais sejam: (i) dimensão institucional; (ii) dimensão objetiva; (iii) dimensão estrutural; e (iv) dimensão da eficácia. Quanto à dimensão institucional, o autor explica: “*La dimensione istituzionale del precedente rileva in quanto l'uso del precedente è strettamente connesso a fattori che attengono all'organizzazione giudiziaria e al modo i rapporti di autorità si atteggiavano entro il sistema delle corti. la decisione di una corte rappresenta un precedente idoneo ad influenzare una decisione successiva della stessa o di un'altra corte, e questione che dipende anche dall'assetto istituzionale degli organi che amministrano giustizia*” (TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. **Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. v. 48, n. 2. 1994. p. 416).

De um lado, nota-se os pensamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que em sua ampla produção compreendem os precedentes como um produto a ser produzido, em regra, pelas Cortes que eles intitulam como Supremas. Segundo Marinoni, em obra que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, as cortes de vértice da *civil law* seguiram o modelo proposto por Piero Calamandrei, que tinham como base uma perspectiva cognitivista de atividade jurisdicional. Essa perspectiva, segundo o autor, estaria equivocada e, em razão disso, seria necessária uma mudança de compreensão da função que é exercida pelas cortes de Vértice no Brasil⁴².

Daniel Mitidiero defende noção similar ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça no Brasil, por serem eles responsáveis, respectivamente, por dar a última palavra a respeito da interpretação da Constituição⁴³ e da legislação infraconstitucional federal na ordem jurídica brasileira, devem ser pensados como Cortes Supremas, a fim de que se possa reconstruí-los em termos conceituais, estruturais, funcionais e da eficácia a partir de um quadro teórico capaz de fornecer soluções coerentes aos problemas ligados à interpretação judicial no Estado Constitucional⁴⁴. E completa o referido autor: “nessa linha, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser pensados como cortes de interpretação e não como cortes de controle, como cortes de precedentes e não como cortes de jurisprudência, tendo autogoverno e sendo dotados de meios idôneos para consecução da tutela do direito em uma dimensão geral de forma isonômica e segura”⁴⁵.

Fixadas essas premissas, tanto Marinoni quanto Mitidiero compreendem que precedentes só podem ser produzidos por Cortes de vértice, por eles compreendidas como Cortes Supremas. A fundamentação para tal premissa se dá basicamente pela constatação de que essas cortes exercem função diversa das por eles entendidas como “Cortes de Justiça”, e, além disso, estariam em um local “hierarquicamente” superior, na deter-

42 MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Cortes de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, capítulo 3, p. RB-4.1.

43 Refutando a tese da última palavra, em recente obra, Marinoni parece ter superado posicionamento anteriormente defendido quanto a pertencer às Cortes Supremas a última palavra. Ao discorrer sobre o fenômeno do *backlash*, admite que “se o Judiciário tem poder para rever determinadas decisões parlamentares acerca de desacordos morais razoáveis, e se não há que se falar em ‘última palavra’ da Corte, o *backlash* não somente é uma consequência natural e necessária do fato de o Judiciário ter uma grande parcela de responsabilidade diante da reivindicação de direitos constitucionais por parte das pessoas, mas uma coerente e democrática forma de a população tentar dialogar com a Corte e com o Parlamento sobre que, indiscutivelmente, lhe diz respeito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op cit.* 2021. pp. 175-176). Não é esse, contudo, o posicionamento de Mitidiero, para quem a Corte de Precedente está “encarregada de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal” MITIDIERO, Daniel. *Op cit.* 2018, p. 84).

44 *Ibidem.* p. 93.

45 *Ibidem.*

minação do sentido do Direito (constitucional ou infraconstitucional federal)⁴⁶.

Enquanto que, para os citados autores, as Cortes Supremas teriam uma função de atuar como “cortes de precedentes”, sendo “cortes de interpretação” e não “cortes de controle”, sendo “cortes de precedentes” e não “cortes de jurisprudência”⁴⁷; as outras cortes teriam, portanto, a finalidade de exercer esse papel de cortes que eles chamam de justiça, que seriam justamente os tribunais incumbidos da missão de “julgar o caso concreto e uniformizar a jurisprudência”. Daí a defesa de Mitidiero à limitação do cabimento da reclamação às Cortes Supremas, vez que caberia a essas cortes a definição do sentido do Direito, e, às Cortes de Justiça o respectivo controle de sua aplicação⁴⁸.

Essa concepção é alvo de críticas por parte da doutrina. Neste subtópico serão mencionadas as voltadas à questão funcional, não obstante as teses de Marinoni e Mitidiero darem origem a uma concepção de precedentes que se relaciona ao aspecto da vinculação e demais outros que serão abordados em momentos seguintes deste trabalho.

Em primeiro lugar, conforme já brevemente adiantado, no Direito brasileiro há uma noção de precedente que, ao menos em tese, seria passível de ser reduzida à ideia de julgado anterior. Essa concepção norteia a compreensão nacional, ainda mais pelos longos anos que essa expressão vem sendo utilizada.

Tabela 1 – Respeito aos precedentes no Direito do Brasil colonial.

*	Conceito	Requisitos	Publicação	Eficácia	Superação
Aresto	Precedente judicial.	Somente os precedentes dos tribunais superiores eram considerados arestos.	Os arestos não eram publicados em coletâneas oficiais, mas eram analisados (<i>reports</i>) e, em alguns casos, reproduzidos (<i>records</i>) nas obras dos decisionistas. Também eram resumidamente mencionados nas obras dos praxistas.	A doutrina diverge quanto à eficácia dos arestos da Casa da Suplicação. Alguns juristas defendem a eficácia vinculante dos arestos para casos semelhantes, outros não atribuem aos arestos qualquer autoridade para além do caso concreto.	Embora não houvesse teorização sobre a superação ou revogação de arestos, é possível se imaginar que a argumentação jurídica enfatizaria a hierarquia do órgão judiciário que proferiu o aresto para justificar a revogação de outro aresto.

46 Marinoni aduz que a “transformação da função das Cortes Supremas de *civil law* tem consequências sobre o modelo de julgamento dos recursos e sobre o comportamento esperado dos julgadores. O modelo de julgamento preocupado com a resolução do caso considerava o debate entre as teses conflitantes como algo animado especialmente pelo interesse dos litigantes em sustentar as suas respectivas posições. Atualmente, uma vez que a adequada discussão está ligada à função essencialmente pública de definição do sentido do direito, estimula-se o debate para o aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas e conseqüente elaboração do precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op cit.* 2015. p. 26)

47 MITIDIERO, Daniel. *Op cit.* 2018, p. 93

48 Na concepção desse autor, é da função das Cortes de Justiça “exercer o controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância, e uniformizar a jurisprudência” (MITIDIERO, Daniel. *Op cit* 2018. p. 81).

Quadro: Fonte: Dissertação de mestrado, Marcus Seixas⁴⁹

Essa mesma fórmula de “precedente” se repete no Brasil Império. É de se destacar que Seixas adota em ambos os esquemas uma noção mais ampla de precedentes, ao afirmar que “Somente os precedentes dos tribunais superiores podem ser considerados arestos”⁵⁰, dando entender que outras decisões de outros tribunais também poderiam ser consideradas precedentes, ainda que não se enquadrassem no conceito de aresto. Não obstante o brilhantismo da pesquisa, trata-se de uma visão equivocada, pois o próprio autor estabelece que naquela época precedentes eram entendidos como arestos, isso ao afirmar que, por exemplo, “as opiniões do marquês de São Vicente e de Joaquim Ribas expressam a convicção geral da época de que os juízes não eram obrigados a seguir precedentes judiciais, então também chamados de arestos”⁵¹.

Portanto, da leitura do quadro acima exposto, fruto de aprofundada pesquisa histórica sobre o Direito brasileiro, percebe-se que também no Brasil a figura de precedentes era comumente associada pela doutrina à ideia de produção das Cortes Superiores, assim intitulados como arestos, e tais julgados somente poderiam ser produzidos por essas cortes, segundo aponta Marcus Seixas. Contudo, da leitura do que Seixas entende como precedente, verifica-se que aparentemente ele compreende não haver uma limitação funcional para o conceito, haja vista que, na sua concepção, “toda decisão produz precedente judicial, podendo ele ser vinculante ou persuasivo”⁵².

No início de sua dissertação, Seixas fixa o que entende como precedentes, e aparentemente ele utiliza esse conceito (mais amplo do que o existente à época) para rotular aqueles fenômenos anteriores. Ocorre que a compreensão de precedentes, em todas as suas dimensões, não se confunde com aquela usada pelo autor, segundo aponta sua própria pesquisa. A mesma crítica pode ser feita ao texto de Seixas conjuntamente com

49 SOUZA, Marcus Seixas. *Op cit.* 2014, p. 87.

50 SOUZA, *Op cit.* 2014, p. 87 e p. 125.

51 SOUZA, Marcus Seixas. *Op cit.* 2014, p. 129.

52 *Ibidem*, p. 34. Também é possível observar das seguintes afirmações, fazendo menção, até mesmo, a juízo singular: “Ao fundamentar a sentença judicial o juiz concebe uma tese jurídica que justifica o comando normativo de seu dispositivo e, conseqüentemente, a resolução do conflito submetido à sua apreciação. Como já se afirmou acima, em oposição à norma jurídica do caso, o precedente judicial contempla uma norma jurídica geral (*a ratio decidendi*) que em regra não é propriamente identificada pelo juiz que julgou o caso, mas pelos julgadores que posteriormente estudam os casos precedentes em busca de referência paradigmática para os novos problemas” (*Ibidem*, p. 30).

Fredie Didier Jr. que, não obstante ser amplamente aprofundado e trazer importantíssima análise da legislação brasileira a respeito do tema, aqui amplamente consultada neste artigo; incorre em aparente equívoco ao afirmar que o “respeito ao precedentes” tal como concebido nos dias atuais seria uma diretriz histórica no direito brasileiro, quando imperava um cenário completamente distinto de concepção de fontes de direito, de hermenêutica jurídica e até mesmo de precedentes, especialmente no que toca às noções adotadas pelos autores acerca do que seria um precedente.

Ademais, retornando ao ponto central da análise ora feita, vale mencionar aqui outros processualistas que possuem compreensão diversa da de Marinoni e Mitidiero a respeito de quais cortes podem produzir precedentes.

Para Fredie Didier Jr., conforme se depreende dos volumes 2 e 3 de seu “Curso de Direito Processual Civil”, as Cortes de Justiça produzem precedentes, e tal possibilidade se encontra, segundo o autor, no próprio CPC, isso para além da sua própria compreensão do que seria um precedente, semelhante ao entendimento de Marcus Seixas, exposto acima.

Conforme se percebe, ao versar sobre o art. 927, V, do CPC/2015, que afirma que “Os juízes e os tribunais observarão (...) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, Didier é expresso em apontar que essa orientação é fruto de precedentes, que podem ser produzidos tanto por tribunais superiores quanto por cortes de justiça. Eis as suas palavras:

Diante disso, precedentes do:

a) plenário do STF, sobre matéria constitucional, vinculam todos os tribunais e juízes brasileiros;

b) plenário e órgão especial do STJ, em matéria de direito federal infraconstitucional, vinculam o próprio STJ, bem como TRFs, TJs e juízes (federais e estaduais) a ele vinculados;

(...)

c) plenário e órgão especial do TRF vinculam o próprio TRF, bem como juízes federais a ele vinculados;

d) plenário e órgão especial do TJ vinculam o próprio TJ, bem como juízes estaduais a ele vinculados⁵³.

