

REVISTA INTERDISCIPLINAR DE DIREITO

v.19, n.2, 2021

ISSN: 1518-8167
e-ISSN: 2447-4290

Autores

Adriano Moura da Fonseca Pinto

Alexandre de Castro Catharina

André R. C. Fontes

Bruno Maia

Flávia Pereira Hill

Guilherme Sandoval Góes

Hector Luis Martins Figueira

Horácio Monteschio

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Nilton Rodrigues da Paixão Júnior

Rafael Carvalho Rezende Oliveira



Revista Interdisciplinar de Direito
Curso de Direito do Centro Universitário de Valença (UNIFAA)

v. 19, n. 2, 2021

Adriano Moura da Fonseca Pinto
Alexandre de Castro Catharina
André R. C. Fontes
Bruno Maia
Flávia Pereira Hill
Guilherme Sandoval Góes
Hector Luis Martins Figueira
Horácio Monteschio
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Nilton Rodrigues da Paixão Júnior
Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Valença, RJ
2021

Presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Dr. Antonio Carlos Dahbar Arbex

Reitor do Centro Universitário de Valença (UNIFAA)

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Vice-Reitor do Centro Universitário de Valença (UNIFAA)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (Membro Externo–UFRRJ–Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Augusto Zimmermann (Membro Externo–Murdoch University–Murdoch–Austrália)

Prof. Dr. Carlos Frederico Mares de Souza Filho (Membro Externo – PUC-PA – Curitiba/PR)

Profa. Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Membro Externo Instituto de Ensino Superior de Rondônia)

Prof. Dr. Jorge O. Bercholz (Membro Externo–UBA–Argentina)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto (UNIFAA–Valença/RJ)

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (Membro Externo–UERJ– Rio de Janeiro/RJ)

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (Membro Externo–UFG–Goiânia/GO)

Profa. Dra. Maria Goretti dal Bosco (Membro Externo–UFF–Niterói/RJ)

Profa. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado (Membro Externo–UEL–Londrina/PR)

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo–USP–São Paulo/SP)

Profa. Dra. Núria Belloso Martín (Membro Externo–Univ. Burgos–Espanha)

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho (Membro Externo– UNESA– Riode Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Sebastião Marcelice Gomes (Membro Externo– UFAM – Manaus/AM)

Prof. Dr. Silvano Peloso (Membro Externo–Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza”–Roma–Itália)

Prof. Dr. Sonia Netto Salomão (Membro Externo–Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza”–Roma–Itália)

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo–Univ. Burgos–Buenos Aires–Argentina)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (Membro Externo–UFPB–Campus I– João Pessoa/PB)

Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta (Membro Externo–UERJ–Rio de Janeiro/RJ)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Revista Interdisciplinar de Direito / Centro Universitário de Valença-
UNIFAA, Curso de Direito. – ano 1, n. 1. (maio 1998) -. – Valença-
RJ: Editora UNIFAA- Centro Universitário de Valença, 1998-.

Semestral

Endereço eletrônico: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV>

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença

ISSN: 1518-8167

e-ISSN: 2447-4290

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Centro Universitário de Valença.
Curso de Direito.

CDU: 34(81)(05)

Os editores e coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

Título	Revista Interdisciplinar de Direito
Título anterior	Revista da Faculdade de Direito de Valença
ISSN versão impressa	1518-8167
ISSN versão eletrônica	2447-4290
Linha editorial	A Revista é generalista. Publica artigos sobre a dogmática das diversas áreas do direito, contribuindo para o engrandecimento da cultura jurídica nacional e internacional.
Tipos de trabalhos publicados	Artigos científicos, ensaios e jurisprudência nacional e internacional
Periodicidade	Semestral
Instituição	Centro Universitário de Valença (UNIFAA)
Endereço	Rua Sargento Vitor Hugo, 161 – Bairro Fátima
Cidade	Valença
Estado	Rio de Janeiro
Website	revistas.faa.edu.br/index.php/FDV
Ano de criação	1998 (impressa) 2009 (<i>online</i>)
Classificação	Qualis B5 Direito; B4 Ciência Política e B4 Artigos interdisciplinares
Bases de dados nacionais	Diadorim, Sumários, LiVre/Revista de livre acesso, .periodicos.CAPES
Base de dados internacionais:	Latindex, Latin REV, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Sherpa/Romeo, Directory of Research Journals Indexing (DRJI), OCLC World Cat, Academic Resource Index ResearchBib, MIAR – Universitat de Barcelona, BASE, Cite Factor – Academic Scientific Journals, JURN, Google Scholar.
Editor chefe	Rogério Tabet de Almeida
E-mail principal	revista.direito@faa.edu.br
E-mail alternativo	direito@faa.edu.br
Telefone	24-2453-0700

Autores

Adriano Moura da Fonseca Pinto

Profesor y Coordinador Adjunto del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Estácio de Sá en Rio de Janeiro – Brasil. Posdoctorando en Derecho – Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León – México. Mestrando del Programa de Posgrado en Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense. Membro do Comitê Científico da Conferencia Universitaria para el Estudio de La Mediación y el Conflicto - CUEMYC (España). Consultor Internacional de la FACPYA - Universidad Autónoma de Nuevo León (México).. Membro do Observatório de Política Pública, Direito e Proteção Social e fundador do Observatório de Mediação e da Arbitragem, ambos do PPGD da Universidade Estácio. de Sá. Vice Coordinador del Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Estácio de Sá. Membro da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB-RJ.

Alexandre de Castro Catharina

Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNESA. Líder do Observatório de Cultura Jurídica e Democratização do Processo – UNESA; Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Membro do Instituto Carioca de Processo Civil – ICPC; Advogado.

André R. C. Fontes

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2005), Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (2007), Doutor em Ciências em História das Ciências, das Técnicas e Epistemologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (2007), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ (2015), Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2002) e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense - UFF (2013). Professor Associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNI-RIO. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNI-RIO. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Bruno Maia

Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – CEUB; Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Juiz de Fora; Advogado e-mail: brunomaiaster@gmail.com .

Flávia Pereira Hill

Doutora e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Adjunta de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora visitante da *Università degli Studi di Torino*, Itália. Tabela.

Guilherme Sandoval Góes

Pós-doutor em Geopolítica, Cultura e Direito pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Membro do Fórum Permanente de Direitos Humanos e Professor de Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor de Direito Constitucional e Teoria do Estado da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Diplomado pelo “Naval War College” dos Estados Unidos da América (Newport-Rhode Island, USA). E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br.

Hector Luiz Martins Figueira

Doutor em Direito, UVA/RJ; Mestre em Direito. Advogado e professor da UNIFAA, FAMESC E EMERJ – RJ. E-mail: hectorlmf@hotmail.com.

Horário Monteschio

Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Pós-Doutor em Direito das Relações Internacionais pela Universidade de Reggio Calabria-Itália. Pós-Doutor pela UNICURITIBA, Doutor em Direito pela FADISP e Mestre em Direito da Personalidade pelo UNICESUMAR. É Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAR (PR) e do CERS (PE). Membro correspondente da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado. h.monteschio@uol.com.br

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ e na Estácio. Procurador de Justiça no estado do Rio de Janeiro.

Nilton Rodrigues da Paixão Júnior

Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida – UVA. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Pesquisador do GGINNS – Research Group on Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Visiting Scholar pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade Veiga de Almeida. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Cândido Mendes. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. E-mail: contato@roaa.adv.br.

Sumário

Apresentação	10
El ejercicio de la acción y la búsqueda a la tutela judicial efectiva: una visión constitucional en España y Brasil Adriano Moura da Fonseca Pinto	12
Adaptação procedimental em tempos de pandemia reflexões sobre os impactos da crise em nossa cultura jurídica processual Alexandre de Castro Catharina	30
A dupla formação dos contratos de consumo André R. C. Fontes	43
Tópica e direitos fundamentais: a contribuição de Theodor Viewheg Bruno Maia	57
Desjudicialização e atos probatórios concertados entre as esferas judicial e extrajudicial: a cooperação interinstitucional <i>online</i> prevista na resolução 350 do CNJ Flávia Pereira Hill e Humberto Dalla Bernardina de Pinho	72
Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no estado de direito contemporâneo Guilherme Sandoval Góes	93
A formação da categoria “cidadania do consumo” no contexto brasileiro Hector Luis Martins Figueira	108
O sistema multiportas de resolução de conflitos e os serviços notariais: uma análise sobre sua aplicação aos tabelionatos de protestos Horácio Monteschio	123

Há um direito fundamental de infectar? (o “cuidado” em Martin Heidegger)	
Nilton Rodrigues da Paixão Júnior	139
O papel da advocacia pública no dever de coerência na Administração Pública	
Rafael Carvalho Rezende Oliveira	153

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira a nova edição da Revista Interdisciplinar de Direito. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes do corpo docente.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 30 de dezembro de 2021.

Antônio Carlos Dahbar Arbex

Presidente da Fundação Educacional Dom André Arcoverde

El ejercicio de la acción y la búsqueda a la tutela judicial efectiva: una visión constitucional en España y Brasil

Adriano Moura da Fonseca Pinto¹

Resumen

El ejercicio del derecho de acción se relaciona tradicionalmente con el acceso a la justicia, inicialmente con un sesgo más formalista y limitado con el derecho a obtener una respuesta judicial cognitiva, incluso en sus espacios recursivos. A medida que pasan los años y, formateando los estados de derecho y sus constituciones, el ejercicio formal de la acción va incorporando derechos más centrados en la efectividad de la disposición judicial, que se asocia particularmente a las órdenes constitucionales, por regla general. Así, este texto aporta una visión constitucional respecto al ejercicio de la acción y la jurisdicción en España y Brasil, con énfasis en doctrinas convergentes la idea de tutela judicial efectiva.

Palabras-clave: Acción; Tutela judicial efectiva; España; Brasil.

Abstract

The exercise of the right of action is traditionally related to access to justice, initially with a more formalist and limited with the right to obtain a cognitive judicial response, even in the appeal spaces. As the years pass with the states of law and their constitutions, the formal exercise of the action are incorporating rights more focused on the effectiveness of the judicial provision, which is particularly associated with constitutional commands, as a rule. This text brings a constitutional view regarding the exercise of action and jurisdiction in Spain and Brazil, with emphasis on convergent doctrines the idea of effective judicial protection.

Keywords: Action; Effective judicial protection; Spain; Brazil.

¹ Profesor y Coordinador Adjunto del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Estácio de Sá en Rio de Janeiro – Brasil. Posdoctorando en Derecho – Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León – México. Mestrando del Programa de Posgrado en Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense. Membro do Comité Científico da Conferencia Universitaria para el Estudio de La Mediación y el Conflicto - CUEMYC (España). Consultor Internacional de la FACPYA - Universidad Autónoma de Nuevo León (México).. Membro do Observatório de Política Pública, Direito e Proteção Social e fundador do Observatório de Mediação e da Arbitragem, ambos do PPGD da Universidade Estácio. de Sá. Vice Coordinador del Comité de Ética em Pesquisa da Universidade Estácio de Sá. Membro da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB-RJ.

Para tratar del ejercicio de la acción y la búsqueda del derecho a la tutela judicial efectiva partimos de una consideración primera como es la de que el estudio de la *Acción* se ha desarrollado como parte integrante de un análisis de los elementos tradicionalmente tratados por la doctrina como son *Jurisdicción y Proceso* y el concepto de Estado de Derecho.

A la vez que los Estados se cualifican como de Derecho, comienzan a basar su existencia, legitimidad y actuación en base a la ley moldeando sus Constituciones, el estudio de la *Acción*, también, va pasando de las manos esencialmente de los particulares y sus derechos materiales hacia un derecho más generalista, de carácter definido como público, autónomo del derecho privado y su existencia, aunque la transición de la autonomía haya pasado por las ideas de concreción antes de llegar al abstractismo que se sostiene, si bien con variables, en la actualidad.

Tal cambio, del ámbito predominantemente privado, tiene sus razones jurídicas y lógicas, pautadas principalmente en el binomio Igualdad- Legalidad, imprescindible para que el Derecho en cuanto ley pudiera ser pensado, redactado, validado y aplicado ante todos en el ámbito del movimiento Liberal que se instituía contra las seculares arbitrariedades del Estado y de la Iglesia.

Por la *Igualdad*, todos, como en un pase de magia, quedaban en una situación fáctica y jurídica de homogeneidad, aptos para ser tratados en el mundo privado o público de la misma forma. Así, al aplicar la *Legalidad* en el entorno de los Estados de Derecho, jueces y tribunales sólo delectaban lo que fue legislado y, como mucho, interpretado con los criterios ya conocidos del Positivismo Jurídico clásico.

Siendo todos iguales ante la ley, el ejercicio de derechos, aquí en el caso, el derecho de acción también fue, en cierto modo y por tiempo, garantizado por la letra fría de la legislación positivada. La separación del derecho material ya se había producido. Todos ahora eran iguales ante la ley que regula, entre otros derechos, el derecho de acción, de modo que la acción sale de escena, dando lugar a los dos otros elementos esenciales para el Derecho Procesal: *Jurisdicción y Proceso* como garantía de los justiciables.²

Es más, con la primacía del propio Estado sobre el control de la actuación de sus jueces y tribunales, el ejercicio de la *Jurisdicción* comenzó a ser el centro de las atenciones de la doctrina, así como el *Proceso*, que se acaba convirtiendo en el instrumento de realización del Derecho a través de los jueces y tribunales en base al Derecho legislado. Se concentra con la *Jurisdicción* el centro de las atenciones para, posteriormente, centrarse en la *Acción* y, finalmente, llegar al *Proceso*, convirtiéndose éste en el gran instrumento de transformación que necesita adecuarse para que funcione como instrumento del Estado.

Al permitirse tal cambio, el Estado de Derecho centraliza en la *Jurisdicción* el acceso a la Justicia, partiendo de una conceptualización y una caracterización que tiene como referencia

² ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, N. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, México, 1991, p. 231.

la actuación de jueces y tribunales.³ Se trata de una verdadera incorporación del acceso a la Justicia por parte del Estado, alejándose completamente de la idea de accesibilidad de la Justicia por el particular y para el particular, con sus características, realidades, peculiaridades, y que evoluciona hacia una idea de acceso a la Justicia con la forma y contenido propuesto por los Estados.

Junto con los particulares, ahora también el nuevo Estado, debe ser y está siendo una referencia para el acceso a la Justicia para jueces y tribunales. En otras palabras, es la Acción, delineada por la Jurisdicción y por el Proceso, la protagonista, y no en el ejercicio en sí, a diferencia de lo que se había diseñado, por ejemplo, en el período romano.

Como ya se ha mencionado, existía una cierta lógica (que incluso se puede criticar actualmente), de desplazar el discurso de pensamiento, legislación y actuación del Derecho por parte de los jueces y tribunales hacia el ámbito de la Jurisdicción y los límites en los que se produce en el proceso. La lógica, (aunque falseada por la validez simple en la norma positivista), es la premisa de que todos serían iguales ante la ley, pudiendo, por tanto, recibir un tratamiento genérico por parte de la ley. Tenía un sentido orgánico, pero carente de materialidad fáctica en la micro aplicación de la accesibilidad por parte de los ciudadanos hasta que obtuvieran su Justicia, bien fuera una simple respuesta, bien fuera la realización material de la pretensión en sí.

Así, la idea de tratar inicialmente la Acción en Roma de forma separada de la Jurisdicción y del Proceso es comprensible y de cualquier forma incluso culpablemente justificable. Por ello, la Jurisdicción y del Proceso se configuran como los elementos decisivos para que sea factible la consecución de la Justicia por parte de jueces y tribunales, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, actitud que perdura como el hilo conductor de los estudios y enseñanzas del Derecho Procesal hasta la actualidad sin muchos cuestionamientos, insistimos, y con raras excepciones por el fracaso del resultado final.

Un simple análisis del contenido de los manuales y obras clásicas de Derecho Procesal, especialmente en el campo de la Teoría General del Proceso pone de manifiesto con suficiente rigor, el orden y la dinámica del enfoque de la ciencia procesal: "Jurisdicción, acción y proceso".⁴ El estudio del Derecho ¿inicia con la búsqueda de la Justicia por parte del Estado que juzga y no con el ciudadano que ejerce la búsqueda de la Justicia? ¿Es correcto? En el presente texto entendemos que no.

La segunda consideración (2) se refiere a algunas consecuencias que se producen por el fortalecimiento de la posición tradicional de la doctrina, ley y jurisprudencia de emprender el estudio de la búsqueda de la Justicia partiendo de la idea de justificación de la Jurisdicción, para

³ PEDRAZ PENALVA, E. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2000, p. 33.

⁴ *Ibidem*, p. 37.

después hablar de la Acción y, por último, argumentar acerca del Proceso.⁵ La primera consecuencia (2.1) es que tal posición, principalmente reforzada a lo largo del último siglo, acaba insertando la *Justicia en los límites del Proceso y de la Jurisdicción, principalmente en sus aspectos más formales*⁶, dejando la actuación de las partes interesadas, en otras palabras, la Acción, a merced de lo que es lícito (legal y constitucionalmente hablando), para llevar a cabo el Proceso con la bendición de la Jurisdicción, en los términos de la legalidad positivada y validada, llena de argumentos técnicos, pero sin tener en cuenta que todo esto sucede en medio de la sociedad X el Estado. Aquí se pone de manifiesto un falso equilibrio y una rectitud basada únicamente en la previsibilidad de la ley y en la consecuente limitación de su acción o actuación.

Se trata, según hemos presentado, de una inversión de valores para pensar, legislar y aplicar las herramientas facilitadas a los ciudadanos en la búsqueda de la Justicia. En un marco democrático, se busca con ahínco y preocupación lo justo (que puede llegar a rozar la utopía en ocasiones), y los parámetros de justificación están necesariamente ligados a los valores extrínsecos (extraprocesales) a la acción, la defensa y el juicio, vinculados no sólo a lo que uno se imagina de la intervención estatal en el sector privado, sino también a los medios propicios para tal realización en la práctica, tipificados en la legislación procesal como posibles actos de las partes, abogados, procuradores, jueces.

Tanto unos como otros valores son explícita e históricamente vulnerables a los elementos que poco o nada tienen que ver con las personas y sus acciones que buscan la prevención o reparación del orden de su derecho material, pero que en gran medida afectan social, económica y políticamente sus vidas. Eso constituye el efecto pero no la causa. Los presupuestos públicos, la gestión de los recursos personales y materiales, la realidad socio-cultural de las personas, son sólo algunos ejemplos de lo que podríamos considerar valores o factores extraprocesales que ejercen influencia en la mayor o menor accesibilidad a la Justicia de jueces y tribunales.⁷

Los valores o los factores fuera del proceso pueden considerarse como los que están insertados en la mayor o menor limitación de las posibilidades jurídicas que se derivan del ejercicio de la acción, de la respuesta de la Jurisdicción, de las personas calificadas como acusadas, de los funcionarios de la justicia, como los expertos, etc. Abarcan, en efecto, la suma de las posibilidades de los más diversos actos procesales que se pueden producir desde la distribución de la petición de la acción, comenzando por el rito o el procedimiento específico hasta el pronunciamiento de la ley y, si es necesario, también la participación de los recursos necesarios para la ejecución forzada del derecho material, cuando no se cumple voluntariamente.

Son los valores o los factores que pueden limitar el ejercicio de la acción, haciendo que las personas naturales o jurídicas consigan ejercer (recibir) el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en las Constituciones de España (art. 24.1) y Brasil (5º, XXXV),

⁵ *Ibidem*, p. 37.

⁶ MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 19.

⁷ CICHOCKI NETO, J. *op. cit.* p. 99.

respectivamente. Es así, por lo tanto, que en este Capítulo III, intentaremos medir la efectividad del mandato constitucional del Derecho Fundamental de acceso a la Justicia, en el sentido de que se intenta garantizar a los sujetos involucrados en el proceso judicial, toda la legislación procesal infraconstitucional y constitucional existente, incluyendo ahí, el pilar de los Principios Constitucionales, en particular los que sostienen los derechos fundamentales, ya sean ellos derechos fundamentales materiales o procesales, como es el caso de la Acción, tal y como defendemos.

Mediante la Acción,⁸ los ciudadanos obtienen el contenido íntegro de la tutela judicial efectiva en los casos llevados a los jueces y tribunales en España y Brasil. No deberíamos, como ya hemos indicado anteriormente, partir de la Jurisdicción sino de la Acción como un derecho que, una vez ejercido, genera la actuación de la Jurisdicción en el ámbito del Proceso. Se afirma que por el impulso inicial de la Acción, durante todo el tiempo que se requiere para su ejercicio, el contenido de la tutela judicial efectiva se respeta por los jueces y tribunales, generando así los pronunciamientos judiciales capaces de hacer que el Proceso Judicial sea legal y constitucional.

Puesto que los jueces y tribunales ejercen su autoridad estatal en la conducción de los procesos judiciales, mucho de lo que se considera contenido en la tutela judicial efectiva pasa, sin duda, por las manos de los jueces. La relevancia que se da a la Jurisdicción a partir de fuentes distintas del pacto constitucional, puede desembocar en que el mandato mayor de acceso a la Justicia no se cumpla.

Son, por lo tanto, las personas y el Estado insertados formalmente en los procesos judiciales, o simplemente afectados por ellos, como por ejemplo en los casos de jurisdicción propiamente constitucional, cuando la actuación del Tribunal Constitucional o del Supremo Tribunal Federal, o incluso en las hipótesis de las llamadas acciones colectivas, aquéllas en que el pronunciamiento judicial afecta a un determinado grupo de personas, cuando no sea derecho difuso como, por ejemplo, el medio ambiente.

La segunda consecuencia (2.2) es que, al aplicar la Jurisdicción, por regla general jueces y tribunales lo hacen en según la doctrina positivista clásica, dando protagonismo a los códigos y a otras normas procesales infraconstitucionales, sin que haya, salvo excepciones más recientes, un gran apego a la utilización de la normativa procesal de las Constituciones, volviendo aquí al escenario de los “Constitucionalismos” (apuntado en el Capítulo I y sobre lo que volveremos principalmente en el Capítulo IV).

España y Brasil experimentan situaciones jurídicas con un alto grado de similitud ante el tema de la accesibilidad a la Justicia a través de los jueces y tribunales, a favor del mayor mandato de la tutela judicial efectiva, en base a sus respectivas Constituciones garantistas, llena

⁸ Luiz Guilherme Marinoni sostiene la posición aquí también defendida y que será mejor analizada con respecto al contenido de la tutela judicial efectiva, por la cual: “la acción no se resume al acto que invoca la jurisdicción. No es un acto solitario, como si el derecho de acción pudiera limitarse a un requerimiento de tutela jurisdiccional.”

de derechos fundamentales, incluso el derecho fundamental de acción (a favor de la tutela judicial efectiva), pero con su ejercicio, en la práctica regido principalmente por jueces y tribunales que no se separan de las respectivas Constituciones, mucho más que los jueces y tribunales provenientes de la separación de poderes de la versión más antecedente del Estado de Derecho.

El hecho es que la Jurisdicción, ya sea por factores internos o externos a lo que sucede en las líneas del Proceso, dudó en aplicar, como norma, las respectivas Constituciones más allá del formalismo jerárquico positivista, y limitando su eficacia, ya sea en el ámbito político, ya sea en el ámbito de los derechos materiales fundamentales, con justificaciones dudosas.

Pero ¿cómo se producen estas situaciones? Se producen en el ámbito tanto externo como interno a los procesos, como se ha dicho (factores o valores extraprocesales e intraprocesales), dado que tanto en un caso como en el otro, el derecho de Acción se ve afectado, sobre todo reducido y, con él, las Constituciones y sus Principios prometedores, primero en el ámbito del derecho procesal y, seguidamente (ya que depende de este), en el ámbito del derecho material de las personas. Éstas tienen grandes dificultades para llevar a cabo la acción de declarar, constituir u obtener la condena a la vulneración de sus derechos; también para el pago, a través de la acción ya en fase de ejecución de las obligaciones contenidas en los pronunciamientos judiciales (pagar una cierta cantidad, hacer/no hacer y entregar bienes); también para los títulos ejecutivos extrajudiciales, ya que es similar a la tutela directiva.

Por ello, resulta necesario analizar la tutela judicial efectiva propiamente dicha, teniendo en cuenta su tipicidad legal, su respectiva naturaleza jurídica, su concepto y su contenido formal y material en España y en Brasil. En todos los campos mencionados anteriormente, nuestro estudio trata de acentuar el tema específico, indagando sobre la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, elementos característicos e indicadores de la dirección que se tiene, en la teoría y práctica, el mencionado tema en particular.

2 PREMISAS DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN ESPAÑA Y BRASIL

Se observa que países como España y Brasil, cada uno con capítulos propios de su historia más que secular, tuvieron en la segunda mitad del siglo XX significativos cambios de régimen político y secuencialmente jurídico con sus respectivas Constituciones de 1978 y 1988, ambas que reflejan, dentro de sus particularidades, el salto que se pretendía en el ámbito del Derecho, principalmente en lo que se refiere a la estructuración, organización y funcionamiento de la máquina judicial a favor del acceso a la Justicia como un derecho fundamental.

Tras las mencionadas Constituciones, España y Brasil pasaron por un intenso cambio legislativo infraconstitucional, en particular el derecho procesal, a fin de que sus respectivas Constituciones alcanzaran la mesa de jueces y tribunales, teniendo un acceso cada vez más

cuantitativo y cualitativo de respuestas judiciales a favor de la Justicia. Este hecho se produjo, como consecuencia lógica y natural de cambio constitucional, obviamente, no sólo por la influencia del campo político de la labor legislativa del Derecho, sino también de modo significativo por el Derecho resultante del Tribunal Constitucional y del Supremo Tribunal Federal, por dictar, a lo largo de las décadas pasadas, no sólo los contornos de la tutela judicial efectiva en cada uno de los países, sino también el modo de tutela (protección) de todos los demás derechos fundamentales.

La tutela (protección) de los derechos fundamentales en general en España y Brasil se ha ido produciendo con mayor proximidad que distancia, sobre todo en el campo del fundamento constitucional de las últimas decisiones de sus tribunales. Aunque esto haya ocurrido con diferentes instrumentos procesales, con la primacía del fundamento de las respectivas Constituciones y la aplicación normativa a los Principios también es notorio sea con Post-Positivismo, el Neoconstitucionalismo o incluso, en el caso de Brasil, de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

3 LA TIPICIDAD CONSTITUCIONAL DA LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: POSICIONES DOCTRINALES EN ESPAÑA Y EN BRASIL

El art. 24.1 CE⁹ y el art. 5º, XXX de la CRFB¹⁰ incluyen las disposiciones constitucionales del derecho fundamental a buscar la Justicia¹¹ a través del ejercicio del derecho de acción, mediante la provocación a jueces y tribunales. Estamos ante un derecho fundamental procesal, que sirve, incluso, como medio de realización de los demás derechos fundamentales, cuando no se entreguen naturalmente a los respectivos titulares.¹²

En efecto, las dos disposiciones mencionadas, a pesar de que se configuren como exponentes referenciales del derecho al fundamental Acceso a la Justicia a través de los jueces y tribunales en los respectivos países, no consiguen por su textualidad, presentar un contenido completo (instituciones e institutos procesales) que reflejen el Derecho dictado por las decisiones del Poder Judicial. Tanto en el ámbito constitucional, como infraconstitucional, se expanden en las propias disposiciones, inherentes a los institutos de derecho procesal para el acceso a la acción, a la jurisdicción y al proceso.

⁹ Art. 24.1 CE .Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión.

¹⁰ Art. 5. CRFB. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: [...] XXXV - la ley no excluirá de la apreciación del poder Judicial lesión o amenaza al derecho.

¹¹ MONTERO AROCA, J., GÓMES COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Ed.Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 220.

En el caso, de España, el art. 24.1 CE se combina inicialmente con los artículos 117 CE hasta 127 CE, que serán oportunamente abordados en el tratamiento de los institutos de la acción, jurisdicción y proceso correspondientes. Además de estas disposiciones, que reflejan la actividad del Poder Judicial como un todo, no se puede dejar de mencionar los artículos 159 hasta 165 CE relativos a la actuación del Tribunal Constitucional.¹³

Brasil cuenta con una situación similar y más agravada, puesto que no se organizó en el ámbito constitucional, de modo amplio, lo que viene a ser el contenido de la tutela judicial efectiva. A modo de aclaración, la expresión reiteradamente utilizada para referirse a la “tutela judicial efectiva” en el país es de carácter semántico mucho más amplio; “acceso a la Justicia” o “inapartabilidad¹⁴ de la jurisdicción”. Tal denominación, a pesar de que permita un abanico quizá más extensivo de elementos que puedan influir en el resultado de la Acción, Jurisdicción y Proceso, acaba dificultando el tratamiento más específico y, también más efectivo.

Así, superada la diferenciación anterior, de modo equivalente al texto constitucional español, la Constitución de la República Federativa de Brasil posee en diversas otras disposiciones normas y principios que se refieren a la acción, jurisdicción y proceso a favor de una tutela judicial efectiva. Siguiendo un orden meramente cronológico, es en el propio art. 5º CRFB, en su párrafo y diversos incisos, los que corresponden a los derechos fundamentales a la acción, jurisdicción y proceso.¹⁵ El citado art. 5º CRFB abre en el texto constitucional el

¹³ Se ha optado aquí por no citar todos los artículos de la CE de una sola vez, debido a la extensión y amplitud de los temas tratados. De acuerdo con la aparición temática, los mismos serán mencionados y descritos a lo largo de nuestra investigación. Lo mismo vale para las disposiciones correspondientes de la CRFB de Brasil.

¹⁴ En este punto, hacemos expresa referencia al principio de “inafastabilidade”, que es traducido como principio de “inapartabilidad de la jurisdicción”, es decir, que la jurisdicción no puede apartarse o ser apartada de la función de juzgar.

¹⁵ Art. 5º (párrafo) CRFB. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: [...] XXXV - la ley no excluirá de la apreciación del poder Judicial la lesión o la amenaza al derecho; [...] LIII - nadie será procesado ni condenado si no por la autoridad competente; LIV - nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal; LV - a los litigantes, en el proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general se les asegura el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos inherentes; LVI - son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos; [...] LXVIII - se concede siempre el *habeas corpus* en el caso de que alguien sufra o se vea amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder; LXIX - se concede el mandato de seguridad para proteger el derecho líquido y cierto, no amparado por el *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder sea la autoridad pública o el agente de la persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder Público; [...] LXXI - se concede el mandato de requerimiento siempre que la falta de la norma reglamentaria haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía; LXXII - se concede el *habeas data*: a) para garantizar el conocimiento de las informaciones relativas a la persona del solicitante, constantes de registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de los datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso sigiloso, judicial o administrativo; LXXIII - cualquier ciudadano es parte legítima para proponer cualquier acción popular destinada a anular un acto lesivo al patrimonio público o de cualquier entidad en la que el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo una comprobada mala-fe, exentado de gastos judiciales y de la carga de los costes legales; LXXIV - el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprueben insuficiencia de recursos; LXXV - el Estado indemnizará al condenado por error judicial, así como lo que queda prendido además del tiempo fijado en la sentencia; [...] LXXVII - son gratuitas las acciones de *habeas corpus* y *habeas data* y, en la forma de la ley, los actos necesarios para el ejercicio de la ciudadanía. (Reglamento) LXXVIII a todos, en el ámbito judicial y

19

tratamiento destinado a los Derechos Fundamentales de naturaleza individual y colectiva, siendo un verdadero portal de la constitucionalización de los diversos derechos privados y públicos del ordenamiento brasileño.

Como se observa por la simple lectura de los incisos del art. 5º, CRFB, aunque con el filtro de la citación a favor de la utilización de la misma metodología utilizada con la CE, la Constitución brasileña contiene una extensa lista de disposiciones que se diluyen en el ámbito del derecho material y procesal y están, en su mayor parte, reiterados en los textos de la legislación infraconstitucional, en constante modificación desde las décadas siguientes al nuevo orden constitucional al finales de 1980.

Asimismo, tanto en el ámbito de la CE como de la CRFB, el derecho de acceso a jueces y tribunales es un derecho fundamental, estrictamente relacionado con el derecho de acción y con la actuación de la jurisdicción. Y todo eso se produce en el ámbito de los procesos judiciales. También es el lado opuesto de la prohibición de la autotutela¹⁶ por parte de quien se entiende que es titular de derechos y trata de prevenir o remediar sus intereses con la participación de jueces y tribunales, lo que supone para el Estado una gran responsabilidad, puesto que es el garante y debe, bajo pena de incurrir en mora con respecto a la sociedad si no proporciona este derecho fundamental positivo.

3.1 Posiciones doctrinales en España

En la doctrina de MORENO CATENA encontramos la idea de que, en ambos casos, el mandamiento del derecho fundamental pretende proteger, en su totalidad, los diversos momentos del ejercicio del derecho de acción por parte de los que se considera que son titulares de las posiciones jurídicas activa y pasiva en situaciones concretas del derecho material. El autor también aprovecha para diferenciarlo del simple acceso (formal e inicial) a los jueces y tribunales, así como de cualquier alusión al derecho a una sentencia de mérito, lo que llevaría la adopción de la teoría de la acción en su sentido concreto.¹⁷

TAPIA FERNÁNDEZ también sostiene la misma posición. A pesar de que señala el alto volumen de decisiones del Tribunal Constitucional sobre el tema, apunta en su obra algunas sentencias que acabaron por afirmar una posición de referencia para las décadas siguientes

administrativo, se les asegura la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación. (Incluido por la Enmienda Constitucional nº 45, de 2004).

¹⁶ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUES V., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch Valencia, , 2004, p. 219.

¹⁷ “El derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales – que representa el parámetro normativo a utilizar- se salvaguarda, como veremos, con la obtención de una resolución judicial, favorable o no al actor, que habrá de recaer sobre el fondo sólo concurren los presupuestos procesales para ello, extendiéndose a su efectivo cumplimiento, según acertada y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional. Se trata, por tanto, de un derecho fundamental – con la inherente tutela privilegiada que la propia Constitución le otorga – de ámbito más restringido que el derecho a una sentencia favorable (teoría concreta), pero de contenido más amplio que el derecho de simple acceso a los tribunales, que resulta, naturalmente, implícito en el concepto enunciado.”(*Ibidem*, p. 219).

acerca de lo que se debe entender por tutela judicial efectiva.¹⁸

Por otra parte, acerca de la posible interpretación de que el derecho a la tutela judicial efectiva daría lugar a una necesaria acepción de la acción por su sentido concreto, el Tribunal Constitucional ya se pronunció en la STC 22/1982, a favor de la visión abstracta de la acción, quedando claro que una decisión de fondo, y también más favorable, dependerá obviamente de cada caso en el proceso judicial.¹⁹ Además de este juicio, también es posible observar, de acuerdo con la catedrática de Derecho Procesal de la UIB, que el TC se manifestó en los años y década siguiente con el mismo concepto, en los términos de laso, de 21 de enero; 65/1988, de 21 de marzo; entre otros,²⁰ consolidando una importante posición jurisprudencial, ciertamente influyendo no sólo en los juicios futuros en el mismo ámbito de cuestionamientos, sino generando la base para el desarrollo de la expansión de los distintos contenidos de la tutela judicial efectiva.