No volume 3 do seu curso, por sua vez, Didier Jr., dessa vez com Leonardo Carneiro da Cunha, é enfático ao afirmar sua compreensão sobre a possibilidade de a decisão em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ser classificada como precedente judicial, em observação à afirmação de Marinoni de que não se trataria de

53 DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op cit.* 2016, p. 467.

precedente nesses casos. Eis o posicionamento dos dois citados autores:

Luiz Guilherme Marinoni entende que, no IRDR, não há formação de precedente, pois apenas resolve casos idênticos, criando uma solução para questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Já nos recursos repetitivos há formação de precedentes, pois são julgados por cortes supremas, que são as cortes de precedentes. Para ele, enquanto o IRDR pertence ao discurso do caso concreto, os precedentes dizem respeito ao discurso da ordem jurídica. Não concordamos com essa distinção. Tanto no IRDR como nos recursos repetitivos, o tribunal julga a causa e fixa o entendimento a ser seguido: da ratio decidendi do julgado surge o precedente a orientar os casos pendentes que ficaram sobrestados e, igualmente, os casos futuros que se enquadrem na mesma situação ou que se assemelhem à hipótese decidida. Para este *Curso*, inclusive, cabe IRDR em tribunais superiores. Ademais, as técnicas de aplicação de precedentes devem ser utilizadas, dentre as quais sobressai a distinção, podendo, nos casos pendentes e nos casos sucessivos, haver distinção restritiva e distinção ampliativa⁵⁴.

José Miguel Garcia Medina, ainda que reconhecendo que “Não há no CPC/2015, definição precisa do que seria ‘precedente’, nos dispositivos que usam a expressão”⁵⁵, com base em análise dos arts. 489, §1º, V e VI, 926, 2º e 927, todos do CPC, entende que “têm potencial para figurar como precedente quaisquer decisões, de quaisquer Tribunais”⁵⁶.

A lógica do citado autor se dá pela constatação de que o 926, §2º, do CPC, ao permitir a edição de súmulas aos tribunais, com base nos seus próprios precedentes, sem distinguir que tribunais seriam esses (se seriam Cortes Supremas ou Cortes de Justiça), possibilita o entendimento de que Cortes de Justiça também produzem precedentes. Da mesma forma, analisando o art. 927, Medina compreende que o dispositivo refere-se a “súmula, jurisprudência pacificada ou a tese adotada”⁵⁷, que, segundo ele pensa, “deve

54 DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 591.

55 MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 1138.

56 MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da Súmula, à luz do CPC/2015. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). Precedentes: Execução: Procedimentos especiais. Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. 6. 2. ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. Thomson Reuters Brasil, 2018, parte I: precedentes, texto 8, np, tópico 3.

57 MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da Súmula, à luz do CPC/2015. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). Precedentes: Execução: Procedimentos especiais. Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. 6. 2. ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. Thomson Reuters Brasil, 2018, parte I: precedentes, texto 8, np, tópico 3.

identificar-se com aquilo que se convencionou chamar de *ratio decidendi* (ou holding)”⁵⁸. Essa é apenas uma parcela dos requisitos considerados por Medina para qualificar um precedente como tal, que abrangem noções relacionadas ao sentido formal e material do conceito de precedente⁵⁹.

Também em resposta ao posicionamento de Marinoni mencionado no trecho de Fredie Didier Jr. transcrito mais acima, é possível citar as considerações de Humberto Theodoro Júnior, que igualmente entende que a decisão do IRDR seria precedente, inclusive fazendo paralelo a outros institutos como o incidente de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de Poder Público, no qual o decidido pelo colegiado maior funcionava como solução de questão prejudicial, e também cuja tese poderia ser aplicada a casos futuros (art. 481, parágrafo único, com acréscimos da lei 9.756/1998)⁶⁰.

Daniel Mitidiero, em reforço ao posicionamento que compartilha com Marinoni, afirma que uma de suas justificativas para a compreensão de precedentes atrelada às decisões das Cortes Supremas reside no fato de que “os precedentes não se confundem com a jurisprudência”⁶¹. Para Mitidiero, “O que os distingue da jurisprudência - ainda quando essa apresente força vinculante - é o fato de encerrarem a última palavra da administração judiciária a respeito da questão sobre a qual versam. Essa é a razão pela qual é um equívoco tratar as razões oriundas dos julgamentos das Cortes de Justiça como se precedentes fossem”⁶².

Segundo o citado autor, o fato de o CPC/2015, “ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e àqueles tomados em incidente de assunção de competência (art. 927, inc. III) no âmbito das Cortes de Justiça”⁶³, estabeleceu um rompimento com a caracterização tradicional de jurisprudência, a dar origem ao conceito chamado de “jurisprudência uniformizadora”, que se diferencia da jurisprudência por ser

58 MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da Súmula, à luz do CPC/2015. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). **Precedentes: Execução: Procedimentos especiais**. Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. 6. 2. ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. Thomson Reuters Brasil, 2018, parte I: precedentes, texto 8, np, tópico 3.

59 MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da Súmula, à luz do CPC/2015. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). **Precedentes: Execução: Procedimentos especiais**. Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. 6. 2. ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. Thomson Reuters Brasil, 2018, parte I: precedentes, texto 8, np, tópicos 3 e 4.

60 THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil – Demandas repetitivas. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). **Precedentes: Execução: Procedimentos especiais. Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. 6**. 2. ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. Thomson Reuters Brasil, 2018, parte I: precedentes, texto 7, np, tópico 2.

61 MITIDIERO, Daniel. *Op cit.* 2018, p. 96.

62 *Ibidem.* p. 96.

63 *Ibidem,* p. 97.

a primeira obrigatória, e a segunda persuasiva⁶⁴.

2.1.3. O problema da eficácia: o que significa efetivamente vincular?

A eficácia do precedente é tema que enseja considerável divergência doutrinária. Conforme apontado, um dos significados possíveis de se atribuir ao conceito de precedente é o de norma jurídica extraída do enunciado textual, bem como o próprio enunciado textual. Não por outra razão, afirmou-se tratar de texto e norma. Superada essas premissas, servem à investigação da eficácia dos precedentes os estudos encapados pelos doutrinadores da denominada teoria geral do direito

Na valiosa lição de Marcos Bernardes de Mello, poderá ser eficaz a norma “desde que se concretizem no mundo os fatos que constituem seu suporte fático”⁶⁵, isto é, tem como pressuposto essencial “a concreção de todos os elementos descritos como seu suporte fático”. Resta investigar em que medida esse conceito é adequado às idiossincrasias do precedente, bem como a forma com que a doutrina define a eficácia do precedente e identifica quando um precedente é eficaz. Duas questões se iluminam com maior proeminência. É saber o que efetivamente significa vincular, e se ainda haveria falar em precedente persuasivo no atual sistema de precedentes brasileiro. É que a regra contida no art. 927 do CPC atribui a obrigação de os juízes e tribunais observarem os pronunciamentos minudenciados nos incisos — atribuindo suposta “força vinculante” a todos os precedentes lá descritos⁶⁶.

A opção do legislador não passa indene de críticas. Não apenas por parte de autores que afirmam não ser o rol do 927 taxativo, existindo outros precedentes vinculantes, mas também por parcela da doutrina que entende que não poderia o legislador infraconstitucional conferir vinculatidade a precedentes cuja natureza eficaz seria persuasiva. No primeiro grupo, merece registro a posição de Marinoni, para quem “todas as decisões que definem a interpretação ou atribuem sentido ao direito, em demandas repetitivas ou não, têm eficácia obrigatória”⁶⁷. Dos adeptos à segunda parcela, vale re-

64 *Ibidem*, p. 97. Sobre o conceito de jurisprudência persuasiva, cf ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR ...[et al] (coord). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, p. 420.

65 MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia, 1ª parte. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31.

66 Assim compreende a maioria da doutrina, ao interpretar o termo “observarão” contido no *caput*. Nesse sentido: DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op cit.* 2016, p. 474; e ABOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. Art. 927. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1192

67 MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 22.

gistrar a posição de Cruz e Tucci, para quem haveria “inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados do controle concentrado de constitucionalidade”⁶⁸⁶⁹. Há, inclusive, quem defenda que o rol comporta itens que não possuem as características intrínsecas de um precedente. Pode-se incluir aqui comentário quanto à normatização do que seria precedente, mesmo quando versar sobre pronunciamentos que não teriam tal classificação, conforme a teoria clássica.

Na esteira dos autores que defendem a existência da eficácia persuasiva dos precedentes, além da eficácia vinculante, vale mencionar Fredie Didier Jr.. Esse autor, a partir da definição de precedente como ato-fato jurídico, aponta que esse produz efeitos independentemente da “manifestação do órgão jurisdicional que o produziu”⁷⁰. Para o referido jurista, a eficácia jurídica do precedente varia em razão do ordenamento jurídico em que é inserido. Discorrendo sobre o caso brasileiro, esse autor verifica, ao menos, seis tipos de efeitos jurídicos do precedente, quais sejam: (i) vinculante/obrigatório; (ii) persuasivo; (iii) obstativo da revisão de decisões; (iv) autorizante; (v) rescindente/deseficacizante; (vi) revisão de sentença⁷¹. A mera leitura dessa definição é suficiente para a constatação de que esse autor admite a existência de precedentes não vinculantes, cuja eficácia limita-se à indicação de uma solução para casos futuros, tratando-se de “eficácia mínima de todo precedente”⁷². No ordenamento pátrio, a existência de precedentes meramente persuasivos é verificada na existência de meios de unificação da jurisprudência, como os embargos de divergência (art. 1.043 do CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, “c” da CF)⁷³.

Marcus Seixas defende que a distinção entre a eficácia persuasiva e vinculante do precedente reside na consequência da não aplicação do precedente. Isto é, pelo comando sancionador da norma do precedente. Para esse autor, o desrespeito ao precedente persuasivo sujeita a decisão “à crítica pela doutrina e pelas partes do processo, podendo vir ou não a ser modificado pelos tribunais superiores, se estes preferirem seguir o prece-

68 CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454.

69 Igualmente nesse sentido, Scarpinella defende a necessidade de prévia autorização constitucional: “Sim, porque sou daqueles que entendem que decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização constitucional – tal qual a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional” BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil – volume único**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 972)

70 DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op cit., 2016, p. 467.

71 *Ibidem*.

72 *Ibidem*. p. 470.

73 *Ibidem*.

dente”⁷⁴.

Tradicionalmente, a distinção entre precedente vinculante e persuasivo é reduzida à diferença entre *common law* e *civil law*. Taruffo já anunciou a insuficiência dessa distinção⁷⁵. A uma pela patente aproximação entre ambos os sistemas⁷⁶. A duas, pois, mesmo na *common law*, há precedentes não vinculantes. O que define a vinculação ou não ao precedente é o comando normativo de sua aplicação posterior, e não uma qualidade intrínseca ao pronunciamento judicial — fato que denuncia a desnaturação havida com o “sistema” de precedentes à brasileira, em que se verifica uma aptidão embrionária de ser precedente, em razão do órgão judicial que exara o pronunciamento.

A compreensão da eficácia normativa, *per se*, do precedente já ilumina muitos problemas. Se é verdade que precedente é texto e norma, conforme se defendeu aqui, qual é a eficácia normativa contida em seu enunciado? Mais: como se opera a sanção normativa havida com a desobediência de um precedente? Apenas os supostos “precedentes vinculantes” (sic) são verdadeiramente normas, estando os “precedentes persuasivos” (sic) um degrau abaixo como um comando geral, uma orientação desprovida de hipótese sancionadora?

Examinando questionamentos semelhantes aos expostos acima, Duxbury reconhece a insuficiência da corrente positivista que vincula a norma jurídica à sua sanção. Forte em Hart, Duxbury explica que, ao julgar com base em precedentes, o juiz o faz não por receio da imposição de uma sanção, mas porque o precedente é visto entre juízes como a prática correta, uma norma, cujo desvio é negativamente concebido⁷⁷.

À frente, a compreensão precisa da natureza eficaz do precedente implica reconhecer a insuficiência dos paradigmas positivistas que concebem o Direito como uma ordem de coerção, submetendo a norma à sanção⁷⁸. Para Duxbury, a vinculação do precedente significa que os juízes se considerarão vinculados por eles, ou, quando menos, vinculados a tomarem-no em consideração⁷⁹. Isso não significa dizer que inexistente sanção na hipótese de violação à norma do precedente. Isto é, como norma, o precedente pode ser mais bem descrito não como uma regra legal, mas como uma instância de comunica-

74 SOUZA, Marcus Seixas. *Op cit.* 2014, p. 34.

75 TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. *Op cit.* 2014, p. 8.

76 Entre nós: MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, 2009.

77 DUXBURY, Neil. *Op. Cit.* p. 21.

78 Em principal, o paradigma kelseniano, para quem a norma jurídica vincula em razão da ordem sancionadora a ela anexada, não obstante reconheça, em sua Teoria Pura do Direito, deveres jurídicos sem sanção, como são as obrigações naturais (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1985, pp. 55-57).

79 “The answer seems to be that precedentes bind because judges consider themselves to be bound by them, or at least bound to take account of them” (DUXBURY, Neil. *Op. Cit.* p. 15).

ção de um exemplo dotado de autoridade⁸⁰. Ou seja, a normatividade jurídica do precedente reside no fato de que, não obstante não ser dotado de mecanismo sancionador⁸¹, ele é concebido como um *standart* de comportamento, e por isso reconhecido como norma, de um ponto de vista interno do ordenamento jurídico.

Em miúdos, é eficaz o precedente que serve de régua para casos futuros, condicionando a atividade jurisdicional posterior ao seu comando normativo. Isso não significa dizer que apenas “precedentes vinculantes” são considerados como precedente em sentido estrito. À verdade, ser vinculante ou persuasivo não implica dizer que o precedente será aplicado. Não por outra razão, não raramente “precedentes meramente persuasivos” têm ampla reprodução jurisprudencial, enquanto “precedentes vinculantes” podem não ser aplicados, valendo-se os magistrados de técnicas de superação.

Há, até mesmo, hipótese em que o “precedente persuasivo” é aplicado em detrimento do “precedente vinculante”. José Miguel Garcia Medina descreve esse cenário, ao discorrer sobre “precedentes persuasivos” como decisões que “não vinculam um órgão judicial, mas que, por terem resolvido uma questão ainda não analisada pelos órgãos judiciais que os analisam ou por terem declinado importantes razões para não aplicarem um precedente vinculante oriundo de órgão judicial superior, merecem consideração cuidadosa por órgãos inferiores ou superiores”⁸².

A própria identificação da *ratio decidendi* gera problema para fins de identificação do conteúdo vinculante/persuasivo de um precedente. Na prática, verifica-se uma confusão que, não raramente, resulta na utilização de *obter dictum* como se precedente fosse⁸³.

3. CONCLUSÕES

O precedente é um fenômeno mult centenário nos ordenamentos estrangeiros, mas que, mesmo tendo supostos registros de sua utilização no Brasil Império, ainda atrai muita discussão quanto ao seu conceito e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, ocorre verdadeiro uso da palavra precedente no contexto brasileiro em forma de metonímia e, igualmente, como se a palavra tivesse múltiplos sentidos. Por

80 “precedent itself might best be described not as a legal rule but as an instance of ‘communication by authoritative example’ (DUXBURY, Neil. *Op. Cit.* p. 22, tradução livre).

81 No sistema brasileiro de precedentes, valeria cogitar o instituto da reclamação como forma coercitiva de assecuração da autoridade e eficácia do precedente vinculante (art. 103-A § 3º da Constituição Federal e art. 988 do CPC).

82 MEDINA, José Miguel Garcia. *Op cit.*. 2015. p. 1141.

83 TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. *Op cit.* 2014 p.7-8.

exemplo, é comum ver a aplicação da palavra precedentes tanto ao pronunciamento judicial como à norma formada a partir do julgamento do caso em análise. O mesmo ocorre quando são colacionadas ementas de julgados como se precedentes fossem. Por fim, muitas vezes as “teses” jurídicas firmadas por meio da sistemática de resolução de casos repetitivos são chamadas de precedentes. A lista de exemplos poderia ser muito maior, ocorre que, em todos os casos apresentados, há verdadeira confusão conceitual do que seria o precedente e quais seriam suas características intrínsecas.

Por mais que se entenda que o precedente é texto e norma, as ementas de julgados no Brasil, hoje, não refletem as razões de decidir por completo. São, em verdade, meros resumos da decisão em si, e não a exposição aprofundada do porquê de se estar decidindo daquela forma. Se o precedente é, também, o conjunto de razões que são extraídas de um pronunciamento decisório, qualquer instrumento que não tenha em si tais “razões” não pode ser chamado de precedente. Nesse mesmo sentido, apesar de o Código de Processo Civil não ter apresentado um conceito de precedente dentro do ordenamento brasileiro, colacionou diversos exemplos dos tipos de pronunciamento que deveriam ser entendidos como precedentes, dentre eles aqueles emanados no âmbito da sistemática de casos repetitivos. É possível perceber, entretanto, que o único motivo para tal classificação é a existência da suposta “força vinculante” a esses pronunciamentos. Trata-se de verdadeira confusão entre o que seria o *stare decisis*, as características de um precedente dentro de sua tradição jurídica, com um dos efeitos do precedente, que é a sua força vinculante. Conforme foi dito, já afirmava Duxbury que um precedente não tem força vinculante meramente por ser um precedente, mas sim devido ao fato de que os juízes dentro de um determinado ordenamento jurídico entendem que deve haver uma deferência a julgamentos anteriores que entendem como o mais correto. Não se pode, portanto, entender que qualquer pronunciamento é um precedente meramente por possuir “força vinculante” estabelecida por lei.

Da análise de um “sistema” de precedentes no Brasil, surgem outros pontos controvertidos: qual a Corte que prolata o precedente, a originária ou a que o interpreta? Ao que responde a doutrina brasileira, a Corte originária da decisão produz o precedente, mas há interpretação deste precedente por parte das Cortes posteriores em sua aplicação.

À vista do exposto acima, manifesta-se indagação quanto à capacidade dos órgãos judiciais de produzir precedentes. Caberia tal tarefa somente às Cortes de vértice ou a todas as cortes dentro do sistema judiciário? Como visto, existem variadas respostas para essa pergunta dentro do cenário acadêmico brasileiro. Há aqueles que, como Mitidiero e Marinoni, defendem que somente as Cortes de vértice, chamadas por eles de Cortes Supremas, seriam capazes de gerar precedentes, em regra. Já Marcus Seixas

entende que não haveria uma limitação funcional para a produção de precedentes. Para Fredie Didier Jr, as Cortes de Justiça conjuntamente às Cortes Supremas, poderiam criar precedentes, e tal posicionamento é acompanhado por José Miguel Garcia Medina e Humberto Theodoro Júnior.

Dessa forma, é possível inferir que há um intenso debate quanto ao tema da delimitação de quais Cortes poderão formar precedentes. Mas é preciso ressaltar que essa discussão está muito mais voltada à natureza das Cortes e dos pronunciamentos emanados (se vinculantes ou não) do que às características das decisões e a uma possível cultura judicial de deferência a decisões corretas, como parece ter havido em outros ordenamentos. Não restam dúvidas de que o precedente é instrumento que varia conforme a conjuntura de cada país, mas questiona-se quanto à existência de características intrínsecas desse mecanismo, que se manteriam intactas independente do sistema analisado.

Em síntese conclusiva, o precedente, no Brasil, é um termo que inevitavelmente possui uma natureza polissêmica. É importante que o estudioso tenha essa noção, até para poder compreender o fenômeno mediante a conjuntura jurídica do país em que ele se opera. Ademais, precedentes, a depender da perspectiva teórica, podem ser compreendidos de variadas maneiras, sob as mais diversas classificações, extrapolando o âmbito da própria polissemia apontada, pois as variações conceituais muitas das vezes acabam sendo incompatíveis.

De todo modo, somente o avançar dos anos nos dirá qual classificação de precedentes prevalecerá no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiro. A única certeza que se tem é a de que há um longo caminho a ser percorrido, isso no que diz respeito à criação de bases teóricas sólidas para o surgimento de um efetivo “sistema” brasileiro de precedentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. Art. 927. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Dicionário de questões vernáculas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

ASCUINI, Alberto. **Profili dell’impresa. Rivista del diretto commerciale**. Milão, Francesco

Vallardi. XLI. 1943.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1989.

BARTHES, Roland. **Elementos de semiologia**. São Paulo: Cultrix, 1979.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo**. 6ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil – volume único**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

BÜLOW, Oslar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJA, 1964.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª Edição. Revista e atualizada até 15.2.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

COPI, Irving M, & COHEN, Carl. **Introduction to Logic**. Upper Saddle River, N.J: Pearson/ Prentice Hall. 2014.

DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

_____. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal**. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

_____. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. **Revista de Processo, n. 210**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

_____; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro**. Revista de Processo Comparado. Ano 1. Vol. 2. 2015.

_____. **Teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido R. **instituições de direito processual civil: volume I**. 9ª ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Instituições de direito processual civil: volume II.** 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Nova Iorque: Cambridge University Press. 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes. 1985.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência.** São Paulo, 2013. 272 p. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes.** 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: Artigos 1º ao 69**. (dir. Luiz Guilherme Marinoni. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. **O julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O STJ enquanto Cortes de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 3. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomsons Reuters Brasil, 2019

_____. **Precedentes obrigatórios.** 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

_____. **Processo Constitucional e Democracia.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da Súmula, à luz do CPC/2015. In: ALVIM, T. A; DIDIER JR., F. (org.). **Precedentes:**

Execução: Procedimentos especiais. Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. 6. 2. ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. Thomson Reuters Brasil, 2018, parte I: precedentes, texto 8, np.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia**. São Paulo: YK, 2018.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

SILVA, Ovídio Baptista da. Direito subjetivo, Pretensão de Direito Material e ação. In: MACHADO, F. C; AMARAL, G. R; OLIVEIRA, C. A. A. de...[et al.]. **Polêmica Sobre a Ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro: Colônia e Império**. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal da Bahia 2014.

STRECK, Lênio Luiz; RAATZ, Igor. **A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”**. Revista de Processo. Ano 41. Vol. 262. Dezembro. 2016.

TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario**. Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. v. 48, n. 2. 1994.

_____; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. **civilistica.com**, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil – Demandas repetitivas. In: ALVIM, T. A; DIDIER JR., F. (org.). **Precedentes: Execução: Procedimentos especiais. Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. 6.** 2. ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. Thomson Reuters Brasil, 2018, parte I: precedentes, texto 9, np



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

A PROPRIEDADE SOBRE BEM IMÓVEL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO E LEI APLICÁVEL

IMMOVABLE PROPERTY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CONSIDERATIONS ON JURISDICTION AND APPLICABLE LAW

Recebido: 30/06/2022

Aceito: 13/10/2022

Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

Professora Associada de Direito Internacional Privado da Universidade de Brasília (UnB). Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Globalização e Políticas Trabalhistas pela Universität Kassel/FHW Berlin. Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, do Comércio Internacional e Direitos Humanos (CNPq),
E-mail: inezlopes@unb.br

 <https://orcid.org/0000-0001-8874-8985>

Gracemerce Camboim

Advogada, professora da Faculdade Mackenzie Brasília, Mestre em Comércio Exterior e Relações Internacionais pela UFPE. Doutoranda em Direito na Universidade de Brasília (UnB), Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, do Comércio Internacional e Direitos Humanos (CNPq)
E-mail: camboim.gracemerce@gmail.com

 <https://orcid.org/0009-0003-1338-9916>

Ida Geovanna Medeiros

Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, do Comércio Internacional e Direitos Humanos (CNPq) nE-mail: ida.geovanna@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-2442-8103>



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

RESUMO

Este artigo estuda as questões relativas à jurisdição internacional, à legislação aplicável ao caso concreto e a peculiaridade da lei nacional envolvendo direitos de propriedade de imóveis situados no país. O principal problema jurídico é investigar até que ponto os tribunais brasileiros flexibilizam as hipóteses de jurisdição exclusiva previstas no artigo 23 do Código de Processo Civil e a aplicação dos critérios da *forum rei sitae* e da *lex rei sitae*. A partir do método qualitativo, utilizam-se fontes doutrinárias brasileiras e estrangeiras, bem como analisa-se a jurisprudência dos tribunais brasileiros para a realização desta pesquisa. Por fim, busca-se, brevemente, estudar o Direito Comparado como método de aproximação do conhecimento para observação das respostas jurídicas a fatos sociais semelhantes.

Palavras-chave: Processo Civil Internacional; Lei Aplicável; Direitos de Propriedade; Bens Imóveis; Jurisdição Internacional.