ORTELLIS RAMOS, por su vez y con una propuesta más amplia, se ocupa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, abordando no sólo el art. 24.1 CE sino otras varias disposiciones que también se ocupan del derecho de acción, de los cuales el autor pone de relieve los arts. 53.2 CE, 124 CE; 161.2; 162 CE y 125 CE, cada uno con su propia especialidad, invariablemente ligados a la ampliación o restricción de ejercicio, incluyendo los medios de tutela disponibles para ello.²¹ El autor finaliza el enfoque conceptual del derecho de acción con

¹⁸ “El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por las diversas Constituciones modernas, se concretiza como derecho fundamental (y por lo tanto, protegido por la garantía reforzada de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en caso de ser vulnerado) en el art. 24.1: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. El contenido concreto de este derecho a la tutela efectiva ha venido delimitado por la abundantísima jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, que por un lado, lo ha desvinculado del tradicional derecho de acción (que se estudiará en la siguiente pregunta): y, por otro, lo ha utilizado como comodín para fundamentar en él un compendio de garantías constitucionales no expresamente previstas en el apartado segundo de este art. 24 (como se ha estudiado en lección quinta). El Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias, ha venido manifestando que “el art. 24 supone, no solo que todas las personas tienen derecho al acceso a los tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas – todas las personas – tienen derecho a obtener una tutela efectiva de dichos tribunales sin que como se dice textualmente en el referido artículo, en ningún caso pueda producirse indefensión... La tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión, fundada en Derecho, ya sea favorable o adversa, y también que la igualdad entre las partes propias de todo el proceso en que éstas existan, sea asegurada de forma que no se produzca desigualdad entre las mismas y consiguiente indefensión” (S.T.C. 13/1981, de 22 de abril)”. (TÁPIA FERNÁNDEZ, I., *Lecciones de Derecho Procesal*, Ed. Palma, 2002, pp.93-94.)

¹⁹ STC 22/1982.

²⁰ TÁPIA FERNÁNDEZ, I, *op. cit.*, p. 94.

²¹ “El autor trata de lo que llama “Preceptos Constitucionales Referentes a la Acción” de la siguiente forma: En la Constitución española se encuentran diversos preceptos que versan sobre materias propias de la acción, aunque el ámbito normativo de los mismos tiene una diferente extensión. 1o) El art. 53.2CE contempla el derecho de acción dirigido a recabar la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el art. 14 y la Sección 1a del Capítulo segundo CE. 2o) El art. 124.1 CE enuncia las funciones del Ministerio Fiscal, entre las que destaca la de promover la acción de la justicia respecto a determinados objetos, es decir, provocar el ejercicio de la potestad jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción en materias jurídicas determinadas. 3o) Los arts. 161.2 y 162 CE determinan quienes tienen derecho a provocar la actividad jurisdiccional de Tribunal Constitucional específicamente. 4o) El art. 125 CE reconoce la acción popular en el proceso penal. Pero las posibles consecuencias de este reconocimiento constitucional están sometidas a una doble limitación; en primer término, la que deriva de la expresa remisión a una configuración legislativa aparentemente no sujeta a límites sustanciales (en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine); en segundo lugar la no tutela de este derecho de acción mediante el amparo, salvo que, en algún caso pudiera entenderse que una violación del mismo supone

referencia del art. 24.1 CE, lo que confirma la posición adoptada aquí, como la parte invariablemente restante del ejercicio de la acción por parte de los titulares del derecho, por lo que en el análisis del mencionado contenido y, quizás de la Teoría General del Proceso, la Acción debería estar sobrepuesta a la Jurisdicción y Proceso.

Para MONTERO AROCA, el derecho a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva serían términos sinónimos, caracterizados en el art. 24.1 CE, junto con la *Acción* y el *Proceso*, institutos también importantes para que todo lo que esté constitucionalmente previsto se materialice. Es la percepción doctrinal más tradicional que ya se ha comentado anteriormente; parte de la Jurisdicción hacia la Acción y, por último, donde “todo” se produce, es decir, el Proceso.

El autor llega al final de su razonamiento sosteniendo que la Acción, “se enlaza así con los derechos de las partes en el proceso...”, (texto completo más abajo), demostrando como la Acción tiene su concepto inicial bien definido, pero sus elementos o contenido ya se mezclan principalmente en medio de las características del Proceso.

En otra obra, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES se ocupan del Recurso de Amparo, y presenta, en base a la SSTC 185/1987, de 18 de noviembre y 30/2003, de 13 de febrero, la posición del TC acerca de la tutela judicial efectiva. Merece que transcribamos el texto, por el singular ángulo de enfoque, destacando el vínculo que se establece entre los jueces y los legisladores:

“Se trata, según lo ha definido el propio Tribunal, de un derecho prestacional de configuración legal cuyo ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que en cada caso haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente.”²²

Posteriormente, los autores presentan su propio concepto sobre la tutela judicial efectiva, señalando, al final, una preocupación acerca del principio del contradictorio visto por el legislador y el derecho de defensa, propiamente por ser respetado o violado en un proceso

también la del art. 14 o la de otro derecho de la Sección primera del Capítulo segundo CE. Ambas limitaciones se superarían en parte si pudiera concluirse que el art. 24.1 CE se refiere también a la acción penal. Esto lo admiten algunos autores, distinguiendo la posición del acusador popular (simple ciudadano) y del acusador particular (ofendido por el delito), y considerando la segunda incluida en el art. 24.1 CE. Otros autores lo rechazan porque las acciones de uno y otro acusado no son distintas y un ningún caso están destinadas a tutelar un interés personal. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se inclina decididamente por la primera postura. [...] 7º) El precepto en el que se ha centrado la elaboración jurisprudencial y doctrinal de la acción como derecho fundamental es el del art. 24.1 CE, según el cual todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Es comprensible la primacía atribuida a este precepto, primero por ser el de ámbito más general y segundo, porque el derecho que reconoce es de los tutelables mediante el recurso de amparo”. (ORTELLS RAMOS, M, en ORTELLS RAMOS, M, CÁMARA RUIZ J, JUAN SANCHÉS, R., *op cit*, pp.203-204.)

²² MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Ed. Tirant Lo Blanch Valencia, , 2008, p. 62.

real,²³ presentando en una nota de pie de página, el repertorio doctrinal sobre el tema.²⁴

3.2 Posiciones doctrinales en Brasil

En el ámbito doctrinal brasileño existe también una extensa capilaridad sobre el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque con el predominio del uso de la expresión “acceso a la justicia”, como ya se ha señalado anteriormente. Tanto en el ámbito de la doctrina constitucional, como en el ámbito del Derecho Procesal Civil, principalmente tras la CRFB de 1988, se observa el reconocimiento del derecho constitucional de acceso a los jueces y tribunales como un derecho fundamental, pero existe, del mismo modo que se encontraron en la doctrina desarrollada en España, diferentes formas de aproximación al tema. Como también en la percepción de semejanza del orden de Jurisdicción, Acción y Proceso en el ámbito de los manuales de derecho procesal civil patrio.

A modo de introducción, la doctrina de LEONARDO GRECO, trae la percepción del acceso a la Justicia como un verdadero derecho fundamental, necesario, imprescindible para la implementación de una serie de otros derechos y que no puede obstaculizarse por cuestiones secundarias, ante su magnitud constitucional:

“El acceso a la Justicia, como derecho fundamental, corresponde al derecho que cada ciudadano tiene individualmente al ejercicio de la función jurisdiccional sobre cierta pretensión de derecho material, sobre el mérito de su pedido. Este derecho no puede fracasar por obstáculos irrazonables, con el pretexto de falta de condiciones de la acción o de supuestos procesales, [...]”.²⁵

En este artículo, el procesalista brasileño, también autor de diversas otras obras, mediante un detallado análisis explica el contenido de la tutela judicial efectiva.

²³ El concepto de los autores y los comentarios finales con respecto a la posición del TC: “La tutela judicial efectiva se concreta en el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos jurisdiccionales con arreglo a las normas de procedimiento legalmente establecidas y a obtener de ellos una respuesta motivada y de fondo, dotada de invariabilidad, y a la ejecución de lo resuelto. La tutela judicial efectiva se conecta a veces con la interdicción de la indefensión, a la que también se refiere el artículo 24.1 de la CE, aunque el concepto de indefensión no se maneja siempre con el mismo sentido, como veremos en el epígrafe siguiente. En cualquier caso muy en general significa que la tutela judicial habrá de procurarse de modo tal que garantice a todas las partes de un proceso concreto las posibilidades de defender efectivamente sus derechos e intereses legítimos. Posiblemente la sentencia anterior hubiese sido más clara en su exposición si hubiera distinguido entre: 1) Principio de contradicción que obliga al legislador ordinario a la hora de regular el proceso, de modo que su desconocimiento lleva a la inconstitucionalidad de la ley, y 2) Derecho defensa, que es el que puede ser violado en un proceso concreto.” (*Ibidem*, pp.64-65).

²⁴ Con respecto a la doctrina se citan los siguientes autores: “GONZÁLES PÉREZ, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, 2ª edición, Madrid, 1989; FIGUERUELO BURRIEZA, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, 1990; ALONSO GARCÍA, “El art. 24.1 de la CE en la jurisprudencia del TC: problemas generales y acceso a los tribunales”, en: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, II, Madrid, 1991; CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del art. 24 de la Constitución)*, Barcelona, 1994; y CORDÓN MORENO, “El derecho a obtener la tutela judicial efectiva”, en: *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, Manuales de Formación Continuada, 22 Madrid, 2005, pp. 213-243.

²⁵ GRECO, L., in MESSIAS PEIXINHO, M., FRANCO GUERRA, I., NASCIMENTO FILHO, F. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2006, p. 372.

NASCIMENTO FILHO, otro ilustre jurista patrio, sostiene la relevancia del principio constitucional de acceso a la justicia contemplado el art. 5º, XXXV, y aporta una posición complementaria, ante la ausencia en Brasil de un Jurisdicción Contenciosa en el ámbito administrativo.²⁶

CICHOKI NETO, en relación a la temática del acceso a la Justicia en las Constituciones de Brasil, menciona la historicidad sobre las cartas anteriores que con la carta de 1946 el principio fue insertado en sede constitucional como una amplitud y seguridad bastante menor a la que hoy día existe en la CRFB, en su art. 5º, XXXV,²⁷ sin perjuicio de las demás disposiciones que van a apuntar a la secuencia de ítems o contenido de la tutela judicial efectiva.

El autor también aborda la temática del acceso a la Justicia en otras Constituciones de países de la *common law* y *civil law*, incluyendo la Constitución española de 1978, ratificando lo que inicialmente ya se vio acerca de la percepción garantista desde el punto de vista material y formal de la aquí apuntada, “tutela judicial efectiva”, incluso con referencia a importantes decisiones del Tribunal Constitucional sobre el no agotamiento del tema con el mero acceso a los tribunales, es decir, no basta que no haya el ejercicio de la acción y su admisibilidad, es

²⁶ “La Constitución hoy en día se expresa cuando determina que ninguna lesión o amenaza de lesión puede ser apartada del control por parte del poder Judicial. En Brasil, tal garantía ha adquirido relevancia en la medida en que no se admite el Contencioso Administrativo, que traslada a órganos separados de la estructura del poder Judicial el conocimiento y juicio de las disputas que interesan al Estado como parte implicada. Explica el “Mestre” de Lisboa, Jorge Miranda, que sólo quien tenga conciencia de sus derechos puede tener conciencia de las ventajas y de los bienes que puede disfrutar en su ejercicio o realización [...]. En la concepción del profesor de Coímbra la protección de acceso al Poder Judicial es un derecho a la defensa del particular ante los poderes públicos, ya sea contra los actos administrativos o en contra de los actos de particulares. Vinculado a los derechos fundamentales el acceso a la Justicia forma un “núcleo esencial de la garantía institucional de la vía judicial, traduciéndose en la monopolización de la coacción física legítima, en el deber de mantenimiento de la paz jurídica y en la prohibición de autodefensa. Uno de los objetivos de la Jurisdicción es preservar la paz social. El acceso debe ser efectivo y material, lo que significa decir que la respuesta presentada por el Estado debe dirimir el conflicto existente o legitimar la situación ofrecida, en un plazo razonable. Tal concepción, sin embargo, no aleja la necesidad de cumplimentar ciertos presupuestos pertinentes al ejercicio del derecho de acción y a la formación del proceso. La garantía del acceso al Poder Judicial está íntimamente relacionada con la comprensión del principio del *due process of law*, traducido por el constitucionalista portugués Canotilho, como un proceso justo establecido para privar a alguien de la vida, libertad o propiedad. (NASCIMENTO FILHO, F., en MESSIAS PEIXINHO, M., FRANCO GUERRA, I., NASCIMENTO FILHO, F. *Os Princípios da Constituição de 1988.*, Ed. Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2006, pp. 353-353.

²⁷ Sobre el Constitucionalismo brasileño, el principio del acceso a la Justicia (“La Constitución del Imperio de 1824, la primera Constitución republicana de 1891, y las Constituciones de 1934 y de 1937, no hicieron ninguna referencia al principio de “inafastabilidade” (derecho de acción) del control jurisdiccional aunque, según algunos autores, el mecanismo de la tripartición de los poderes la haría implícita. Sólo con la Constitución de 1946 (art. 141, § 4º), este principio se contempló en el ordenamiento: “la ley no podrá excluir de la apreciación del poder Judicial cualquier lesión de derecho individual”. Sin embargo, el Acto Institucional n.2, de 27 de octubre de 1965, limitó en gran medida la función jurisdiccional, al excluir de la apreciación del poder Judicial los actos practicados por el Comando de la Revolución de 1964 por parte del Gobierno Federal, realizados con fundamento en el Acto Institucional N. 9 de 9 de abril de 1964, en este mismo acto y en sus complementos y, también, en las Resoluciones de las Asambleas Legislativas y del Concejo, a través de los cuales se hubieran revocado los mandatos electivos de gobernadores, diputados, alcaldes y concejales, a partir de 31/03/64 (art. 19). A su vez, las Constituciones de 1967 (art. 150, § 4º) y la Referencia Constitucional n. 1 (Art. 153, § 4º) ratificaron el mismo principio contenido en la Carta de 1946. Por último, el Acto Inconstitucional N. 5, de 13/12/68, - art. 11-, eximió “de cualquier apreciación judicial todos los actos practicados de acuerdo con este Acto Institucional y sus Actos Complementarios, así como los respectivos efectos, “suspendiendo también las garantías constitucionales de los magistrados” (CICHOKI NETO, *op. cit.*, pp. 92-93).

preciso también que el derecho de acción continúe en el ámbito del debido proceso legal (STC 117/1986; 47/1987; STC 105/1989).

Se trata, a ejemplo de lo que se observa en la doctrina española, de un imprescindible fundamento del Estado de Derecho, especialmente en los Estados Democráticos de Derecho, donde la necesidad contemporánea de la participación y legitimación del ciudadano en el poder del Estado es cada vez más real, entendida aquí no sólo en su aspecto formal, sino principalmente material.

Esta es una realidad que sigue constante en el Capítulo III de la presente investigación; es decir, como enfoque de los institutos ligados al ejercicio en la Acción, en el ámbito del estudio relativo al proceso, reforzando la percepción doctrinal acerca de la trilogía estructural del Derecho Procesal Civil ya citada, en este orden, de la Jurisdicción, la Acción y el Proceso, aunque no sea en el orden que aquí venimos sosteniendo, en orden a una mejor efectividad de la actuación jurisdiccional de nuestros jueces y tribunales. En este sentido, encontramos en GUASP una posición aclaradora, valorizando los actos de las partes e del juez en ámbito la naturaleza del proceso.²⁸

La acción, aunque tratada como algo no puntual, relacionada sólo con la mera provocación de la jurisdicción,²⁹ a menudo se ha separado de su concepto, de los elementos que caracterizan su actuación en el ámbito procesal y procedimental. Para muchos autores, son contenidos del Proceso y no de la Acción, con un sentido increíble de apropiación,³⁰ que según nuestra investigación, explica en alguna medida el porqué del enfoque del estudio del Proceso y de sus posibles ritos. Al final, son los actos procesales los que permiten, como si ellos no fueran actos del ejercicio de regular la acción a favor de la tutela judicial efectiva.

4 ALGUNAS POSICIONES DOCTRINALES CONCLUDENTES

ORMAZABAL SÁNCHEZ ya parte de un referencial más próximo a lo que se viene sosteniendo en este Capítulo III, sobre la necesidad de tener en la Acción, y por la Acción, el referencial teórico jurídico inicial para la valoración que debe garantizarse en nombre del art. 24.1 CE.³¹ Se trata de un enfoque que se entiende con poco más de coherencia, ya que sin

²⁸ GUASP, J., *Concepto y Metodo del Derecho Procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 32-33.

²⁹ *Vid.* nota 14.

³⁰ GUASP, J., ARAGONESES, P. *Derecho Procesal Civil. Tomo. 1. Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. Madrid, 2003, pp. 237-238.

³¹ El autor, mediante el análisis de las teorías de la acción y, más específicamente, de cuál de estas teorías estaría materializada en el ámbito del art. 24.1 y de acuerdo con su propia redacción y, también, en base a las sentencias del TC, presenta su visión sobre el derecho a la tutela judicial efectiva: “La conclusión que acabamos de exponer, es decir, que el alcance del derecho consagrado por el art. 24.1 CE consiste en el derecho a obtener una resolución sobre el fondo, que resuelva favorable o desfavorablemente sobre las pretensiones deducidas por los justiciables, ha sido afirmada y confirmada por el TC con una copiosísima cantidad de resoluciones, en las cuales el Tribunal ha detallado los contornos y características de este derecho fundamental (a modo de ejemplo y para no comenzar una enumeración interminable, pueden consultar-se las SSTC 55/1987 y 131/1990)”. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *op. cit.*, p. 119.

Acción no hay actuación primaria en nombre de la Jurisdicción y del Proceso. Y, si no hay Acción, no hay actuación de la Jurisdicción y, mucho menos Proceso.

PÉREZ GIL, en trabajo académico presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, al referirse al derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 CE, parte de forma certera del concepto, de las teorías y de la naturaleza de la Acción para buscar la propia comprensión del texto constitucional, en un texto que merece destacar, ante la conexión de las ideas encontradas y defendidas en la presente investigación.

Según se observa, el autor, destaca claramente la conexión que aquí se aboga entre la Acción (y necesaria concepción) y el derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24.1 CE. Mediante el ejercicio de la acción la “rueda de la Justicia dictada por jueces y tribunales comienza a moverse y, todo lo que se quiera garantizar a partir del sentido del art. 24.1 CE, debe, en una mejor interpretación, considerarse como referencial primario, aunque con los consecuentes añadidos de la actuación de la Jurisdicción.

Con relación al Proceso, se pide licencia al discurso académico, para posicionarse en el sentido de que se comete la misma equivocación de origen, pero en mayor escala, puesto que, en cuanto entorno de manifestaciones de titulares de derecho, procuradores, abogados fiscales y jueces en las fases de conocimiento y ejecución, es totalmente dependiente de la Acción y Jurisdicción como demuestra la titularidad de derechos al Proceso. Es un medio y no un fin en sí mismo, debiendo estar orientado, regulado, interpretado y decidido con el mandato constitucional del ejercicio de la acción como plenitud del cumplimiento del art. 24.1.³²

Tal es la convicción de PÉREZ GIL sobre la referencia teórica de la acción en base al art. 24.1 CE que, tras atravesar metodológicamente las discusiones acerca del carácter concreto o abstracto de la acción afirma su posición claramente abstractivista³³. Acaba abogando por el derecho a la tutela judicial y su naturaleza como derecho fundamental, no sólo en el ámbito constitucional interno, sino también en el ámbito supranacional, cuando cita las diversas normas orientadoras en un general sentido y con pretensiones de superar fronteras, literalmente.

Así, a un modo de conclusión primaria, es un hecho, casi notorio, que la problemática

³² Es el sentido expresado según Pietro Calamandrei y Jayme Guasp Delgado cuando se refieren a la conceptualización de la acción, como sostiene Julio Pérez Gil: (“227 CALAMANDREI, P. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, p. 115). También en el sentido expuesto supra, vid GUASP DELGADO, J., La pretensión procesal, *cit.*, p. 52: la acción sería un puro poder político o administrativo, previo al proceso y a mundo procesal) (PEREZ GIL, J. *Op.cit.*, p. 59).

³³ “Como se ha advertido anteriormente, es común entre la doctrina procesal partir hoy de un concepto abstracto de la acción, en cuanto derecho a la actividad estatal de impartir justicia a través de los órganos jurisdiccionales y en la forma jurídicamente regulada. En este sentido, se sitúan los criterios de una serie autores que asumen la constitucionalización de la acción en sentido abstracto en el art. 24.1 CE, aun cuando su defectuosa reacción pudiera inducir a la opción contraria. Cabe así citar, entre otros muchos y con las debidas matizaciones a ALMARGO NOSETE, MONTERO AROCA, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA O PEDRAZ PENALVA. También nosotros, y en los términos que se expondrán, nos adscribimos a esta corriente de opinión en tanto estimamos que es la más adecuada para dar respuesta constitucional a la verdadera naturaleza y función de la acción” (*Ibidem*, pp.59-60).

mayor de la tutela judicial efectiva no gira en torno a las grandes discrepancias con respecto a su concepción, su reconocimiento jurídico como el derecho fundamental constitucional, o incluso lo que se debe esperar de su realización. En este punto, el análisis de los autores analizados, citados y tantos otros mencionados, queda claro que existe una uniformidad ante la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de algunas divergencias doctrinales ya contestadas por el TC con respecto a la aptitud de las teorías concreta y abstracta de la acción y correspondiente sintonía con el artículo. 24.1 CE y con el artículo 5º, XXXV CRFB 88.

REFERÊNCIAS

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, N. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, México, 1991.

CICHOCKI NETO, J. *Limitações ao Acesso à Justiça*, Ed. Juruá, Rio de Janeiro, 2009.

CAPPELLETTI, M. e GARTH, B. *Acesso à justiça*, trad. E. G. Northfleet., Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1998.

GRECO, L., in MESSIAS PEIXINHO, M., FRANCO GUERRA, I., NASCIMENTO FILHO, F. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2006.

GUASP, J., *Concepto y Metodo del Derecho Procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

GUASP. J., ARAGONESES, P. *Derecho Procesal Civil*. Tomo. 1. *Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. Madrid, 2003.

MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Ed. Tirant Lo Blanch Valencia, 2008.

MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUES V., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch Valencia, 2004.

NASCIMENTO FILHO, F., en MESSIAS PEIXINHO, M., FRANCO GUERRA, I., NASCIMENTO FILHO, F. *Os Princípios da Constituição de 1988*. , Ed. Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2006.

ORMAZABAL SANCHÉZ, G., *Introducción al Derecho procesal*, Ed., Marcial Pons Madrid, 2007.

ORTELLS RAMOS, M., CAMARA RUIZ, J., JUAN SANCHÉZ, R., *Derecho Procesal*. *Introduction*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valência, 2003.

PEDRAZ PENALVA, E. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

TÁPIA FERNÁNDEZ, I., *Lecciones de Derecho Procesal*, Ed. Palma, 2002.

Adaptação procedimental em tempos de pandemia reflexões sobre os impactos da crise em nossa cultura jurídica processual¹

Alexandre de Castro Catharina²

Resumo

O artigo tem como escopo analisar o tratamento normativo dado à adaptação do procedimento pelo Código de Processo Civil e como esta técnica processual vem sendo utilizada, no período de pandemia, para dar maior efetividade à tutela jurisdicional nos processos que demandam tratamento célere e diferenciado em razão natureza da causa. A partir da análise empírica de alguns casos, pretende-se investigar em quais casos a adaptação procedimental foi utilizada e se as normas fundamentais do direito processual civil foram resguardadas, em especial o contraditório-influência, na aplicação do instituto. A aplicação cooperativa da adaptação procedimental no período da pandemia pode contribuir para melhor assimilação desta técnica processual em nossa cultura jurídica e, como consequência, para maior efetividade do processo. O desenvolvimento do trabalho é apresentado em três partes. Na primeira parte será abordada algumas premissas teóricas acerca do tema objeto do estudo. Na segunda parte serão analisados empiricamente os casos que compõem a amostragem. Na terceira e última parte será analisado o impacto da adaptação procedimental, no período da pandemia, em nossa cultura jurídica processual. Concluiu-se, portanto, que as adaptações realizadas no período da pandemia evidenciaram o instrumentalismo processual, de matiz publicista, que estabelece uma tensão com modelo cooperativo e democrático de processo proposto pelo Código de Processo Civil de 2015. A metodologia de pesquisa empregada no trabalho é qualitativa documental e a abordagem será hermenêutica.

Palavras-chave: Crise pandêmica; Adaptação do procedimento; Processo Civil.

¹ O presente artigo foi elaborado a partir do resumo expandido apresentado no GT 10 – Justiça e novas configurações do direito em cenários de Pandemia, na VI Jornada Internacional sobre Ética, Justiça e Gestão Institucional da Universidade Federal Fluminense-UFF, realizado em 24, 25 e 26 de novembro de 2020.

² Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNESA. Líder do Observatório de Cultura Jurídica e Democratização do Processo – UNESA; Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Membro do Instituto Carioca de Processo Civil – ICPC; Advogado.

Procedural adaptation in times of pandemics reflections on the impacts of the crisis on our procedural legal culture

Abstract

The purpose of the article is to analyze the normative treatment given to the adaptation of the procedure by the Civil Procedure Code and how this procedural technique has been used, in the pandemic period, to give greater effectiveness to judicial protection in cases that demand swift and differentiated treatment due to nature of the cause. From the empirical analysis of some cases, it is intended to investigate in which cases the procedural adaptation was used and whether the fundamental rules of civil procedural law were safeguarded, especially the contradictory-influence, in the application of the institute. The cooperative application of procedural adaptation during the pandemic period can contribute to a better assimilation of this procedural technique in our legal culture and, as a consequence, to a greater effectiveness of the process. The development of the work is presented in three parts. In the first part, some theoretical premises about the subject matter of the study will be addressed. In the second part, the cases that compose the sample will be analyzed empirically. In the third and last part, the impact of procedural adaptation, during the pandemic period, on our procedural legal culture will be analyzed. It was concluded, therefore, that the adaptations made during the pandemic period showed the procedural instrumentalism, of a publicist hue, which establishes a tension with the cooperative and democratic model of process proposed by the Civil Procedure Code of 2015. The research methodology employed in the work is qualitative documentary and the approach will be hermeneutic.

Keywords: Pandemic crisis; Adaptation of the procedure; Civil Procedure.

1 INTRODUÇÃO

A crise decorrente da Covid-19 impactou, de forma contundente, diversos países da comunidade internacional. Os efeitos da pandemia desestabilizaram economias e tornaram inequívocas as desigualdades sociais, raciais e de gênero em diversos contextos sociais. No Brasil, a crise repercutiu de forma drástica na vida dos trabalhadores, formais e informais, e tornou manifesta a precariedade da saúde pública e a incapacidade do Estado em superar crises, situação esta agravada pela postura negacionista do Governo Federal.

No campo do Direito, diversas relações jurídicas, previamente estabelecidas, foram afetadas exigindo respostas céleres e adequadas para o reequilíbrio das relações sociais. Neste contexto, contratos de locação comercial foram revistos, mensalidades escolares foram

renegociadas, entre outras situações jurídicas. Configurou-se, por essa razão, uma ordem jurídica extraordinária por meio da Lei nº 14.010 de 10 de junho de 2020, que tratou, entre outros temas, das relações de consumo, das revisões de contrato e do regime da prisão civil por débitos de pensão alimentícia.

Por outro lado, diversos precedentes judiciais foram editados com o objetivo de regular determinadas situações jurídicas no período da crise pandêmica. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, importante precedente judicial foi editado no sentido de impedir a interrupção dos serviços essenciais, por falta de pagamento, no período da crise. Este estado de coisas exigiram uma nova dinâmica no julgamento das diversas ações judiciais distribuídas no âmbito dos tribunais (pedido de suspensão da execução nº 0022076-18.2020.8.19.0000).

Com efeito, diante desta situação restou inquestionável as limitações do procedimento comum (art. 318) do Código de Processo Civil para dar conta, em tempo razoável, dos conflitos jurídicos que emergiram no período de crise. Nesta toada, técnicas processuais como negócios processuais atípicos (art. 190) e adaptação procedimental (art. 139, VI) se mostraram eficazes, em alguns contextos, para dar maior celeridade ao tratamento judicial dos conflitos decorrentes da pandemia.

Embora haja certo ceticismo da literatura processual acerca da plena aplicabilidade dos negócios processuais atípicos e da adaptação procedimental em nossa processualística, certo é que estas técnicas processuais vêm sendo aplicadas no período pandêmico com certa regularidade em algumas serventias. Pretende-se, neste contexto, delimitar o estudo na análise das adaptações procedimentais realizadas nos Fóruns Regionais de Madureira e do Méier, período da pandemia, buscando compreender quais atos processuais foram adaptados, em quais tipos de conflitos, e, sobretudo, se as adaptações observaram as normas fundamentais do direito processual civil. Estas decisões judiciais representam dados empíricos importante para se refletir o *modus* com que a adaptação procedimental é aplicada em nossa processualística e se há violação das normas fundamentais do processo.

A metodologia de pesquisa aplicada ao estudo é qualitativa documental e a abordagem dos dados é indutiva. A partir dos casos estudados é possível se inferir de que modo a adaptação procedimental tem sido assimilado pela cultura jurídica processual brasileira.

2 ADAPTAÇÃO PROCEDIMENTAL NO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

A adaptação ou flexibilização do procedimento não é uma inovação em nossa processualística³. A necessidade de se adaptar o procedimento para dar maior eficácia

³ Trícia Cabral (2010) faz uma ampla análise da produção teórica acerca da adaptação procedimental no período anterior à vigência do Código de Processo Civil de 2015.

concretude ao direito material constitui preocupação fundamental da processualística brasileira (BEDAQUE, 1995), sobretudo na fase denominada por certo segmento da literatura especializada como instrumentalista do processo⁴.

Neste contexto, os poderes do juiz e as formas de flexibilização do procedimento foram objetos das reflexões de processualistas da envergadura de Barbosa Moreira (2007) e Leonardo Greco (2007), o que revela a importância da temática para a processo civil brasileiro.

Embora a reflexão sobre a adaptabilidade do procedimento não seja recente, o Código de Processo Civil de 2015 foi o primeiro ordenamento processual a regulamentar esta técnica no contexto brasileiro. Conforme disposto no art. 139, VI, do CPC, o juiz dirigirá o processo incumbindo-lhe *dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito*.

Importante registrar que regramento da adaptação procedimental sofreu significativas alterações durante a tramitação do Projeto de Lei no Congresso. O Projeto de Lei nº 166/2010, do Senado, que continha a proposta normativa da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, dispunha em seu art. 107, V, que o juiz poderia adequar as fases e os atos processuais às especificidades da causa. Com efeito, o Projeto de Lei nº 8.046/2010, da Câmara dos Deputados, reduziu consideravelmente o alcance da regra estabelecendo, em seu art. 118, V, que o juiz poderá *dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico*. A redação final do art. 139, VI, do CPC reproduziu integralmente o teor do art. 118, V, do Projeto de Lei nº 8.046/2010, reduzindo, sensivelmente, o escopo da adaptação procedimental.

Esta redução retrata a tensão existente no campo do direito processual civil entre as perspectivas publicista e privatistas dos modelos processuais em nossa cultura jurídica processual. Prepondera em nossa processualística a visão publicista do processo em que juiz realiza os fins do Estado por meio da jurisdição. Esta perspectiva instrumentalista⁵ do processo, como bem apontou Antônio Carvalho Filho (2019), estabelece premissas epistemológicas que confunde processo com jurisdição, o que contribui para ampliar os poderes do juiz na condução do procedimento. Nesta mesma linha de análise, Igor Raatz e William Galle Dietrich (2018) destacam que um dos principais problemas da leitura publicistas do processo, ou mesmo sociais, é pensar o processo como instrumento da jurisdição, transformando o processo num instrumento incapaz de servir de controle ao poder jurisdicional.

Mesmo as perspectivas teóricas que incorporaram o constitucionalismo contemporâneo,

⁴ A perspectiva epistemológica que estrutura a história do processo civil em fases (procedimentalismo, processualismo científico e instrumentalismo) é questionada, de forma interessante por RAATZ, ACHIETA e DIETRICH (2020).

⁵ Candido Rangel Dinamarco é um dos principais representantes desta perspectiva instrumentalista do processo. As principais premissas teóricas do autor estão apresentadas no livro **Instrumentalidade do Processo**.

como o modelo de processo justo ou neprocessualismo, atribuem papel preponderante ao juiz, não se afastando da matriz publicista. Analisar a adaptação procedimental na perspectiva instrumentalista do processo ou mesmo na perspectiva do processo justo não nos permite estabelecer parâmetros claros para delimitação da atuação do juiz na flexibilização do procedimento (negócios processuais e adaptação do procedimento).

Por outro lado, os modelos democrático, cooperativo e garantista de processo podem viabilizar aplicação adequada da adaptação do procedimento, ajustando-o, efetivamente às necessidades da causa, assegurando maior efetividade do processo através do exercício pleno do contraditório-influência e da condução democratizante do processo decisório. Nestes modelos, em que o processo não se confunde com a jurisdição, a atividade jurisdicional se transforma numa comunidade de trabalho⁶ em que o juiz atua de forma cooperativa, com as partes e terceiros, e o processo passa a ter como principal escopo limitar o exercício do poder jurisdicional.

A despeito deste importante debate, que permanece intenso no campo do direito processual civil e é necessário para o aprofundamento do debate acerca da flexibilização do procedimento em suas diversas variações, pretendemos analisar, neste trabalho, as adaptações procedimentais ocorridas no período da pandemia da Covid-19 e identificar como esta técnica processual foi aplicada na prática forense. Esta abordagem indutiva nos permitirá.

3 ANÁLISE EMPÍRICA DA ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO

3.1 Amostragem

A pesquisa empírica teve como escopo analisar, qualitativamente, 03 casos em que a adaptação do procedimento foi realizada exatamente em razão do período de pandemia⁷. O primeiro caso ocorreu em um processo que tramita pelo procedimento comum no Fórum Regional de Madureira. Os outros dois casos ocorreram no Fórum Regional do Méier.

Importante ressaltar que foram identificados alguns casos de aplicação da técnica de adaptação do procedimento nas buscas realizadas no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Entretanto, os casos se limitaram a dilação de prazo em alguns específicos, não promovendo mudanças substanciais na dinâmica do procedimento⁸. Por essa razão, a pesquisa

⁶ Para maiores detalhes ver MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p.71.

⁷ Os casos foram identificados em nossa prática profissional como advogado. O nosso escritório patrocina as causas que serão analisadas no trabalho. Entretanto, a análise se limitará a adaptação procedimental realizada e o modo que ela foi encaminhada, sem relacionar a aplicação da técnica processual com o desfecho da causa ou com os interesses em conflito. A análise qualitativa da adaptação procedimental pode contribuir para melhor compreensão do instituto em nossa prática forense.

⁸ A pesquisa realizada, em 19/12/2020, no sítio do Tribunal de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, mais especificamente na jurisprudência do referido tribunal, identificou somente 03 casos. A busca foi realizada de duas formas. A primeira utilizou o termo “adaptação procedimental” e “art. 139, VI, do CPC”. Não obtivemos nenhum

empírica, qualitativa, assentada em estudo de casos nos permitirá importante aproximação com a dinâmica do instituto analisado em nossa prática forense.

Os casos analisados não tramitaram em segredo de justiça, mas optamos por mencionar as iniciais dos nomes das partes. No entanto, os detalhes do processo podem ser pesquisados pelos interessados no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

3.2 Adaptação do procedimento – Caso 1

O primeiro caso trata de uma ação reparatória por danos imateriais proposta por JMOL face do Consórcio W. A autora aderiu a um consórcio de um carro e na ocasião foi ajustado o modelo do veículo, o período do consórcio e o valor da prestação. Após alguns meses, o Consórcio modificou o modelo do carro objeto do consórcio, o que acarretou aumento no valor das parcelas. Diante deste fato, a autora não mais permaneceu no consórcio e ajuizou ação para obter a devolução dos valores pagos, antes do fim consórcio, considerando que sua saída se deu em razão da prática abusiva e arbitrária da parte ré.

A ação foi ajuizada em 22/04/2020 e distribuída para 02ª Vara Cível Regional de Madureira, sob o nº 0007495-71.2020.8.19.0202. A referida ação tramitou pelo procedimento comum. O primeiro ato decisório proferido no processo, em 13/07/2020, teve o seguinte teor:

Considerando-se: (a) o princípio processual de que não há nulidade sem prejuízo; (b) a possibilidade de que as partes alcancem a conciliação em qualquer momento do processo (artigos 3º, § 3º, parte final e 139, V, do CPC/2015); (c) o direito fundamental constitucional à duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB/1988 e artigo 4º, do CPC/2015) reservo para momento oportuno a análise da necessidade e conveniência de designação de audiência de conciliação/mediação. Cite-se a parte ré para contestar o feito no prazo de 15 (quinze) dias úteis, sendo certo que, após a apresentação de resposta ou decurso do prazo para tanto, o feito deverá seguir o procedimento comum, tal como previsto no CPC/2015.

A primeira adaptação do procedimento, realizada sem menção ao art. 139, VI, do CPC, foi o afastamento da audiência de mediação/conciliação prevista no art. 334 do CPC, sob o fundamento de que não há nulidade sem prejuízo, destacando que a conciliação poderia ser realizada em outro momento processual e, por fim, o direito fundamental à duração razoável do processo. Não houve, nesta primeira adaptação do procedimento, o diálogo com as partes acerca do afastamento, ainda que temporário, da audiência de conciliação.

resultado. A segunda utilizou o termo “art. 139, VI, do CPC”, onde foram identificados 03 casos de ampliação do prazo utilizando como fundamento o art. 139, VI, do Código de Processo Civil (Processos nº0103881-24.2019.8.19.0001, nº 0020757-74.2014.8.19.0210, nº 0070828-55.2019.8.19.0000). Não há dúvidas acerca da limitação da pesquisa realizada no sítio dos tribunais, pois podem ter ocorrido adaptações procedimentais que não foram objetos de recursos e, portanto, não aparecerão nas buscas. Por essa razão a pesquisa qualitativa, mais especificamente estudo de caso, pode nos possibilitar maior acesso à realidade da prática forense.

Após o comparecimento espontâneo da parte ré para apresentar sua defesa, houve o segundo ato decisório proferido nos autos do processo, em 14/07/2020, onde o juiz determina o seguinte:

I. Tendo em vista o comparecimento espontâneo do réu aos autos, mediante a apresentação de contestação, dou a mesma por citada, com arrimo no que dispõe o artigo 239, § 1º, do CPC. II. Em réplica, em cinco dias. III. Digam as partes, em cinco dias, JUSTIFICADAMENTE, as provas que pretendem produzir e o respectivo ponto controvertido a ser dirimido, devendo apresentar no referido prazo e desde que seja formulado o respectivo requerimento, rol de testemunhas (arts. 357, §4º e 450, ambos do CPC), quesitos (art. 465 CPC) e prova docum

ental suplementar (art. 435 CPC), sob pena de indeferimento.

Neste segundo ato decisório do processo, proferido um dia após o ato decisório anterior, o juiz determinou que a parte autora se manifestasse em réplica no prazo de 05 dias. Trata-se, portanto, de nova adaptação do procedimento, pois os artigos 350 e 351 determinam que a parte autora se manifeste em réplica, sobre fatos novos e questões processuais, em 15 dias. Após a apresentação da réplica pela parte autora a demanda foi julgada, no dia 15/08/2020, rejeitando os pedidos da autora. A ação foi distribuída em 22/04/2020 e julgada em 15/08/2020, aproximadamente 04 meses de tramitação.

Percebe-se que o órgão julgador optou, no primeiro ato decisório, em privilegiar o direito fundamental à efetiva duração razoável do processo. A partir deste valor constitucional, foi adaptado o procedimento de modo a atingir este fim, sem que fosse observado o contraditório-influência (art. 10 do CPC) e reduzindo prazo para manifestação em réplica para 05 dias. O art. 139, VI, do CPC é claro ao dispor sobre dilatação de prazo, inclusive peremptórios, mas não em redução.

O caso retrata uma aplicação da visão instrumentalista do processo em que o juiz definiu o objeto da atividade estatal, que seria desenvolvida por meio de adaptações do procedimento, almejando a solução da lide em tempo razoável (04 meses), mas sem observa a cooperação processual e o contraditório influência.

3.3 Adaptação do procedimento – Caso 2

O segundo caso trata de uma ação indenizatória proposta por DPD em face de TCSA pleiteando indenização por danos materiais e imateriais em razão dos defeitos na prestação de serviços de pacote de dados e de telefonia móvel. A ação foi distribuída em 19/11/2019, para a 06ª Vara Cível do Fórum Regional do Méier, sob o nº 0030962-95.2019.8.19.0208, em período anterior ao início da pandemia, e a audiência de conciliação foi designada para o dia 23/03/2020.

No dia 16/03/2020 a audiência foi suspensa em razão do Ato Normativo Conjunto nº04 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que suspendeu as atividades presenciais em razão da pandemia.

Diante do tempo de paralisação das atividades presenciais, em 25/08/2020 foi publicado o seguinte despacho:

Considerando o tempo transcorrido pela paralisação das atividades forenses presenciais, intimem-se as partes para que informem, no prazo de 15 dias, se há possibilidade de acordo, e em caso positivo, que apresentem suas propostas. Vindas as propostas de acordo, intimem-se a partes para manifestação. As partes assistidas pela DP deverão ser intimadas por OJA.

Mesmo em regime jurídico extraordinário o juiz, diante da necessidade de adaptar o procedimento em razão da crise pandêmica, intimou às partes para que se manifestam acerca da possibilidade de resolução consensual do conflito. A parte autora se manifestou acerca da possibilidade de resolução consensual do conflito e a parte ré, embora citada, permaneceu inerte. Diante da inércia da ré, o juiz proferiu, no dia 01/12/2020, o seguinte despacho:

Renove-se a citação da ré via portal eletrônico, uma vez que o termo inicial para oferecimento da contestação começa a fluir a partir da audiência de conciliação, nos termos do art. 335, I do CPC, que fica dispensada neste momento.

Neste caso, especificamente, o órgão julgador suspendeu a realização da audiência no dia 16/03/2020 em razão da pandemia. No entanto, no dia 25/08/2020 retomou a marcha processual, adaptando o procedimento em razão da crise sanitária observando, contudo, o contraditório-influência e condução dialógica do procedimento. Independente do desfecho deste caso, que na data da redação deste trabalho⁹ se encontra na fase postulatória, a condução do órgão julgador, no encaminhamento do procedimento, foi mais dialógica do que no primeiro caso.

3.4. Adaptação do procedimento – Caso 3

O terceiro caso diz respeito à uma demanda proposta por ASR em face de UVA cujo objeto se relaciona coma cobrança de mensalidades referentes a determinado curso universitário sem que a parte autora tenha sequer se matriculado na respectiva instituição de ensino. A ação foi distribuída em 16/12/2019 para a 04ª Vara Cível Regional do Méier, sob o nº 0034582-18.2019.8.19.0208.

A demanda foi, portanto, distribuída em período anterior à crise pandêmica, mas seguiu tramitação diversa do segundo caso analisado. No dia 21/01/2020 o juiz determinou a citação da parte ré. A contestação foi juntada pela parte ré e em 17/09/2020 o Cartório certificou que a contestação e a réplica foram juntadas tempestivamente. No dia 24/11/2020 o juiz despachou determinando que as partes apresentem as provas que pretendem produzir, justificadamente¹⁰.

⁹ O texto foi redigido em 19/12/2020.

¹⁰ Este foi o último despacho proferido no processo até a redação deste trabalho.

Verifica-se que em nenhum momento foi designada a audiência de conciliação e também não se verificou despacho no sentido de ouvir as partes acerca da possibilidade da resolução consensual da lide. O órgão julgador encaminhou o procedimento sem sequer mencionar a suspensão da audiência de conciliação. Não se trata de mera formalidade, mas do afastamento de uma etapa obrigatória do procedimento sem observar o contraditório-influência e sem estabelecer um modelo cooperativo de diálogo entre os sujeitos processuais.

4 CRISE PANDÊMICA E SEUS IMPACTOS NA CULTURA JURÍDICA PROCESSUAL

A literatura especializada vem se debruçando sobre as modalidades de flexibilização do procedimento, observando as diversas perspectivas acerca do paradigma epistemológico de processo adotado. Os trabalhos de Luiz Rodrigues Wambier (2017), Fernando Gajardoni (2020), Igor Raatz e Willian Dietrich (2018), entre outros, são evidências neste sentido.

Entretanto, a análise dos casos apresentados acima aponta para alguns aspectos que precisam ser considerados no debate acadêmico e pragmático acerca da temática. Num período de crise pandêmica, em que se espera uma certa homogeneidade no encaminhamento das questões deduzidas em juízo, verifica-se uma dispersão qualitativa na condução da adaptação do procedimento comum.

É evidente que o artigo 139, VI, do Código de Processo Civil, trata de adaptação do procedimento considerando as peculiaridades do caso concreto. Não há dúvidas acerca disso. Porém, a adaptação do procedimento pelo juiz constitui modificação substancial em nossa cultura jurídica, o que demanda análise empírica acerca da aplicação do instituto de modo a identificar, na prática forense, quais são as variáveis que atuam nesta dinâmica e, principalmente, quais são as premissas utilizadas pelo órgão julgador para aplicar a adaptação procedimental.

A crise pandêmica nos possibilitou dimensionar, num regime jurídico extraordinário, como os órgãos do Poder Judiciário adequam o procedimento para dar conta dos desafios propostos em situação de anormalidade. Este período nos permitiu aferir, em alguma medida, como cada órgão julgador estabelece premissas e critérios para adequar o procedimento comum às especificidades da causa. A análise dos casos acima nos permitiu identificar pelo menos 03 tipos ideais de prática de órgãos julgadores, para usar as categorias weberianas, na adaptação do procedimento.

O primeiro tipo ideal, identificado no caso 01, concerne a uma prática judiciária em que o órgão julgador adequa o procedimento para efetivar valores e princípios por ele definido sem ouvir às partes acerca do processo decisório definido. Neste tipo-ideal o órgão jurisdicional se apresenta como uma instância que sabe, *a priori*, quais as adaptações necessárias num determinado caso concreto, independente da percepção das partes e terceiros acerca do conflito

posto em juízo.

O segundo tipo-ideal, ilustrado pelo caso 02, é representado por um órgão julgador que, em alguma medida, observa o diálogo com os demais sujeitos processuais. Ainda que se assegure o contraditório, em sua configuração mais limitada, este tipo-ideal possibilita a construção participativa do processo decisório, em algum grau.

O caso 03 representa o terceiro tipo-ideal. O órgão julgador do caso 03 conduziu o procedimento sem considerar o regime jurídico extraordinário da pandemia. Embora a demanda tenha sido proposta em período anterior à crise, em nenhum momento foi mencionado a designado data para realização do referido ato, ou mesmo sua suspensão em razão da pandemia. Não foi oportunizado às partes, em nenhum momento, se manifestar acerca da possibilidade, ou não, da resolução consensual do conflito de interesses. O procedimento foi conduzido com alto grau de rotinização, o que evidencia que sequer houve uma análise das etapas processuais dos casos em tramitação no juízo.

Estes dados revelam um traço significativo da nossa cultura jurídica processual. O instrumentalismo processual informa fortemente nossas práticas judiciais. A visão de que o processo é instrumento da jurisdição e a preponderância do papel do juiz na definição do melhor caminho a seguir são evidências que saltam aos olhos nos casos analisados. Se num regime extraordinário, em que se exige maior atenção e cautela dos órgãos jurisdicionais, o instrumentalismo processual se manifesta de forma contundente, o mesmo ocorrerá em diversas situações jurídicas que ocorrem diariamente nos diversos tribunais do país.

Os casos analisados tratam de relações de consumo. Entretanto, não se pode afirmar que em outras áreas do direito o encaminhamento seria diferente. O instrumentalismo processual conforma a nossa prática judicial. Esta conformação decorre da prevalência, em alguma medida, de um senso comum dos juristas no sentido de que o instrumentalismo, ou mesmo outras leituras publicistas do processo, no campo do direito processual civil. Analisar a adaptação do procedimento pela epistemologia democrática, cooperativa ou mesmo garantista do processo permite, a um só tempo, maior controle da atividade do poder jurisdicional, como também maior democratização do processo decisório.

O principal impacto da crise no direito processual civil, principalmente no que tange a adaptação do procedimento, foi denunciar a visão publicista que ainda informa nossa cultura jurídica processual, principalmente a vertente do instrumentalismo processual. Esta tensão legitima a urgência do debate e a necessidade de se implementar um modelo de processo que assegure a plena efetividade das garantias constitucionais, de forma democrática, cooperativa e garantista.

5 CONCLUSÃO

A adaptação ou flexibilização procedimental se constitui como técnica processual fundamental para dar maior efetividade do processo, ajustando-se às peculiaridades da causa. Embora não haja em nossa processualística vivência institucional suficiente acerca da aplicação da adaptação procedimental, o período de crise foi fundamental no sentido de se verificar a aplicação do instituto em processos judiciais que exijam adequação às exigências da causa. Entretanto, é imperioso que esta técnica seja aplicada observando o modelo cooperativo e democrático de processo ajustando-se às normas fundamentais do direito processual civil brasileiro.

A adaptação procedimental não deve ser realizada exclusivamente para viabilizar a efetiva administração da justiça. Deve ser aplicada, com efeito, para se obter o acesso a ordem jurídica justa, concretizando o direito posto em juízo em tempo razoável. Este objetivo somente será alcançado através da mudança epistemológica do processo.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos O neoprivatismo no processo civil, In: **Temas de direito processual, Nona Série**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro. v. 6, n.6, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21570>. Acesso em: 26 set. 2020.

CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FILHO, Antônio Carvalho. Desmistificando o processo justo: pela reconstrução do devido processo legal. **Empório do Direito**, 2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/25-desmistificando-o-processo-justo-pela-reconstrucao-do-devido-processo-legal>. Acesso em: 19 dez. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 21, n. 3, p. 135-163, set. 2020. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54201/34875>. Acesso em: 26 set. 2020.

GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 1, n. 1, p. 7-28, out. 2007. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>. Acesso em: 26 set. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

RAATZ, Igor; ACHIETA, Natascha; DIETRICH, William. Processualismo científico e “fases metodológicas” do processo: a tática erística do adjetivo científico e das “novas fases metodológicas”. **Revista de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro. v. 21, n.3, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54206>. Acesso em: 26 set. 2020.

RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Técnica processual e (de) limitação dos poderes do juiz: contributos de uma leitura hermenêutica do processo civil. **Revista de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro. v. 19, n. 1., 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30717/23723>. Acesso em: 19 dez. 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO E A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 18, n. 3, p. 238-255, set. 2017. ISSN 1982-7636. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31696>>. Acesso em: 10 maio 2020.

A dupla formação dos contratos de consumo

André R. C. Fontes¹

Resumo

O artigo trata de evolução do direito do consumidor em um confronto com o direito civil.

Palavras-chave: Pandectismo; Negócio; Declaração.

Abstract

The article deals with the evolution of consumer law in confrontation with civil law.

Keywords: Pandectism; Business, Declaration.

É do Século XIX a Teoria do Negócio Jurídico; e se integrará nesse mesmo século ao Direito Civil pelas mãos dos seus fautores - os integrantes de um movimento na Alemanha chamado *Pandectismo*. Preocupados que estavam em usar o Direito Romano como um direito comum a todos os alemães dispersos em vários Estados - antes da unificação de 1870 -, e após, como fonte material do conhecimento jurídico e na elaboração de seu Código Civil e de todo o sistema jurídico que dele adviria, forjaram os alemães um número de conceitos e ideias que se tornou um marco sem paralelo na História do Direito. E é por essa contribuição que a família jurídica, na qual integra o Brasil, passou a se chamar de Romano-Germânica.

E há uma questão de grande importância no confronto da origem do negócio jurídico com as raízes do contrato. E exprimiremos melhor a ideia com uma afirmação direta e objetiva:

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2005), Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (2007), Doutor em Ciências em História das Ciências, das Técnicas e Epistemologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (2007), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ (2015), Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2002) e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense - UFF (2013). Professor Associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNI-RIO. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNI-RIO. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

que na presente época vigora um entendimento majoritário segundo o qual o negócio jurídico foi elaborado por alemães, a partir dos textos romanos antigos, e que a isso se soma a complementação de que os juristas romanos somente teriam elaborado o que poderíamos denominar de uma Teoria dos Contratos. Ao descreverem a formação do negócio jurídico, convergem assim os autores alemães, em sua maioria, de que é uma criação moderna, e especificamente da Pandectística alemã, no Século XIX.

Se divergências surgiram acerca da origem alemã do negócio jurídico, estavam fundadas em um único argumento: os autores modernos geralmente se utilizam do estudo dos textos de Direito Romano porque foram os juristas romanos que tiveram a intuição do que hoje se entende e se consagra. E ainda para se desvendar o desconhecido em Direito ou afastar divergências ou controvérsias jurídicas, devem ser elas remetidas ao Direito Romano. Então, insistiremos na premissa de que os romanos se dedicaram à formulação das bases dos contratos, mas não dos atos jurídicos, a despeito de os autores reconhecerem uma unidade progressiva e compartimentada que vem do Direito Romano até os nossos tempos na formação dos negócios e de seus desdobramentos no Direito Privado. Importa sublimar que as duas orientações reconhecem que a expressão *negócio jurídico* foi usada no século anterior, em 1784, pelo alemão Adolph Dietrich Weber (especificamente no ano de 1784).

A doutrina do negócio jurídico é total e harmônica. Total porque abrange toda *declaração de vontade* do agente dirigida a um fim. Harmônica porque se compatibilizou com o sistema do Direito, e mais especialmente do Direito Privado, mediante o recurso da Teoria (kantiana) da *autonomia da vontade*. Reproduzimos a ideia de Kant de maneira categórica: autonomia da vontade é liberdade como poder. É com a Filosofia de Kant que os estudiosos disseram que o negócio jurídico era um *ato* de liberdade. E ainda, que o negócio jurídico é instrumento de um *poder* - o poder de liberdade kantiana denominado autonomia da vontade. Contudo, esse poder em Direito assumirá contornos mais técnicos e específicos e também um nome novo: a *autonomia privada*.

A unidade interna, a inteireza, a lógica irrefutável e a etapa superior do desenvolvimento do negócio jurídico – reconhecida até pelos seus contraditores – são o resultado da aplicação em todas as suas partes integrantes de uma concepção teórica e de um método únicos, ou seja, concentrados na ideia de liberdade. É impossível compreender profundamente o negócio jurídico sem assimilar a sua base de liberdade seja como resultado de um poder de liberdade (autonomia privada) seja como um ato de liberdade (declaração livre de vontade).

As fontes imediatas do Direito Civil brasileiro são o Código Civil e as lei esparsas. A unidade e a interconexão de todas as normas de Direito Privado não excluem a existência de peculiaridades e inclui certa independência, tanto de algumas normas desse Direito como de grupo de ramos diversos do Direito, contidas em atos isolados que são integrados ao que conhecemos por Direito privado. Surge por isso a necessidade de se examinar especialmente quais são os elementos componentes e as fontes do Sistema de Direito Privado brasileiro.

É complexa formação do que hoje entendemos por contrato se tomarmos como ponto de partida os momentos iniciais do Direito Romano. Inicialmente, era o contrato visto como uma mera operação prática e que sofreu lenta progressiva alteração em seu regime até ser reconhecer a existência de uma vontade para um acordo no qual se baseava. No curso da evolução, somente quatro figuras (compra e venda, a locação, o mandato e a sociedade) inicialmente seriam assim consideradas (como contrato) – o que permite pôr a descoberto que, fora desse grupo, entendia-se que haveria um contrato, mas mero *pacto* – portanto, sem a possibilidade de ter efeitos jurídicos, dos quais se destaca o de e ser exigido e cumprido. Uma peculiaridade da evolução deve ser lembrada: a de que compreensão que se tem da vontade nos contratos brota no período Direito Medieval, por influência da Igreja Católica e em especial dos canonistas, que eram mais voluntaristas, ou seja, adeptos de um poder da vontade. Nos períodos seguintes o contrato recebe uma outra influência, da Escola de Direito Natural, que expande seu espectro para campos que vão além da concepção de gerador de obrigações – nos quais o Brasil não seguirá -, para incluir a possibilidade do contrato transferir, por si, a propriedade ou ainda para efeitos não obrigacionais, como ocorre com o casamento. Por conseguinte, tornou-se o contrato uma das figuras continuadas de maior caracterização do Direito, e de ampla e progressiva constância desde os primórdios do Direito até os nossos tempos.

Na formação econômica e social da civilização moderna, pode-se constatar no desenvolvimento do contrato nos compromissos que serviram de forças motrizes do alargamento da produção econômica e de toda força produtiva conhecida. O contrato sintetiza a forma do *homo economicus* apelar suas necessidades. É o contrato o ponto para o qual converge toda rede de elementos que proporcionam a subsistência de todo o grupamento humano. O contrato se revela como solução para as fases de evolução do ser humano, em um verdadeiro desenrolar em forma de espiral da qual faz depender a hereditariedade existente entre o velho e o novo a tal ponto que condicionaria a uma regressão da atividade do homem aos seus momentos primários.

Nós observamos que o mundo circundante manifesta-se por uma série de aspectos, e quanto a isso, relativamente ao contrato, além sua função econômica, aponta-se uma outra, de cariz civilizador: a educativa. O ser social é primário na busca de soluções conjuntas e buscar aproximar-se e a vencer desafios e barreiras. É com o contrato que os próprios homens constroem a vida social e harmonizam interesses, por meio de uma necessidade vital de conjugar o esforço alheio ao seu. Os povos abrem caminhos para a ascensão da atividade de construção de um grande sistema prevenção e respeitabilidade para convergir nas forças do progresso. A superação de contradições e antagonismos segue em linha reta para a harmonia e satisfação de todos independente da natureza dos laços que os unem.

O contratante tem a consciência do seu direito como contraparte e do direito como concepção abstrata que viria a tutelar seus interesses. Naturalmente, anui orientar-se em de tal forma que realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica em vigor. Certo é que, por ser fonte criadora de direitos, no geral contrato pode ser usado na linguagem cotidiana de uma forma bem especial, como algo que se assemelha à lei, embora no âmbito mais restrito, já que sabidamente a lei brasileira não usa a expressão napoleônica de que o contrato faz lei entre as partes. Serve assim de fundamento para um tipo difuso e capilarizado

de poder jurígeno. Tanto na linguagem da lei como na linguagem comum, o uso do termo contrato designa resultados desejados em conjunto com a percepção geral que o torna perfeitamente admissível como um orientador do comportamento social e serve como forma de funcionamento e desenvolvimento para uma aceitação da vida em sociedade.

Uma exaltação do papel dos construtores alemães do conceito de negócio jurídico deve ser feita: é a contribuição mais importante ao Direito Privado nos últimos tempos, ou talvez a grande contribuição moderna ao Direito Privado. E está assentado na ideia de vontade, dando ênfase a mais inesquecível caracterização da vida moderna: a de liberdade. E uma liberdade a respeito da qual podem advir efeitos que somente a liberdade reconhecida e aclamada poderiam evidenciar: a de permitir obrigar-se.

Não se pode olvidar que, à semelhança do negócio jurídico, a vontade contratual está determinar a prática do ato e, tal o negócio jurídico, integrando parte a sua definição como um acordo de vontade apto a produzir efeitos jurídicos. Fenômeno novo elaborado pela magnificência alemã, que viu no negócio jurídico mais do que uma unidade conformadora, mas uma forma de aspiração a buscar a satisfação de seus interesses por um único ato de vontade, da parte contratante, em correspondência com outra declaração correspondente.

O indivíduo tem consciência na sociedade moderna de que por meio de prestações recíprocas ambas as partes dos contratos bilaterais encontrarão forma de conceber a justiça em um contrato, segundo cada regimes correspondente em vigor. Certamente é uma justiça particulatizada, uma justiça liberal, em oposição a uma justiça igualitária, e geradora de desigualdade ou, no mínimo, de uma falta de uma paridade de situações. E além disso permite considerar uma justiça individual em contraste com uma justiça coletiva.

Essa concepção liberal de contrato, com os seus contornos de igualdade de posições em situações materialmente desiguais, segundo os ditames de uma ampla autonomia da vontade, do qual o Código Napoleão procurou preservar e garantir. Desse ponto de vista o contrato era a liberdade irrestrita de uma ou outra parte, a partir de um exercício descontrolado dessa liberdade, e dela brota espontânea e naturalmente um tipo malfeito de equilíbrio de prestações recíprocas de ambos os contratantes que se pauta, em consequência, por tipo de lei de oferta e procura segundo o qual, por exemplo, o interessado em vender ou dar em locação um determinado bem com um preço exagerado ou um empréstimo de dinheiro nas mesmas condições.

O velho modo de cumulação de riqueza e vantagens para uma parte mais forte dividiu muitos interesses e nem sempre em consonância com uma interação a considerar entre uma produção desenvolvida de uma dada economia e as necessidades da sociedade. Essas circunstâncias levaram a amenizar a autonomia da vontade e a provocar a intervenção do Estado. Aparecem, então, teorias sobre a intervenção do Estado nos contratos, em um dirigismo contratual, ao ponto de se falar em uma publicização dos contratos. E é com o desenvolvimento das sociedades que o velho modo de ver o contrato entra em linha de colisão com as transformações que os grupos sociais de cada país conhece, ou por meio de movimentos

políticos ou, mais especialmente, movimentos sociais.

O surgimento de movimentos sociais constitui a segunda grande fonte material que, em união com o pensamento apurado da Civilística da época pode ter provocado uma verdadeira ruptura com o Século XIX. Falando com exatidão, a construção de conceitos jurídicos encontra certo paralelismo na formação do subproduto mais refinado do pensamento jurídico desde Roma, que foi o Pandectismo. O trânsito para o Século XX marca, em muitos aspectos, os pontos de confronto que as contradições e polarizações da época já acentuavam. Os conceitos e valores sociais, aspectos da liberdade e de justiça social não passaram em branco aos pensadores de cada ocasião. Em uma espécie de construção ampla da evolução do pensamento social, que abrangeu desde românticos como San Simon e sistematizadores como Comte, assim como outros autores que conceberam verdadeiros postulados em uma epistemologia social, no curso da evolução de um pensamento social, etapas intelectuais são vencidas e redundarão em um complexo que bem poderia ser resumidos com o nome de Filosofia Social.

Importa sublimar que se a concepção jurídica mais apurada pôde construir a figura da relação jurídica, do direito subjetivo e da pretensão, dentre outros, concebeu a mais importante construção teórica do Direito Privado: o negócio jurídico. A essência do negócio jurídico é a liberdade, tal como é captada pelo jurista. Por outro lado, a oposição que o pensamento do Século XIX reconhece não apenas como uma liberdade essencial, mas pela possibilidade de um agir em liberdade, sem a opressão do Estado ou de uma outra opressão estabelecida, vai redundar em um conjunto de reações forjadas entre variadas tendências de cunho social, socializante, socialista, comunista e até anarquista. Um novo e considerável passo para as diferenças socioeconômicas e de modos de vida é o que todos eles chamam a atenção. Entretanto, os movimentos sociais acentuam mais além: a elevação do nível cultural das massas populares, a formação de uma personalidade desenvolvida universalmente e o fim das diferenças de classe.

Nas suas críticas, os socialistas utópicos (assim, ironicamente, denominados pelos discípulos do socialismo científico) do gênero de Saint-Simon, Fournier e Owen, levantaram questões incômodas e buscaram uma conscientização das grandes massas operárias para resolver a questão entre a liberdade do homem, por um lado, e por outro, as necessidades de desenvolvimento social, que era uma necessidade histórica, de modo a evitar a arbitrariedade e o indeterminismo dos feitos humanos. A necessidade que o ser social desenvolveu historicamente exige a reorganização do trabalho e das condições de vida, com a necessária intervenção do Estado. Criados estavam os fatores para o surgimento do Manifesto de Karl Marx e Friedrich Engels. Esse novo pensamento prega uma nova concepção de mundo e alça a classe operária a uma condição revolucionária, destinada a terminar com o domínio da burguesia, destruir o capitalismo e construir uma nova sociedade, que seria mais avançada e mais justa.

A significação mais evidente de esses acontecimentos, antes de tudo, é que permitem orientar uma interpretação das propostas de soluções dos problemas suscitados e da sua

influência nos anos que se seguem, especialmente nos modos de produção e seus efeitos nos demais aspectos da vida social, incluindo o aspecto espiritual do processo histórico que tanto sensibilizou os pensadores da época. Tudo isso fez possível realizar, de maneira mais eficaz e proporcional, embora de maneira progressiva, as grandes ideias e pensamentos que forjaram os primeiros movimentos pró-consumidor nos países que estavam em curso do desenvolvimento industrial, como a França, a Alemanha, a Inglaterra e, principalmente, os Estados Unidos da América.

Uma das tarefas primordiais e urgentes que afrontava a jovem República norte-americana era luta pela melhoria das condições de trabalho locais e contra a exploração do trabalho feminino e infantil. Nas altura dos anos 1800 as ideias estão longe de serem aceitas, mas, no que se refere aos EUA, Josephine Lowell criou a “New York Consumers League”, uma associação de consumidores que tinha por objetivo essas mesmas lutas. Embora não fosse consumerista pura, por meio de listas, chamadas “listas brancas”, divulgava-se o nome dos produtos que os consumidores deveriam escolher preferencialmente. Conquanto não desfrutasse de ampla aceitação, as empresas que produziam e comercializavam respeitavam os direitos dos trabalhadores, como, por exemplo, pelo pagamento de um salário mínimo, horários de trabalho razoáveis e condições de higiene condignas, tinham seu registro positivo de boas práticas. E assim foi iniciada a forma de influenciar a conduta das empresas tendo como forma de pressão, o poder de compra dos consumidores.

Em fins dos anos 18, Florence Kelley deu prosseguimento a esse trabalho ao reunir a associações de Nova Iorque, Boston, Chicago, Filadélfia e criar a Liga Nacional dos Consumidores (National Consumers League), com ênfase inicial nas condições de mulheres e crianças nas fábricas de algodão. A NCL, entretanto, usava a força dos consumidores direcionada para uma causa social, exprimindo mais uma vez a ideia do que seria a defesa dos bons produtos ou a qualidade industrial.

É sabido que a matéria encontrava-se ao ponto de evolução quando no início do Século XX, os Códigos Civil da Alemanha e do Brasil entram em vigor, mas, também, vem a lume o romance *A Selva* (The jungle), de Upton Sinclair, de inspiração socialista, no qual descreve, de maneira bastante realista, as condições de fabricação dos embutidos de carne e o trabalho dos operários dos matadouros de Chicago, bem assim os perigos e as precárias condições de higiene que afetavam tanto os trabalhadores como o produto final. A inclusão da obra de Sinclair na sucessão de acontecimentos teve tamanha repercussão que décadas de resistência foram vencidas, culminando com a sanção, pelo Presidente Roosevelt, da primeira lei de alimentação e medicamentos (a Pure Food and Drug Act – PFDA), em 1906, e da lei de inspeção da carne (a Meat Inspection Act), em 1907.

São esses os traços característicos da proteção do consumo no Século XIX. E primeiro lugar: um período dedicado às condições do trabalho. Em segundo lugar: é um período de transição, dos movimentos sociais trabalhistas para o que seria uma verdadeira bifurcação com os movimentos em prol dos consumidores.

Todos esses movimentos, principalmente o dos trabalhadores, tiveram grande aceitação entre as multidões e não são mais do que um derradeiro reflexo do pensamento do Século XIX. Há todavia um traço de diferença com o Direito Civil: é resultante de movimentos capilarizados por meio de greves, protestos e grandes manifestações de repercussão geral.

O conceptualismo do Direito privado forjou o negócio jurídico a partir da evolução do pensamento e das condições do uso. O desenvolvimento das lutas sociais que conduziram as leis trabalhistas e de amparo ao trabalhador debilitado deram forma a uma ampliação de um pensamento social que, entre o espiritual e o material, levou, aceitação do mundo a um campo do idealismo dos problemas sociais com tudo aquilo que lhe dizia respeito: da origem do conhecimento, da verdade e da autenticidade de critérios e a maneira de tratar cada solução dada aos problemas.