ABSTRACT

This article studies the issues related to international jurisdiction, the applicable law to the specific case, and the peculiarities of the national law involving immovable property rights situated in the country. The main legal problem is to investigate to what extent the Brazilian courts make flexible the hypotheses of exclusive jurisdiction set forth in Article 23 of the Procedural Civil Code and the application of the criteria of *lex rei sitae* and *forum rei sitae*. From a qualitative method of investigation, Brazilian and foreign doctrinal sources are used, as well as the jurisprudence of Brazilian courts, for the accomplishment of this research. Finally, we seek, briefly, to study comparative law as a method of approximate knowledge for the observation of legal responses to similar social facts.

Keywords: International Civil Procedure; Applicable Law; Property Rights; immovable property; International Jurisdiction.

1. INTRODUÇÃO

Com o processo de Constitucionalização do Direito Processual – ocasionado pela transição do modelo de Estado liberal para o Estado do bem-estar social (uma das maiores inovações do século 20),¹ consagração do Estado Constitucional Democrático,² bem como pela previsibilidade das regras procedimentais – as normas processuais passaram a fazer parte da construção do Direito Fundamental de Acesso à Justiça

1 PALLEY, T. **Re-theorizing the Welfare State and the Political Economy of Neoliberalism's War against It**. FMM Working Paper No. 16, Düsseldorf, 2018, p. 32.

2 ZANETI, Hermes. **O novo processo civil brasileiro e a constituição**. O modelo constitucional da justiça brasileira e o código de processo civil de 2015. Salvador: JusPodivum, 2016, p. 34.

não só em âmbito nacional, mas também internacional,³ sua primeira grande marca. Desse modo, o Processo iniciado com o advento da Constituição de 1988 consolidou-se com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, o primeiro a entrar em vigor democraticamente.⁴ Ademais, a Constituição Federal consagra a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, o que pressupõe entre os diversos conceitos do *rule of law* a função de um judiciário independente, da aplicação do princípio da igualdade processual entre as pessoas de direito público e privado e da garantia do devido processo legal.

Já a segunda grande marca de inovação é percebida a partir da admissão dos princípios de flexibilização e cooperação, como uma nova dimensão da autonomia da vontade no âmbito processual. A flexibilização do processo permitiu que, mesmo com todo o cuidado e vigilância das garantias constitucionais, as partes possam transacionar sobre as regras e estilo do procedimento, de forma a torná-lo mais adequado e previsível aos seus interesses. Um exemplo disso é a abertura do instituto dos negócios jurídicos processuais, previsto no art. 190 do CPC/2015.⁵

Além disso, as partes que dispuserem em seu contrato de cláusulas que determinam questões acerca do procedimento a ser traçado, em caso de disputa, poderão ver respeitadas suas vontades aos tipos de prova a serem produzidas, aos prazos para apresentação de manifestações, à distribuição dos custos processuais, dentre outros. Caso não tenham o feito, é permitido acordar tais questões ao início do processo judicial.

O Código de Processo Civil, nesse sentido, também respondeu às antigas críticas e inovou ao trazer, no artigo 25, o reconhecimento de validade de cláusula de eleição de foro em contrato internacional, com a limitação da jurisdição nacional, respeitando a autonomia das partes.⁶ Essa flexibilização é importante na esfera internacional, pois um mesmo contrato pode ser extinto por diferentes ordenamentos jurídicos, o que gera insegurança jurídica às partes. Em compensação, o reconhecimento à autonomia das partes traz maior segurança àqueles que venham a se envolver em litígios internacionais de competência da jurisdição brasileira.⁷

Nesse sentido, a Cooperação Jurídica Internacional atua em prol da solução de controvérsias alheias à jurisdição nacional, buscando a melhor solução, mesmo nos casos em que o litígio não seja julgado em território nacional. A cooperação também inclui

3 MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. BARBOSA, Luísa Nogueira. **O Processo Civil Internacional no CPC/2015 e os princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional**: uma análise de consonância da harmonização processual. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, v. 19, 2018, p. 205.

4 MOSCHEN, op. cit., p. 205.

5 MAZZEI, Rodrigo Reis. CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. **Breve Diálogo entre os Negócios Jurídicos Processuais e a Arbitragem**. Revista de Processo. Vol. 237, 2014, p. 223.

6 MOSCHEN., op. cit., p. 205.

7 Ibid., p. 206.

situações em que, mesmo que a competência seja de jurisdição brasileira, determinados atos são realizados em território de jurisdição estrangeira. Nesse âmbito, o Código prevê regras que abrem o Processo Civil para a realidade atual, de que um mesmo conflito pode precisar da cooperação de diversos Estados.⁸

Quanto à terceira grande marca inovadora, trata-se da internacionalização do processo, originária a partir da maior regulamentação da cooperação jurídica internacional – como dispõe o art. 26 do CPC – e do reconhecimento de sentenças estrangeiras como prevê o art. 960, capítulo II, art. 13 do mesmo diploma legal que diz que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte. Portanto, se comparado ao Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo Civil brasileiro atual representa também um avanço em relação à normatização do Processo Civil Internacional brasileiro.⁹

À luz do Direito Internacional Privado, o Direito Processual Civil Internacional é o ramo que reconhece a pluralidade de ordenamentos jurídicos existentes relacionados à jurisdição e competência judiciária internacional e facilita o duplo fluxo na prestação de serviços jurídicos transfronteiriços. Assim, o Direito Processual Civil Internacional objetiva promover “a regulação da função jurisdicional dos Estados, quando em sua execução ou cumprimento a função se conecta de algum modo com uma ordem jurídica estrangeira”.¹⁰

O escopo do Direito Internacional Privado se fundamenta na análise de conflito de leis, conflito de jurisdição, reconhecimento e execução de atos e decisões estrangeiras. A cooperação jurídica internacional articula a comunicação entre sistemas ou ordenamentos jurídicos distintos.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva analisar as questões relativas à jurisdição, competência judiciária internacional e lei aplicável aos direitos de propriedade sobre bens imóveis. O principal problema jurídico a que se propõe investigar é conhecer até que ponto os tribunais brasileiros flexibilizam as relações jurídicas internacionais que envolvem litígios ou situações relativas a bens imóveis situados no Brasil.

Por fim, a partir do método qualitativo, foram utilizadas fontes doutrinárias e jurisprudenciais para a presente pesquisa, buscando-se, brevemente, analisar o direito comparado como método de aproximação do conhecimento para observar as respostas jurídicas a fatos sociais semelhantes.

Para isso, no que tange à estrutura, o presente artigo está dividido em tópicos

8 Ibid., p. 206.

9 Ibid., p. 206.

10 VESCOVI, Eduardo. **Derecho Procesal Civil Internacional: Uruguay, el Mercosur y América**. Montevideo: Ediciones Idea, 2000, p. 13.

que abordarão: os direitos de propriedade e o direito internacional privado; análise do direito nacional e comparado sobre a lei aplicável relacionados a bens imóveis; o direito nacional e comparado sobre a lei aplicável a bens imóveis; estuda as normas referentes à jurisdição em direito internacional privado sobre bens imóveis e, por fim, os efeitos patrimoniais no divórcio internacional referentes a bens imóveis situados no Brasil e os direitos sucessórios.

2. OS DIREITOS DE PROPRIEDADE E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O artigo 8º da LINDB traz disposição específica ao estabelecer como elemento de conexão para qualificar e reger os bens, o local da situação dos mesmos, reforçando a aplicação do mandato geral traduzido pelo brocardo *lex rei sitae*: os bens são regulados pela lei do local onde se encontram.¹¹

A interface deste elemento de conexão com o princípio da territorialidade da localização dos bens ganha força a partir da concepção de que somente os Estados têm competência para legislar sobre os bens que se encontram em seu território, não podendo, portanto, admitir a aplicação da extraterritorialidade quando se trata de bens, especialmente os classificados como imóveis,¹² de modo que Belandro expressa:

La perdurabilidad de la vigencia de la *lex rei situs* o *lex rei sitae* se ha justificado de diferentes maneras: por razones de soberanía en primer lugar, en cuanto la suma de los bienes inmuebles conforman al territorio nacional, sustento indispensable del Estado-nación. Otros destacan el hecho de que cumple con el criterio de proximidad, base para la formulación de una regla de conflicto. Además de favorecer la certeza y la efectividad, por cuanto ninguna medida de ejecución dictada en el extranjero; cuestiones tales como las expropiaciones o las servidumbres deben contar en consecuencia, con el consentimiento irremplazable de la legislación y de la jurisdicción del Estado donde está ubicado el bien¹³.

A tridimensionalidade – território, bens imóveis e jurisdição – revela o caráter de ordem pública que permeia as legislações nacionais que, em sua maioria, adotam a *lex rei sitae* para a regência dos bens imóveis. O sistema brasileiro segue, assim, a corrente majoritária ao prever disposição concretizadora do princípio da *lex rei sitae*, consubstanciada justamente no artigo 8º da LINDB¹⁴.

11 VOLPINI, Carla. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. **Dos bens no Direito Internacional Privado Brasileiro: análise das regras de qualificação dispostas pelo direito brasileiro**. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción, v. 4, n. 7, 2016, p. 214-215.

12 BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p. 189.

13 BELANDRO, R. S. **La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión**. Revista de la Facultad de Derecho. nº 32, 2012, p. 293.

14 VOLPINI; DIZ, op. cit., p. 215.

O artigo 8º também determina que a qualificação dos bens se vincula à lei do local onde eles estão situados, definindo o alcance territorial da lei aplicável para determinar a natureza jurídica das distintas espécies de bem. Dessa forma, caso o bem se situe no Brasil deve-se aplicar a lei nacional de forma a estabelecer se este será considerado como imóvel, móvel ou semovente, na esteira do disposto no Código Civil, do artigo 79 ao 90.¹⁵

No entanto, para os adeptos da teoria unitarista – defendida a partir da tese de Savigny ao tratar do conflito de leis em matéria de direitos reais – não há que se fazer distinção entre bens móveis e imóveis,¹⁶ não importando, a efeitos de determinar a lei aplicável, qual seria a classificação dada por cada um dos sistemas jurídicos nacionais; adota-se, então, uma solução única para todos os tipos de bens, sem enquadrá-los em categorias específicas,¹⁷ como manifesta Basso:

Os fundamentos da tese unitarista de Savigny influenciaram muitas doutrinas de direito internacional privado, mas nem sempre aparecem claros como forma de justificativa para a política legislativa adotada internamente nos Estados para a lei aplicável em matéria de direitos reais e determinação da competência internacional do juiz para apreciar litígios envolvendo bens móveis e imóveis.¹⁸

A aplicação da teoria unitarista leva a crer que não haveria distinção entre bens móveis e imóveis quando nos depararmos com uma questão privatista internacional. Sobre como conjugar essa aplicação com as disposições constantes do Código Civil que estipulam uma classificação para os bens, dando-lhes inclusive determinadas características para que se possa considerá-los como móveis e imóveis, o artigo 8º determina que a qualificação se dê pela lei do local da situação do bem, e esta define categorias para a definição do bem e assim deverá considerar o intérprete no momento de proceder à determinação da lei aplicável aos conflitos derivados de uma relação de natureza real.¹⁹

Além disso, as dificuldades inerentes à aplicação da lei do local da situação do bem, no caso de bens móveis, dada sua própria natureza, resultam na definição de um elemento de conexão distinto, qual seja, a lei do domicílio do proprietário, conforme disposto no § 1º do artigo 8º e que será analisado nos próximos tópicos.