Se da aceitação do primado dos conflitos sociais dependia a resposta à questão da existência e do caráter das leis inerentes à interconexão dos problemas do mundo, deu-se uma resposta que muito resultou das conclusões dadas pelo Direito Civil: a relação do direito com a realidade social, a compreensão dos acontecimentos históricos e os princípios sobre as calamidades sociais, tão terrivelmente sofridas pelos trabalhadores nas sociedades com o antagonismo de classe (opressão por miséria ou alguma outra vulnerabilidade) deve encontrar nas relações com o Direito Civil a estrutura para estabelecer o padrão de conhecimento e adaptá-los da melhor maneira, mesmo diante de possíveis erros e defeitos e uma tal concepção que pode tornar possível os mesmos padrões já usados no Direito Comercial.

A forma histórica elaborada pelo Direito Civil percorreu longo caminho para forjar o Direito Comercial, embora tenha conhecido muitas variantes. Era a maneira espontânea e ingênua que se manifestou nas relações comerciais, com o uso das figuras do contrato e das obrigações, seguindo a forma superior já elaborada e reconhecida do Direito Civil. As variantes é de mencionar são antes de mais nada de cunho formal que de um tipo ideal objetivo para o qual o espírito da lei é exterior e independente da consciência dos indivíduos, independente da matéria, da natureza, ou anterior a ela, como razão universal, vontade universal inconsciente que determinaria todas as formas do Direito Comercial.

Em contraste com a prematura legislação trabalhista, aquela relacionada aos consumidores somente nos anos 1960, pelas mãos do Presidente John Fitzgerald Kennedy, encaminhou Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos da América sobre Proteção dos interesses do Consumidor. Na década seguinte, dos anos 1970, a Organização das Nações Unidas, pela sua Comissão de Direitos Humanos reconheceria os direitos básicos dos consumidores, e na década seguinte, a de 1980, o Conselho Social e Econômico da Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas deliberou a Resolução 39-248 com uma série de normas internacionais para proteção do consumidor.

Um destaque extraordinário deve ser feito entre as primeiras leis de proteção ao consumidor, no qual destacamos as leis francesas da década de 1970 que permitia o período de

sete dias para refletir sobre a compra, publicidade enganosa, e que protegiam o consumidor contra os perigos do crédito e das cláusulas abusivas.

O progresso técnico levou ao amadurecimento no Brasil, que começou a discutir ainda de maneira acanhada as primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para esse fim. E já na década de 1970 foi criado no Rio de Janeiro o Conselho de Defesa do Consumidor (Condecon), em 1974. Em Curitiba, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC), em 1976. Também em 1976, em Porto Alegre, a Associação de Proteção ao Consumidor (APC). Em maio de 1976, pelo Decreto nº 7.890, o Governo de São Paulo criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que previa em sua estrutura, como órgãos centrais, o Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, depois denominado Procon.

No decurso dos acontecimentos, a edição do Plano Cruzado, provocou a primeira grande mudança, ao despertar o sentimento de direitos, na segunda metade da Década de 1980. Mas o ponto culminante foi a Constituição de 1988 ao estabelecer como dever do Estado promover a defesa do consumidor e assinar prazo para a elaboração de um código para esse fim.

O aparecimento do Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo uma experiência já conhecida na legislação do trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho e, também o que já era consagrado há muito no Direito Comercial (o Código Comercial era do Século XIX), a busca de uma coerência na compreensão da linguagem e na estrutura lógica do diploma legislativo. Uma terminologia estranha e não habitual ao exprimir a vontade do legislador evitaria interpretações equivocadas e eventualmente postas no ridículo.

Se se pensar que a legislação trabalhista (CLT) a comercial (o Código Comercial) tinham o contrato e as obrigações como figuras-chave, a utilização apriorística também no Código de Defesa do Consumidor proporcionaria, além da virtude do impacto, as virtudes de uma linguagem relativamente simples e sem abuso dos neologismos que tanto dificultam a leitura de alguns textos de lei e albergam o rico tesouro de palavras que a língua portuguesa oferece. Distinguiu-se o Código por não suprimir termos conhecidos como ocorreu no Direito Civil ao não usar o tão corriqueiro “desquite” na lei do divórcio e preferir “separação” e a popular, embora abominado pelos magistrados, a de “juiz peitado”, pelo Código de Processo Civil de 1973.

A unidade do Código de Defesa do Consumidor não esconde a diversidade das fontes materiais na elaboração do novel diploma. A ação técnica de tutela dos direitos dos consumidores que o Código encerra esbarra com a possível caracterização de uma análise comum ao Direito Civil. Examinando o sentido e o valor dos dispositivos objeções poderiam ser erguidas para um tratamento comum na leitura do Código de Defesa do Consumidor no confronto com o Direito Civil. Torna-se patente que toda unidade de leitura não pode fechar-se em si mesma de modo a seguir orientações que pela unidade da disciplina não se manteria de pé somente por si.

São exemplos no Direito do Trabalho, a mais notável caracterização que sublinha a enorme importância desse ramo do direito é caracterizada pelo contrato de trabalho como um fato que determina sua realidade, qual seja a Teoria do contrato-realidade. De maneira que, presentes seus requisitos está configurado. Numa situação de utilização do Direito Civil, não prescindiríamos do consentimento mesmo tácito para configurarmos um contrato pelo Direito Civil. No Direito Comercial, a construção de um contrato como destinado a proporcionar lucro.

A fim de fazermos justiça às concepções que levaram à formação do Código de Defesa do Consumidor, um paralelo radical com o Direito Civil não seria possível. E não queremos deixar dúvidas de que devemos nos congratularmos com um retorno às formas materiais que serviram de fonte que decidiram a sorte do consumidor sem o qual o arrastaria consigo no malogro de buscar a tutela do interesse no consumo.

Ao dizer a verdade sobre o Direito do Consumidor, tal como ocorreu e foi confirmado pelos estudiosos do Direito do Trabalho e do Direito Comercial, haveríamos de nos lançar de braços para as fontes que conduziram à elaboração do Direito do consumidor e evitar que se corresse nos riscos próprios de uma existência. Entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor pode-se mesmo travar uma verdadeira luta por um saber objetivo por respeito a um e a outro como verdade possível, embora possam não se entender.

O que na linguagem do Direito Civil se entende por consenso e forma que o acompanha para forma dos contratos do Direito do Consumidor pode, além de ser uma necessidade formal, ser uma maneira de dar uma *forma regimis* comum. A existência do contrato no Direito do Consumidor, entretanto, não obedece ao formalismo da posição do consentimento. O estado do contrato nas relações de consumo não toma como essencial o consenso da celebração do contrato, mas, em verdade, outra é maneira de determinar o característico que acompanha o contrato na relação de consumo: a situação do consumidor.

Para encontrar um objeto próprio do seu sistema contratual, devemos avançar para o objetivo do próprio Direito do consumidor. Interessa-lhe não o formalismo do contrato, mas a prestação correspondente. Quer isso dizer que o direito do consumidor não deve se ocupar da forma civil do contrato no texto do Código do Consumidor para criar um tipo de ajuste ou conformação nos seus dispositivos, mas uma realidade própria: a das relações jurídicas em confronto. Se ao Direito Civil o consenso seria a maneira de chegarmos a realidade do contrato, não se poderia compreender como o Direito do Consumidor se voltaria para essa mesma maneira de tutela. Essa breve excursão quer mostrar a única tutela possível é a original e genuína, na qual se usa a fórmula de troca com quem se encontra como consumidor. A base econômica de contraprestação acompanhada da figura do consumidor é a relação recíproca que ocorre nos contratos de consumo, possivelmente por uma inspiração dos países anglo saxônicos cuja base não é o formalismo que marca o regime contratual do consenso como ocorre em nosso País.

Em prosseguimento, ao reconhecermos o progresso dos negócios na figura central e

basilar dos contratos no Direito do Consumidor. Vimos que a noção moderna de contrato se origina no labor dos juristas do Direito Intermédio Continental, fundada em alguns vislumbres dos jurisconsultos do Direito Justinianeu e na ideia tipicamente romana de que a vontade pode, por si só, criar obrigações.

A determinação de um conceito abstrato e geral do contrato é o resultado de dois movimentos: o dos juristas, conduzidos consciente ou conscientemente a força a letra e o espírito da lei romana para adapta-la às necessidades da época: e dos canonistas que partindo da ideia de supremacia da Igreja sobre Roma, lutaram por novas concepções jurídicas. Eles abriram o caminho à formulação moderna do conceito de contrato.

Ao se examinar essa questão do contrato, convém acentuar que, nos compromissos do fornecedor para com o consumidor, toda a concepção do contrato em suas características mais conhecidas deve ser observadas. Mas, na esfera específica que o Direito do Consumidor apresenta, não seria uma contradição a premissa de um regime contratual paritário ou igualitário? Alicerçados no regime contratual específico dos contratos, haveria de se dizer serem iguais a posições de fornecedor e consumidor? A melhor decisão que se poderia apresentar seria aquela na qual havia uma contraprestação que se espera ver cumprida.

A essência do contrato nas relações de consumo está na complexidade e na contraposição do consumidor com o fornecedor. E essa formulação resulta da premissa de que a tarefa do contrato não é dar consequência ao consenso que obriga como ocorre no Direito Civil, mas no desequilíbrio de situações das relações contrapostas entre quem negocia com um consumidor e o próprio consumidor.

Essa forma de pensar proposta conclui um esclarecimento que põe em primeiro plano o caráter específico do contrato nas relações de consumo como assentado na justeza do cumprimento da obrigação esperada pelo consumidor e não no cumprimento do consenso formador do contrato como, por sua vez, se pauta o contrato no Direito Civil.

O contrato nas relações de consumo haveria de se definir como realizador de atos eficazes de oferta e aceitação do consumidor no qual a operação realizada é a de satisfação do consumidor. Se o termo contrato denota um compromisso formal que consolida um consenso a seguir obrigatoriamente seguido, o caráter consumerista cria no negócio o predomínio da relação de contraposição realizada como uma própria condição para o contrato ser assim entendido.

O contrato do Direito Civil como fonte de obrigação assume um papel diverso daquele do Direito do Consumidor. No Direito Civil a obrigação surge do contrato; no Direito do Consumidor a obrigação é uma promessa que os contratantes fazem para que, no confronto entre um e outro, encontre o segundo, mais vulnerável a satisfação da promessa esperada e dar-se assim como formado e concluído o contrato. Em uma perspectiva de parte correspondente, a obrigação do cocontratante civil que não venha a ser cumprida é causa de inadimplemento. No Direito do Consumidor, a obrigação é uma promessa na qual sua frustração macula a própria

contratação supostamente obrigada pelo consenso.

A nosso ver, a obrigatoriedade Civilística na qual se basearia o Direito Civil não é paralela ao regime da contratação consumerista. Tampouco defendemos aqui a ideia norte-americana na qual o contrato é uma promessa de troca. A proposta em um contrato integrará no regime de consenso o contrato de Direito Civil. Nas relações de consumo a proposta sofre um *diformismo jurídico* que não retira do contrato sua condição, mas introduz uma forma diferente de atuação: a de que a proposta só será eficaz se condicionada à própria realização do contrato.

A falta de unidade nos regimes contratuais manifesta-se não somente na maneira como o contrato é executado, mas também nos fundamentos da ideia de obrigatoriedade dos contratos. Mas seria erro perigoso querer conceber a existência de uma figura sem um parâmetro do tipo contratual. Na realidade, assim como o Direito Civil não sabe até hoje porque um contrato obriga – a despeito das várias teorias propostas -, uma nova fonte de dúvidas levaria ao agravamento de questões sobre o Direito do Consumidor para essa dúvida sobre o fundamento da obrigatoriedade dos contratos de consumo.

Além do elemento formador do Direito do Consumidor, encontramos nas chamadas fontes materiais do Direito do Consumidor o elemento técnico que o definirá como um novo ramo do Direito. Sob esse aspecto, podemos assinalar algumas ideias e resultados de grande valor como um tipo de conclusão para estas linhas. É inegável que a dogmática contratual do Direito Civil e seus estudiosos enriqueceram o regime contratual do consumidor com toda uma série de excelentes análises teóricas e práticas, que exploraram até pela primeira vez domínios novos, nas desequilibradas relações entre produtor, fornecedor e consumidor, afastando-se daquelas puramente iguais entre os agentes do negócio jurídico, ou mais propriamente as partes nos contratos disciplinados pelo Direito Civil. Surgiu nesse ponto uma nova problemática que significa uma ampliação essencial da forma do Direito Civil aproveitada nos contratos disciplinados pelo Direito do Consumidor. São fundamentais as formas do Direito Civil nos contratos e nas relações de consumo, pois se um lado oferecem as relações contratuais do Direito Civil a possibilidade de empréstimos das suas características fundamentais, restará ao Direito do Consumidor manter a características peculiares que o determina. Por fim, deve-se notar especialmente que, a compreensão por parte do jurista, de que essa forma civil usada no Direito do Consumidor muitas vezes também absorve mais do que uma formalização do Direito, e que nalguns casos até ao ponto de anular as regras do Direito do Consumidor. A forma que o Direito do Consumidor usa foi desenvolvida e coroada pelo Direito Civil e segue por uma espécie de *estética civilística* (como maneira talvez de se denominar esse empréstimo de forma). Deve-se notar em um caráter especial que a compreensão por parte desses contratos e dos diversos problemas de natureza estão a exigir, muito ultrapassam os temas e os problemas que o Século XIX produziu a esse respeito. Nunca se insistirá demasiado neste ponto: o direito do consumidor não é só um apelo profético ao Direito Civil para conformar as novas fontes materiais do Direito, senão também uma nova técnica e sob os muitos aspectos tão valiosa que poderá ser aproveitada em outros ramos do Direito. Esses mesmos problemas que suscitam as soluções propostas tendem a ser tratados de maneira muito mais séria e penetrante quando

levados a solucionar também as questões do Direito Civil, e o resultado possa talvez ser uma nova ruptura: a do Século XX.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense 2002.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto provato italiano*. Nápoles: Morano,
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do consumidor*. 2ª ed. Vitória: Edição do Autor, 2017.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. V. I, trad. Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1934.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- FEHR, Hans. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Berlim: Walter de Gruyter & Co. 1952.
- FERNANDEZ BULTE, Julio. *Historia del estado y de derecho em la antigüedad*. Havana: Instituto Cubano del Libro, 1971.
- FLUME, WERNER. *El negocio jurídico*. Trad. José María Miquel gonzález e Esther Gómez Calle. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1992.
- HUBER, Eugen. *El derecho y su realización, problemas de legislación y de filosofia del derecho*. Trad. Hertha Grimm. Madri: Reus, 1929.
- KAHN-FREND, Otto. *Il lavoro e la legge*. Trad. Guido Zangari, Milão; Giuffrè, 1974.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Revista de Derecho Privado, 1978.
- LE ROY, Yves; SCHOENENBERGER, Marie-Bernadette. *Introduction Générale au droit suisse*. Genebra: Schulthess Médias Juridiques, 2002.

MACEDO, Sívio de. *Curso de filosofia social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

MARQUES, J. Dias. *Noções elementares de direito civil*. Lisboa: 1973.

MITTEIS, Heinrich. *Deutsche Privatrecht*. Munique: C. H. Becksche, 1959.

MITTEIS, Heinrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Munique: C.H. Becksche, 1988.

PERRET, Louis. *Derecho del consumo y protección al consumidor*. Santiago do Chile: Universidad de los Andes, 1999.

PLANITZ, Hans. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Viena: Hermann Böhlau Nachfolger, 1950.

PLANITZ, Hans. *Principios de derecho privado germânico*. Trad. Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosch, 1957.

PEIXOTO, José Carlos Marques. *Curso de direito romano*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1961.

RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Introdução ao direito do consumidor*. Barueri: Manole, 2003.

TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil*. V. 1. Coimbra: Coimbra, 1922.

VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Trad. Jesús Daza Martínez. Madri: Civitas, 1988.

WEBER. Adolph Dietrich. *Systematische Entwicklung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten und derem gerichtlicher Wirkung*. 3 Bände. Schwerin: Bödner, 1784-1787.

Tópica e direitos fundamentais: a contribuição de Theodor Viewheg

Bruno Maia¹

Resumo

O texto tem como objetivo traçar a partir do contexto histórico do pós-guerra, como o Direito pode regular a conduta humana a partir da sua refundamentação, em que a pessoa ocupa o centro do ordenamento jurídico, em que o positivismo, para além de sua perspectiva formal, pode ser relido como sistema normativo de conduta humana globalmente eficaz, mas também, como fenômeno jurídico histórico e cultural que permite a consolidação do Estado a partir da Constituição, isto é, da ordem objetiva de valores que estrutura e constitui o Estado por meio da vontade de Constituição, e de como os Direitos Fundamentais se relacionam com o Direito Civil levando-se em conta a eficácia dos Direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir da tópica.

Palavras-chave: Constituição; Direitos Fundamentais; Tópica.

Abstract

The texto aims to trace , from the historical context of the post war , how the Law can regulate human conductt from itis refoudation in which the person occupies the Center of the legal system , inwhich Positivism, beyond it's perspective formal , it can bem read as aglobally effective normative system of human conduct , but alsom as a historical and cultural legal phenomenon that allows the consolidation of the State from the Constitution , that is , from the objective order of values that structures and constitutes the State troughthe Will of the Constitution and how Fundamental Rights are related to Civil Law taking into accaout the effectiveness of Fundamental Rights in relations btween individuals startin from the topic.

Keywords: Constitutiom; Funtamental Rights; Topic.

¹ Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – CEUB; Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Juiz de Fora; Advogado e-mail: brunomaiaster@gmail.com .

INTRODUÇÃO

No contexto histórico e jusfilosófico do Positivismo Jurídico, parece ter sido prioridade do Legislador das Constituições da primeira metade do Século XX, a compreensão do Estado como pessoa jurídica de Direito Interno que estrutura o Poder e sua regulação pelo Direito.

Ocorre que, mesmo os postulados positivistas kantianos relidos por Kelsen submeteram-se ao processo de reinterpretação por regimes totalitários no período da Segunda Guerra Mundial, permitindo, que legitimamente, o Nacional Socialismo na Alemanha ascendesse ao poder pelo voto. A História comprovou que ao ascenderem ao poder, os nacional-socialistas por meio da propagação do discurso ariano na construção do “Terceiro Reich” desfigurou o Conteúdo Jurídico da Constituição de Weimar, e a reduziu, somente à sua perspectiva formal, normativista.

Isto foi conseqüência da deturpação da metafísica kantiana pelos nacional-socialistas. Uma metafísica da qual Kelsen se apropriou para conceber o conceito de Direito como uma ordem jurídica globalmente eficaz, e escalonada a partir da Constituição submetendo-se a ela, a validade dos comandos normativos infraconstitucionais em termos estruturais o que permitiu o alcance da concepção de Estado como ente regulador do poder. Simultaneamente, prevalecendo sobre a Constituição, e para conferir coerência ao seu escalonamento normativo, a norma fundamental pressuposta que se posiciona acima da Constituição, e cujo conteúdo metajurídico determina que nos comportemos de acordo com a determinação do legislador constituinte originário permite uma compreensão equivocada de que o Positivismo Jurídico se esgota em convencionalismos, e na aplicação do texto normativo ao caso concreto sem que o intérprete faça qualquer contextualização.

O formalismo positivista, ou normativista de Kelsen, no contexto histórico do pós guerra necessitava de uma reformulação, pois o pensamento sistemático do Direito, e a compreensão insulada do conteúdo jurídico do princípio da igualdade em seu aspecto formal, já não era suficiente para explicar a realidade social regulada pelo Direito vigente.

Com o fim da segunda guerra, e com o desenvolvimento da Jurisprudência dos Valores, em que a pessoa humana passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico, os juristas iniciaram estudos para reformular a compreensão do Direito como fenômeno Jurídico, cuja função é regular o comportamento humano tanto em relação ao Estado, quanto nas relações jurídicas entabuladas entre particulares. Um desses juristas foi Theodor Viewehg, que ao se insurgir com a perspectiva formal do “positivismo decadente”, resgatou o pensamento problemático aristotélico para a solução dos casos concretos pelo Direito, a partir da Tópica.

Isto, contudo, não significa que podemos de antemão, excluir a contribuição do pensamento sistemático do Direito, sobretudo quando estamos a tratar da eficácia dos Direitos Fundamentais, e dos comandos normativos que os veiculam, cujo conteúdo penetra no âmbito

do Direito Civil seja pela matriz teórica da eficácia direta, ou pela matriz da eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares. Por meio da leitura do texto que apresentamos, o leitor poderá constatar as contribuições da Tópica de Viewehg para a compreensão dos Direitos Fundamentais, e para o Direito Civil contemporâneos.

1 VIEWHEG E O CONTEXTO HISTÓRICO DE TÓPICA E JURISPRUDÊNCIA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX

De acordo com Giordano Bruno Soares Roberto (2003), para entender a obra de Viewehg, é necessário compreender o fenômeno da codificação, que marcou a história do Direito Civil. O processo que colocou o fenômeno acima em curso, sob a perspectiva filosófica foi o Racionalismo. O Iluminismo, movimento que visou ao estímulo do uso da razão fazia crescer a crença nas possibilidades racionais, a fim de dirigir o progresso da vida humana. As correntes do Direito Natural, fundadas em Deus, perdem espaço para aquelas que acreditam ser Deus a essência do homem. Sob tal perspectiva, Deus pode ser apreendido racionalmente.

O outro fator de ordem histórica é a formação do Estado Moderno. Sua origem se dá com o Estado Absoluto, que, posteriormente, é substituído pelo Estado Liberal. Este tem como principal característica o monopólio da produção legislativa. A exteriorização dessa produção legislativa se deu por meio das Constituições, para a organização do aparelho estatal, e dos Códigos, para regular as relações entre os cidadãos. O Código seria responsável pela racionalização da vida privada: um sistema de normas jurídicas unitário, coerente e completo, cuja aplicação se daria nos moldes do pensamento sistemático. Para cada caso real, a solução já estava pronta, bastando aplicá-la por meio de um processo dedutivo. Os Códigos mais importantes na Modernidade são o Código Civil de Napoleão, de 1804, e o Código Civil alemão de 1900 (ROBERTO, 2003).

A partir da vigência do Código Civil Francês, surge a Escola da Exegese, que acreditava que todos os casos já estavam resolvidos previamente pelo Código, cabendo ao Juiz apenas revelar o Direito. Assim sendo, o Juiz era considerado a “boca da lei” (ROBERTO, 2003).

Na Alemanha, surgia a Escola Histórica do Direito, que proclamava um novo fundamento para o Direito; um fundamento diverso daquele do Iluminismo. O que estava no centro era o que Savigny chamou de “espírito do povo” (ROBERTO, 2003).

Ao defender a elaboração científica do Direito, a Escola Histórica criou as condições para o surgimento da Jurisprudência dos Conceitos, que consistia em elaborar conceitos abrangentes para, a partir deles, extrair conceitos de menor alcance, formando um sistema perfeito e acabado. Assim, a aplicação do Direito não seria mais que um processo lógico dedutivo, cujas conseqüências foram um alto grau de abstração, e um progressivo distanciamento da realidade (ROBERTO, 2003).

Contraopondo-se ao formalismo, no final do Século XIX, Rudolf Von Jhering critica a Jurisprudência dos Conceitos, no sentido de que não basta ao jurista dominar os conceitos formais. É preciso que, antes, que ele atente para as necessidades das partes envolvidas, para as finalidades às quais os sujeitos se propõem ao agir (ROBERTO, 2003).

Abre-se, assim, o caminho rumo à construção da Jurisprudência dos Interesses, que dará origem à Jurisprudência dos Valores. Ambas são caracterizadas pela crítica ao formalismo, e pela defesa de outros métodos de interpretação e aplicação do Direito. O formalismo retomou toda sua força inicial a partir do pensamento de Hans Kelsen, que em 1934, publicou a obra “Teoria Pura do Direito”. É contra este formalismo que Viehweg se insurge (ROBERTO, 2003).

A obra “*Tópica e jurisprudência*” de Theodor Viewehg é um clássico da Teoria da Argumentação Jurídica. De acordo com Tércio Sampaio Ferra Junior (1979), a primeira edição da obra acima referida constituiu-se na tese de livre docência, que o jurista alemão defendera pela Universidade de Munique. Não tardou muito para que a obra de Viewehg chamasse a atenção dos juristas e filósofos. No contexto jus-filosófico do Positivismo, vinculado àquela época, à predominância dos padrões matemáticos das ciências naturais, Viewehg retomou o estudo da ciência jurídica à luz da experiência greco-romana, a partir do pensamento de Vico, no sentido de atualizá-lo de acordo com o instrumental contemporâneo da lógica, da teoria da comunicação, e da lingüística, para compreender a Ciência do Direito, isto é, a Jurisprudência.

Os representantes do paradigma científico positivista costumam compreender como finalidade, ou tarefa básica da ciência a descrição comportamental dos objetos inseridos em um campo objetivo, em que o cientista extrai, a partir da descrição, o comportamento do objeto de investigação, bem como a criação de possibilidades acerca da sua previsão comportamental. Afinal, um sistema de enunciados capaz de descrever e explicar o comportamento de modo rigoroso deve ser apto a, também, prevê-lo (FERRAZ JUNIOR, 1979).

O Direito como sistema normativo que é tem como objetivo analisar o comportamento humano, a partir da sua enorme gama de possibilidades, e cuja regularidade é duvidosa, para, a partir de então, estabelecer prognósticos alternativos fundados cientificamente, em face dos quais as dificuldades aparecem. Por muito tempo, a teoria jurídica aceitou que o formalismo do Direito seria capaz de explicar o comportamento humano por meio da lógica dedutiva, uma postura que relegava a interpretação dos textos jurídicos ao segundo plano (FERRAZ JUNIOR, 1979).

A obra de Viewehg parte da premissa de que há um *ethos compartilhado* estabelecido entre a doutrina e a práxis do qual resultam o costume, a tradição e a moralidade. De um lado, as teorias jurídicas apresentam elementos cognoscitivos de descrição e explicação dos fenômenos jurídicos, entretanto, na obra do jurista alemão, tais elementos assim não são compreendidos. Isso ocorre, porque, as proposições jurídicas são, sob a perspectiva funcional,

ideológicas de natureza cripto-normativa, das quais decorreriam as conseqüências pragmáticas no âmbito político e social. Em razão de exercer essa função ideológica, as teorias jurídicas recorrem ao desenvolvimento de um estilo de pensamento denominado tópico. Portanto, a tópica não é necessariamente um método, mas um estilo de pensamento. Em outras palavras, a tópica é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, isto é, cânones para avaliar a adequação das propostas, que se orientam para a resolução de problemas, a partir deles, e em sua direção. Como tentativa, as figuras da doutrina do Direito são abertas, isto é, delimitadas sem rigor lógico; o que permite a elas assumir significações em função dos problemas que necessitam de uma resposta para resolver o conflito (FERRAZ JUNIOR, 1979). Um exemplo são as cláusulas gerais no âmbito do Direito Civil.

Para escrever *Tópica e jurisprudência*, Viewehg resgata o pensamento aristotélico, segundo o qual há uma diferença entre demonstrações apodíticas e demonstrações dialéticas. Na Grécia postulava-se um conceito muito estrito de ciência. Os gregos atribuíam o caráter de cientificidade ao conhecimento da coisa tal como ela é; o que, por conseguinte, envolve a relação de causalidade e necessidade da coisa. Daí deriva o sentido universal do conhecimento ao qual se pode alcançar por meio da lógica analítica. A lógica analítica constrói suas demonstrações ao lançar mão de premissas verdadeiras extraídas a partir de um procedimento silogístico estrito. Portanto, as demonstrações científicas são apodíticas, e se opõem às argumentações retóricas, que são dialéticas. Os argumentos dialéticos são aqueles compartilhados pela comunidade e por ela aceitos, em razão de parecerem verdadeiros. É em razão disso, que a dialética apresenta-se como espécie de arte de trabalhar com opiniões opostas. A partir desse trabalho, desenvolve-se o diálogo entre as opiniões que se contrapõem num confronto procedimental crítico. Nesse sentido, se a analítica funda-se na ciência, a dialética deita suas raízes na prudência (FERRAZ JUNIOR, 1979).

Há, portanto, na obra de Viewehg, uma preocupação notável: a de superar a compreensão de que o Positivismo Jurídico estaria previamente convencido, e que a aplicação do Direito Posto operava-se por meio da subsunção do fato à lei. E a inquietação de Viewehg é compreensível². (FERRAZ JUNIOR, 1979).

O jurista alemão, que, também, fora juiz, encontrava-se desempregado no pós-guerra. Para sobreviver Viewehg mudou-se para um local próximo de Munique, onde vivia entre campônios. Próximo à sua casa, existia um claustro, onde o jurista alemão descobrira uma biblioteca conservada e intacta. Após conseguir a autorização dos monges, Viewehg iniciara suas pesquisas a partir das linhas mestras que já haviam sido formadas desde a época em que era estudante (FERRAZ JUNIOR, 1979).

² Viewehg fora influenciado pelos seminários de Nicolai Hartmann que freqüentou em Berlim antes da eclosão da Segunda Guerra Mundial (FERRAZ JUNIOR, 1979). Por esta razão, a tópica foi o primeiro movimento desenvolvido para superar a Jurisprudência dos Interesses, e abrir caminho à construção da Jurisprudência dos Valores.

Com paciência, silêncio e reflexão, o jurista alemão de que estamos a tratar dedicou-se a um levantamento bibliográfico, cujo resultado foi *Tópica e jurisprudência*; uma obra que apresentou como sua tese de livre-docência, quando da reabertura da Universidade de Munique. Não sem razão, a obra de Viewheg combinou sabiamente as experiências do juiz que ele fora, com o espírito científico dos seus professores, sobretudo, Hartmann e Emge, além, das virtudes monacais por ele assumidas àquela época (FERRAZ JUNIOR, 1979).

Podemos sustentar, portanto, que *Tópica e jurisprudência* pode ser considerada a primeira obra a tratar no Século XX do Pensamento Problemático ao oferecer uma nova compreensão do Positivismo Jurídico, sobretudo, no âmbito das teorias da argumentação Jurídica.

2 A CRÍTICA AO POSITIVISMO NORMATIVISTA DE KELSEN

De acordo com Thomas da Rosa Bustamante (2004), a obra de Hans Kelsen pode ser considerada o último projeto do Positivismo na Alemanha. O traço de *Teoria pura do direito* é, sem dúvida, sua pureza metodológica. Significa dizer que a análise atinente à ciência do Direito deve isentar-se de quaisquer interesses, paixões, preconceitos de ordem política e ideológica. Assim sendo, o objeto de estudo da ciência jurídica se desenvolve em uma perspectiva estrutural do ordenamento jurídico, de modo que o jurista deve afastar-se do conteúdo normativo do Direito.

Para Kelsen, que pertenceu ao Círculo de Viena, a norma jurídica não vale em razão do seu conteúdo. A Jurisprudência não é uma ciência descritiva dos fatos, nem está apta a investigar sua ligação causal. Em razão disso, a Jurisprudência é considerada, sob a perspectiva doutrinária, uma das formas puras do Direito. Kelsen imagina um escalonamento normativo, de modo que a norma superior determina o seu órgão de aplicação e o processo de aplicação da norma inferior, determinando desse modo, mais ou menos, o conteúdo dessa norma (BUSTAMANTE, 2004).

Na sua teoria da interpretação, Kelsen se volta contra a doutrina tradicional, que aceita o postulado de que a lei a ser aplicada ao caso concreto não pode oferecer mais do que uma decisão correta, afinal o fundamento da decisão é a própria lei. Entretanto, Kelsen não apresenta um critério viável que oriente a interpretação correta, porque se afasta de quaisquer posicionamentos orientados aos valores. A crítica à teoria de Kelsen surge no momento em que o juiz exerce o seu poder decisório acerca de qual das interpretações possíveis deve prevalecer. É nesse momento, que a valoração se faz necessária, porém Kelsen se recusa a apresentar os critérios acerca do o mínimo de racionalidade quanto à decisão a ser tomada. Portanto, a teoria normativista é incapaz de oferecer critérios para a valoração jurídica. Uma incapacidade que decorre de um ceticismo em relação a toda e qualquer forma de fundamentação que não se prove em caráter definitivo e inquestionável³ (BUSTAMANTE, 2004).

³ Em termos universais.

A teoria de Kelsen, justamente, por partir de premissas universais coloca a argumentação jurídica em segundo plano, e identifica equivocadamente Direito e Lei. Ora, o Direito é um sistema normativo que regula a conduta humana. A lei, por sua vez, é um texto normativo que necessita de interpretação, e não se esgota na mera subsunção do fato social à lei, que é, em outros termos, um texto normativo que necessita de interpretação, isto é, de atribuição de sentido.

3 OS PRINCIPAIS POSTULADOS DA TEORIA DE VIEWHEG

O método de estudo antigo é uma herança da Antiguidade Clássica transmitida por Cícero, e é conhecido como retórico ou tópico. Seu ponto de partida é o senso comum. O método tópico enfoca aquilo que é verossímil, contrapondo pontos de vista, de acordo com os cânones da tópica retórica (ROBERTO, 2003).

O método de estudo moderno, chamado de crítico, teria sua origem em Descartes, e se caracteriza pelo fato de partir de um *primum verum*, que não se pode eliminar, nem mesmo, pela dúvida, e desenvolve-se por meio de longas cadeias dedutivas, assim como na Geometria (ROBERTO, 2003).

Há duas hipóteses formuladas por Viehweg para a contribuição da tópica no âmbito do Direito: a primeira é a de que a jurisprudência desenvolvida desde a Antiguidade romana corresponde estruturalmente à tópica; a segunda hipótese consiste na afirmação de que a tópica pode repercutir positivamente na jurisprudência (ROBERTO, 2003).

Tópica é um dos seis livros de Aristóteles, que, posteriormente, seriam reunidos no *Organon*. Nesses livros, o que existe de comum, é a preocupação em se estudar os instrumentos (*organon*) mentais necessários para enfrentar qualquer tipo de investigação. Esse termo é considerado um patrimônio intelectual da cultura mediterrânea conhecido com o nome de *euresis, inventio, ars inveniendi*, etc. (ROBERTO, 2003).

Para Aristóteles, o raciocínio pode ser apodítico (*apodexis*) , quando partir, primeiramente, de proposições verdadeiras, ou daquelas cujo conhecimento procede, por sua vez, de proposições primeiras, ou verdadeiras. Por outro lado raciocínio será dialético, quando for obtido por meio de proposições conforme as opiniões aceitas (ROBERTO, 2003).

Ambos os raciocínios são formalmente corretos. O que os distingue é a natureza de suas premissas. Enquanto no raciocínio apodítico tem-se premissas verdadeiras, no raciocínio dialético, as premissas são opiniões verossímeis, que parecem verdadeiras, e que devem contar com a aceitação da comunidade (ROBERTO, 2003).

A tópica tem lugar no campo da dialética, entendida como a arte da discussão. A

discussão só faz sentido, quando nos deparamos com a falta de um caminho, isto é, com uma aporia – uma situação problemática, que não se pode eliminar, ou seja, quando ficamos de frente com um problema. A tópica é, nesse sentido, a técnica do pensamento problemático (ROBERTO, 2003).

3.1 A Tópica na História da Jurisprudência

Viehweg inicia sua análise a partir do Direito Romano (*IUS CIVILE*). Sob a perspectiva de Viehweg, o jurista romano colocava um problema e, logo, tratava de encontrar argumentos a fim de solucioná-lo (ROBERTO, 2003).

Viehweg estuda a utilização da tópica na Idade Média pelos glossadores e pós-glossadores. Tanto a jurisprudência medieval, quanto o *IUS CIVILE* orientavam-se para o problema, portanto, era necessário desenvolver uma técnica adequada, para a solução dos problemas, a saber: a tópica (ROBERTO, 2003).

Viehweg analisa, também, as contribuições que Leibniz deu à jurisprudência por meio de sua obra “Dissertatio de Arte Combinatória”. Nesse trabalho, Leibniz reconhece a importância da tópica para a jurisprudência. Entretanto, pretende controlar sua utilização. A tentativa de focar a obra sob a perspectiva matemática mostra o esforço de Leibniz para concordar o tradicional estilo de pensamento da Idade Média com o espírito matemático do Século XVII (ROBERTO, 2003).

Viehweg tentou eliminar completamente a tópica, substituindo-a por um sistema. A cultura europeia desejava fazer da jurisprudência uma ciência. Tratava-se naquele contexto jus-filosófico de condições teóricas. As condições históricas seriam dadas pelo processo de codificação. O sistema seria construído pelo legislador, e as respostas seriam extraídas desse sistema por meio de deduções (ROBERTO, 2003).

Não haveria, sob a perspectiva do pensamento sistemático, lugar para a tópica. As premissas seriam previamente dadas. Os problemas seriam solucionados e escolhidos pelo próprio sistema. Deste modo, Viehweg demonstra que a tópica nunca se afastou do modelo de ser da jurisprudência (ROBERTO, 2003).

Inicialmente, a tópica está presente na escolha dos axiomas ou dos conceitos gerais que compõem o sistema. Logo, são relacionados outros quatro momentos em que a tópica aparecerá em referência à interpretação (ROBERTO, 2003).

A tópica surgirá como instrumento hábil para eliminar contradições e adaptá-la às modificações do sistema social impostas pelo tempo, já que o sistema jurídico é constituído por uma pluralidade de sistemas. Em segundo lugar, a tópica será utilizada para preencher lacunas, pois se reconhece uma quantidade residual de casos sem solução dada pelo sistema. Além do mais, as palavras comportam vários significados (ROBERTO, 2003).

A tópica é utilizada a fim de que se compreenda a realidade, o estado de coisas. Jhering introduziu no Direito a idéia de interesse. Para se resolver uma questão, não é suficiente que se aplique mecanicamente a norma ao caso. É necessário verificar os interesses em jogo (ROBERTO, 2003).

É preciso buscar uma composição para esses interesses. Enfim, é preciso buscar uma decisão justa para cada caso. Assim, mantém-se a devida atenção ao caso, e depois, procura-se solucioná-lo. Busca-se a solução a partir do problema – o que é característico da tópica. Portanto, Viheweg conclui que a tópica sempre esteve presente na jurisprudência (ROBERTO, 2003).

3.2 A Tópica e Suas Possibilidades

A primeira possibilidade da tópica consiste em permitir que a jurisprudência não perca o contato com a realidade. O pensamento sistemático opera uma seleção de problemas. O problema que não encontra solução no interior do sistema é um falso problema, que deve ser descartado. Isso faz com que a aplicação do Direito se torne cada vez mais mecânica. Já o pensamento problemático, característico da tópica, tem como ponto de partida, um problema. É, somente a partir de um problema específico, que se buscam os *topoi* adequados à sua solução (ROBERTO, 2003).

A segunda possibilidade da tópica refere-se à caracterização do Direito, como prudência, e, não, como ciência. Podem-se elencar outras possibilidades da tópica, a saber: a valorização da participação dos interessados no discurso, para se chegar a uma solução razoável para o problema; a fertilidade, principalmente, em realidades complexas, e nas situações em que várias fontes concorrem para reger um caso concreto determinado que o Direito deve solucionar (ROBERTO, 2003).

4 AS CONTRIBUIÇÕES DE VIEWHEG PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os teóricos da Argumentação Jurídica reconhecem a importância da tópica para suas formulações. Dentre eles, destacam-se Robert Alexy e Manuel Atienza. Para esses juristas, a obra de Viehweg representou um divisor de águas na Teoria do Método Jurídico, pois sua crítica ao formalismo foi veemente. Ao lado da crítica, Viehweg ofereceu um novo instrumento para a aplicação do Direito, na medida em que resgatou a técnica do pensamento a partir de problemas – que é a tópica. Além do mais, as reflexões de Viehweg foram o ponto de partida para as Teorias da Argumentação Jurídica que dominam a discussão metodológica atual (ROBERTO, 2003).

Por fim, as reflexões de Viewehg permitem estabelecer uma conexão entre a Tópica e as normas jurídicas que veiculam os Direitos Fundamentais, notadamente, os princípios, compreendidos de acordo com Robert Alexy (2008) como mandados de otimização e balizados pelo princípio, ou máxima da proporcionalidade desdobrada na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito, ou como conhecemos, o sopesamento no caso em que há colisão de Direitos Fundamentais; o que nos leva ao encontro do modelo teórico que postula a eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares como o mais adequado para explicar a realidade, brasileira sob a perspectiva do Direito como fenômeno jurídico e como sistema normativo de regras e princípios.

Por esta razão, o modelo de regras e princípios é o mais adequado, pois as regras são mandados definitivos, isto é, são aplicáveis ou não ao caso concreto. As regras, por assim dizer, são comandos normativos extraídos dos princípios, seja no âmbito da Constituição ou da legislação infraconstitucional. Os princípios são comandos normativos gerais, ou cristalizações de normas que se incorporaram por meio da positivação na Constituição de 1988 em razão da construção histórica do Estado brasileiro, a partir da constante tensão dialética entre a Constituição ideal e a Constituição normativa. A Constituição é a norma fundamental de constituição do Estado. Disso deriva a força normativa da Constituição, e, também, a compreensão de que a Constituição é e deve ser normativa, como postula Konrad Hesse (1991).

Estas são as razões pelas quais a tópica pode oferecer um caminho para a solução dos problemas que em princípio, não estão codificados. Afinal as relações jurídicas entabuladas entre o Estado e os indivíduos no plano da eficácia vertical dos Direitos Fundamentais, e entre os indivíduos propriamente ditos, isto é, no plano da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é complexa demais para se esgotarem em códigos prontos e acabados. Não há direitos, e não existem sujeitos de direitos desvinculados da história, que se desenvolve no tempo e no espaço, isto é, em um contexto histórico-social.

Há, também, outra questão a ser enfrentada: a de que o Positivismo Jurídico se esgotaria em convencionalismos. Ora, ao reconhecer a força normativa dos princípios constitucionais que veiculam o conteúdo dos Direitos Fundamentais, esses comandos normativos constitucionais submetem-se a um processo de “filtragem” pelo legislador infraconstitucional, como postulado por Otávio Luiz Rodrigues Junior (2019). Isto nos leva a postular que o modelo da eficácia indireta dos Direitos fundamentais é o mais adequado para delimitar o conteúdo, as restrições e a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, e, por conseguinte, a autonomia científica, tanto do Direito Constitucional, quanto do Direito Civil.

4.1 A Opção Metodológica da Eficácia Indireta dos Direitos Fundamentais para regular as relações entre particulares

Otávio Luiz Rodrigues Junior (2010) afirma que a panprincipiologia propugnada pelos defensores do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo contribuem para um enfraquecimento acerca da compreensão da eficácia dos Direitos Fundamentais no âmbito do

Direito Civil. Orientados por uma “nova corrente de pensamento” pós-positivista, a leitura dos Direitos Fundamentais sofre manipulação para que se releiam certas categorias jurídicas ou de princípios do Direito Civil, como é o caso da função social da propriedade. E a teoria interna dos Direitos Fundamentais é a mais invocada para essa finalidade. Outro caso recorrente é a banalização e a hipertrofia do sentido da cláusula constitucional da dignidade humana na jurisprudência brasileira.

A Constituição apresenta-se como produto que decorre dos movimentos teóricos que estabelecem a constituição, e a integração do Estado a partir da hierarquia entre as normas constitucionais. A virada do pensamento que compreendia o Estado como elemento de direção política, para a compreensão da Constituição como documento dotado de eficácia jurídica que potencialmente regula a realidade histórica e social ainda que existam descompassos com os fatores reais de poder é o que se denomina força normativa da Constituição como postulado por Hesse (1991) e endossado por Otávio Luiz Rodrigues Junior (2010). Há uma tensão interna e dialética no âmbito do Direito Constitucional entre a Constituição real e a Constituição Normativa, que regula o procedimento legislativo das normas infraconstitucionais.

Hesse (1991) conseguiu unificar o conteúdo e a forma do Direito Constitucional, no sentido de resgatar sua autonomia científica, e também, a autonomia científica do Direito Civil. Em outros termos, resgatou os ideais da Constituição de Weimar, e os postulados de Ferdinand Lassale (2001), a saber, os fatores reais de poder, e os de Hans Kelsen (2006), a saber, a necessidade de que o Estado em sua perspectiva estrutural se constitua por meio de um escalonamento normativo em que é a Constituição, o documento em que os Direitos Fundamentais estão positivados. Assim sendo, é a partir dela que o legislador infraconstitucional está autorizado a legislar no âmbito do Direito Civil, sem que o conteúdo do Direito Constitucional e do Direito Civil sejam mutuamente contaminados.

Afinal, sob a perspectiva dialética entre a Constituição real e a Constituição normativa, postulada por Hesse e por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, com a qual concordamos, é o que nos permite reconhecer simultaneamente as autonomias científicas do Direito Constitucional e do Direito Civil regidos por comandos normativos que lhes são peculiares.

Lembremo-nos de que o Direito é um fenômeno jurídico histórico e cultural situado no tempo e no espaço. Assim sendo, podemos reler os institutos do Direito Civil a partir da Constituição e dos valores que ela normatiza em seu texto, que permita, que no âmbito da Jurisprudência brasileira, haja não uma desfiguração da Constituição e do ordenamento jurídico. Estamos a falar da mutação constitucional, isto é, da constante capacidade que a Constituição de 1988 tem, para regular a vida quotidiana da sociedade civil, a partir da releitura dos valores constitucionais irradiados para o Direito Civil, sem que a Constituição se transforme em uma parte geral de todo sistema normativo de regras e princípios que o Direito é. Esta, portanto, é uma definição jurídica do Direito.

As normas que veiculam Direitos Fundamentais são essencialmente normas de princípio que historicamente cristalizaram-se na história institucional do constitucionalismo brasileiro, e cujo conteúdo embora esteja disciplinado por uma tábua axiológica, só pode ser preenchido a partir das circunstâncias de cada caso concreto que se submete à apreciação do Poder Judiciário. Outra conclusão a que chegamos, é que a Tópica de Viewheg é o que permite o desenvolvimento da argumentação jurídica para que nos casos que não estejam regulados pelo Código Civil, e pelos microssistemas que lhe são correlatos, os chamados casos difíceis sejam solucionados a partir do próprio ordenamento jurídico, em que o pensamento problemático tópico e o pensamento sistemático não se excluem, mas estabelecem entre si uma relação dialética que se protraí no tempo e no espaço, para regular os comportamentos da sociedade civil.

Portanto, é a relação dialética entre a idealidade da norma jurídica e a realidade fática que ela deve regular o que permite uma constante releitura dos Direitos Fundamentais e do Direito Civil no contexto histórico da Constituição compreendida como ordem objetiva de valores⁴ que constitui o Estado brasileiro, e permite a delimitação dos poderes por ela instituídos, bem como a regulação das relações jurídicas entabuladas entre o Estado e o particular, e dos particulares entre si.

Estamos a dizer, que a finalidade do Direito como fenômeno jurídico, e como sistema normativo de regras e princípios que regulam o comportamento humano, está a nos cobrar o compromisso com a concretização da vontade de Constituição, que por essa razão constitui o Estado a partir da regulação dos fatores reais de poder normatizados pelos princípios constitucionais, e pelos comandos normativos do Direito Civil. Esta, portanto é uma tarefa diária de todos nós, titulares das iguais liberdades fundamentais no contexto histórico contemporâneo do Estado de Direito, em que o que buscamos é o reconhecimento e a concretização dessas liberdades fundamentais a todos na maior medida possível, isto, é, a concretização do bem comum.

CONCLUSÃO

A Tópica é um método de interpretação do Direito, uma técnica de pensamento por

⁴ Hesse conseguiu estabelecer uma conexão entre a metafísica kantiana e os fatores reais de poder definidos por Lassale, refundamentando, desse modo, os ideais da Constituição de Weimar, cujo conteúdo foi desfigurado pelo Nacional Socialismo. No Pós Guerra, com a consolidação da lei Fundamental de Bonn em 1949, a pessoa humana passa a ter projeção, e ocupa posição de destaque, pois passa a ser tutelada como centro do ordenamento jurídico, o que permite que os códigos disciplinem os Direitos da Personalidade. De acordo com Cleyson de Moraes Mello (2013), os direitos da personalidade, regulados pelo Direito Civil são constituídos pela estrutura fundamental, básica do homem, isto é, são inerentes aos seus atributos essenciais, sejam eles físicos, psíquicos, morais, incluindo-se, também sua projeção social, tais como o direito á vida, à integridade psicofísica, a honra, a intimidade, o nome, è a reputação, ao repouso, ao descanso, ao sossego, e ao ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado, o direito à sexualidade, à qualidade de vida. Por esta razão, os Direitos da Personalidade são nas palavras do civilista em questão, extrapatrimoniais. Significa dizermos que em caso de colisão com direitos patrimoniais, ou suscetíveis de apreciação econômica, em regra, os direitos da personalidade têm prevalência.

problemas e um estilo de pensamento, na medida em que permite a problematização da natureza jurídica dos institutos tanto do Direito Constitucional, quando do Direito Civil. Sob a perspectiva pragmática, a tópica permite ao intérprete do texto legislativo refletir acerca das circunstâncias do caso concreto, a partir do cotejo da idealidade do texto normativo positivado, seja na Constituição, no Código Civil, ou nos microssistemas que com ele se relacionam, para permitir que diante dos argumentos apresentados pelas partes do discurso, o Judiciário consiga solucionar o caso concreto, com a finalidade de pacificar o conflito de interesses, e permitir, assim, a pacificação social.

As normas que veiculam Direitos Fundamentais são essencialmente normas de princípio, que historicamente cristalizaram-se na história institucional do constitucionalismo brasileiro, e cujo conteúdo embora esteja disciplinado por uma tábua axiológica, só pode ser preenchido a partir da análise das circunstâncias de cada caso concreto que se submete à apreciação do Poder Judiciário.

Outra conclusão a que chegamos, é que a Tópica de Viewheg permite o desenvolvimento da argumentação jurídica para que nos casos que não estejam regulados pelo Código Civil, e pelos microssistemas que lhe são correlatos, os chamados casos difíceis sejam solucionados a partir do próprio ordenamento jurídico em que o pensamento problemático tópico e o pensamento sistemático não se excluem, mas estabelecem entre si uma relação dialética que se protraí no tempo e no espaço, para regular os comportamentos da sociedade civil.

Isto é possível a partir da compreensão de que o pensamento problemático da Tópica e o Pensamento Sistemático não se excluem, mas estabelecem entre si, uma relação dialética, que nos leva a postular o reconhecimento da força normativa da Constituição, e, simultaneamente, o seu caráter normativo no âmbito do Direito infraconstitucional, para permitir uma constante releitura dos institutos do Direito Civil por meio da eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares a partir da vontade inesgotável da Constituição, isto é, da necessidade da Constituição para o próprio Estado e para a sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Vigilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. **In: Revista de informação legislativa**. Brasília a. 41 n. 163. Jul./Set 2004. P. 153-166.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio do tradutor. *In: VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência* Trad. Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MELLO, Cleyson de Moraes. Direitos da personalidade. **In: Direito e pessoa: estudos em homenagem à Professora Elena de Carvalho Gomes COELHO**. Nuno Manoel Morgadiho dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (Coord.). Juiz de Fora: Editar, p. 57-67.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Teoria do método jurídico: A contribuição de Theodor Viewehg. **In: Direito civil: Atualidades**. FIÚZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Belo Horizonte. Del Rey, 2003, p. 79-92.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporânea na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum** – Belo Horizonte v. 5- n.2 p. 13-52 – jul./dez. 2010.

_____. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Desjudicialização e atos probatórios concertados entre as esferas judicial e extrajudicial: a cooperação interinstitucional *online* prevista na resolução 350 do CNJ

Flávia Pereira Hill¹

Humberto Dalla Bernardina de Pinho²

Resumo

O texto trata da desjudicialização e da valorização da atividade extrajudicial no Código de Processo Civil de 2015. Examina, ainda, a cooperação entre as esferas judicial e extrajudicial, a necessidade de desenvolvimento do “triplo C”: Cooperação, Complementaridade e Coordenação. Por fim, é analisada a Resolução nº 350 do CNJ e a cooperação interinstitucional online em matéria probatória.

Palavras-chave: Desjudicialização; Cooperação; Online; Atos probatórios.

Abstract

The text deals with the de-judicialization and enhancement of extrajudicial activity in the 2015 Civil Procedure Code. It also examines the cooperation between the judicial and extrajudicial spheres, the need to develop the “triple C”: Cooperation, Complementarity and Coordination. Finally, it analyzes the Resolution n 350 of the National Council of Justice and online inter-institutional cooperation in evidentiary matters are analyzed.

Keywords: Cooperation; Evidence; Online; De-judicialization.

¹ Doutora e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Adjunta de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora visitante da *Università degli Studi di Torino*, Itália. Tabela.

² Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ e na Estácio. Procurador de Justiça no estado do Rio de Janeiro.

1 A DESJUDICIALIZAÇÃO E A VALORIZAÇÃO DA ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL NO CPC/2015

Cada diploma retrata, inexoravelmente, o contexto histórico em que foi editado. As codificações processuais, em especial, por se destinarem a prever os mecanismos voltados a resguardar ou restaurar, concretamente, a esfera jurídica dos jurisdicionados, em caso, respectivamente, de ameaça ou violação a direitos, devem retratar, com ainda maior sensibilidade, as características da sociedade à qual se dirigem.

Enquanto o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o artigo 3º do Código de Processo Civil preconiza que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Portanto, a diferença no texto legal entre a Constituição, editada nos idos de 1988, e o CPC, editado em 2015, não é casual nem tampouco irrelevante³. Denota as profundas mudanças ocorridas no seio de nossa sociedade e de nosso sistema de justiça à medida em que atravessávamos o umbral de um novo século.

Passamos da busca por garantir o acesso *ao Judiciário* para a busca por garantir o acesso *à justiça*. Isso revela mudanças profundas no conceito de jurisdição, que deixa de ser vista como monopólio do Poder Judiciário. O aspecto subjetivo deixa de ser um elemento indeclinável para a caracterização da jurisdição.

Isso porque a atividade não perde a sua essência exclusivamente em razão de ter sido praticada *intra* ou *extra muros*, ou seja, dentro ou fora do Poder Judiciário. O foco precisa estar, pois, na *atividade* desempenhada e não em *quem* a presta.

³ “(...) o art. 3º do NCPC, ao se referir a apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e da resolução de controvérsias pela substitutividade. O dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores. Desse modo, a jurisdição, outrora exclusiva do Poder Judiciário, pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais. (...) A jurisdição é essencialmente uma função estatal. Por isso, em momentos históricos diversos, desde a Antiguidade, passando pelas Idades Média, Moderna e chegando à contemporânea, o Estado, invariavelmente, chamou para si o monopólio da jurisdição, sistematizando-a, a partir de Luiz XIV. A atuação jurisdicional, então, era um poderoso mecanismo para assegurar o cumprimento das leis. No entanto, Leonardo Greco admite que a jurisdição não precisa ser, necessariamente, uma função estatal. É claro que não se pode simplesmente desatrelar a jurisdição do Estado, até porque, em maior ou menor grau, a dependência do Estado existe, principalmente para se alcançar o cumprimento da decisão não estatal. Por outro lado, podemos pensar no exercício dessa função por outros órgãos do Estado ou por agentes privados. Nesta ótica, percebe-se o fenômeno da desjudicialização enquanto ferramenta de racionalização da prestação jurisdicional e ajuste ao cenário contemporâneo, o que leva, necessariamente, à releitura, à atualização, ou ainda a um redimensionamento da garantia constitucional à luz dos princípios da efetividade e da adequação.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade”. *In Revista Jurídica Luso-brasileira*. Ano 5. Número 3. 209. pp. 791- 830.

No século XX, o sistema de justiça encontrava-se precipuamente organizado segundo a tríade Magistratura-Ministério Público-Advocacia Pública/Privada, ao passo que, no século XXI, o cenário se mostra mais complexo e multifacetado. Seja a partir do ingresso de outros personagens no centro da cena – como é o caso de mediadores, conciliadores, árbitros e delegatários de serventias extrajudiciais –, cuja atuação pressupõe uma participação mais ativa e próxima do jurisdicionado, seja com a valorização de institutos como o *amicus curiae* e os negócios jurídicos processuais no bojo do processo judicial.

A evolução dos meios de comunicação e da tecnologia também contribuiu decisivamente para que as pessoas disponham, hoje, de um acesso mais fácil às informações. Noticia-se que 74% da população brasileira dispunha de acesso à internet em 2018⁴.

Tanto é assim que um dos desafios atuais consiste em procurar conter as chamadas “fake News”, um “efeito colateral” claro da ampla difusão de informações – muitas delas inconfiáveis - na contemporaneidade.

O homem médio é mais bem informado nos dias de hoje do que há 30 anos atrás. Essa constatação influi inexoravelmente na análise do acesso à justiça. Como Paulo Cezar Pinheiro Carneiro alerta, com propriedade, o acesso à informação é o primeiro requisito do acesso à justiça⁵. Sem conhecimento de seus direitos e sobre como defendê-los, fatalmente o jurisdicionado não possui as condições mínimas para fazer valer, concretamente, a garantia do acesso à justiça. O acesso à informação consiste, pois, em condição inexorável do acesso à justiça.

A maior consciência de seus direitos por parte da sociedade decorrente da ampliação da difusão de informações permite que a sociedade possa, passados mais de 30 anos de vigência da Constituição-cidadã, exercer uma participação democrática mais madura e pujante, inclusive no sistema de justiça.

Nesse contexto, temos o avanço do fenômeno da desjudicialização, segundo o qual litígios ou atos da vida civil que dependeriam necessariamente da intervenção judicial para a sua solução, passam a poder ser realizados perante agentes externos ao Poder Judiciário, que não fazem parte de seu quadro de servidores. Trata-se, em suma, da consecução do acesso à justiça *fora* do Poder Judiciário, ou seja, do acesso à justiça *extra muros*.

O Código de Processo Civil de 2015, com coerência, deixa clara a importância da atuação dos cartórios extrajudiciais para o sistema de justiça contemporâneo, em duas vertentes:

⁴ VALENTE, Jonas. Agência Brasil. *Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa*. Disponível no endereço eletrônico: <https://agenciabrasil.abc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa> Consulta realizada em 05/08/2020.

⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo.” 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 57.

i) **nos processos extrajudiciais (desjudicialização):** ao assumir funções até então exclusivas do Poder Judiciário, como é o caso, *ad exemplum tantum*, da mediação e da conciliação (não apenas extrajudicial, mas também diante da possibilidade de os cartórios judiciais atuarem na mediação judicial, como Cejuscs - Centros Judiciários de solução de conflitos e cidadania, mediante convênio, conforme Recomendação nº 28/2018 do CNJ) e dos procedimentos extrajudiciais de jurisdição voluntária.

ii) **nos processos judiciais:** mediante a prática de atos relevantes para o exercício da jurisdição estatal, tais como a previsão da Ata Notarial como meio de prova típico (artigo 384, CPC/15), a possibilidade de averbação premonitória (artigo 828, CPC/15), o protesto de decisão judicial transitada em julgado (artigo 517, CPC/15), e a penhora de imóvel devidamente matriculado por termo nos autos (artigo 845, §1º, CPC/15).

O paradigma do acesso ao Poder Judiciário cede lugar, portanto, ao paradigma da Justiça Multiportas⁶, em que novos agentes são convocados a oferecer ao jurisdicionado outros mecanismos igualmente legítimos e adequados para a solução dos litígios (ou o exercício da jurisdição voluntária) e que se colocam ao lado da adjudicação estatal. Abrem-se vários possíveis caminhos para se chegar, no Estado Democrático de Direito contemporâneo, à pacificação com justiça.

A nova concepção de jurisdição compartilhada entre Poder Judiciário e os novos núcleos decisórios, especialmente os delegatários de serventias extrajudiciais, coloca em evidência a necessidade premente de que, para bem prestar a jurisdição na contemporaneidade, se desenvolva crescente cooperação entre as esferas judicial e extrajudicial, mormente se considerarmos o teor da Resolução nº 350/2020 do Conselho Nacional de justiça, que, com propriedade, fomenta a cooperação interinstitucional, conforme nos propomos a refletir no presente trabalho.

2 COOPERAÇÃO ENTRE AS ESFERAS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL E NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO DO “TRIPLO C”: COOPERAÇÃO, COMPLEMENTARIDADE E COORDENAÇÃO

A reconfiguração, pelo legislador, do papel dos delegatários de serventias extrajudiciais, através da previsão de novas funções em decorrência da desjudicialização e da concepção da Justiça Multiportas em nosso país, precisa vir acompanhada de uma nova dinâmica na interação entre os operadores do Direito, especialmente nas relações entre o Poder Judiciário e os cartórios extrajudiciais.

⁶ GOLDBERG, Stephen B. SANDER, Frank E. A. ROGERGS, Nancy H. COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution*. 4. Ed. Nova York: Aspen Publishers. 2003. p. 07.

É indispensável seja desenvolvido o que chamamos de “triplo C”: *Cooperação, Complementaridade e Coordenação*. De fato, assim como é de todo útil e necessário que as diferentes instâncias e esferas do Poder Judiciário cooperem entre si e coordenem a sua atuação⁷, para otimizá-la e potencializá-la, o mesmo acontecendo entre os órgãos do Ministério Público, também deve estar em franca expansão a integração e a coordenação entre as esferas judicial e extrajudicial⁸.

Cooperação importa na adoção de uma conduta colaborativa, que resulte em maior proveito para a atuação do outro profissional, ou seja, optar pela adoção de uma conduta que não só se volte a se desincumbir de seu mister, mas também se volte a potencializar, de forma construtiva, a atuação dos demais profissionais envolvidos. Podemos exemplificar com a conduta do delegatário de serventia extrajudicial que, ao receber um mandado judicial que careça da indicação de elemento indispensável para a realização do registro, dedica-se a examinar a documentação anexa, a fim de buscar identificar se o referido elemento se encontra descrito em alguma peça processual acostada, em vez de simplesmente expedir ofício solicitando seja sanada a omissão.

Simetricamente, a fiscalização exercida pelas Corregedorias dos tribunais locais e da Corregedoria Nacional de Justiça deve igualmente se pautar pela cooperação, nesse novo contexto do sistema de justiça. Além da conduta sancionatória e repressiva, voltada a atuar *a posteriori*, afigura-se de todo consentânea com a cooperação entre as esferas judicial e extrajudicial a fiscalização preventiva e construtiva, voltada a, mediante troca perene de impressões, experiências e dificuldades de parte a parte, permitir sejam prestados esclarecimentos e indicadas as formas mais adequadas de desenvolver as atividades extrajudiciais, especialmente no caso da assunção de novas funções extrajudiciais em decorrência da desjudicialização, que implica reformulações significativas na praxe cartorária. Cuida-se, pois, de uma fiscalização prospectiva e com caráter instrutivo. Essa perspectiva da fiscalização passa pela noção, desenvolvida ao longo do presente estudo, de que a administração da justiça, na atualidade, é compartilhada por vários agentes, incluindo os delegatários dos cartórios extrajudiciais e que a colaboração entre as Corregedorias e tais serventias, de forma construtiva, ensejará ganhos em efetividade e eficiência, reduzindo a incursão em condutas consideradas inadequadas e, por conseguinte, resultando em maior grau de satisfação por parte do jurisdicionado, com redução do dispêndio de tempo e recursos.

⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro* (arts. 67-69, CPC). Salvador: Jus Podivm. 2020.

⁸ Nesse sentido, ao tratar das interações entre árbitros e juízes, Maria Gabriela Campos defende a importância da cooperação entre ambos, afirmando haver entre eles relação de “complementaridade e cooperação”. Da mesma forma que, com propriedade, aduz a autora que “não existe uma contraposição de papéis e interesses entre o juiz arbitral e o juiz estatal”, o mesmo se dá entre o juiz estatal e o delegatário de cartório extrajudicial, tendo em vista que todos buscam o adequado e efetivo exercício da função jurisdicional no sistema de justiça pátrio. CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: Jus Podivm. 2020. P. 140.

Complementaridade se relaciona com a noção de que cada profissão jurídica reúne prerrogativas e âmbito de atuação delimitados, exercendo papéis diversos, embora complementares, no sistema de justiça. Portanto, para que seja prestada jurisdição, com efetividade e eficiência, na atualidade, faz-se necessário enxergar o sistema de justiça em sua inteireza. Cada profissão jurídica é, pois, uma engrenagem, com função própria, integrante da grande máquina que é o sistema de justiça; especialmente nos dias de hoje, em que prevalece a noção de “pluralismo decisório” ou “jurisdição compartilhada”, nas precisas expressões trazidas por Rodolfo de Camargo Mancuso⁹. Para que essa máquina funcione a contento, com a eficiência que a sociedade espera e clama, urge que cada engrenagem exerça e compreenda a sua função não apenas isoladamente, mas também as demais, e se veja como parte de um todo. Os alemães designam essa perspectiva como grupo de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), em que os profissionais do Direito se veem e atuam como um grupo que compartilha os mesmos objetivos, notadamente, no caso do sistema de justiça, prestar jurisdição com efetividade à sociedade a que serve.

Sendo assim, o magistrado compreende que não lhe compete lavrar atas notariais, escrituras públicas, lavrar registros e averbações de toda sorte, desde protesto de sentenças, títulos e documentos de dívidas, passando por nascimentos, óbitos e casamentos, até transferência de direitos reais, arrestos e penhoras, embora saiba que tais atos assumem crescente relevância para a jurisdição estatal, seja para fins probatórios ou executivos. Acrescente-se, por outro lado, que, com a desjudicialização, as novas funções assumidas pelos cartórios extrajudiciais têm o condão de reduzir significativamente a sobrecarga do Poder Judiciário, de modo a lhe pedir que possa desempenhar, com maior presteza e acuidade, a função jurisdicional no conjunto (menor) de ações que lhe serão dirigidas.

Por conseguinte, se cada profissão jurídica exerce um papel delimitado, ela depende das demais para que, complementarmente, atinjam os objetivos a que se propõem, especialmente atender o jurisdicionado em seu legítimo pleito.

Coordenação, por seu turno, é um consectário da noção de complementaridade, na medida em que os profissionais do Direito, cientes de que são engrenagens do sistema de justiça e de que a sua atuação se soma e é complementada pela atuação das demais profissões, passam a, premidos por essa visão global do sistema de justiça, estar atentos à atuação dos outros para com eles coordenar a sua própria atuação. Trata-se da ideia de que cada engrenagem opere da forma e no tempo corretos para permitir que as outras engrenagens desenvolvam as suas respectivas tarefas e a máquina, ao final, funcione a contento. Assemelha-se, ainda, a uma orquestra, cuja apresentação primorosa depende da atuação coordenada de seus músicos, cada qual manejando, com maestria, o instrumento em que é versado, de modo que todos os sons contemplados na partitura estejam magistralmente representados no palco, com ritmo, precisão e arte.

⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. P. 171.

A cooperação entre os cartórios extrajudiciais já é uma realidade, especialmente em razão da informatização dos serviços prestados. Há plataformas *online* congregando todos os cartórios do país em cada atribuição, como, *ad exemplum tantum*, as plataformas Central de Registro Civil (CRC Nacional)¹⁰, Central Nacional de Protesto de Títulos (Cenprot)¹¹, Central de Registro de Imóveis do Brasil¹² e o E-notariado¹³ (Provimento nº 100 do CNJ).

Os cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais de todo país estão em permanente contato entre si, através da plataforma acima mencionada, para diversas finalidades, dentre as quais sobressai a realização das comunicações previstas no artigo 106 da Lei Federal nº 6.015/973. De fato, a cada novo registro lavrado, é necessário comunicá-lo aos cartórios onde foram lavrados os registros anteriores, a fim de que estes possam fazer a respectiva anotação à margem do termo (remissões recíprocas). Por exemplo, o registro do óbito de uma pessoa natural precisa ser comunicado ao cartório onde foi lavrado o registro de seu casamento (se o *de cujus* for casado, separado ou divorciado) ou de seu nascimento (se o obituado for solteiro). Essa comunicação é de suma importância, inclusive, para evitar fraudes e ilícitos penais, como o recebimento indevido de salários, pensões e outros proventos (art. 171, §3º, CP), tendo em vista que, caso seja solicitada a expedição de certidão segunda via do registro de casamento ou nascimento do obituado, esta conterà, em suas observações, a informação acerca da anotação do registro de seu óbito. O mesmo se diga a respeito da anotação do registro de casamento à margem do registro de nascimento dos nubentes, a fim de evitar, dentre outros ilícitos penais, o cometimento de bigamia (artigo 235, CP).

Na usucapião extrajudicial, há cooperação entre o Registro de Imóveis, que conduz o procedimento, o Tabelionato de Notas, responsável pela lavratura da Ata Notarial, documento fundamental para a obtenção da providência almejada, e o Registro de Títulos e Documentos, com atribuição para realizar as notificações extrajudiciais dos entes públicos (artigo 216-A da Lei Federal nº 6.015/1973).