15 Ibid., p. 215-216.

16 BASSO, op. cit., p. 189.

17 VOLPINI; DIZ, op. cit., p. 214-215.

18 Ibid., p. 190.

19 Ibid., p. 216.

3. ANÁLISE DO DIREITO NACIONAL E COMPARADO SOBRE A LEI APLICÁVEL A BENS IMÓVEIS

3.1. Direito Nacional e Lei Aplicável a Bens Imóveis

Como visto no item anterior, o artigo 8º da LINDB expressa que a qualificação dos bens será feita pela lei do local da situação do bem, sem perquirir sobre a natureza, característica ou até mesmo definição do bem. Porém, a legislação brasileira traz uma desclassificação própria, onde se especificam os elementos que compõem a fixação da natureza de cada bem, seja considerado como móvel ou imóvel; fungível ou infungível.²⁰

Se um bem imóvel se encontra situado em território brasileiro deverá ostentar a qualificação necessária disposta nos artigos 79 a 81 do Código Civil,²¹ não podendo o juiz brasileiro furtar-se a aplicar as disposições nacionais que regulam a temática, independentemente da lei de regência do proprietário ou possuidor (caso este seja estrangeiro ou mesmo esteja domiciliado fora do Brasil).²²

O alcance do art. 8º se destina a regular as relações sobre o bem, regular as questões relativas à propriedade, posse, domínio, uso, fruição, requisitos para a aquisição, usufruto, garantias, preferência, condições de oponibilidade frente à terceiros etc., podendo atingir até mesmo o caráter dinâmico do direito de propriedade admitido atualmente pelo direito brasileiro.²³

Portanto, a norma do artigo 8º se aplica aos direitos reais que recaem sobre os bens, qualquer que seja sua natureza, delimitando-se assim que a qualificação se aplique ao objeto de uma relação jurídica que envolve especificamente direitos reais, onde a discussão central se vincule a uma das hipóteses previstas na legislação brasileira no que tange ao direito sobre o bem, individualmente considerado, e não sobre questões relativas à capacidade das partes, validade do contrato de compra e venda, atendimento ou não das formalidades exigidas:²⁴

O alcance da norma indireta contida no art. 8º da LICC indica a regra geral de que os casos envolvendo direitos reais e, portanto, relações jurídicas de proprietários, possessórias ou de garantias sobre coisa alheia integrantes do chamado estatuto real são disciplinados pela lei do local da situação dos bens, individualmente considerados, sejam eles de titularidade das pessoas nacionais ou estrangeira,

20 VOLPINI; DIZ, op. cit., p. 217.

21 Ibid., p. 217.

22 Ibid., p. 217.

23 Ibid., p. 217.

24 BASSO, op. cit., p. 190.

domiciliadas ou não no Estado brasileiro. Daí porque, para efeitos aplicativos da norma, o tratamento dispensado pelo juiz nacional deve observar a individualidade dos bens nas relações jurídicas de que sejam objeto. Nos casos em que os bens sejam considerados elementos de uma universalidade, de fato ou de direito, a regra geral do art. 8º, caput, é afastada para a especialidade, isto é, em favor da disciplina jurídica aplicável ao instituto analisado, por exemplo, herança, legado, o trespasse de estabelecimento, o contrato de compra e venda, etc.

A análise do artigo 8º é importante quando se trata de estabelecer a qualificação e conseqüentemente regência de bens considerados no bojo de uma relação jurídica de natureza contratual, sucessória ou até mesmo matrimonial. Quanto ao artigo 10, essa análise se faz necessária, pois o dispositivo estabelece que à sucessão aplica-se a lei do último domicílio do *de cuius*, qualquer que seja a natureza ou situação dos bens, o que poderia resultar numa interpretação contraditória com a disposição do artigo 8º, implicando no afastamento da lei do local da situação do bem em favor da lei do último domicílio do falecido.²⁵

Dessa maneira, a interpretação do artigo 10 deve ser aplicada aos direitos sucessórios *lato sensu* para efeitos de determinar os aspectos inerentes às relações jurídicas derivadas da sucessão (ordem de vocação hereditária, legítima, limites para testar, colação dos bens, deserdação, pagamento de dívida pelo espólio etc.)²⁶, “não se confundindo com o direito aplicável para qualificar os bens e disciplinar as relações a ele concernentes, porque tais são individualmente considerados a se submetem à lei do local em que se situam”.²⁷

Uma questão interessante é a possibilidade de “flexibilização” da norma do artigo 8º em virtude de situações específicas, resultando também numa interpretação para o artigo 89, inciso II, do Código de Processo Civil que fixa a competência do juiz brasileiro para as ações relativas a imóveis situados no Brasil,²⁸ reflexo também do princípio da territorialidade, como demonstra a homologação de sentença estrangeira de divórcio ocorrido no exterior que dispunha sempre do bem situado no Brasil pelo Judiciário nacional no processo de homologação de sentença SE-7401.²⁹ Assim decidiu o Ministro Marco Aurélio:

[...] É de frisar que a regra concernente à competência exclusiva do Judiciário brasileiro conhecer de ações relativas a imóveis localizados no Brasil – artigos 12 da Lei de Introdução ao Código Civil e 89 do Código de Processo Civil – deve ser aplicada com a cabível cautela, já que a existência de conflito de interesses

25 VOLPINI; DIZ, op. cit., p. 218.

26 Ibid, p. 218.

27 BARREDA, N. C. **Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 julio de 2012**. Cuadernos de Derecho Transnacional, vol 6, nº 1, 2014, p. 132.

28 Ibid., p. 219.

29 Processo: SE 7401 Relator(a): Min. PRESIDENTE julgamento: 11/06/2022. Publicação: DJ 20/06/2002 PP-00058, SE VOL-00024 PP-00100.

sobre o bem leva a uma conduta completamente diferente quando, no divórcio, as próprias partes chegam a um acordo, ultrapassando qualquer impasse. Assim, à luz da jurisprudência desta Corte, tratando-se de composição, não há que falar-se em atuação única e exclusiva da autoridade judicante brasileira. Confirma-se com os seguintes precedentes: Sentenças Estrangeiras n. 3.633, 3.888, 4.844 e 3.408 e Sentença Estrangeira Contestada nº 4.512. Na sentença Estrangeira nº 3.408, restou consignado: - HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SEPARAÇÃO DE CÔNJUGES. PARTILHA DE BENS. E HOMOLOGÁVEL A SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE HOMOLOGA ACORDO DE SEPARAÇÃO E DE PARTILHA DOS BENS DO CASAL, AINDA QUE SITUADOS NO BRASIL, PORTA QUE NÃO OFENDIDO O ART. 89 DO CPC, NA CONFORMIDADE DOS PRECEDENTES DO STF (RTJ. 90/11; 109/38; 112/1006). HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA. A par do requerimento em conjunto de homologação de sentenças de divórcio, tem-se o atendimento dos requisitos próprios. Homologo-a, com a restrição de que o ato sentencial somente produzirá efeitos plenos a partir de 15 de outubro de 2002 (artigo 226, § 6º, da Constituição Federal), observando-se, até essa data, o instituto da separação judicial. .

Entende-se que não haveria aqui uma autêntica flexibilização do artigo 8º, senão uma maleabilidade, aí sim, da competência do juiz nacional para conhecer exclusivamente das ações sobre imóveis situados no Brasil, o que também é reflexo. Não representa, portanto, uma possibilidade de que a qualificação ou regência do bem recaia em uma decisão estrangeira passível de ser homologada ou não no Brasil.³⁰

4. A JURISDIÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EM RELAÇÃO A BENS IMÓVEIS

A jurisdição é um atributo de soberania e constitui uma das funções essenciais do Estado. A jurisdição se refere ao poder que os órgãos do Estado possuem para realizar suas atividades. Na seara das atividades judiciais, a jurisdição se refere ao poder que os tribunais estatais possuem para julgar e executar uma demanda.

Segundo Hartley³¹, a jurisdição pode ser dividida entre jurisdição doméstica (interna) e jurisdição internacional. A primeira diz respeito ao poder de diferentes órgãos governamentais dentro do país em questão. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, por exemplo, fixa os limites das funções das atividades jurisdicionais dos tribunais, assim como a competência das autoridades judiciárias de acordo com a área de sua jurisdição. Por sua vez, a jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional. A segunda, jurisdição internacional, diz respeito à divisão de poderes entre diferentes Estados ou outras entidades internacionais.

30 Ibid., p. 219.

31 HARTLEY, Trevor C. **International Commercial Litigation_ Text, Cases and Materials on Private International Law**, 2009, p. 11.

A competência judicial internacional é definida como “a atitude legal dos órgãos jurisdicionais e autoridades públicas de um Estado, considerados em seu conjunto para conhecer as controvérsias suscitadas pelas situações privadas internacionais”.³² As normas referentes à competência judicial internacional estão fixadas no Código de Processo Civil (CPC) no capítulo que dispõe “Dos limites da jurisdição nacional”. Para Jatahay, “as normas sobre competência internacional, que indicam as hipóteses em que o Estado afirma incidência de seu poder jurisdicional, determinam também em que casos e sob que condições pode ser exercido o poder jurídico do indivíduo de provocar a prestação jurisdicional”.³³

De acordo com as regras estabelecidas no CPC, a competência judicial internacional se classifica em concorrente (relativa) ou exclusiva. A competência judicial internacional concorrente ou relativa é aquela em que tanto os tribunais brasileiros quanto os estrangeiros têm poderes jurisdicionais para julgar uma situação privada internacional. Conforme dispõe o artigo 21, a autoridade judiciária brasileira tem competência para processar e julgar as ações quando o réu, de qualquer nacionalidade, residir no Brasil; ou quando a obrigação tiver que ser cumprida no Brasil; ou quando um fato ou ato tenha sido praticado no Brasil. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado para reconhecer o rol de competência concorrente da justiça brasileira previsto no art. 21 do CPC, que versa sobre matéria de competência relativa da autoridade brasileira e de conhecimento concorrente entre duas jurisdições.³⁴ Assim, tratando-se de jurisdição concorrente, a suspensão de um dos processos equivale à opção definitiva por uma das jurisdições, pois o processo que prosseguir certamente transitará em julgado primeiro, inibindo qualquer decisão no outro processo.³⁵ O artigo 21, inciso I, corresponde à norma delimitadora tendo como elemento de conexão o *forum* do domicílio do réu. Trata-se da regra *actor sequitur forum rei*, “fundada no princípio do maior interesse daquele que é surpreendido com a demanda”.³⁶ Assim, os Estados estabelecem o critério do domicílio do réu como elemento fundador da competência internacional, refletindo as regras adotadas no direito interno baseado no princípio do *actor sequitur forum rei*, e, por conseguinte, mantêm este valor para justificar a aplicação deste princípio aos litígios internacionais também submetidos à competência do tribunal do domicílio do réu.³⁷

32 CAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho Internacional Privado**. 14ª ed. Granada: Comares, vol I, 2014, p. 114.

33 JATAHAY, Vera Maria Barrera. **Do Conflito de Jurisdições**: a competência internacional da Justiça brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 19.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HDE n. 1.260/EX, relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 6/11/2019, DJe de 12/11/2019.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SE n. 10.093, Ministro Felix Fischer, DJe de 25/06/2013.

36 JATAHAY, op. cit., p. 99.

37 FRAGISTAS, N. **La compétence internationale en droit privé / par N. Fragistas**. Recueil des cours, Volume 104 (1961-III), pp. 159-271, p. 199.

O artigo 22 estabelece duas regras sobre competência judiciária internacional em razão da matéria determinando que a autoridade judiciária brasileira tem competência concorrente ou relativa para processar e julgar as ações de alimentos, decorrentes de relações de consumo ou por escolha das partes de submeter-se à jurisdição nacional.

Portanto, tanto a autoridade judiciária brasileira quanto a estrangeira são competentes para julgar a ação de alimentos quando o credor resida ou tenha residido no Brasil; ou quando o réu mantém vínculos – tais como posse ou propriedade de bens, auferir renda ou obter benefícios econômicos no Brasil; ou para conhecer de caso decorrente de transações de consumo, quando o consumidor residir no Brasil.

O Código de Processo Civil também estabelece a competência judicial internacional exclusiva prevista nos três incisos do artigo 23, tendo como elemento de conexão bens imóveis situados no Brasil. Segundo o CPC, somente os tribunais brasileiros são competentes para conhecer de ações relacionadas a imóveis localizados no Brasil; ações relativas à sucessão hereditária de partilha de bens localizados no Brasil, ainda que o herdeiro seja estrangeiro ou resida no exterior; e ações de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável para proceder à divisão de bens localizados no Brasil, ainda que a pessoa tenha outra nacionalidade ou resida no exterior. Este último é uma inovação em relação ao código anterior, que apenas se referia aos efeitos patrimoniais das relações de direito de família. Além disso, o CPC é categórico ao recusar o reconhecimento de decisão estrangeira conflitante com a hipótese de competência exclusiva. Por outro lado, a competência exclusiva impede o tribunal estrangeiro de julgar um caso exclusivo do tribunal brasileiro.