Acrescente-se haver convênios entre cartórios de diferentes atribuições para melhor atender o usuário, como o convênio firmado entre a Associação de Registradores de Imóveis de São Paulo e a Associação de Registradores Cíveis de Pessoas Naturais (Ofícios da Cidadania) de São Paulo para recepção de títulos e demais providências de monitoramento quanto ao registro imobiliário ou à devolução com nota de exigência, e homologado pela Corregedoria-

¹⁰ CENTRAL DE REGISTRO CIVIL Disponível no endereço eletrônico: <https://sistema.registrocivil.org.br/portal/?CFID=2635991&CFTOKEN=43a371d38cb7ba0c-20A4D228-FEB1-45F8-12564FF062C21FCB> Consulta realizada em 17/08/2020.

¹¹ CENTRAL NACIONAL DE PROTESTO DE TÍTULOS. Disponível no endereço eletrônico: <https://site.cenprotnacional.org.br/> Consulta realizada em 17/08/2020.

¹² CENTRAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DO BRASIL. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.registrodeimoveis.org.br/> Consulta realizada em 17/08/2020.

¹³ E-NOTARIADO. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.e-notariado.org.br/> Consulta realizada em 17/08/2020.

Geral de Justiça de São Paulo, em 16/04/2020¹⁴.

Portanto, se, hoje, muito se avançou na cooperação entre os diferentes órgãos integrantes do Poder Judiciário, de um lado, assim como entre os cartórios extrajudiciais, de outro, faz-se necessário avançar, de modo a estreitar a rede de cooperação recíproca entre as esferas judicial e extrajudicial.

A todas as luzes, o “triplo C”, que mencionamos acima, é necessário na relação entre as esferas judicial e extrajudicial, como o próprio CPC/2015 já indica ao prever expressamente a carta arbitral (artigo 260, §3º, CPC15). Entendemos, contudo, que ela precisa ser expandida, com fulcro no artigo 15 do CPC/2015, de modo que seja estabelecido um canal de diálogo e cooperação entre os juízes e os cartórios extrajudiciais.

3 A RESOLUÇÃO Nº 350 DO CNJ E A COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL *ONLINE* EM MATÉRIA PROBATÓRIA

O fenômeno da desjudicialização desafia os operadores do Direito a reler diversos institutos seculares de Direito Processual, dentre os quais sobressai a cooperação judiciária. Se, em um sistema de justiça centrado no Poder Judiciário, fazia sentido restringir a cooperação ao âmbito dos órgãos judiciários, no dias atuais, com a expansão da desjudicialização e a reconfiguração do sistema de justiça, com vistas a abarcar outros núcleos decisórios, como vimos em momento anterior do presente trabalho, faz-se necessário expandir o aludido conceito, a bem da boa administração da justiça e da prestação jurisdicional adequada e eficiente.

Com efeito, Fredie Didier Junior, ao conceituar a cooperação judiciária nacional, expande o seu espectro para além dos órgãos integrantes do Poder Judiciário:

“A cooperação judiciária nacional é o complexo de instrumentos e atos jurídicos pelos quais os órgãos judiciários brasileiros podem interagir entre si, com tribunais arbitrais ou órgãos administrativos, com o propósito de colaboração para o processamento e/ou julgamento de casos e, de modo mais genérico, para a própria administração da justiça, por meio de compartilhamento ou delegação de competência, prática de atos processuais, centralização de processos, produção de prova comum, gestão de processos e de outras técnicas destinadas ao aprimoramento da prestação jurisdicional no Brasil”.¹⁵

¹⁴ CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Processo nº 2020/38240. https://infographya.com/files/20200417_DECISAO_-_CONVENIO_ARISP_ARPENSP.pdf Consulta realizada em 17/08/2020.

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Op. cit.* pp. 61-62.

O autor prossegue, sustentando, com razão, que “as normas sobre cooperação judiciária servem a qualquer espécie de processo – civil, eleitoral ou trabalhista (art. 15, CPC)”, acrescentando que a Recomendação nº 38/2011 do Conselho Nacional de Justiça admite “a cooperação judiciária em todos os tipos de ‘incidentes, procedimentos e ritos processuais’”¹⁶.

Firme nessa premissa, o Conselho Nacional de Justiça foi além ao editar, em 2020, a Resolução nº 350, através da qual estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional. Logo em seu artigo 1º, o Provimento expande o conceito de cooperação judiciária, que passa a abranger a cooperação interinstitucional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, integrantes ou não do sistema de justiça, que possam, direta ou indiretamente, contribuir para a administração da justiça.

O Conselho Nacional de Justiça tem o inegável mérito de, na Resolução nº 350, se mostrar sensível à nova configuração do sistema de justiça brasileiro, que transcende os confines do Poder Judiciário, para disponibilizar mecanismos de cooperação judiciária entre os órgãos judiciais e os novos núcleos decisórios, notadamente as serventias extrajudiciais, no contexto da desjudicialização.

A respeito da cooperação judiciária em matéria probatória, merece destaque que o Provimento 350 autoriza, nos incisos II, VI e VII, respectivamente, a prática de atos voltados à troca de informações relevantes para a solução dos processos, à obtenção e à apresentação de provas, à coleta de depoimentos e aos meios para o compartilhamento de seu teor, à produção de prova única relativa a fato comum, dentre outros.

Acrescente-se que o artigo 8º, §3º, da Resolução nº 350 estatui, com correção, que os atos de cooperação devem ser prioritariamente realizados através dos meios eletrônicos¹⁷, de modo a colocar as novas tecnologias em favor da deformalização e da celeridade, ou seja, da eficiência na prestação jurisdicional.

As serventias extrajudiciais encontram-se informatizadas, o que restou demonstrado a partir da rápida colocação das novas tecnologias à serviço da continuidade na prestação dos serviços extrajudiciais em meio às severas restrições de deslocamento em decorrência da pandemia de Covid-19, tais como a implementação do E-notariado (Provimento nº 100/2020 do CNJ), a realização de casamentos por videoconferência (artigo 24 do Provimento nº 31/2020 da CGJ RJ), o envio eletrônico dos documentos necessários para a lavratura de registros de nascimentos e de óbito (Provimento nº 93/2020 do CNJ), a emissão de certidões digitais através dos portais eletrônicos, dentre os quais a Central de Registro Civil – CRC (artigo 21 do Provimento nº 31/2020 da CGJ RJ).

¹⁶ *Idem*. p. 71.

¹⁷ No mesmo sentido, defendendo que os atos de cooperação sejam preferencialmente praticados eletronicamente, tendo em vista que o artigo 69 do CPC/2015 dispensa forma específica. LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova. Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós- Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. 2018. P. 169.

Com efeito, a Resolução nº 350 do CNJ cria condições para que órgãos do Poder Judiciário e serventias extrajudiciais celebrem atos concertados com vistas a permitir que as provas produzidas nos processos extrajudiciais possam ser validamente empregadas no convencimento judicial em processos judiciais correlatos. Inúmeros são os exemplos práticos que demonstram a grande utilidade do emprego de tais mecanismos na rotina forense.

Um exemplo emblemático consiste no registro de nascimento após decorrido o prazo previsto no artigos 50 e 52, 2º, da Lei Federal nº 6.015/1973, especialmente de maiores de 12 anos, que, até 2008, dependia inexoravelmente de prévia autorização judicial para ser lavrado¹⁸.

A necessidade de instauração de processo judicial tinha como escopo evitar a duplicidade do registro, na medida em que cabia ao magistrado aferir a inexistência de registro anterior de nascimento, para que, somente após, autorizasse a lavratura, pelo cartório, do respectivo registro tardio.

Em um país com dimensões continentais como o nosso e com disparidades sociais e culturais imensas, não é raro que o registro de nascimento seja tardio. Com a exigência de autorização judicial prévia, aumentavam as chances de os pais simplesmente desistirem de registrar seus filhos, consolidando o chamado subregistro de nascimento.

A Lei Federal nº 11.790/2008 teve, pois, o mérito de autorizar que o próprio Oficial Registrador possa conduzir o processo, extrajudicialmente.

No entanto, dada a relevância da questão, mostra-se imperioso que os interessados demonstrem ao Oficial Registrador, mediante a produção de provas que instruirão o processo extrajudicial, que não houve registro anterior de nascimento, conforme a atual redação do §3º do artigo 50 da Lei nº 6.015/1973.

Com efeito, o Provimento nº 28/2013 do CNJ prevê a produção das seguintes provas em cartório, a saber:

- a) apresentação de Declaração de Nascido Vivo (DNV) original expedida pelo hospital ou maternidade;
- b) caso o registrando tenha nascido fora de unidade hospitalar ou maternidade, apresentação da declaração da parteira, conforme § 1º do artigo 52 da Lei no 6.015/73, além da declaração de duas testemunhas desse fato, conforme artigo 54, item 9º, da Lei no 6.015/73;
- c) oitiva, pelo delegatário ou escrevente autorizado, dos pais do registrando, reduzida a termo, bem como do interessado que instaurou o processo extrajudicial, caso não sejam os pais, indagando-lhes se e por qual razão não lavraram o registro de nascimento até o momento;
- d) entrevista, realizada pelo Oficial ou escrevente autorizado, de duas testemunhas, que

¹⁸ HILL, Flávia Pereira. “A desjudicialização do procedimento de registro tardio de nascimento. Inovações trazidas pela lei federal n. 11.790/08”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.3, p.123 - 133, 2008.

podem ser parentes do registrando, devendo atestar a identidade do registrando e todas as informações pertinentes de que tenham ciência, sob responsabilidade civil e criminal (artigo 3º, g, Provimento 28 CNJ). O Oficial deverá verificar se as testemunhas realmente conhecem o registrando, se dispõem de informações concretas e se têm idade compatível com a efetiva ciência dos fatos relevantes (artigo 4º, Provimento 28, CNJ);

e) fotografia do registrando e sua impressão digital, que ficarão arquivadas na serventia (artigo 3º, h, Provimento 28 CNJ).

f) entrevista, realizada pelo Oficial ou escrevente autorizado, do registrando maior de 12 anos, a fim de apurar se consegue se expressar em português, se conhece razoavelmente a localidade que afirmam ser a sua residência (ruas principais, prédios públicos, bairros, peculiaridades);

g) nas entrevistas, o Oficial ou seu preposto indagará se e onde estudou o registrando e onde costuma obter atendimento médico, se ele possui irmãos, se já se casou, teve filhos e, em caso de resposta positiva, indagar em quais cartórios foram lavrados os registros, se o registrando já teve alguma documentação, tais como carteira de trabalho, habilitação etc, e, em caso afirmativo, apresentá-la.

Cada entrevista será realizada em separado, cabendo ao Oficial ou escrevente autorizado reduzir a termo as declarações colhidas, assinando-o juntamente com o entrevistado (artigo 5º, Provimento 28 CNJ).

A serventia extrajudicial também poderá diligenciar, a fim de se certificar sobre a ausência de registro de nascimento anterior em outros cartórios. Desse modo, poderá o Oficial Registrador enviar mensagens na intranet, enviar ofício pelo malote digital ou telefonar para o(s) cartório(s) situado(s) no local onde o registrando nasceu e no local da residência de seus pais, à época. As informações obtidas serão reduzidas a termo e constarão do processo extrajudicial. Outro expediente recomendável consiste em proceder a uma pesquisa no *site* do DETRAN, órgão responsável pela expedição de carteiras de identidade, com vistas a confirmar a ausência de registro de nascimento.

Ao final, o Oficial deverá lavrar minuciosa certidão, “decidindo fundamentadamente pelo registro ou suspeita”, conforme artigo 6º do Provimento 28 do CNJ. Em caso de suspeita, suscitará dúvida ao juiz de direito.

Entendemos que a celebração de atos concertados entre o órgão judicial e a serventia extrajudicial, com fulcro na Resolução 350/2020 do CNJ, de modo a estabelecer protocolos e rotinas comuns de produção de provas no âmbito extrajudicial que possam ser empregadas na esfera judicial, sem a necessidade de sua renovação, caso o Oficial considere não ter sido demonstrados os requisitos necessários para a lavratura do registro tardio no processo extrajudicial, representará imenso ganho de tempo, esforços e recursos financeiros.

O mesmo se diga a respeito da produção de provas, perante a serventia extrajudicial, com vistas a instruir o processo extrajudicial de alteração de prenome e gênero em razão da

transexualidade, se houver fundada suspeita, pelo Oficial, de fraude, falsidade, má-fé vício de vontade ou simulação quanto ao desejo real da pessoa requerente ou diante da ausência de consentimento dos pais ou do cônjuge do requerente, o que torna a intervenção judicial necessária, na forma dos artigos 6º e 8º, §4º, do Provimento nº 73/2018 do CNJ.

De igual sorte, a celebração de atos concertados de instrução probatória entre as esferas judicial extrajudicial seria de grande valia no processo extrajudicial de reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva em que haja parecer desfavorável do Ministério Público, no qual o requerente não tenha logrado reunir todo o conjunto probatório previsto em lei ou não tenha havido a concordância dos pais biológicos, obstando, assim, que o delegatário possa praticar o ato sem a intervenção judicial, na forma dos artigos 1º, IV, e 11, §9º, inciso II, do Provimento 83, CNJ.

Outro exemplo ilustrativo consiste na investigação oficiosa de paternidade, prevista no artigo 746, inciso V, do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determina que a serventia extrajudicial diligencie para apurar a paternidade do registrando, instando o pai a comparecer em cartório.

Entendemos que o órgão judicial e a serventia extrajudicial podem, inclusive, celebrar ato concertado para o compartilhamento da função instrutória, a partir do qual caberá ao oficial a produção de provas que instruirão um processo originariamente instaurado em juízo, de modo a formar o convencimento do juiz, valendo-se, para tanto, da expertise do delegatário da serventia extrajudicial na instrução probatória em procedimentos extrajudiciais afins. Tais atos concertados terão o condão de promover a celeridade e a economia processuais, sem descurar das garantias fundamentais do processo, que são observadas na esfera extrajudicial. Acrescente-se que a valoração das provas será realizada pelo magistrado¹⁹.

Com efeito, Maria Gabriela Campos esclarece que o compartilhamento de competências decorre do consenso entre os órgãos cooperantes, em um modelo cooperativo de processo, sendo autorizado no ordenamento jurídico pátrio, em razão da tendência à flexibilização procedimental prevista pelo legislador nos artigos 139, inciso IV, 140, 536 do CPC/2015²⁰.

A produção, na esfera extrajudicial, de provas que possam ser eficazmente submetidas a posterior cognição judicial, com a dispensa de sua renovação ou complementação no processo judicial, atende aos reclamos por uma maior coordenação e complementaridade entre as duas esferas, promovendo a economia e a eficiência processuais, que são o principal escopo da cooperação judiciária, nela incluída, por certo, a interinstitucional²¹.

¹⁹ Maria Gabriela Campos afirma, com razão, que a celebração de atos de cooperação não significa uma “carta em branco” para que o órgão delegatário pratique o ato “como lhe aprouver”, cabendo ao órgão delegante o controle do ato. CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Op. Cit. P. 117.

²⁰ *Idem*, *ibidem*.

²¹ *Idem*. p. 118.

Trata-se da atuação concertada e coordenada entre as esferas judicial e extrajudicial, firmes no propósito comum do exercício adequado e eficiente da função jurisdicional em nosso sistema de justiça. Ilustrativo o paralelo com uma corrida de bastões²², em que o órgão judicial e o cartório extrajudicial se alternam na prática de atos processuais, sempre de forma coordenada e sincronizada, atentos aos escopos maiores do processo, especialmente pacificar com justiça, observando-se as garantias fundamentais do processo.

A desjudicialização promove o que Rodolfo de Camargo Mancuso intitula, com propriedade, “jurisdição compartilhada”²³, em que novos núcleos decisórios, dentre os quais os cartórios extrajudiciais, passam a exercer a jurisdição, o que reforça a pertinência do fomento de um crescente “diálogo jurisdicional”²⁴ entre as esferas judicial e extrajudicial, para que sejam alcançados os fins máximos de nosso sistema de justiça.

De igual modo, consideramos possível que, tratando-se de direito que admita composição, as partes convençam que a prova produzida em sede de processo extrajudicial (desjudicialização), no qual não tenha sido obtida a providência almejada por ausência de algum requisito legal ou em virtude da manifestação desfavorável do Ministério Público para a sede extrajudicial, possa ser emprestada ao processo judicial instaurado para a mesma finalidade²⁵.

Por fim, consideramos perfeitamente possível a celebração de ato de cooperação entre os tribunais e os cartórios extrajudiciais para a prática de outros atos processuais relevantes além da instrução probatória, tais como científicas e efetivação de medidas executivas atípicas que estejam no espectro das atividades extrajudiciais.

Um expediente, a nosso sentir, nitidamente subaproveitado consiste na possibilidade de ato concertado de cooperação entre os tribunais e os cartórios de Títulos e Documentos para a realização de atos de científicas, que seriam revestidos de fé pública. Tais atos de cooperação seriam de grande utilidade, em especial nas comarcas com déficit no número de servidores.

De igual modo, seria de todo recomendável a celebração de convênio entre os tribunais e os cartórios extrajudiciais, com vistas a implementar, em nosso país, a chamada “verificação

²² Entendemos que as considerações tecidas por Maria Gabriela Campos a respeito da arbitragem, aplicam-se ao compartilhamento de jurisdição entre as esferas judicial e extrajudicial no fenômeno da desjudicialização. *Idem*, p. 142.

²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. Op. Cit. p. 171

²⁴ CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Op. Cit. p. 144.

²⁵ Giovani Ravagnani entende que o negócio jurídico processual pode prever o empréstimo da prova mesmo que não tenha havido contraditório simultâneo à sua produção: “Tradicionalmente, a doutrina brasileira sempre exigiu que a prova emprestada pudesse ser utilizada somente contra quem participou de sua formação no processo anterior, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa. Tal ‘exigência’, todavia, pode ser superada por convenção processual probatória e pela possibilidade de preservação do contraditório e da ampla defesa, ao se oportunizar a efetiva participação da parte sobre o seu resultado no novo processo”. RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas. Convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos tribunais. 2020. pp. 151-152.

não judicial qualificada”, prevista no artigo 494 do Código de Processo Civil Português²⁶.

Trata-se de meio de prova cabível em substituição à inspeção judicial, sempre que se destinar à apuração de fatos de menor complexidade, passíveis de apuração objetiva, e que por isso pode ser realizada por entidade isenta, imparcial e tecnicamente qualificada. Situa-se, portanto, em posição intermediária entre a inspeção judicial e a prova testemunhal. Será cabível quando a inspeção judicial configurar meio de prova desproporcionalmente complexo em comparação com o grau de simplicidade dos fatos a serem verificados e, de outro lado, almeja, diante da imparcialidade e da qualificação do agente que a realizará, a sua apreensão com maior isenção e objetividade do que a prova testemunhal²⁷.

Alguns fatores fundamentam, no nosso entender, a possibilidade de realização, no Brasil, da verificação não judicial qualificada pelos cartórios extrajudiciais, notadamente:

- (i) a imparcialidade ínsita às atividades desempenhadas pelos cartórios extrajudiciais;
- (ii) a fê pública que lhes é inerente (artigo 3º, Lei Federal nº 8.935/1994);
- (iii) a finalidade dos cartórios extrajudiciais de conferir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, o que se coaduna com aos objetivos da prova em comento (artigo 1º, Lei Federal nº 8.935/1994);
- (iv) a experiência dos cartórios extrajudiciais na verificação de fatos, como é o caso, *ad exemplum tantum*, da ata notarial (artigo 384, CPC/2015) e das diligências realizadas pelo registrador civil para apuração dos fatos que circundam o nascimento (artigo 735, Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro); e
- (v) a admissibilidade, no ordenamento jurídico-processual brasileiro, de provas atípicas, contanto que moralmente legítimas (artigo 369, CPC/2015).

Sendo assim, constata-se que a cooperação entre as esferas judicial e extrajudicial, ainda tão incipiente, merece ser objeto de maior reflexão em tempos de desjudicialização crescente e de sedimentação da Justiça Multiportas, mormente após a edição da Resolução 350 do CNJ, que alargou o conceito de cooperação judiciária, com vistas a abranger todas as entidades que possam colaborar para a boa administração da justiça.

Se, nos dias de hoje, a jurisdição é compartilhada, com o ingresso de novos polos de prestação jurisdicional no centro de nosso sistema de justiça, como é o caso dos cartórios extrajudiciais, o estreitamento da cooperação entre as esferas judicial e extrajudicial se mostra não apenas recomendável, mas premente, em prol do acesso à tutela jurisdicional efetiva e da eficiência de nosso sistema de justiça.

²⁶ CAPELO, Maria José. “Um novo meio de prova no Código de processo Civil Português de 2013: a verificação não judicial qualificada”. *Revista ANEEP de Direito processual*. Vol I. N. 1. 2020. Janeiro a junho de 2020. p. 130-139.

²⁷ HILL, Flávia Pereira. *Lições do isolamento: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: edição digital do autor. 2020. Pp. 29-30.

Como dissemos linhas antes, os diferentes operadores do Direito, cada qual em seu âmbito de atuação, precisam se aperceber da importância do “triplo C”, de modo a desenvolver, diuturnamente e com crescente afinco, a cooperação, a complementaridade e a coordenação entre suas atuações, tendo em vista que fazemos todos parte do sistema de justiça e estamos todos à serviço do mesmo destinatário: o jurisdicionado.

Se as dificuldades acometem todos nós, enquanto engrenagens dessa gigantesca máquina que é o sistema de justiça brasileiro, os nossos objetivos em comum nos unem e nos levam a concluir que congregar esforços nos deixará mais próximos de sua consecução.

O Conselho Nacional de Justiça, em boa hora, brindou-nos com a Resolução nº 350/2020, que autoriza expressamente a celebração de atos concertados entre as esferas judicial e extrajudicial, inclusive para fins de produção probatória e troca de informações úteis ao processo, preferencialmente por meio eletrônicos, o que privilegia a economia e a eficiência processuais. Cabe a nós, a partir de então, extrair todas as potencialidades práticas do referido regulamento.

4 CONCLUSÃO

Tradicionalmente, estamos habituados a pensar e a atuar segundo a lógica do “nós ou eles”, conforme ocupemos um cargo *dentro* ou *fora* do Poder Judiciário (*intra* ou *extra muros*). Pensamos que, se o jurisdicionado deflagrou um processo perante o Poder Judiciário, a princípio, caberá a ele e somente a ele dirigir o processo e nele atuar. Os demais atores, especialmente os cartórios extrajudiciais (*eles*), serão chamados a atuar eventual e pontualmente. Não haveria, portanto, genuinamente, uma cooperação ou uma condução conjunta.

Nos dias atuais, contudo, faz-se absolutamente indispensável e urgente migrar para uma lógica cooperativa, coordenada e construtiva de atuação: a lógica do “nós e eles”. Os diferentes instrumentos contemplados no CPC/2015 e em recentes leis esparsas, assim como a desjudicialização e o novo conceito de jurisdição, em que outros agentes passam ao centro da cena do nosso sistema de justiça, exigem que os operadores do Direito somem as suas forças e atuem coordenada e complementarmente, independentemente de o profissional do Direito estar dentro ou fora do tribunal. Caso ainda não tenhamos nos apercebido, cabe alertar que o legislador pouco a pouco vem demolindo a tradicional dicotomia *intra* ou *extra muros*, conforme estejamos dentro ou fora das paredes dos tribunais.

A genuína consciência de que somos um único grupo de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*, no termo alemão); cada qual uma engrenagem dessa gigantesca máquina que é o nosso sistema de justiça, é uma premissa inexorável, senão de todos, dos principais instrumentos e institutos previstos nas leis processuais dos últimos anos, inclusive e principalmente da desjudicialização.

A experiência de 15 anos de atuação em cartório extrajudicial, com contato direto com

o jurisdicionado, nos fez aprender que o homem médio não distingue Juiz, Promotor, Defensor ou Delegatário. Quando ele profere a (infelizmente) conhecida frase “A Justiça no Brasil não funciona”, a crítica é endereçada a todos nós, indistintamente; que não restem dúvidas disso.

Portanto, o inimigo é único: a ineficiência e a morosidade do sistema de justiça. O desiderato também é único: prestar a jurisdição adequadamente.

O Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução nº 350/2020, acertadamente amplia o conceito de cooperação judiciária, deixando claro que, na atualidade, abrange todas as entidades que possam contribuir para a boa administração da justiça, o que, sem sombra de dúvidas, alcança as serventias extrajudicial no atual contexto da desjudicialização.

Sendo assim, muito útil se afigura a celebração de atos concertados entre órgão judicial e serventia extrajudicial nos processos extrajudiciais, a fim de que, que, aproveitando as vantagens das novas tecnologias, propiciem o emprego do arcabouço probatório produzido no âmbito extrajudicial para fins de convencimento do magistrado no processo judicial. Inúmeros exemplos cotidianos ilustram quão proveitosa seria a iniciativa, a bem da economia e da celeridade processuais, evitando-se a repetição de atos.

Fazer com que a desjudicialização se aprimore e funcione a contento trará benefícios ao Poder Judiciário, que poderá se concentrar na solução dos litígios para os quais realmente se afigura como o método mais adequado, e para a sociedade, que finalmente poderá obter a prestação jurisdicional - seja perante o Poder Judiciário, seja nos novos polos de prestação da jurisdição - de forma mais célere e efetiva, sem abrir mão das garantias fundamentais do processo.

Não é um caminho simples; ninguém disse que o seria. Mas as conquistas, se alcançadas, serão perenes e para todos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Carolina Azevedo. “Desjudicialização a execução civil: um diálogo com o modelo português”. In MEDEIROS NETO, Elias Marques de. RIBEIRO, Flávia Pereira. *Reflexões sobre a Desjudicialização da Execução Civil*. Curitiba: Juruá. 2020. pp. 75-104.

ASSOCIAÇÃO DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL. *Cartório em números*. Disponível no endereço eletrônico: https://anoreg.org.br/anoregbr_file/Cart%C3%B3rio%20em%20N%C3%BAmeros.pdf Consulta realizada em 09/03/2020.

CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: Jus Podivm. 2020.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. “Considerações sobre o Projeto de Lei 5080/2009: a nova lei de Execução Fiscal”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Número 91. Março-Abril 2010. pp. 11-42.

CAPELO, Maria José. “Um novo meio de prova no Código de processo Civil Português de 2013: a verificação não judicial qualificada”. *Revista ANEEP de Direito processual*. Vol I. N. 1. 2020. Janeiro a junho de 2020. p. 130-139.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo.” 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2002. p. 400.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf Consulta realizada em 05/06/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 89, de 18/12/2019*. Disponível no endereço eletrônico: <https://atos.cnj.jus.br/files/original173255201912195dfbb44718170.pdf> Consulta realizada em 09/03/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 65/2017*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_65_14122017_19032018152531.pdf Consulta realizada em 14/07/2020. Consulta realizada em 10/03/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 73/2018*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/434a36c27d599882610e933b8505d0f0.pdf> Consulta realizada em 10/03/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 28/2013*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_28_05022013_25042013154655.pdf Consulta realizada em 10/03/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 83/2019*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf Consulta realizada em 10/03/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 350/2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182611202011035fa1a0c3a36f6.pdf> Consulta realizada em 10/03/2021.

CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Processo nº 2020/38240. https://infographya.com/files/20200417_DECISAO_-_CONVENIO_ARISP_ARPENSP.pdf Consulta realizada em 17/08/2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Revista de Processo*. vol. 233. Jul. 2014. pp. 65-84.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. Salvador: Jus Podivm. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

FARIA, Marcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o PL 6.204/2019: a tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira*. 2020. p. 37. Trabalho de conclusão do pós-doutorado em Direito Processual Civil perante a Universidade Federal da Bahia, gentilmente cedido pelo autor.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. “Desjudicialização da Execução Civil”. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/330308/desjudicializacao-da-execucao-civil> Consulta realizada em 08/07/2020.

GRECO, Leonardo. “As garantias fundamentais do processo na execução fiscal”. In LOPES, João Batista. CUNHA, Leonardo José Carneiro da (coords). *Execução Civil (aspectos polêmicos)*. São Paulo: Dialética. 2005.

HILL, Flávia Pereira. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Inventário Judicial ou extrajudicial; separação e divórcio consensuais por escritura pública - primeiras reflexões sobre a Lei n. 11.441/07”. *Revista Dialética de Direito Processual*. V. 50. Maio-2007. pp. 42-59.

HILL, Flávia Pereira. “A desjudicialização do procedimento de registro tardio de nascimento. Inovações trazidas pela lei federal n. 11.790/08”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. V. 3. Ano 3. Jan-Jun 2009. pp. 123-133.

HILL, Flávia Pereira. “Considerações sobre a cooperação jurídica internacional no novo Código de Processo Civil”. MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Coleção novo CPC Doutrina Seleccionada. Vol. 1. Parte Geral*. 2. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2016. pp. 743-766.

HILL, Flávia Pereira. “O procedimento extrajudicial pré-executivo (Pepex): reflexões sobre o modelo português, em busca da efetividade da execução no Brasil”. In MEDEIROS NETO, Elias Marques de. RIBEIRO, Flávia Pereira. *Reflexões sobre a Desjudicialização da Execução Civil*. Curitiba: Juruá. 2020. pp. 305-322.

HILL, Flávia Pereira. *O Direito Processual Transnacional como forma de acesso à justiça no século XXI: os reflexos e os desafios da sociedade contemporânea para o Direito Processual Civil e a concepção de um título executivo transnacional*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2013.

HILL, Flávia Pereira. “Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume 19, número 3. Set/dez 2018. pp. 296-323.

HILL, Flávia Pereira. *A antecipação de tutela no processo de homologação de sentença estrangeira*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010.

HILL, Flávia Pereira Hill. ***Palestra online Desafios dos Juizados Especiais Cíveis durante e após a pandemia de Covid-19***. Texto disponível no endereço eletrônico: https://www.academia.edu/43755163/PALESTRA_ONLINE_DESAFIOS_DOS_JUIZADOS_ESPECIAIS_C%3%8DVEIS_DURANTE_E_AP%3%93S_A_PANDEMIA_DE_COVI

D_19 Consulta realizada em 05/08/2020.

HILL, Flávia Pereira. BEM, Camila Bissoli do. CAMPISTA, Fabio. “A duração razoável do processo e os parâmetros jurisprudenciais dos tribunais internacionais de direitos humanos”. *In Revista Brasileira de Direito Processual*. ano 25. n. 99. julho/setembro 2017. Belo Horizonte. pp. 111-143.

HILL, Flávia Pereira. “Desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o Projeto de Lei nº 6.204/2019”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume 21, número 3. Setembro-dezembro 2020.

HILL, Flávia Pereira. *Lições do isolamento: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: edição digital do autor. 2020.

GOLDBERG, Stephen B. SANDER, Frank E. A. ROGERGS, Nancy H. COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution*. 4. Ed. Nova York: Aspen Publishers. 2003.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 6.204/2019, de autoria da Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS)*.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos. Teoria e Prática*. 3. Ed. São Paulo: GEN Método. 2012.

LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova. Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós- Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de Direito*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. “A teoria do ‘diálogo das fontes’ hoje no Brasil e seus novos desafios”. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno (Coords). *Diálogo das fontes. Novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. “O CPC/2015 e a busca antecipada de bens do patrimônio do devedor”. *In Revista de Processo*. vol. 271. Set. 2017 pp. 155-177.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. “A recente Portaria 33 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Lei 13.606/18 e o PePex português: movimentos necessários de busca antecipada de bens do devedor”. *In Revista de Processo*. vol. 281. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jul. 2018.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. “Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume 11. Pp. 67-98.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *O problema do acesso à justiça no Brasil*. Revista de Processo. vol. 39/1985. Jul-Set 1985. pp. 78 – 88.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “A nova fronteira do acesso à justiça: a jurisdição transnacional e os instrumentos de cooperação internacional no CPC/2015”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume 18, número 2. Maio-Agosto 2017. pp. 261-296.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PORTO, José Roberto Mello. “A desjudicialização enquanto ferramenta de acesso à justiça no CPC/2015: a nova figura da usucapião por escritura pública”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume 17, número 2. Julho-Dezembro 2016. pp. 320-353.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade”. In *Revista Jurídica Luso-brasileira*. Ano 5. Número 3. 209. pp. 791-830.

RAVAGNANI, Giovani. Provas negociadas. *Convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos tribunais. 2020. pp. 151-152.

TALAMINI, Eduardo. “A prova emprestada no processo civil e penal”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998. pp. 145-162.

VALENTE, Jonas. Agência Brasil. *Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa*. Disponível no endereço eletrônico: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa> Consulta realizada em 05/08/2020.

WALD, Arnaldo. “A reforma da lei de arbitragem”. *Revista dos Tribunais*. vol. 962. p. 195 – 216. Dez/2015.

Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no estado de direito contemporâneo

Guilherme Sandoval Góes ¹

Resumo

A “viragem neoconstitucionalista do direito” implicou mudanças paradigmáticas na teoria da eficácia dos direitos fundamentais, na medida em que engendrou um novo arquétipo exegetico voltado para a força normativa da Constituição, cuja base fundante é o reconhecimento dos princípios como normas jurídicas. É nesse sentido que desponta o ativismo judicial, daí a pretensão do presente artigo de analisar tal fenômeno, comparando-o com os conceitos de judicialização da política e politização da justiça, de modo a poder traçar os limites exegeticos do protagonismo judicial no âmbito do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Seu grande desafio é propor um equilíbrio entre a liberdade de conformação do legislador democrático e a efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Judicialização da política; Politização da justiça.

Abstract

The “neoconstitutionalist turn of law” implied paradigmatic changes in the theory of the effectiveness of fundamental rights, as it engendered a new exegetical archetype aimed at the normative force of the Constitution, whose founding basis is the recognition of principles as legal norms. It is in this sense that judicial activism emerges, hence the intention of this article to analyze this phenomenon, comparing it with the concepts of judicialization of politics and politicization of justice, in order to draw the exegetical limits of judicial protagonism within the scope of the Contemporary Rule of Law. Its great challenge is to propose a balance between the freedom of conformation of the democratic legislator and the effectiveness of fundamental rights.

Keywords: Judicial activism, Judicialization of politics; Politicization of justice.

¹ Pós-doutor em Geopolítica, Cultura e Direito pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Membro do Fórum Permanente de Direitos Humanos e Professor de Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor de Direito Constitucional e Teoria do Estado da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Diplomado pelo “Naval War College” dos Estados Unidos da América (Newport-Rhode Island, USA). E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br.

1 INTRODUÇÃO TEMÁTICA

O surgimento do neoconstitucionalismo trouxe no seu bojo um novo modelo de interpretação constitucional, cujo eixo epistemológico aponta para o protagonismo do Poder Judiciário, transformando-o em legislador positivo, nas hipóteses de omissão inconstitucional do Poder Competente.

Também denominado de novo constitucionalismo, o paradigma neoconstitucionalista encontra seu alicerce teórico no pós-positivismo ou principialismo, que abarca, como bem destaca Luís Roberto Barroso, dentre outros, a atribuição de normatividade aos princípios, a reabilitação da argumentação jurídica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética (Prefácio, BARCELLOS, 2005).

Isto significa dizer que o direito pátrio incorporou na sua equação epistemológica a racionalidade retórico-argumentativa de juízes e tribunais, viabilizando dessarte o “giro pós-positivista” da reconstrução neoconstitucionalista do direito, provocado por sua vez pelo “giro pragmático da filosofia da linguagem”, especialmente após a obra de Wittgenstein II (1996).

Nesse sentido, precisa a visão de Écio Oto Ramos Duarte:

Para esse intento, é necessário um escorço das teorias básicas apresentadas pela Filosofia da Linguagem, especialmente as elaboradas por autores como Wittgenstein, Searle e Austin. Além dessas construções teóricas estruturarem os pressupostos de uma teoria filosófica da linguagem capaz de imprimir a **razão linguística** na reflexão dos fenômenos jurídicos, é salutar frisar que o próprio giro pragmático ocorrido na Filosofia da Linguagem provocará, por sua vez, um “giro epistemológico” no âmbito das investigações metodológico-jurídicas que, agora, desde um paradigma de **racionalidade discursiva**, deverá refletir-se em um novo condicionamento à elaboração da própria Teoria do Direito (DUARTE, 2004, p. 35) (grifo nosso).

Assim sendo, insista-se, por fundamental, nesta visão de que o giro pós-positivista do novo constitucionalismo entende que a efetividade (eficácia social) de uma determinada norma constitucional não pode ser aferida apenas pelo seu “texto escrito” posto pelo legislador democrático, mas, deve também levar em consideração a argumentação jurídica posta pelo magistrado diante do caso decidendo.

Eis aqui a base fundante do ativismo judicial, qual seja a criação de direito pelo Poder Judiciário nos casos de síndrome da inefetividade da Constituição. Isto significa dizer que o ativismo judicial é fundamental para a efetividade das normas constitucionais, notadamente naquelas situações onde impera a mora inconstitucional do legislador democrático na regulamentação dos direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal, simples ou qualificada.

No entanto, há que se reconhecer, por outro lado, que o ativismo judicial pode ser feito para o bem ou para o mal da democracia.

A criação do direito pelo Poder Judiciário no lugar do legislador democrático será benigna (**ativismo judicial proporcional**) quando consoante o sentimento constitucional de justiça e quando feita com a finalidade de superar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Com efeito, compreende-se melhor o fenômeno do ativismo judicial proporcional quando circunscrito à resolução dos conflitos normativos de mesma dignidade constitucional (casos de ponderação de normas constitucionais dentro de um mesmo caso concreto, usando a tríade subprincípial da proporcionalidade), sem o qual a Constituição perde a sua força normativa, tão arduamente conquistada ao longo da evolução civilizatória do direito.

O grande diferencial do ativismo judicial proporcional é a sua legitimação democrática que advém do respeito ao princípio da separação de poderes e da busca pela efetividade das normas constitucionais, ainda que relativa ao seu conteúdo jurídico mínimo, isto é, seu núcleo essencial intangível. Sem invadir desproporcionalmente o espaço discricionário do legislador democrático, o ativismo judicial proporcional garante o núcleo essencial de toda e qualquer norma constitucional, independentemente de lei regulamentadora superveniente.

Esse critério material reconduzir-se-ia, pois, a uma tentativa de salvaguardar um núcleo essencial de matérias com indiscutível dignidade constitucional e a consequente superioridade sobre as leis ordinárias (CANOTILHO, 1993, p. 71). No dizer do autor:

Todavia – e esta é a segunda ideia fundamental –, a introdução da ideia de mutabilidade de conteúdos não significa que não se deva procurar, reflexivamente, um mínimo de conteúdo constitucional, isto é, uma determinada identidade constitucional capaz de corresponder às "expectativas de prestação" que os homens anseiam ver num contrato fundacional, designadamente nos planos da segurança individual e de orientação colectiva (CANOTILHO, 1993, p. 106-107).

Em consequência, fica claro que o fenômeno do ativismo judicial não pode extrapolar os limites impostos pelo núcleo intangível dos direitos constitucionais e, em especial, o conteúdo jurídico mínimo dos direitos fundamentais. Em termos simples, a criação de direito feita pelo magistrado na solução do caso concreto não pode estar desvinculada do núcleo essencial da norma constitucional.

Se isso ocorrer, estar-se-á diante de um ativismo judicial desproporcional (**decisionismo judicial**) violador da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito. Com efeito, o giro neoconstitucionalista do direito visa a superar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, mas, no entanto, não admite o mero **decisionismo judicial**, aqui vislumbrado como a criação de direito desvinculada do sentimento constitucional de justiça e calcada na vontade política de juízes e tribunais.

Muito pior do que uma norma constitucional inconcretizada por falta de regulação, é

uma norma constitucional concretizada pela mera vontade política de um juiz partidário, eivado de déficit democrático por não se submeter à aprovação popular.

É nesse diapasão que o fenômeno do ativismo judicial não pode ser confundido com o conceito de **politização da justiça**, que projeta exatamente essa distorção democrática de juízes e tribunais decidindo de acordo com a sua própria vontade política e não com a vontade do sentimento constitucional de justiça.

O fenômeno da politização da justiça agride frontalmente a separação dos poderes e o Estado Democrático de Direito. Trata-se da partidarização do Poder Judiciário, o que evidentemente distorce a democracia, uma vez que magistrados não podem decidir de acordo com suas preferências político-partidárias.

Nesse sentido, a politização indevida da justiça cria as condições de possibilidade do mero decisionismo judicial, ou seja, do ativismo judicial desproporcional ou maligno. Isto significa dizer que a decisão judicial não é um ato de vontade do juiz; não é um ato de poder que se atrela à pré-compreensão do magistrado.

Com efeito, a **resposta constitucionalmente adequada**, que idealmente sempre deve ser a decisão final de mérito de juízes e tribunais, não pode ficar submetida a critérios pessoais, pré-conceitos ou escolhas político-partidárias, daí a visão de Lenio Streck quando afirma que “é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante” (2010, p. 14), arrematando mais adiante que o “direito não é aquilo que o judiciário diz que é” (2010, p. 106).

Da mesma forma, os fenômenos do ativismo judicial e da politização da justiça também não podem ser confundidos com o conceito da judicialização da política.

Com rigor, a judicialização da política não é ação volitiva do Poder Judiciário, escolha consciente de juízes e tribunais, ao revés, em atenção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o Poder Judiciário é obrigado a julgar todas as ações que lhes são submetidas pelos legitimados *ad causam*. Daí decorre que o fenômeno da judicialização da política não é culpa do Estado-Juiz, mas, sim, fruto da própria Constituição e do nosso sistema de controle de constitucionalidade.²

Não é culpa do STF o recebimento de uma ação direta de inconstitucionalidade impetrada por partido político com representação no Congresso Nacional. A judicialização dessa política pública não decorreu de uma opção do STF.

² Assim sendo, judicialização da política significa, em essência, que questões políticas fundamentais do Estado estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e, não, pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República, decisores democráticos da vida política nacional. Tais questões são levadas ao Poder Judiciário, seja pelos legitimados do artigo 103 da Constituição em sede concentrada, seja pelo cidadão comum a partir de um caso concreto qualquer em sede de controle difuso (GÓES; MELLO, 2018, p. 577).

É nesse sentido que o presente artigo pretende examinar detalhadamente o fenômeno do ativismo judicial que não pode ser confundido, nem com a judicialização da política e nem com o mero decisionismo judicial e, muito menos, ainda, com a politização da justiça. Enfim é este o espectro temático do presente artigo.

2 O ESTADO DE DIREITO ENTRE O ATIVISMO DO JUIZ NEOCONSTITUCIONAL E O DECISIONISMO DO JUIZ SOLIPSISTA

Como já amplamente visto, o neoconstitucionalismo brasileiro não ficou apartado da viragem hermenêutica, que aproximou o direito de outros fluxos epistemológicos, *e.g.*, filosofia, ética, sociologia, antropologia, ciência política etc.

De fato, há que se reconhecer que o novo constitucionalismo de inspiração pós-positivista se caracteriza por certo protagonismo de juízes e tribunais em detrimento da autonomia normativa do legislador democrático, o que evidentemente pode acarretar riscos de implantação de um **Estado Judicial de Direito**, aqui vislumbrado como a distorção do Estado de Direito por predominância cêntrica do Poder Judiciário.

Em consequência disso e, de certa maneira, em perspectiva metacrítica ao positivismo jurídico, já se percebe grande reação doutrinária e jurisprudencial ao neoconstitucionalismo. Assim, após uma fase inicial de grande entusiasmo com a reconstrução neoconstitucionalista do direito, é certo dizer que se avoluma pensamento contrário ao protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes.

Acusa-se o neoconstitucionalismo de que de “neo” não teria nada, pois, a cada dia que passa aumenta o poder discricionário de juízes e tribunais, justificando a designação de Estado Judicial de Direito, violador da separação de poderes. Nesse sentido, o direito não pode ser aquilo que juízes e tribunais dizem que é.

Ao contrário, como bem destaca Lenio Streck, o direito é tudo aquilo que:

a lei manda, mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos produzem, os legisladores sancionam e os doutrinadores criticam. É, enfim, um discurso constitutivo, uma vez que designa/atribui significados a fatos e palavras” (STRECK, 2009, p. 248).

Em essência, a crítica ao neoconstitucionalismo destaca sua incapacidade exegética de neutralizar a discricionariedade do juiz pós-positivista, acusando-o de ser mais solipsista do que o próprio juiz positivista.

Ou seja, o neoconstitucionalismo pós-positivista seria mero modismo intelectual, desprovido de cientificidade e violador da separação de poderes e do Estado Democrático de

Direito. Ainda na esteira acadêmica de Lenio Streck tem-se que:

Se se quiser, poder-se-á dizer que a discricionariedade que combato – e nesse sentido me aproximo da posição de C. Neves – é aquela decorrente do esquema sujeito-objeto, da consciência de si do pensamento pensante, enfim, da subjetividade assujeitadora de um sujeito que se considera “proprietário dos sentidos (abstratos) do Direito” e que nada “deixa” para a faticidade. Permaneço, destarte, fiel à tese assumida de há muito, de maneira a enfatizar e a reprimir com veemência – a começar pela nomenclatura – a possibilidade de o discricionário (repita-se, de aceitabilidade conceitual cogitável uma vez contextualizada a discricionariedade naqueles limites traçados por Castanheira Neves) revestir-se de arbitrário (STRECK, 2009, p. 422).

É nesse sentido que desponta a urgência de uma nova estratégia hermenêutica de interpretação constitucional, que seja capaz de impor maior cientificidade aos paradigmas de racionalidade discursiva (dianoética), sem adentrar ao campo do mero decisionismo judicial do juiz solipsista do positivismo jurídico.

Com efeito, o grande desafio do hodierno Estado Democrático de Direito é afastar a possibilidade de implantação de um “Estado Judicial de Direito”, no qual se constata o mero decisionismo judicial focado na pré-compreensão do magistrado. Para tanto, urge seguir a trilha da Constituição em sentido normativo de Konrad Hesse, na qual se busca ir além da legalidade estrita, porém sem desprezar o direito posto.

É o que Karl Larenz denomina de “direto *extra legem et intra jus*” (1968, p. 502), ou seja, o direito que supera a letra da lei, mas, que, no entanto, permanece subordinado à ordem jurídica como um todo. Portanto, sem descambar para o decisionismo solipsista do magistrado positivista, a decisão final do juiz neoconstitucionalista não será necessariamente o resultado de uma operação exegética de subsunção silogística (direto *extra legem*), mas, também, de um processo de ponderação de valores que leva em consideração todos os princípios existentes na ordem constitucional (direto *intra jus*).

Com a devida agudeza de espírito, note-se que a teoria neoconstitucional faz uso do sentimento constitucional de justiça para superar o positivismo jurídico, sem, contudo, abandonar as conquistas desse mesmo positivismo.³

Ou seja, o juiz neoconstitucional não pode ponderar valores, quando for possível subsumir, da mesma forma que não pode apenas subsumir quando for necessário ponderar, notadamente nos denominados casos difíceis (*hard cases*), que nascem de uma colisão de normas de mesma hierarquia constitucional.

Em consequência, há que se reconhecer que a resposta constitucionalmente adequada em determinados casos concretos (*easy cases*) será obtida por intermédio de uma simples

³ É necessário, portanto, destacar que a nova interpretação constitucional não se coaduna com o mero decisionismo judicial do juiz solipsista, no qual a criação jurisprudencial do Direito é feita a talante do magistrado, totalmente desconectado do sentimento constitucional de justiça. (GÓES; MELLO, 2018, p. 124-125).

operação exegética de subsunção silogística do binômio fato-norma, sem a necessidade de se recorrer à técnica de ponderação de valores.

Não há nenhuma hierarquia entre a técnica da ponderação de princípios constitucionais e a subsunção silogística das regras constitucionais. O que é superado no positivismo jurídico é a crença na completude do direito, que não leva em consideração o Estado de Direito em sua acepção substancialista, na qual a ordem jurídica projeta um conjunto de valores axiológicos que são compartilhados com a comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle (1997).

Fácil é perceber, portanto, a inexorável relevância do paradigma neoconstitucional no direito brasileiro, que é axiologicamente fragmentado, vale dizer formado por um constitucionalismo compromissório que, a um só tempo, busca harmonizar valores fundantes da democracia liberal e da social democracia.

É por isso que a aplicação mecânica da lei, sem ativismo judicial, torna desnitrado o processo de interpretação constitucional, na medida em que a operação exegética fica desprovida do jogo concertado dos princípios constitucionais, principal instrumento da reaproximação entre a ética e o direito.

No entanto, esse jogo no contexto global dos princípios constitucionais deve ser jogado de modo rigorosamente científico, cabendo à sociedade aberta de intérpretes da Constituição aferir a legitimidade democrática da sentença judicial aditiva advinda da ponderação de valores feita pelo magistrado no caso decidendo. Em outros termos, a resposta constitucionalmente adequada que resultou dessa ponderação de valores não admite o ativismo do juiz solipsista, que decidiu de acordo com a sua pré-compreensão e somente depois foi buscar a argumentação jurídica que justifica sua decisão judicial.

Em suma, a legitimidade democrática da sentença judicial aditiva (ativismo jurídico) do juiz neoconstitucionalista vem do rigor científico-metodológico usado na sua obtenção, bem como da sua aceitabilidade pela sociedade aberta de intérpretes da Constituição de Peter Häberle.

As convicções políticas do magistrado não têm o condão de suplantar as do legislador e/ou do administrador democráticos. Ou seja, o juiz neoconstitucionalista não é livre para impor sua própria vontade política (politização da justiça); não é soberano para decidir conforme sua própria pré-compreensão e/ou consciência (decisionismo solipsista), ao revés, é obrigado a convencer o Auditório Universal de Perelman (comunidade aberta de intérpretes) de que sua norma-decisão está consoante com o sentimento constitucional de justiça, que, por sua vez, guarda os valores éticos da sociedade como um todo e, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

De tudo se vê, portanto, que a sentença judicial aditiva baseada na pré-compreensão do juiz solipsista é criação antidemocrática de direito que não se coaduna com a Constituição de 1988.

3 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E O PODER CONTRAMAJORITÁRIO DE JUÍZES E TRIBUNAIS NO ESTADO DE DIREITO HODIERNO

O juiz do século XXI, sob a égide do neoconstitucionalismo, deve aplicar cientificamente a dogmática pós-positivista para conceber sua norma-decisão quando já considerada no plano concreto de significação (*plano all things considered*).⁴

É nesse sentido que desponta a face positiva do ativismo judicial, qual seja: a criação jurisprudencial do direito é feita de forma científica, levando-se em consideração todos os elementos fáticos (fatos que portam juridicidade), bem como todos os conflitos de direitos constitucionais existentes no caso concreto.

Com isso, o Poder Judiciário passa a satisfazer determinadas demandas da sociedade que até então não eram atendidas pelo Estado-legislador. Além disso, há que reconhecer que não haverá democracia efetiva sem atividade juscriativa do Poder Judiciário, sanando a omissão inconstitucional do legislador democrático.

Já o aspecto negativo do ativismo judicial reside na possibilidade de violação da separação de poderes, criando dessarte grandes riscos de implantação do Estado Judicial de Direito (Distorção do Estado de Direito pela supremacia do Judiciário em relação ao Executivo e ao Legislativo).

Essa temática é complexa, na medida em que envolve um edifício epistemológico muito amplo que é construído a partir de diferentes abordagens conceituais contraditórias entre si, tais como a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário (BICKEL, 1986), o ativismo judicial democrático (proporcional), o decisionismo solipsista antidemocrático (desproporcional), a judicialização da política e a politização da justiça.

É dentro desse contexto conceitualmente multinucleado que desponta a questão da legitimidade democrática de o Poder Judiciário para criar direito novo no lugar do Legislativo. Com efeito, como já visto alhures, a flexibilidade de o Poder Judiciário legislar positivamente tem limites, sejam limites orçamentários do Estado para atender a todas as demandas da sociedade (conceito de reserva do possível), sejam limites epistêmicos (juízes não conhecem todas as áreas do conhecimento humano), sejam limites hermenêuticos (as decisões judiciais devem seguir rigorosos métodos científicos previamente concebidos).

Além disso, a formulação de políticas públicas é escolha dramática entre opções que, muitas vezes, são diametralmente opostas, reforçando assim a visão de que tal tarefa deve ser colocada nas mãos do legislador democrático.

É por tudo isso que é importante examinar as conexões entre os fenômenos do ativismo

⁴ No pensamento de Humberto Ávila: “é preciso distinguir o plano preliminar de análise abstrata das normas, comumente chamado de plano *prima facie* de significação, do plano conclusivo de análise concreta das normas, comumente denominado *all things considered* de significação” (ÁVILA, 2004, p. 57).

judicial, da judicialização da política e da politização da justiça, que, ainda, trazem no seu entorno científico os conceitos de decisionismo solipsista e dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário.

Assim, comparando os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, Luis Roberto Barroso (2009) destaca que:

a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

De tudo se vê, por conseguinte, que o ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política, muito embora estejam quase que umbilicalmente atrelados. Normalmente, o ativismo judicial (juiz concretizando ou revisando determinadas políticas públicas do Legislativo, por exemplo) ocorre a partir da judicialização de uma questão política (políticas públicas feitas pelo Congresso Nacional são levadas ao STF pelo próprio Legislativo em sede concentrada de controle de constitucionalidade).

Por sua vez, a ideia de politização da justiça está associada a uma participação partidária mais intensa de Juízes, Desembargadores e Ministros, que se manifesta por meio de decisões judiciais diferentes de acordo com a cor partidária de réus ou de iniciativas públicas. A interpretação da Constituição fica a mercê dessa tendência partidária, o que evidentemente fere de morte a própria democracia.

Ademais, é importante constatar que é muito difícil neutralizar a politização da justiça, mormente no âmbito da Suprema Corte. Ora um verdadeiro Estado Democrático de Direito não pode admitir que as convicções políticas do magistrado, eivadas de déficit democrático em virtude da sua dificuldade contramajoritária, tal qual formulada por Bickel (1986), possam suplantar as vontades políticas do legislador democrático (GÓES; MELLO, 2021, p. 457).

Com rigor, é o fenômeno da judicialização da política que cria a interface entre o mundo do ativismo solipsista antidemocrático e o mundo da politização da justiça, que passam, então a caminhar juntos e interligados. Aqui a criação de direito feita por juízes e tribunais é totalmente desvinculada da Constituição e do seu ideal axiológico de justiça social. Não se pode confundir o ativismo judicial proporcional ou benigno ou democrático com o mero decisionismo judicial solipsista antidemocrático, deslocado do sentimento constitucional de justiça, da democracia e da cientificidade do direito.

No entanto, é o mesmo fenômeno da judicialização da política que cria a interface entre

o mundo do ativismo democrático proporcional e o mundo da realização do sentimento constitucional de justiça, da democracia e da dignidade da pessoa humana, que passam, então a caminhar juntos e interligados.⁵

É por isso que se pode afirmar que o trinômio “ativismo-judicialização-politização” está presente na maior parte das ações de controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que o STF tem competência constitucional para decidir sobre a questão política que lhe foi submetida.

Infelizmente, é possível identificar a tendência partidária de grande parte dos Ministros da Suprema Corte. Além disso, alguns membros do Poder Judiciário, muito embora não sejam agentes públicos eleitos pelo povo, querem exercer a plenitude do poder político do Judiciário.

Onde estaria, então, a legitimidade democrática de juízes e tribunais, seja para invalidar leis formuladas pelos detentores de mandato popular, seja para formular políticas públicas no seu lugar?⁶

A resposta a tal questionamento vem com a ideia-força de que a legitimidade democrática das decisões judiciais não é função apenas da racionalidade literal da letra da lei, mas, também, da racionalidade discursiva (retórico-argumentativa) apresentada pelo juiz durante o processo de concretização da Constituição. Nesse sentido, é importante compreender que o neoconstitucionalismo pós-positivista coloca em contato direto a decisão judicial e sua aceitabilidade pela comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle.

Ou seja, é a sociedade como um todo (auditório universal de Perelman) que legitima democraticamente a decisão dos magistrados, uma vez que todos interpretam a Constituição (sociedade aberta de intérpretes da Constituição de Häberle) e, não, somente, a Corte Suprema do País.

Quanto mais próxima da ética, da democracia, da dignidade da pessoa humana e do sentimento constitucional de justiça, maior será o grau de legitimidade/aceitabilidade da sentença judicial. No dizer de Barroso: a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma

⁵ Nesse sentido, observe com atenção, a visão do Ministro Luís Roberto Barroso: Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa (BARROSO, 2009).

⁶ Como bem destaca o professor Luís Roberto Barroso: Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias. O facciocismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo (BARROSO, 2009).

omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia. (BARROSO, 2009).

De tudo se vê, por conseguinte, que a legitimidade democrática das decisões judiciais aditivas (decisões que criam direito novo) advinda da sociedade aberta de intérpretes da Constituição mitiga de certa forma a chamada dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário, atenuando assim seu déficit democrático na formulação de políticas públicas.

Em essência, até mesmo o ativismo judicial proporcional ou democrático deve ser feito com parcimônia em nome da democracia e da separação de poderes, já que o Poder Judiciário é um poder contramajoritário não atrelado ao voto popular.

Com efeito, é preciso compreender que o Poder Judiciário é, por natureza, um poder contramajoritário, ou seja, um poder público não eleito pelo povo, cuja interpretação deve ser feita de duas maneiras distintas, a saber:

a) a natureza contramajoritária do Poder Judiciário representa um óbice a ser vencido por juízes e tribunais na formulação de políticas públicas (ativismo judicial), uma vez que apresentam déficit democrático por não estarem submetidos ao voto popular;

b) o poder contramajoritário do Poder Judiciário é uma garantia de direitos fundamentais para o cidadão comum no campo penal, na medida em que juízes e tribunais não julgam para as multidões.

Em linhas gerais, o conceito de dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário projeta a imagem de que, em regra, a vontade política dos representantes do povo, detentores de milhões de votos populares deve prevalecer sobre a vontade política de magistrados (selecionados por concurso público e até mesmo por nomeações de caráter político). Assim, somente em hipóteses excepcionais, os agentes públicos não eleitos do Poder Judiciário podem invadir o espaço discricionário do legislador democrático, substituindo-o na formulação de políticas públicas.

De outra banda, há que se reconhecer que o poder contramajoritário do Poder Judiciário representa uma garantia constitucional, seja dos direitos das minorias perante a vontade ou ditadura das maiorias, seja dos direitos de acusados previamente julgados pela opinião pública. Nesse sentido, exatamente por não estar atrelado à opinião pública, o Poder Judiciário pode fazer um julgamento justo, mesmo em contexto de forte manifestação popular contrária.

4 CONCLUSÃO

Este artigo procurou traçar linhas gerais acerca dos conceitos de ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no âmbito do Estado Democrático de Direito. Para tanto, destacou, inicialmente, seus dois grandes pilares de sustentabilidade, quais sejam: o princípio da separação de poderes e a positivação de um catálogo de direitos fundamentais

acima do próprio Estado.

Assim, em regra, ao juiz, não lhe é dado intrometer-se na esfera do processo democrático de formulação de políticas públicas. Isto porque tal invasão poderia significar uma violação à separação de poderes e, na sua esteira, uma violação ao Estado Democrático de Direito. Por outro lado, urge desenvolver uma nova estratégia hermenêutica capaz de fazer avançar a teoria dos direitos fundamentais e, em especial, a garantia de vida digna para todos.

Portanto, hodiernamente, o novo constitucionalismo democrático deve trilhar caminho progressista, que desloque para a centralidade do sistema jurídico a dignidade da pessoa humana como novo eixo hermenêutico-axiológico do Estado Democrático de Direito. Há que se reconhecer que a Constituição de 1988 traz no seu âmago um amplo conjunto de valores axiológicos que se contrapõem entre si, cabendo ao exegeta constitucional ponderar os valores em colisão sob a égide do sentimento constitucional de justiça, daí a importância do exercício da jurisdição constitucional (GÓES; MELLO, 2021, p. 20-21).

Como amplamente visto, a reconstrução neoconstitucionalista do direito valoriza a dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. Ou seja, a nova interpretação constitucional não se limita ao texto da norma (direito imanente à lei feito pelo legislador), ao contrário, vai buscar no quadro global de princípios jurídicos a resposta constitucionalmente adequada.

É por tudo isso que foi importante examinar a diferença entre os conceitos de judicialização da política, ativismo judicial e politização da justiça, que, ainda, trazem no seu entorno científico os conceitos de decisionismo judicial solipsista e dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário.

Como visto, por judicialização da política entende-se o fenômeno que ocorre em virtude da própria Constituição e do nosso sistema de controle de constitucionalidade, não pressupondo vontade própria de o Poder Judiciário invadir o espaço discricionário da formulação de políticas públicas. Ou seja, em nome do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é obrigação do juiz decidir a lide, acolhendo ou não a pretensão, subjetiva ou objetiva, que lhe foi submetida.

Assim, a ideia de politização da justiça não se confunde com a judicialização da política, muito embora estejam quase que umbilicalmente atreladas. Nesse sentido, o fenômeno da politização da justiça é mais uma grande objeção ao Estado Democrático de Direito porque se trata da partidarização de magistrados, que, não podem decidir de acordo com suas preferências político-partidárias. Nesse sentido, juntamente com o mero decisionismo judicial, a politização indevida da justiça representa um grande risco para a legitimidade democrática do Poder Judiciário.

No decisionismo do juiz solipsista, o fator determinante para a interpretação constitucional não é a literalidade do texto posto pelo legislador democrático, mas, sim, a sua pré-compreensão. Ou seja, a decisão judicial se afasta da cientificidade do direito para se basear

tão somente na pré-compreensão do magistrado, que decide de acordo com suas convicções e sensações pessoais e depois procura a argumentação jurídica que respaldará sua decisão já previamente tomada.⁷

Já no seu sentido positivo, o ativismo judicial projeta a imagem da força normativa da Constituição, na qual o protagonismo do Judiciário é focado na concretização dos valores constitucionais e dos direitos fundamentais, nas hipóteses de omissão do legislador democrático. Assim, em tempos de reconstrução neoconstitucionalista do direito, a efetividade ou eficácia social dos princípios constitucionais se consolida progressivamente pelo ativismo judicial atrelado à harmonização entre o texto da lei e o sentimento constitucional de justiça.

Enfim, sob os influxos da dogmática pós-positivista, é preciso impor limites exegéticos, epistêmicos e orçamentários ao ativismo judicial, na medida em que se cria um espaço dentro do qual o intérprete da Constituição vai reconhecer o poder discricionário do legislador democrático. Em determinadas situações fáticas, o juiz deve reconhecer sua inaptidão para criar direito, respeitando tais limites.

Destarte, o excesso de ativismo judicial de uma Corte Suprema pode representar um desserviço ao Estado Democrático de Direito porque faz com que um poder contramajoritário formule políticas públicas no lugar do legislador democrático.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, Brasília-DF, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 nov. 2021.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina,

⁷ Como bem destaca o professor Luís Roberto Barroso: Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciocismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. (BARROSO, 2009).

1993.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. São Paulo, Editora Landy, 2ª ed., 2004.

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, C. M. *Controle de constitucionalidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, C. M. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.

PERELMAN, Chäim. *Lógica Jurídica. Nova retórica*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed., rev, atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 2. edição. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1996.

A formação da categoria “cidadania do consumo” no contexto brasileiro

Hector Luiz Martins Figueira¹

Resumo

Este artigo tem por objetivo demonstrar o processo de surgimento e amadurecimento de uma nova faceta na compreensão do amplo conceito de cidadania. Uma categoria nativa de sistemas capitalistas que denominaremos cidadania do consumo. Sem muita dificuldade para identificá-la nas sociedades complexas e de mercado, queremos na verdade demonstrar esse conceito relativamente novo que permeia nossas vidas. Pretendemos ainda, nesta reflexão, desvelar os dilemas inerentes à cidadania do consumo, bem como expor suas ambiguidades quando tratadas no âmbito do poder judiciário. Para isso, teremos que explorar as facetas econômicas do mercado de consumo e a atuação dos consumidores perante a legislação pátria. Não olvidando os conceitos de sociologia e antropologia do Direito, intrínsecos ao debate.

Palavras-chaves: cidadania; consumo; mercado; capitalismo.

Abstract

This article aims to demonstrate the process of emergence and maturation of a new facet in the understanding of the broad concept of citizenship. A native category of capitalist systems that we will call consumer citizenship. Without much difficulty in identifying it in complex and market societies, we really want to demonstrate this relatively new concept that permeates our lives. We also intend, in this reflection, to unveil the dilemmas inherent to consumer citizenship, as well as exposing its ambiguities when dealt with in the scope of the judiciary. For that, we will have to explore the economic facets of the consumer market and the performance of consumers before the national legislation. Not forgetting the concepts of sociology and anthropology of law, intrinsic to the debate.

Keywords: citizenship; consumption; Marketplace; capitalism.

¹ Doutor em Direito, UVA/RJ; Mestre em Direito. Advogado e professor da UNIFAA, FAMESC E EMERJ – RJ.
E-mail: hectorlmf@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Quando o campo do Direito e até mesmo a sociedade civil invoca o conceito de cidadania, automaticamente, somos impulsionados a pensar em direitos políticos e no pleno gozo deles. O direito, por vezes com, suas premissas dogmáticas generalistas e abstratas, nos conduz a reducionismos ou generalizações de conceitos complexos. Neste caso, existe uma redução no conceito de cidadania – fazendo um recorte alusivo para direitos políticos. A frente dessa compreensão reducionista, podemos dizer que a cidadania é um emaranhado de direitos fundamentais – civis, individuais, e coletivos que devem ser concretizadas no bojo de sociedades civilizadas. Pensar em direitos civis na contemporaneidade é pensar em direitos dos cidadãos e para os cidadãos.

Com um olhar mais refinado sobre o conceito de cidadania apresentado pelo inglês Marshall (1967) em sua obra *Cidadania, classe social e status*, verifica-se que na democracia à brasileira existe um descompasso na entrega e na universalização dos direitos de cidadania se comparado ao modelo inglês apresentado pelo autor. Marshall ao estudar a cidadania, realça que sua plenitude só ocorre se vierem acompanhadas dos direitos civis, políticos e sociais, uma vez que “a cidadania é um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade”. (MARSHALL, 1967. p. 76).

Acrescentamos que para além de membros de uma comunidade, este status deve ser ampliado, modernamente, para a lógica do consumo. Ou seja, membros integrais de um grupo que estejam com acesso aos seus direitos, principalmente o direito de consumir. Enaltecendo a capacidade individualista de cada um na busca de se reafirmar socialmente enquanto cidadão-consumidor. Um binômio que vai caminhar junto e aparecer de forma recorrente em diversos segmentos da sociedade capitalista. Neste momento já se visualiza também os conceitos de dominação pensados por Karl Marx (1867) promovidos pela dominação do capital e pelo jogo da sedução consumerista provocado pelo capitalismo. Os cidadãos são reféns de uma sociedade esvaziada de valores éticos, que introduzem no cotidiano, necessidades inventadas, produzidas pelo intuito de lucro desenfreado.

Retomando a ideia de Marshall, em sua obra fica explícito o paradoxo da efetivação dos direitos de cidadania (igualdade) e o desenvolvimento do capitalismo (desigualdade). A reflexão consiste em compreender a disputa existente entre o sistema capitalista e os direitos de cidadania na Inglaterra do XVIII e XIX. Essa realidade implantada pela Revolução Industrial transforma o homem, não apenas num ser produtivo de massa, mas em um potencial consumidor dos bens que essa sociedade passa a produzir, criando um verdadeiro ciclo produtivo. Para Harvey a grande contribuição de Henry Ford para a formação desta sociedade de consumo:

Era a sua visão, seu reconhecimento explícito de que produção de massa significava consumo de massa, um novo sistema de reprodução da força de trabalho, uma nova política de controle e regência do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista. (HARVEY, 2002, p.121)

O que parece perdurar e se visualizar até hoje nas sociedades de mercado. Desse modo, um sistema de governo que sistematiza desigualdades acaba indo contra o ideário de igualdade aplicada pelas legislações do Estado de Bem Estar Social, violando frontalmente a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dentro desta lógica, fica, portanto, improvável a concretização de direitos referentes à cidadania no Brasil. Neste contexto, entramos com a perspectiva do surgimento de uma “cidadania do consumo”, sem antes mesmo termos alicerces de uma cidadania mínima de aspecto social. A falsa conquista da cidadania pelo consumo é também uma forma de alienação. Em entrevista à BBC News Brasil, o ex-presidente do Uruguai José Mujica reforça uma admissão de culpa sobre o que considera ter sido uma falha dos governos de esquerda na América Latina. "Conseguimos, até certo ponto, ajudar essa gente (pobres) a se tornar bons consumidores. Mas não conseguimos transformá-los em cidadãos", disse ele em Los Angeles, nos Estados Unidos. (BBC, 2018. s/p)

É necessário compreender que valores democráticos como liberdade, igualdade e fraternidade, por aqui, não são disponibilizados para todos os cidadãos de forma integral e equivalente, de modo que o próprio poder judiciário ao entregar e tutelar a cidadania condiciona-a a classe social dos indivíduos. Assim, as sociedades de mercado se desenvolveram dentro de um sistema econômico promotor de desigualdades dando guarida ao nascimento do termo “cidadania do consumo”, cabendo ao judiciário em momento posterior igualar as pessoas que foram desigualladas pelo mercado. Ao definirmos seu conceito como a capacidade das pessoas de estarem inseridas num mercado de consumo com poder de compra e aquisição de bens é também (re) definirmos o conceito clássico de cidadania. Que para este trabalho se caracteriza por meio dos indivíduos a partir do seu poder de consumo – o cidadão é medido por sua capacidade de compra. Quanto maior o seu poder de adquirir toda sorte de produtos, “mais cidadão” ele é e será.

O recorte deste artigo consiste na apresentação desta categoria, inerente às sociedades capitalistas. Atualmente, no ocidente, a economia de mercado, impulsionada por sistemas econômicos mais dinâmicos de consumo, avança no sentido de criar uma nova ordem estatal, onde o Estado é regulado pela economia e não ao contrário como no pós-liberalismo. Em sociedades ditas pós-modernas ou também chamadas de "*fast-society*", nada é tão valorizado quanto o tempo e o nível de consumo das pessoas. Consumir é um ato imprescindível para estar inserido em determinados grupos sociais – o que reforça o surgimento dessa categoria nativa presente nas sociedades de consumo. Logo, a cidadania, nestes locais, está diretamente ligada à *quantidade* consumida, *o que* se consome e *como* se consome. Formando uma tríade de referência para olhar o aspecto de formação deste conceito.

O filósofo francês Gilles Lipovetsky (2009, p. 184) caracteriza empiricamente a sociedade de consumo por diferentes traços, são alguns: elevação do nível de vida, abundância das mercadorias e dos serviços, culto dos objetos e dos lazeres, moral hedonista e materialista etc. Deste modo, para que tudo isso possa estar disponível é preciso existir um mercado abundante e dinâmico – que será o grande divisor e unificador das classes sociais, ou seja, da mesma forma que as pessoas de diferentes classes desejariam possuir os mesmos produtos

existentes no mercado (visto que, teoricamente, eles são oferecidos a todos), ele as afasta mais ainda porque apenas algumas classes podem obtê-los. Este pensamento se coaduna com os ensinamentos do sociólogo francês Robert Castel, que retrata a exclusão social como: “A presença, aparentemente cada vez insistente, de indivíduos colocados em situação de flutuação na estrutura social e que povoam seus interstícios sem encontrar aí um lugar designado.” (CASTEL, 1998, p. 23)

Tendo em vista todas estas questões apresentadas, este artigo, buscará apresentar as seguintes discussões: inicialmente far-se-á reflexões acerca das configurações que o termo cidadania recebeu ao longo da história nacional e internacional. Como os conceitos pensados por Roberto Damatta - com a sua *cidadania relacional*, José Murilo de Carvalho (2001) - e suas interpretações sobre a *cidadania em negativo*, Wanderlei Guilherme dos Santos (1979) - com a concepção de *Estadania/cidadania regulada* presente em nossa sociedade. Na segunda parte nos dedicaremos a mostrar como a cidadania do consumo é uma realidade já visualidade nas sociedades contemporâneas e em países capitalista como o Brasil. Por fim, na última parte trataremos a discussão da aplicação deste termo no contexto fático-jurídico.

A metodologia utilizada do trabalho é de revisão de literatura, momento em que faremos todo o percurso e a análise pelos livros clássicos da teoria sociológica e antropológica para estruturação do nosso artigo.

1 CIDADANIA À BRASILEIRA: DIVERSAS ACEPÇÕES

A cidadania no Brasil quando estudada nas universidades de direito, e compreendida por doutrinadores sempre esteve relacionada, em sua maioria com conceitos e aspectos de direitos políticos, o que certa feita, reduz a magnitude do campo de atuação desta palavra e de seus significados. Para exemplificar, José Afonso da Silva (2017, p. 350-351) no seu Curso de Direito Constitucional Positivo, salienta que “Os direitos de cidadania adquirem-se mediante *alistamento eleitoral* na forma da lei”. Percebe-se o Direito tratando o tema cidadania com viés político em toda sua ótica, segue o autor: “Pode-se dizer, então que a cidadania se adquire com a obtenção da qualidade de eleitor (...) o eleitor é cidadão, titular da cidadania, embora nem sempre possa exercer todos os direitos políticos”. Nesta lógica, depreende-se que para ser cidadão em nosso país é necessário ser eleitor, caso isso não coincida, o indivíduo está carente de sua cidadania. Discordamos deste reducionismo imposto ao conceito de cidadania pelo campo do Direito, e a visualizamos da seguinte forma, na compreensão de Regina Lúcia (2007), em “Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada”:

Assim, a cidadania pode ser conceituada como um mínimo jurídico, composto de direitos e deveres, comum a todos os que estão vinculados politicamente a determinado Estado. Em outras palavras, cidadania é um conjunto de direitos e deveres atribuído a todos os que estão ligados a um determinado Estado por um critério de vinculação política, em razão deste mesmo vínculo que é a nacionalidade (MENDES, 2007, p.64).

Assim, pode-se aduzir que o instituto jurídico da cidadania habitante deste Estado

Democrático de Direito se perfaz como um complexo conjunto de direitos e deveres atribuídos a todos os cidadãos pertencentes a uma sociedade entregue a todos de maneira universal e uniforme, segundo a ideia de cidadania desde o seu aparecimento na história contemporânea, a partir do século XVIII. Este exercício se atrela diretamente com a prática dos direitos civis (liberdades individuais), direitos políticos, e direitos sociais na concepção de Marshall (1967). Como no Brasil houve uma instauração tardia dos direitos de cidadania, acabamos sempre por viver uma crise permanente de percepção deste instituto e a não gozo pleno dele. Na percepção do autor, percebemos que o mercado é promotor direto das desigualdades entre os cidadãos, por isso seria fundamental atenção aos direitos de cidadania, de modo que eles pudessem ser salvaguardados e compensadores da desigualdade econômica gerada pelo mercado. Mas este assunto será explorado no segundo tópico deste artigo.

Outra discussão relevante acerca deste tema é compreensão de algumas nomenclaturas criadas por autores brasileiros a respeito do tema cidadania para sua compreensão em terras tupiniquins. José Murilo de Carvalho (2001) ao escrever *Cidadania no Brasil: o longo do caminho* propõe através da teoria de Marshall que os direitos sociais foram os primeiros a aparecer por aqui, sendo entregues pelo Estado, depois vieram os direitos políticos e por fim, os direitos civis, o autor observa que a pirâmide dos direitos de cidadania foi colocada de cabeça para baixo no Brasil se comparado ao modelo inglês. Ainda em sua reflexão, há nítida percepção de que tivemos a construção de uma “*cidadania em negativo*” gestada por um modelo de doação de direitos sociais (diferente dos modelos onde houve conquista, como no caso inglês descrito por Marshall) promovido pelo estado brasileiro, assim, a população passou a perceber estes direitos como favores, colocando os cidadãos numa relação de submissão e dependência perante seus líderes. Em síntese, Carvalho analisou nossa sociedade e sua formação cidadã:

Era uma *cidadania em negativo*, se se pode dizer assim. O povo não tinha lugar no sistema político, seja no império, seja na República. O Brasil era ainda para ele uma realidade abstrata. Aos grandes acontecimentos políticos nacionais, ele assistia não como bestializado, mas como curioso, desconfiado, temeroso, talvez um tanto divertido. (CARVALHO, 2001, p.83)

A compreensão de que o povo não tinha espaço no sistema político parece atual ainda em pleno século XXI, do mesmo modo que, assiste passivamente atos do cenário político incrédulo de seus acontecimentos. Essa intersecção do instituto da cidadania com o fenômeno político nos faz perceber o distanciamento desejado pelas pessoas sobre tudo que se refere à política e ao que é público e do Estado. Assim, o estado assume o papel de regulador da vida das pessoas nas mais diversas searas. Para além desta análise, outra se faz importante quando pensamos a experiência social brasileira a partir das lentes de Roberto DaMatta, o autor no livro *a Casa & a Rua* demonstra em seus escritos a existência de uma *cidadania relacional* que delimita comportamentos e ações de acordo com o espaço em que se está situado o indivíduo, na casa ou na rua. Assim explicitado:

Em casa somos todos, conforme tenho dito, “supercidadãos”. Mas e na rua? Bem, aqui passamos sempre por indivíduos anônimos e desgarrados, somos quase sempre

maltratados pelas chamadas “autoridades” e não temos nem paz, nem voz. Somos rigorosamente “subcidadãos” e não será exagerado observar que, por causa disso, nosso comportamento na rua (e nas coisas públicas que ela necessariamente encerra) é igualmente negativo. (DAMATTA, 1997, p.19)

O autor perfaz um caminho em seu livro buscando desvelar que o conceito de cidadania implica de um lado, na ideia fundamental de indivíduo (individualismo) e, de outro, em regras universais (um sistema de lei que vale para todos em todo e qualquer espaço social). Demonstrando como as organizações hierárquicas, o liberalismo à brasileira, entre outros fenômenos próprios de nossa estrutura social e política, impactam na formação do conceito e da concretização da cidadania por aqui. Ademais, existe no Brasil, uma estrutura institucionalizada reguladora da cidadania por meio de uma política, por vezes, autoritária que se apresenta paradoxalmente dentro de um sistema supostamente democrático. Deste modo, Wanderley Guilherme dos Santos em *Cidadania e Justiça* compreende a formação social de nossa sociedade pelo paradigma das profissões e da estratificação social/ocupacional brasileira:

Por *cidadania regulada* entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por normal legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei. (...) Tornam-se pré-cidadãos, assim, todos aqueles cuja ocupação a lei desconhece. (SANTOS, 1935, p.68) *Grifos do autor.*

Esta estratificação provocada pelo mercado de profissões lança luz sobre nossa reflexão acerca da cidadania do consumo, pois possui o mesmo pano de fundo, qual seja equacionar o binômio acumulação (gerada pelo mercado) X equidade (promovida pelo estado). A existência dessa estratificação ocupacional urbana é o que hoje vai garantir a presença e a inserção dos indivíduos no mercado de consumo. Balizando o poder de compra de cada um e sua capacidade de atuar como consumidor. Consumidor em sentido lato é aquele que detém poder de compras nos mercados capitalistas, e conseqüentemente existe enquanto pessoa na esteira da cidadania consumerista.

2 O CONSUMO COMO MEDIDA DE EXPRESSÃO IDENTITÁRIA DA VIDA CONTEMPORÂNEA

Conforme apontado por Zygmunt Bauman (2008), o consumo deixou de ser destinado para prover as necessidades básicas do ser humano e passou a ser uma medida de expressão do significado moderno do que é ser um ser humano vivendo em coletividade. De maneira que o consumo hoje está adstrito à ordem dos desejos, do capricho, o que se apresenta numa estrutura volátil e efêmera. Contudo, socialmente falando é de suma importância atrelar cada vez mais o desejo de se consumir com o princípio constitucional da liberdade, ou seja, só é livre quem consome. Assim, o direito, a economia, a administração, a publicidade, cuidam de pautar e organizar a vida da população em torno do consumo.

Do ponto de vista econômico, tudo pode ser comercializado, ou passível de ser vendido, desde que transformemos todo e qualquer produto em mercadoria. Em seus primeiros escritos Marx (1973) refletia sobre o dinheiro como sendo “a prostituta universal”, o dinheiro permitiria, portanto, a troca de qualquer coisa por qualquer coisa, devido ao seu caráter de pura mercadoria. Neste sentido, podemos perceber a venda de mão de obra deste o início do processo de industrialização até os dias de hoje com venda de experiências e sensações por meio de viagens a lugares inusitados, bem como de estilo de vida saudável, dentre inimagináveis coisas passíveis de serem transformadas em mercadorias e posteriormente comercializadas.

Segundo, Rubens Casara (2017), no seu livro o Estado Pós-democrático, o estado é compatível e conivente com o neoliberalismo, e acaba por transformar tudo em mercadoria, o que consequentemente também transforma cidadãos em meros consumidores, ávidos por comprar diariamente, qualquer coisa. Sendo a lógica do mercado, definidora e balizadora do estado pós-democrático, este que revela tudo como mercadoria. Neste contexto, o mesmo autor esclarece:

A pós-democracia, então caracteriza-se pela transformação de toda prática humana em mercadoria, pela mutação simbólica pela qual todos os valores perdem importância e passam a ser tratados como mercadorias, portanto, disponíveis para uso e gozo seletivos, em um grande mercado que se apresenta em uma democracia de fachada. (CASARA, 2017, p.37)

Para dar conta de tamanha complexidade inerente às sociedades capitalistas, o poder judiciário teve que se alargar cada dia mais, contudo este alargamento parece não ser suficiente para a garantia dos direitos fundamentais. Pois ao que tudo indica, pesquisas de matriz empírica têm demonstrado que o direito deixa de ser um regulador social, transformando-se em mais um instrumento para o mercado. Tal modelo, é visualizado e percebido por meio de decisões judiciais massificadas, uso de modelos de sentenças e ações pré-formatados, necessidade de cumprimento de metas impostas pelo CNJ, entre outras variáveis. Deste modo, a tecnologia e todo aparato modernizante supostamente necessário para viver a vida *high tech* também nos torna escravo do consumo, tendo em vista a obsolescência precoce de diversos produtos. Preciosa é a percepção de Jonathan Crary:

Nesse contexto emergente, o consumo de tecnologia coincide com estratégias e efeitos de poder, a ponto de se tornar indistinguível deles. Se, por boa parte do século XX, a organização das sociedades de consumo esteve ligada a modalidades de regulação e obediência sociais, hoje a gestão do comportamento econômico é idêntica à formação e perpetuação de indivíduos maleáveis e submissos. (CRARY, 2016, p. 51).

O autor busca demonstrar que as novas exigências do mercado, muitas vezes estão aquém da nossa capacidade de depuração e consumo. Apontando a exclusão e até mesmo a morte de algumas pessoas que não estejam engajados na esteira do consumo. O mesmo autor aponta: “A morte em seus muitos disfarces, é um dos subprodutos do neoliberalismo: quando as pessoas já não têm nada a perder, sejam recursos ou força de trabalho, elas se tornam simplesmente descartáveis” (Crary, p. 53). Depreende-se dessa lógica a noção de um

aprisionamento mental (dependência psicossocial) dos indivíduos para o consumo. Sendo a grande massa, moldada e modelada para a aceitação das regras do jogo capitalista.

Vê-se a existência, portanto, de um contrato social implícito estabelecido pelo sistema capitalista com os consumidores globais, algo transcendente aos contratos de compra e venda estabelecidos por nós diariamente. Esta premissa confirma a noção de dependência psicológica dos consumidores para a aquisição de produtos de modo indefinido e infinito. Existindo assim, uma ordem social definidora de comunicação e ação entre fornecedores e consumidores, um sistema, que por vezes, se rompe e consome os próprios consumidores. O exemplo maior disso é quando analisamos a mão de obra de trabalho como passível de venda e negociação dentro de um mercado, logo, o capitalismo é no pensar de Giddens (199, p. 61) “como um sistema de produção de mercadoria, centrado sobre a relação entre a propriedade privada do capital e o trabalho assalariado”. Neste modelo feroz econômico os princípios da ordem econômica sempre se sobrepõem aos regramentos de proteção ao consumidor, o que por vezes, é ratificado pelo próprio poder judiciário, como demonstrarei adiante.

3 CONSUMIDORES CONSUMIDOS: A LÓGICA JURÍDICA E DO MERCADO

No mundo contemporâneo, pertencente à cultura ocidental, um traço forte da nossa identidade cultural é o consumo. Não há como imaginar o homem, enquanto ser social afastado do mercado de consumo e das tratativas legais referentes ao seu poder de compra e venda. Sendo as sociedades capitalistas modernas pensadas para o consumo – sem avaliação, portanto, por parte de muitos consumidores, de como, quando e porque se consomem tantos produtos. Os cidadãos neste contexto, não são considerados meros atores da vida civil ordinária, eles se apresentam e se representam socialmente por meio de simbolismos definidores do que consomem. Noutras palavras, todos os símbolos referentes às marcas disponíveis no mercado para serem consumidas, irão inferir em qual status social aquela pessoa se encontra. Todo esse arranjo forma uma cultura de consumo sedimentada nos mercados metropolitanos, bem como reorganiza e formula o conceito de cidadania do consumo que aqui estamos trabalhando. A cidadania, nesta sociedade, está ligada à quantidade consumida e faz disso a inserção social. Neste sentido:

O mercado passa a ser o grande divisor e unificador das classes sociais, ou seja, da mesma forma que as pessoas de diferentes classes desejariam possuir os mesmos produtos existentes no mercado (visto que, teoricamente, eles são oferecidos a todos), ele as afasta mais ainda porque apenas as classes mais altas podem obtê-los. Esse desejo comum dos produtos pelos indivíduos relaciona-se a chamada "inclusão socio-simbólica", na qual aqueles excluídos da sociedade só se tornam iguais aos outros no momento em que também são capazes de consumir algo que apenas os "incluídos" possuem. Um exemplo disto é a popularização dos telefones celulares que viraram objeto de consumo fundamental de todas as classes sociais urbanas, e que hoje estão mais acessíveis mesmo às pessoas de baixa renda, ainda que sejam apenas os modelos mais simples. O fetiche pelo consumo passa a ser a força que impulsiona a economia pós-moderna e torna-se elemento agregador ou desagregador da sociedade. (SIQUEIRA, 2004, s/p.)

Nessa perspectiva, emerge possivelmente uma modalidade de consumo desenfreado, sendo este regulado pelo capital na esfera econômica e orquestrado pelo judiciário na esfera dos conflitos. Assim, socialmente, o direito de existir passa a coincidir com o direito de consumir – uma premissa de surgimento da cidadania do consumo. Os direitos de cidadania estão sendo trocados gradativamente pelos direitos de consumo em algumas sociedades, momento em que as pessoas passam a exercer seus direitos de cidadania no consumo, fazendo exigências ao mercado, e não nas questões de ordem política e social, conforme o conceito jurídico-doutrinário clássico da palavra cidadania. Lamentável pensar o direito de cidadania restrito ao conceito de direito do consumidor. De acordo com Lisboa:

“(...) conforme preceito legal, considera-se consumidor tanto quem adquire como aquele que tão somente utiliza, como destinatário final lançado no mercado pelo fornecedor. Assim, aquele que adquire alguma coisa para uso próprio, como destinatário final é consumidor”. (LISBOA, 2002, p.89)

No caso brasileiro, a Lei. 8.078/1990 regulamenta as normas de proteção e defesa do consumidor, e tentam realizar uma proteção deles, tendo em vista tratar-se de ordem pública e interesse social, nos termos da Constituição Federal. Assim, desde a criação da referida lei e o aumento do poder de compra dos brasileiros, uma quantidade significativa de lides entre empresas e consumidores chega aos umbrais da justiça cotidianamente, principalmente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis – instância apta a apreciar lides mais simplistas, bem como o PROCON.² Nesse sentido, Amorim, ao pesquisar a administração de conflitos judiciais em mercados metropolitanos brasileiros, interpreta:

Repetidas práticas abusivas contra o consumidor passaram a colocar em foco os JECs, hoje o principal lócus a que são levados os conflitos de relações de consumo. Nos limites deste ensaio, importa destacar o elevadíssimo número dos conflitos de relação consumerista e a sua recorrência nesses Juizados, uma vez que ao serem criados pela lei. 9.009/95, ela não lhes conferiu a atribuição exclusiva de apreciar conflitos decorrentes de relações de consumo, mas conflitos civis em geral, cujo valor da causa não excedesse quarenta salários mínimos e fossem considerados de baixa complexidade. (AMORIM, 2005, p;196)

Entretanto, percebemos através do judiciário que o ritmo do consumo não se demonstra apenas em termos de necessidades vitais, mas sim consumos de itens para o enaltecimento do prazer e das vaidades, vide a quantidade de demanda hodiernamente iniciada no âmbito dos tribunais – o que já é esperado tratando-se de sociedades complexas de identidades marcadas pelo consumo irrestrito.

Esses comportamentos são resultados de uma “*sociedade de consumo de massa*” no dizer de Maria Stella Faria de Amorim (2017, p. 268), o que provoca a construção e os

² O PROCON-RJ tem como principal objetivo assegurar ao consumidor ampla transparência nas negociações de compra, sendo rápido e eficaz na aplicação das leis que regulamentam o mercado. Como Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor, o PROCON-RJ existe para garantir que esses direitos sejam respeitados pelos fornecedores de serviços e produtos, mantendo assim o equilíbrio nas relações e promover o bem comum. Disponível em: <http://www.procon.rj.gov.br/index.php/main/objetivo>

desdobramentos de uma cidadania do consumo também no bojo do judiciário brasileiro: “Essa circunstância aumenta a possibilidade de ocorrerem conflitos de interesse no mercado, o que torna relevante a presença de instituições jurídicas, a exemplo de tribunais, com a função de administrá-los”. Na reflexão da autora, fica clara a ideia de que a existência recorrente de conflitos desta natureza é fruto de relações frágeis entre vendedor e consumidor, e da falta de socialização e internalização de valores mútuos e respeito entre as partes envolvidas no negócio. Ademais, os estudos empíricos de observação da professora Stella ainda revelam que o judiciário, por diversos motivos, parece não resolver eficazmente as contendas de ordem consumerista:

Tal circunstância contribui para a sobreposição de um mercado simbólico em que o consumidor, como veremos, torna-se consumido, por ser visto e tratado como objeto pelo vendedor, que, por não lhe conceder reconhecimento enquanto cidadão, lança mão de meios enganosos para buscar sua adesão a contratos de compra e venda de bens e de serviços que não correspondem às descrições favoráveis do que lhe é oferecido no ato da compra. E, em caso de eventual inadimplência, vê-se o consumidor sem alternativa, em face da política estabelecida pelo Estado e normatizada pelo mercado, com restrições de acesso a crédito e a juros altos. Fica assim inibida a condição do sujeito-consumidor nas trocas realizadas nos mercados metropolitanos brasileiros e restrita à eficácia da legislação protetora do consumidor. (AMORIM, 2017, p.270)

A discussão trazida à baila, quer demonstrar como os consumidores também se tornam um produto a ser comercializado e conseqüente consumido dentro da lógica mercadológica de compra e venda instaurada na era da cidadania do consumo. Percebe-se, portanto, a necessidade de uma regulação mais eficiente para o sujeito-consumidor, passando por uma releitura das categorias de “hipossuficiência” e conseqüentemente de cidadania e igualdade. Segundo Amorim, Kant de Lima e Mendes (2005, p.16) “os cidadãos são tidos pelo sistema jurídico pátrio como hipossuficientes, incapazes de fazer valer os seus interesses legítimos no processo, o que deságua em uma intervenção voraz do Estado nos direitos de cidadania”.

A repetição das ações de ordem consumerista no âmbito do judiciário é conseqüência do tratamento desigual fornecido pelo judiciário a quem consome. Quando pensamos e entendemos o tecido social e jurídico a partir da premissa da igualdade de tratamento, percebemos no contexto das relações consumeristas uma ação paradoxal da justiça, que para além de não solucionar conflitos, ainda privilegia empresa réis – não havendo condenação proporcional pelo inadimplemento contratual³.

Para exemplificar todo o imbróglio que envolve a área do consumidor, podemos citar a súmula 75⁴ criada pelo TJ/RJ – que pretendia classificar dano moral, como mero aborrecimento, sob a justificativa de se evitar enriquecimento ilícito por parte dos consumidores. Contudo, a

³No início deste ano, as concessionárias de energia e de telefonia ocuparam as primeiras quatro posições entre as empresas mais acionadas pelos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. De acordo com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foram ajuizadas 20.135 ações em janeiro contra as 30 empresas mais acionadas. A concessionária de energia elétrica Light lidera o ranking das empresas com mais reclamações.

⁴A Súmula 75 do TJ-RJ. O enunciado estabelecia que "o simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte".

referida súmula fora afastada pela 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Para a Procuradoria da OAB-RJ, o entendimento da Corte carioca contraria precedentes do Superior Tribunal de Justiça que aplicam a teoria do desvio produtivo do consumidor, bem como suprime direito estabelecido na constituição federal.

Adolfo Mamoru Nishiyama (2010, p.155) aponta que “a proteção do consumidor é uma liberdade pública positiva, pois o Estado tem a obrigação de comparecer para a prestação de certas tarefas. O que se exige é uma atuação do Poder Público e não sua abstenção”. Assim, para nós, evidente é a inconstitucionalidade da súmula, tendo em vista seu enaltecimento ao descumprimento contratual por parte da empresa apoiado pelo Estado. O que geraria uma incerteza jurisdicional ainda maior sobre as decisões judiciais envolvendo relações de consumo nos mercados internos.

Assim por derradeiro, percebemos que as mudanças na maneira de consumir transformam as possibilidades e as formas de exercer a cidadania. Isso é o que postula o antropólogo Néstor Canclini (2006), em seu livro: *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Para o referido autor, o ato de consumir está intrinsecamente ligado ao ato de pensar e de escolher e, por conseguinte, essas escolhas nos fazem cidadãos. De maneira simplificada o livro nos mostra que: se consumimos pouco, pouco somos vistos como cidadãos dentro de um mercado capitalista e global. A partir desse ponto, podemos dizer que está concretizada toda forma de se imaginar a sociedade com os olhos da cidadania do consumo. Sobre esta temática, relevante destacarmos que no Brasil existe um pensamento jurídico forte em se dizer que o Estado possui o papel de igualar as pessoas – na busca de perseguir uma igualdade formal, tendo em vista que ela não subsiste materialmente. De fato, em países desenvolvidos, o Estado, por meio do poder judiciário possui esta função, tendo em vista que o mercado é o grande promotor da desigualdade nas sociedades capitalista – conforme afirma Marshall em *Cidadania, Classe social e status*. Contudo, por aqui, além da desigualdade promovida pelo mercado há ainda a confirmação desta desigualdade por parte do estado-juiz. Demonstrando-nos de que modo a desigualdade é uma marca da sociedade brasileira. Sobre desigualdade social no Brasil, Kant de Lima nos ensina que:

(...) de um lado, a associação entre a igualdade formal dos cidadãos, garantida pelo conjunto de liberdades públicas existentes na Constituição e pelo acesso universal aos tribunais, para defendê-las – os direitos civis – e a desigualdade oriunda da participação no mercado, própria das sociedades contemporâneas; e, de outro, a desigualdade formal imposta a segmentos de uma sociedade aristocrática e a consequente inexistência de um mercado onde membros da sociedade possam competir livremente, própria das sociedades ocidentais anteriores às revoluções liberais. (KANT DE LIMA, 2004, p. 03)

Assim, existe supostamente uma igualdade jurídica e doutrinária garantida pelo tribunal e por outro lado, uma desigualdade econômica e social entre os cidadãos diante do mercado produzida pelos sistemas capitalistas. O que atravessa o conceito da nossa cidadania de consumo e escamoteia a capacidade de ser consumidor sem ser taxado de hipossuficiente.

CONCLUSÃO

Provisoriamente, até aonde se pesquisou e investigou a temática, pode-se concluir que a cidadania do consumo existe de fato nas sociedades capitalistas contemporâneas, inclusive como uma marca indelével do mercado. Assim, ao apresentar este instituto e propor uma reflexão acerca da sua presença no seio do judiciário e em nossas vidas, procurei demonstrar a importância destes consumidores em potencial.

Ademais, alargar o conceito de cidadania, dentro da perspectiva econômica-social bem como (re) configurá-lo para este nova matriz econômica que vivemos, é o mesmo que compreender a necessidade do judiciário de reavaliar o modo como percebe os consumidores e os fornecedores, e conseqüentemente a aplicação dos preceitos da lei consumerista.

Não poderíamos olvidar de mencionar, que após esta reflexão, a cidadania do consumo, promove uma inclusão social e uma exclusão social ao mesmo tempo. Noutras palavras, foi possível perceber que socialmente o consumidor precisa consumir alguns produtos específicos para estar em alguns locais e participar de alguns seguimentos da sociedade – logo se não os possui, fica automaticamente excluído. Mais, uma vez é válida a percepção de como o direito tratará estes processos jurídico-sociais que igualam e desigalam as pessoas ao mesmo tempo.

Ainda vimos, que no judiciário brasileiro há a presença de alguns elementos da atividade judicante que inviabilizam a concretização da faceta do consumo na sua totalidade, uma vez que, os consumidores são percebidos e consumidos pelo próprio sistema econômico doméstico. Já que são considerados hipossuficientes pela maioria dos juizes, conforme constatou Stella Amorim (2017) com pesquisa de campo. Entendemos como conclusão preliminar deste trabalho, que há também uma conseqüente diminuição dos indivíduos enquanto cidadãos/consumidores, o que nos confirma a ideia de uma cidadania do consumo às avessas, ou em negativo como muito bem estudou José Murilo de Carvalho (2001) ao interpretar a cidadania brasileira.

Este trabalho não teve como condão esgotar este tema novo que tange o direito constitucional, o direito civil e do consumidor, e a economia, buscou-se apenas aclarar para uma realidade já vivenciada por nós socialmente, economicamente e juridicamente e por derradeiro, despertar no leitor para existência de um novo modo de olhar as relações de consumo que estabelecemos cotidianamente.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org). *Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direito de cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AMORIM, Maria Stella. KANT DE LIMA, Roberto. *Administração de conflitos e cidadania: problemas e perspectivas*. 1ªed. Rio de Janeiro: Autografia, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas para o Consumo, a transformação das pessoas em mercadoria*, Ed. Zahar, 2008.

BBC, Brasil. *Transformamos pobres em consumidores e não em cidadãos*. Entrevista concedida por José Mujica a Ana Maria Bahiana - de Los Angeles para a BBC News Brasil. Acesso em 21 de dezembro de 2018. Disponível em:

https://www.bbc.com/portuguese/brasil46624102?ocid=socialflow_facebook&fbclid=IwAR39kj1CwRfX4C8_JxHoDiifC4-hrspgp2VHI0L1rpftxSaBsKVWzhehtp6o

CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CASARA, Rubens, R.R. *Estado pós democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 2ª ed. – Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2017.

CASTEL, R. *As metamorfoses da questão social*. Uma crônica do salário. São Paulo: Vozes, 1998.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução: Raul Fiker. São Paulo. Editora UNESP, 1991.

CRARY, Jonathan. *24/7: Capitalismo tardio e os fins do sono*. Tradução: Joaquim Toledo Jr. São Paulo. Ubu Editora, 2016.

DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2002.

KANT DE LIMA, Roberto; EILBAUM Lucía; PIRES, Lenin. (Orgs) *Conflitos direitos e moralidades em perspectiva comparada*, volume I. Garamond, 2010.

KANT DE LIMA, Roberto. *Igualdade desigualdades e métodos de produção da verdade jurídica: uma discussão antropológica*. CES, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades*

modernas. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2002.

MARSHALL. T.H. *Cidadania, Classe social e status*. Zahar. Rio de Janeiro, 1987.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*, 2 Edição, São Paulo, Ed. Atlas S.A., 2010.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da Desordem*. Rio de Janeiro. Ed Rocco, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SIQUEIRA, Holgonsi Soares G. *Consumo e Cidadania*. Texto apresentado na disciplina de Sociologia Geral e da Comunicação - 5º semestre do curso de Desenho Industrial -UFSM - Ano – 2004.

O sistema multiportas de resolução de conflitos e os serviços notariais: uma análise sobre sua aplicação aos tabelionatos de protestos

Horácio Monteschio¹

Resumo

É incontroverso que o Poder Judiciário vem permitindo e adotando formas alternativas à jurisdição para a composição dos conflitos de interesses. No mesmo pensar, tem sido muito exitosa e profícua a sinergia produzida entre os notários e registradores e o Poder Judiciário, ainda mais com as inovações legislativas produzidas nos últimos anos. Em consonância com a eficiência dos serviços prestados o Conselho Nacional de Justiça tem assumido postura a incrementar os meios e as matérias colocados à disposição para a solução dos conflitos servindo-se dos serviços notariais e registrais. Como tônica do presente texto e fazendo referência ao Provimento do Conselho Nacional de Justiça nº 72, dispoendo sobre medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protesto do Brasil, o presente trabalho destaca a importância do sistema multiportas para solução dos conflitos. Serve-se do método dedutivo e de revisão bibliográfico e conclui pela eficiência dos serviços prestados pelos registradores e notários no Brasil.

Palavras-chave: Serviços notariais; Sistema multiportas; Meios alternativos; Tabelionatos de protestos.

¹ Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Pós-Doutor em Direito das Relações Internacionais pela Universidade de Reggio Calabria-Itália. Pós-Doutor pela UNICURITIBA, Doutor em Direito pela FADISP e Mestre em Direito da Personalidade pelo UNICESUMAR. É Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAR (PR) e do CERS (PE). Membro correspondente da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado. h.monteschio@uol.com.br

The multiport system for dispute resolution |and notary services: an analysis on its application to protest tablionages

Abstract

It is undisputed that the Judiciary has been adopting alternative forms of jurisdiction for the composition of conflicts of interest. In the same way, the synergy produced between notaries and registrars and the Judiciary has been very successful and fruitful, especially with the legislative innovations produced in recent years. In line with the efficiency of the services provided, the National Council of Justice has taken a stance to increase the means and matters made available for the resolution of conflicts using notary and registry services. As the keynote of this text and referring to the Provision of the National Council of Justice No. 72, providing for measures to encourage the discharge or renegotiation of debts protested in the protest notaries of Brazil. The present work highlights the importance of the multiport system for conflict resolution. It serves as a deductive and bibliographic review method and concludes with the efficiency of the services provided by registrars and notaries in Brazil.

Keywords: Notary services; multiport system; alternative means of conflict resolution; protest notaries.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal a análise atual quadro jurídico envolvendo os meios alternativos (ou adequados), para a solução dos conflitos de interesses. A pergunta que se pretende responde é: A inovação produzida pelo Provimento nº 72 do Conselho Nacional de Justiça, o qual assegura a possibilidade dos Cartórios de protestos a realizarem audiência de conciliação e mediação representa avanço normativo e facilitador na solução dos conflitos? A hipótese reside na pertinência da atuação dos notários de protestos, nesse contexto inovador, incorporado pelo Código de Processo Civil e as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Por conseguinte, para uma melhor compreensão sobre a temática se utiliza de uma revisão bibliográfica e doutrinária adotando o método dedutivo. Os resultados alcançados, dentro da metodologia utilizada contemplam que havendo um número maior de possibilidades para os jurisdicionados de alcançarem seus objetivos, de modo reflexo haverá uma redução de demandas tramitando perante o Poder Judiciário.

As atividades notariais e de registro constituem em funções públicas no Brasil com fulcro no art. 236 da Constituição Federal, as quais não são executadas diretamente pelo Estado, mas por meio de delegação