De acordo com Savigny, no que tange aos direitos em coisas particulares ou aos direitos reais, para determinar o território legal a que pertencem deve-se observar a determinação desse território, tendo em conta a própria natureza desse objeto.³⁸ Neste sentido, Savigny afirma que “os direitos reais devem ser julgados pela lei do lugar onde a coisa está situada (*lex rei sitae*), esta afirmação assenta no mesmo fundamento que a aplicação da *lex domicilii* ao estatuto pessoal, ambas decorrem da submissão voluntária”. Savigny destaca, ainda, a íntima ligação do foro com a lei local, que no Direito Romano, o *forum rei sitae* era bastante desconhecido; apesar disso, foi introduzida na *rei vindicatio* como meio processual para garantir a propriedade, sendo desenvolvidas mais tarde as *actio in rem*.³⁹

Entretanto, Savigny afirma que não se tratava de foro exclusivo, uma vez que o requerente/autor podia escolher entre o *forum rei sitae* (especial) e o *forum domicilii*

38 SAVIGNY, F.C. **The Conflict of Laws and the limits of their operation in respect of place and time**. Edinbough, T & T Clak, Law Publishers; London, Stevens & Sons, 1869, p. 174.

39 SAVIGNY, op. cit., p. 175.

(geral). Mas tal incerteza, que dependeria da vontade de uma das partes, não estava disponível para a determinação da lei local, que exige uma regra fixa.⁴⁰ A *lex rei sitae* apresenta uma natureza simples e exclusiva.

A repercussão do *forum rei sitae* poderá impedir a circulação de atos ou decisões estrangeiras que julguem bens fora de sua jurisdição. Michaels revela que tanto o paradigma doméstico quanto o internacional se apoiam na imagem tradicional de soberania, baseado no modelo westfaliano. A soberania, neste contexto, possui dois aspectos. O primeiro se refere ao poder exclusivo de um Estado para regular os eventos em seu território, e corresponde bem ao paradigma doméstico de jurisdição. O outro aspecto diz respeito ao reconhecimento mútuo entre Estados soberanos e corresponde ao paradigma internacional de jurisdição. Esses modelos de competência judicial doméstica ou internacional são inadequados; ambos os lados devem se unir para criar um novo e terceiro paradigma de jurisdição.⁴¹

A harmonização de regras de jurisdição e competência judicial internacional oferecem segurança e previsibilidade nas situações privadas internacionais, de modo a refletir uma prestação jurisdicional mais efetiva. De um lado, tratando-se de bens disponíveis, as partes gozam de autonomia para decidir sobre o destino ou a partilha de seus bens, observados os limites de ordem pública internacional, e não haverá impedimento para que o juiz homologue ato praticado no estrangeiro, desde que não exerça a jurisdição sobre os bens, apenas sobre homologação de acordo.

4.1. A jurisdição internacional de acordo com Trevor Hartley

Para Hartley⁴², a jurisdição internacional diz respeito à divisão entre diversos Estados ou entidades internacionais. A jurisdição se classifica em doméstica e internacional. A jurisdição internacional possui três categorias: a jurisdição para prescrever, a jurisdição para adjudicar e a jurisdição para executar. A primeira, jurisdição para prescrever ou jurisdição legislativa, é aquela que estabelece o poder para legislar. Isso significa que o Estado nacional tem poderes para aprovar leis que afetem pessoas fora de seu território, por exemplo. A segunda, jurisdição para executar ou executiva, diz respeito ao poder para tomar medidas de caráter executório em circunstâncias particulares com efeitos extraterritoriais, como na esfera penal para prender um fugitivo fora de seu território, por exemplo. A terceira, jurisdição para adjudicar ou a jurisdição judicial, é o poder

40 Idem.

41 MICHAELS, Ralf. **Two Paradigms of Jurisdiction**. 27 Mich. J. Int'l L. 1003, 2006, p. 1069.

42 HARTLEY, Trevor C. **International Commercial Litigation**. Cases and Materials on Private International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 11-17.

que um tribunal possui para decidir sobre um litígio decorrente de uma relação privada internacional.

De acordo com Hartley, a competência judicial internacional pode ser analisada com base no efeito que se pretende produzir na sentença, sendo classificada em jurisdição pessoal (*in personam*), jurisdição real (*in rem*) e jurisdição em outros processos,⁴³ como divórcio ou guarda de criança e que não se enquadram em nenhuma dessas categorias.⁴⁴

4.2. Jurisdição *in rem* e Jurisdição *in personam*

A jurisdição *in rem* ou jurisdição sobre a propriedade estabelece como critério de conexão a propriedade de um bem, incluindo bens imóveis. Segundo Hartley, na lei inglesa, as ações *in rem* são possíveis apenas em relação a navios e certas coisas relacionadas a navios, em um número limitado de reclamações, como por exemplo, nos casos de reclamações de proprietários de carga por danos à carga, reclamações de marinheiros por seus salários e reclamações de pessoas que repararam o navio pelo custo dos reparos. Entretanto, o autor afirma que em se tratando de ação apenas real, ela só pode ser executada contra a *res* – apreendendo-a e vendendo-a por ordem judicial. Não pode, portanto, ser aplicada mais do que o valor do *res* (o navio).⁴⁵

A jurisdição *in personam* ou jurisdição sobre a pessoa (pessoal) se refere a um julgamento que vincula apenas uma pessoa específica (ou várias pessoas específicas) e exige que essa pessoa faça ou não faça algo, como a obrigação de pagar em dinheiro.⁴⁶

A classificação da jurisdição *in rem* e *in personam* tem efeitos diversos, a exemplo da União Europeia. Segundo Dinu:

a competência exclusiva abrange apenas os processos de direito imobiliário (*in rem*) e não os instrumentos de direito (*in personam*), tais como: a ação rescisória, a ação de indenização pelos danos sofridos em consequência do incumprimento de um contrato de venda de bens imóveis propriedade, a ação baseada em responsabilidade extracontratual por violação do direito imobiliário, a ação

43 HARTLEY, op. cit., p. 12.

44 A União Europeia, por exemplo, adotou o REGULAMENTO (UE) 2019/1111 DO CONSELHO de 25 de junho de 2019 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (Bruxelas II Reformulado). Este regulamento estabelece os critérios de conexão para determinar a competência dos tribunais do Estado-membro para os diversos assuntos relacionados à família transnacional.

45 HARTLEY, Trevor C. **International Commercial Litigation_ Text, Cases and Materials on Private International Law**, 2009, p. 12.

46 Idem.

pauliana ou a ação anulatória de propriedade.⁴⁷

Neste contexto, a União Europeia apresenta duas regras relacionadas à competência judicial internacional decorrente de litígios sobre bens imóveis. A jurisdição *in rem* se refere a direitos reais imobiliários e o *forum* onde está situado o imóvel tem competência exclusiva. A jurisdição *in personam* outorga competência ao tribunal de um Estado membro do domicílio do réu quando se tratar de contratos de arrendamento de bens imóveis para uso privado e temporário por um período máximo de seis meses consecutivos.

A Convenção da Haia de 2 de julho de 2019 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial possibilita a circulação de decisão estrangeira relacionada a bens imóveis adotando os seguintes critérios previstos no artigo 5º, § 1, (h) e (i): se a sentença se pronunciou sobre o arrendamento de um bem imóvel (arrendamento) e foi proferida por um tribunal do Estado em que o bem está situado; e se a sentença foi proferida contra o requerido sobre uma obrigação contratual garantida por um direito real sobre um bem imóvel situado no Estado de origem, se o crédito contratual tiver sido juntado com um crédito contra o mesmo requerido relativo a esse direito real (*in rem*). De acordo com o Relatório Explicativo da Convenção de 2019:

Em alguns Estados, tais arrendamentos são tratados da mesma forma que direitos reais e as reclamações sobre eles estão sujeitas à jurisdição exclusiva do Estado onde o imóvel está situado. Em outros Estados, esses arrendamentos são tratados como contratos (ou seja, direitos pessoais) sem a exclusividade aos tribunais do Estado onde o bem imóvel está localizado para reclamações relacionadas ao arrendamento⁴⁸ (grifos nossos).

O relatório afirma que nos termos do artigo 6º, apenas o Estado onde se encontra o bem imóvel é considerado enquadrado no filtro no que diz respeito aos direitos reais (*rights in rem*), isto porque:

A noção de direito real nos termos da Convenção deve ter um significado autônomo, centrando-se nos efeitos do direito na lei do Estado onde se situa o bem imóvel. Qualquer direito sobre um bem imóvel que tenha efeito erga *omnes* de acordo com essa lei deve ser considerado dentro da categoria de direitos reais para os fins do artigo 6º. Na maioria dos Estados, isso incluirá, por exemplo, propriedade, hipotecas, usufrutos ou servidões; outros Estados podem conceder efeito erga *omnes* a certos direitos de posse ou uso, ou a alguns tipos de arrendamentos de longo prazo. Os julgamentos sobre esses direitos recaem sob a regra exclusiva do artigo 6º.

47 DINU, Cătălina Georgeta. **The Jurisdiction of Private International Law regarding the Claim of Immovable property**. Bulletin of the Transilvania University of Braşov. Series VII, Vol. 7 (56) No. 1 - 2014, p. 65.

48 GARCIMARTÍN, Francisco; SAUMIER, Geneviève. **Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (HCCH 2019 Judgments Convention)**. The Hague: Hague Conference on Private International Law 2020, p. 100.

Assim, tratando de obrigações contratuais onde o bem imóvel é dado, em geral, como garantia em caso de inadimplemento contratual, será possível a circulação de decisões estrangeiras nos termos da Convenção da Haia de 2019. No entendimento atual da legislação brasileira e dos tribunais brasileiros, tal obrigação será incompatível com a ordem pública internacional que reconhece o foro exclusivo para bens imóveis situados no Brasil. A autoridade estrangeira é categoricamente impedida de exercer a jurisdição e julgar sobre os direitos *in rem* ou direito *in personam* que envolvam bem imóvel, independentemente da manifestação de vontade das partes que possuem limites em suas obrigações de contratar, nos termos da válvula de segurança do artigo 17 da LINDB.

5. OS EFEITOS PATRIMONIAIS NO DIVÓRCIO INTERNACIONAL REFERENTES A BENS IMÓVEIS SITUADOS NO BRASIL

Nem sempre a sentença estrangeira de divórcio foi aceita no Brasil, inicialmente não se permitia a homologação de sentença estrangeira de divórcio, sob o fundamento de violação à ordem pública, quando a lei vedava a dissolução total do casamento. Mais tarde, passou-se a admitir a homologação apenas para fins patrimoniais. Ainda pode se observar, ao longo da história, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que homologou sentença de divórcio atribuindo efeitos diversos para o cônjuge brasileiro, concedendo apenas efeitos patrimoniais, e para o estrangeiro, todos os efeitos do divórcio.⁴⁹ Com a evolução social e da jurisprudência, o Brasil passou a homologar as sentenças estrangeiras de divórcios, atribuindo-se todos os efeitos, a ruptura do vínculo conjugal, os efeitos patrimoniais, bem como a possibilidade de contrair novo casamento.⁵⁰

49 As decisões do Supremo Tribunal Federal geravam efeitos paradoxais, permitindo a homologação de divórcio de casal domiciliado no Brasil, não se aplicando a regra da Lei de Introdução ao Código Civil. Veja. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Sentença Estrangeira n. 1980 - sentença estrangeira. homologa-se a de divórcio do casal alemão, decretada por tribunal de Berlim, embora domiciliados no Brasil. (SE 1980, Relator(a): ALIOMAR BALEEIRO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1970, DJ 23-10-1970 PP-05082 EMENT VOL-00816-01 PP-00071 RTJ VOL-00054-03 PP-00712). Outra repercussão era quanto aos efeitos pessoais: o brasileiro tornava-se desquitado e o estrangeiro tinha apenas impedimento apenas de se casar no Brasil, podendo contrair novas núpcias em país estrangeiro. BRASIL Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2.094. - Casamento de cônjuge brasileiro com norte-americano realizado no Brasil, perante autoridade brasileira. Divórcio concedido nos Estados Unidos. Homologação da sentença com as restrições do art. 7º, § 6º da L.I.C.C. (DI.4657/42). (SE 2094, Relator(a): THOMPSON FLORES, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/1972, DJ 20-10-1972 PP-07118 EMENT VOL-00890-01 PP-00024 RTJ VOL-00063-02 PP-00286).

50 SANTOS, Danilo Ribeiro Silva dos. FRANCO, Leonardo Veiga. CARDOSO, Luiza Tosta. Considerações sobre homologação de sentença estrangeira de divórcio no Brasil. **Considerações sobre homologação de sentença estrangeira de divórcio no Brasil**. In: IV Congresso de Processo Civil Internacional, 2019, Vitória/ES. Princípios Transnacionais do Processo Civil à luz da harmonização do Direito Internacional Privado, 2019, p. 130.

De acordo com o disposto no Código Civil, o casamento pode dissolver-se por quatro motivos: nulidade ou anulação, separação judicial, divórcio ou morte de um dos cônjuges. Cada um desses motivos tem uma repercussão diferente para o DIPr. Na dissolução do casamento pelo divórcio há duas hipóteses: divórcio realizado no Brasil de casamento realizado no exterior, e os efeitos de divórcios realizados no exterior, tenha sido o casamento celebrado no exterior ou no Brasil.⁵¹

Estando o casal, cujo casamento foi celebrado no exterior, domiciliado no Brasil e querendo aqui divorciar-se, será competente a justiça brasileira para processar o feito, seguindo-se a lei processual brasileira. As questões de DIPr que se apresentam ao juiz dizem respeito à verificação da validade do ato estrangeiro, por força da regra *locus regit actum*, e à incidência do artigo 7º, § 5º da LINDB para determinação do regime de bens, senão vejamos o posicionamento pátrio sobre o assunto:

Se o divórcio ocorreu no exterior, a produção de efeitos no Brasil dependerá de sua homologação no STJ. A LINDB, no parágrafo único do Art. 15, dispensava de homologação as sentenças que qualificava comow “meramente declaratória do estado das pessoas”. As sentenças de divórcio que não dispusessem sobre partilha de bens, alimentos ou qualquer outro efeito diferente do estado civil dos ex-cônjuges não precisavam ser homologadas, sendo levadas diretamente ao registro no Registro Civil de Pessoas Naturais.⁵²

Contudo, essa orientação foi modificada pelo STF, tendo o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, declarado que esse artigo havia sido revogado pelo art. 483 do CPC de 1973 e todas as sentenças estrangeiras necessitavam de homologação. A partir da EC nº 45/2004, o STJ decidiu na mesma direção, tendo o parágrafo único que continha o permissivo sido posteriormente revogada em 2009. A matéria foi recentemente alterada no CPC promulgado em 2015, o qual dispensa, no Art. 960, § 5º, a homologação de sentenças estrangeiras de divórcio consensual.⁵³

O art. 7º, § 6º da LINDB, redação introduzida pela Lei do Divórcio, que estabelece a necessidade de observância do prazo previsto na lei brasileira para a conversão da separação judicial em divórcio, ainda que o divórcio tenha sido realizado no exterior, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros. Devido à exiguidade do prazo da lei brasileira, essa questão se tornou irrelevante. Também é possível aos cônjuges requerer diretamente o divórcio, se comprovada separação de fato por mais de dois anos, na forma do art. 1580, 2º do Código Civil.⁵⁴

51 ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 30.

52 ARAÚJO, op. cit., p. 30.

53 Ibid., p. 30-31.

54 Ibid., p. 31.

A possibilidade de o divórcio realizado no exterior dispor sobre a partilha de bens situados no Brasil, prevista no art. 89, II, do antigo CPC de 1973, já havia sido pacificada no STF posteriormente no STJ. O STJ tem aceito as partilhas de divórcio realizadas no exterior, pois não entende haver incompatibilidade com a lei processual brasileira, que cuida de partilha *mortis causae*. A redação do novel art. 23, III do CPC de 2015 enseja uma mudança nessa posição, visto que a lei expressa sobre a necessidade de proceder à partilha no Brasil em casos de dissolução tanto de divórcio quanto da União Estável:⁵⁵

4. A pendência de demanda no Brasil não impede a homologação de sentença estrangeira. Art. 24, parágrafo único, do CPC/2015. Inexiste, ademais, proibição de que a requerida fosse demandada no estrangeiro, onde vive. 7. Sentença estrangeira parcialmente homologada.⁵⁶

Como visto no item anterior, o Código Processual brasileiro prescreve que a autoridade judiciária brasileira tem competência exclusiva para julgar as ações de um divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional. Este dispositivo aplica a regra do *forum rei sitae* para as ações de divórcio desde que os bens estejam no Brasil, mesmo que a pessoa seja estrangeira. Neste sentido, o STJ tem decidido que a autoridade estrangeira não pode exercer a jurisdição para proceder a partilha de bens situados no Brasil, conforme as decisões a seguir proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

Apenas no que diz respeito aos bens imóveis situados no Brasil, inviável a homologação da partilha efetuada pela autoridade estrangeira, pois, nos termos do art. 89, I, do CPC/73, em vigor quando da prolação da sentença estrangeira, a partilha dos bens imóveis situados no Brasil apenas pode ser feita pela autoridade judiciária brasileira, com a exclusão de qualquer outra. Sentença estrangeira parcialmente homologada.⁵⁷

Outra decisão do STJ, se posicionou no seguinte sentido:

A partilha de bens imóveis situados no território brasileiro é da competência exclusiva da Justiça pátria, nos termos do art. 12, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) e do art. 89 do CPC. Não é possível a homologação de sentença estrangeira que dispõe sobre partilha de bens na hipótese em que não há acordo na divisão de bem

55 Ibid., p. 31.

56 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira, HDE n. 176/EX, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 15/8/2018, DJe de 21/8/2018.

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira, HDE nº 176/EX, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 15/8/2018, DJe de 21/8/2018.

imóvel localizado no Brasil, mas sim determinação da justiça estrangeira da forma como o bem seria partilhado. Precedentes. Pedido de homologação de sentença estrangeira indeferido.⁵⁸

Assim, a decisão estrangeira foi parcialmente homologada para os efeitos do divórcio negando a eficácia extraterritorial da decisão da autoridade estrangeira que incluiu na partilha os imóveis situados no Brasil. Todavia, a regra não é absoluta, tratando-se de direitos disponíveis, as partes podem acordar sobre a partilha de bens no caso de divórcio e a autoridade estrangeira se limitar apenas a homologar o acordo. Desse modo, nota-se nos julgados, a seguir, o entendimento do STJ neste sentido:

No caso, a partilha de bens imóveis situados no Brasil, em decorrência de divórcio ou separação judicial, é competência exclusiva da Justiça brasileira, nos termos do art. 23, III, do Código de Processo Civil. Nada obstante, a jurisprudência pátria admite que a Justiça estrangeira ratifique acordos firmados pelas partes, independente do imóvel localizar-se em território brasileiro. Contudo, tal entendimento não pode se aplicar à situação em exame, em que não houve acordo, inclusive porque o réu, devidamente citado, não compareceu ao processo estrangeiro.⁵⁹

Na mesma direção com relação à partilha, o tribunal entendeu que:

Esta Corte possui precedentes no sentido de que o acordo quanto à partilha de bens imóveis situados no Brasil pode ser homologado pelo STJ. Precedentes: SEC 15.639/EX, de minha relatoria, Corte Especial, j. em 4/10/2017, DJe 9/10/2017. Entretanto, entendo que não houve a devida comprovação da homologação do acordo de partilha de bens pela autoridade judicial estrangeira, bem como do respectivo trânsito em julgado, requisitos indispensáveis para a chancela pelo STJ.⁶⁰

Os efeitos patrimoniais, portanto, terão eficácia extraterritorial quando as partes no exterior, brasileiros ou estrangeiros, realizarem acordos de divórcio que dispuserem sobre bens imóveis situados no Brasil ainda que homologados judicialmente por autoridade estrangeira. Por se tratar de divórcio qualificado, mesmo sendo consensual, esses efeitos não são automáticos e estão sujeitos à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme disposto na Resolução do CNJ Provimento n. 56/2016 do Conselho Nacional de Justiça e demonstrado na decisão abaixo:

Cuidando-se, portanto, de divórcio consensual qualificado, perfeitamente cabível o pedido de homologação realizado nesta Corte. Com efeito «a regra inserta no art. 961, § 5º, do CPC/2015, de que «[a] sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior

58 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. SEC 9.531/EX, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/11/2014, DJe 11/12/2014.

59 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira, HDE nº 444 - NL (2017/0070415-8), Ministro Felix Fischer, DJe de 07/08/2018.

60 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, SEC 14.233/EX, Relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 21/11/2018, DJe de 27/11/2018.

Tribunal de Justiça», aplica-se apenas aos casos de divórcio consensual puro ou simples e não ao divórcio consensual qualificado, que dispõe sobre a guarda, alimentos e/ou partilha de bens, nos termos dos artigos 1º e 2º do Provimento n. 56/2016 do Conselho Nacional de Justiça.⁶¹

6. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS RELACIONADOS A BENS IMÓVEIS SITUADOS NO BRASIL

A sucessão Internacional é aquela que regula os direitos sucessórios e de herança conectados a duas ou mais jurisdições. O fenômeno da globalização afeta as relações privadas internacionais, criando, modificando e/ou extinguindo direitos transfronteiriços, com efeitos pessoais e patrimoniais, tanto em matéria de direito civil quanto comercial, incluindo-se o campo da sucessão *ab intestato* ou testamentária.⁶²

O desafio do direito internacional privado é garantir os direitos transfronteiriços na sociedade globalizada, por meio da harmonização ou unificação legislativa, respeitando-se a diversidade jurídica e como explica Araújo “as questões relativas à sucessão internacional fazem parte do estudo das repercussões das relações familiares transnacionais no DIPR”.⁶³ Dessa forma, na sucessão internacional busca-se a proteção dos direitos dos membros da família do *de cuius* independentemente do local onde se encontrem. Nesse contexto, a cooperação jurídica entre os Estados é fundamental para facilitar o duplo fluxo de atos jurisdicionais.⁶⁴

Segundo Garb and Wood, “as regras de sucessão em qualquer jurisdição são exclusivas para essa jurisdição”.⁶⁵ Desse modo, cada Estado é soberano para definir suas próprias normas de conflitos interestaduais na sucessão internacional, predominando, assim, as fontes nacionais, diversidade normativa sobre sucessões podem engendrar

61 BRASIL, Superior Tribunal. SEC n. 14.525/EX, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 14/6/2017). Em igual sentido: SEC 11.643/EX, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 27/6/2018.

62 LOPES, Inez. SOUSA, Ana Viola. A sucessão sobre bens imóveis situados no Brasil e o direito internacional privado. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción, v. 4, n. 7, 2016, p. 343.

63 ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 495.

64 LOPES; SOUSA, op. cit., p. 325-359.

65 GARB, Louis. WOOD, John. **International Succession**. 4ª ed. London: Oxford, 2015, p. vii.

conflitos interestaduais positivos ou negativos e, conseqüentemente, tornar as relações privadas internacionais inseguras e imprevisíveis, visto que os direitos nacionais oferecem muitas vezes uma gama de soluções diferentes.⁶⁶ Uma medida preventiva seria que as pessoas privadas buscassem orientações jurídicas no ato no momento da aquisição de bem imóvel no exterior, seja aos efeitos presentes relativos ao contrato de venda e compra de bens, seja com relação aos efeitos futuros em caso de sucessão.⁶⁷

No Direito Sucessório as espécies existentes nos diversos ordenamentos jurídicos são três: a) legítima, b) testamentária e c) contratual. Entretanto, o direito brasileiro só admite as duas primeiras e proíbe o pacto sucessório ou sucessão contratual, nos termos do artigo 426 do Código Civil.⁶⁸ Para o direito português, como explica Lopes e Sousa, a sucessão é deferida por lei, testamento ou contrato, conforme dispõe o artigo 2.026 do Código Civil português, Decreto-lei nº 47.344, de 25/11/1966:

Segundo o direito português, há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta. Todavia, o parágrafo 2º limita esses direitos, admitindo apenas os contratos sucessórios previstos na lei e de caráter irrevogável. Seria válido o pacto sucessório entre um português e uma brasileira domiciliados em Portugal, dispondo sobre bens imóveis deixados no Brasil? O tribunal brasileiro deveria respeitar a autonomia da vontade das partes onde ocorreu o centro de gravidade do ato, válido no tempo e no espaço? O tribunal brasileiro deveria inadmitir o pacto sucessório por violar a soberania estatal e ordem pública?⁶⁹

Nesse sentido, o fato de a pessoa ser estrangeira não limita os direitos sucessórios. Os brasileiros e estrangeiros gozam dos mesmos direitos e deveres em relação aos direitos sucessórios e desde o tempo do Império nunca existiu restrição aos direitos hereditários a estrangeiros, com fundamento nos princípios da equiparação completa dos estrangeiros e da reciprocidade, adotada por várias Constituições na América Latina.⁷⁰

66 BONOMI, Andrea. **Succession Internationales: Conflits de Lois et de Juridictions**. The Hague Academy Collected Courses, Recueil des Cours. 2010, vol. 350, p. 92.

67 Ibid., p. 343.

68 Ibid., p. 343.

69 Ibid., p. 344.

70 VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado. Parte Especial, Conflitos de leis Civis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1977, p. 208.

Em relação às fontes de direito internacional privado que regulam a sucessão internacional, citam-se a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), o Código Civil e o Código de Processo Civil. Por seu turno, as normas internacionais que buscam harmonizar as regras sobre sucessão internacional ainda estão em fase de amadurecimento e/ou expansão, considerando o número cada vez mais crescente de litígios transnacionais em direitos sucessórios no mundo globalizado. Destacam-se os trabalhos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.⁷¹

Com relação à competência para partilhar os imóveis no Brasil, o artigo 23, II, do CPC prescreve que exclusivamente a autoridade judiciária brasileira tem competência conhecer as ações em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional. Este é o tradicional entendimento dos tribunais brasileiro, conforme a decisão a seguir:

A partilha de bens imóveis situados no território brasileiro é da competência exclusiva da Justiça pátria, nos termos do art. 12, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) e do art. 89 do CPC.

2. Não é possível a homologação de sentença estrangeira que dispõe sobre partilha de bens na hipótese em que não há acordo na divisão de bem imóvel localizado no Brasil, mas sim determinação da justiça estrangeira da forma como o bem seria partilhado. Precedentes.

3. Pedido de homologação de sentença estrangeira indeferido.⁷²

A decisão estrangeira de divórcio que julgar sobre a partilha de bens imóveis situados no Brasil, sem a comprovação de acordo entre as partes, mas apenas o julgamento pela autoridade estrangeira não será objeto de homologação, conforme a decisão do STJ que se decidiu que:

Ante o exposto, com amparo no parágrafo único do art. 216-K do RISTJ, defiro em parte o pedido de homologação da sentença proferida pelo Tribunal Superior da Califórnia, Condado de Butte (e-STJ fls. 72-81), excluídas as disposições referentes ao imóvel dos ex-cônjuges.⁷³

71 LOPES; SOUSA, op. cit., p. 344.

72 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC 9.531/EX, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/11/2014, DJe 11/12/2014.

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HDE n. 5.085, Ministro Jorge Mussi, DJe de 12/05/2022., Vice-Presidente MINISTRO JORGE MUSSI.

Com relação ao divórcio extrajudicial realizado no exterior, dispendo sobre bem imóvel no Brasil, importar citar a íntegra da decisão monocrática para compreender o entendimento do STJ para flexibilizar e permitir a partilha de bens imóveis situados no Brasil decorrente de inventário extrajudicial realizado por notário público no exterior:

Por força do art. 23, II, do Código de Processo Civil, compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, proceder ao «inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional». Não obstante, havendo acordo entre partes, como é o caso dos autos, poderá ser homologada a partilha determinada no estrangeiro. Confira-se precedente nesse sentido: Tanto a Corte Suprema quanto este Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública a sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado (SEC n. 1.304/US, Corte Especial, relator Ministro Gilson Dipp, DJw de 3/3/2008)⁷⁴.

Em face desse precedente, é possível haver exceção ao artigo 23, II, do CPC sobre jurisdição exclusiva para homologar decisão estrangeira decorrente de inventário extrajudicial com fundamento na autonomia da vontade das partes em dispor seus bens da melhor forma possível a partir de inventário deixado pelo de *cujus*, relativizando o *forum rei sitae* exclusivo quando decorrente de acordo entre as partes ratificado pela autoridade competente estrangeira.

74 (...) 8. O testamento em si não é ato homologável (STJ-SE 9723/IT, rel. Min. Felix Fischer; STF-SEC 5.793/AD, rel. Min. Maurício Corrêa). O que é homologável é a confirmação do testamento, a qual, segundo a legislação brasileira, deve ser um ato judicial. (...) 12. Em conclusão, no presente feito, em homenagem à expressão da vontade do de cujus, e não havendo dissenso das partes, é de ser admitida a homologação da decisão estrangeira que confirmou o testamento e procedeu ao inventário e partilha dos bens. Aplica-se o art. 216-A, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: serão homologados os provimentos não judiciais que, pela lei brasileira, tiverem a natureza de sentença. 13. Isso posto, o Ministério Público Federal opina pelo deferimento da homologação. É o relatório. Decido. Os documentos necessários à pretensão foram devidamente apresentados. Consta dos autos o instrumento público estrangeiro (fls. 11-22), acompanhado de chancela consular brasileira (fl. 13) e traduzido por profissional juramentado no Brasil (fls. 71-79). O trânsito em julgado pode ser presumido em razão da consensualidade do procedimento. Por força do art. 23, II, do Código de Processo Civil, compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, proceder ao “inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”. Não obstante, havendo acordo entre partes, como é o caso dos autos, poderá ser homologada a partilha determinada no estrangeiro. Confira-se precedente nesse sentido: Tanto a Corte Suprema quanto este Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública a sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado. (SEC n. 1.304/US, Corte Especial, relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 3/3/2008.) Os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pedido foram observados (arts. 216-C e 216-D do RISTJ). Ademais, a pretensão não ofende a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e a ordem pública nem os bons costumes (arts. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 216-F do RISTJ). Ante o exposto, homologo o ato administrativo estrangeiro. Expeça-se a carta de sentença. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 09 de abril de 2019. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Presidente (SE n. 15.461, Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 11/04/2019.)

7.CONCLUSÃO

A aplicação das normas conflituais para determinar a *lex rei sitae* para bens imóveis situados no Brasil e a competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira com fundamento no critério da *forum rei sitae* não é absoluta.

Reconhece-se a autonomia da vontade das partes no caso de divórcio para estabelecer um pacote de acordos que determinem a guarda dos filhos, o valor da pensão alimentícia a ser paga, a partilha de bens móveis e imóveis homologados pela autoridade estrangeira não viola a ordem pública. O Superior Tribunal de Justiça tem homologado as decisões estrangeiras decorrentes de acordos entre o casal ratificado pela autoridade judiciária estrangeira. Entretanto, se não demonstrado a existência de acordo entre as partes envolvidas, o STJ é categórico para excluir a partilha de bens imóveis, tendo as partes que realizar a partilha dos bens situados no Brasil perante a autoridade judiciária brasileira.

Nos casos relativos à sucessão internacional, a lei aplicável é a lei mais benéfica, princípio constitucional de proteção à família que envolvam cônjuge e filhos brasileiros, relativizando a aplicação da *lex rei sitae* para partilha de bens de imóveis situados no Brasil. Na mesma direção em que o STJ consolidou a flexibilização da competência exclusiva para bens imóveis em divórcio internacional, há uma tendência com relação à sucessão internacional de bens imóveis situados no Brasil decorrentes de inventário extrajudicial, desde que os herdeiros tenham maioria civil e sejam capazes e não haja dissenso entre as partes.

Importa salientar que a autoridade estrangeira é categoricamente impedida de exercer a jurisdição e julgar sobre os direitos *in rem* ou direitos *in personam* que envolvam bem imóvel, independentemente da manifestação de vontade das partes que possuem limites em suas obrigações de contratar, nos termos da válvula de segurança do artigo 17 da LINDB. Estudos sobre direitos *in personam* contribuirão para a participação do Brasil na Convenção da Haia de 2019 sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONINI, Mauro. In: PELLUZO, Cezar. (ed.) **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência, Lei 10.406, 10.01.2002**. 4ª ed. Barueri: Manole, 2010.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARREDA, N. C. **Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 julio de 2012**. Cuadernos de Derecho Transnacional. vol 6, nº 1, 2014.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

BELANDRO, R. S. **La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión**. Revista de la Facultad de Derecho, nº 32, 2012.

BONOMI, Andrea. **Sucession Internationales: Conflicts de Lois et de Juridictions**. The Hague Academy Collected Courses, Recueil des Cour, vol. 350, 2010.

CAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho Internacional Privado**. 14ª ed. Granada: Comares, vol I, 2014

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014.

DINU, Cătălina Georgeta. **The Jurisdiction of Private International Law regarding the Claim of Immovable property**. Bulletin of the Transilvania University of Braşov. Series VII, Vol. 7 (56), Nº 1 - 2014.

FRAGISTAS, N. **La compétence internationale en droit privé / par N. Fragistas**. Recueil des cours, Volume 104, 1961-III.

GARB, Louis. WOOD, John. **International Succession**. 4ª Ed. London: Oxford, 2015.

GARCIMARTÍN, Francisco; SAUMIER, Geneviève. **Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (HCCH 2019 Judgments Convention)**. The Hague: Hague Conference on Private International Law, 2020.

HARTLEY, Trevor C. **International Commercial Litigation**. Cases and Materials on Private International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

JATAHAY, Vera Maria Barrera. **Do Conflito de Jurisdições: a competência internacional da Justiça brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

LOPES, Inez. SOUSA, Ana Viola. **A sucessão sobre bens imóveis situados no Brasil e o direito internacional privado**. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de

Revisión, Asunción, v. 4, n. 7, 2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZEI, Rodrigo Reis. CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. **Breve Diálogo entre os Negócios Jurídicos Processuais e a Arbitragem**. Revista de Processo. Vol. 237, 2014.

MICHAELS, Ralf. **Two Paradigms of Jurisdiction**. 27 Mich. J. Int'l L. 1003, 2006.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. BARBOSA, Luísa Nogueira. **O Processo Civil Internacional no CPC/2015 e os princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional: uma análise de consonância da harmonização processual**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, v. 19, 2018.

PALLEY, T. **Re-theorizing the Welfare State and the Political Economy of Neoliberalism's War against It**. FMM Working Paper No. 16, Düsseldorf, 2018.

RODRIGUES, Alik Rosa. RODRIGUES, Gabriela Carolino. SANTINI, Josiele. OAKES, Rachel Ferreira. **Direito Internacional Comparado: perspectivas multiculturais no âmbito do Direito de Família (casamento e divórcio)**. In: Daniel Lena Marchiori Neto, Felipe Kern Moreira, Fernando Comiran, Wagner Feloniuk. Normas, instituições e poder a partir de perspectivas das margens. Rio Grande do Sul, RS: Editora da FURG, 2021.

SANTOS, Danilo Ribeiro dos. FRANCO, Leonardo Veiga. CARDOSO, Luiza Tosta. **Considerações sobre homologação de sentença estrangeira de divórcio no Brasil**. In: IV Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória/ES. Princípios Transnacionais do Processo Civil à luz da harmonização do Direito Internacional Privado, 2019.

SAVIGNY, F.C. **The Conflict of Laws and the limits of their operation in respect of place and time**. Edinbugh, T & T Clak, Law Publishers; London, Stevens & Sons, 1869.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Parte Especial, Conflitos de leis civis. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1977.

VESCOVI, Eduardo. **Derecho Procesal Civil Internacional: Uruguay, el Mercosur y América**. Montevideo: Ediciones Idea, 2000.

VOLPINI, Carla. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. **Dos bens no Direito Internacional Privado Brasileiro: análise das regras de qualificação dispostas pelo direito brasileiro**. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción, v. 4, n. 7, 2016.

ZANETI, Hermes. **O novo Processo Civil Brasileiro e a Constituição**. O modelo constitucional da justiça brasileira e o código de processo civil de 2015. Salvador: JusPodivum, 2016.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



UnB

**FUTURO
É AGORA**



latindex

Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal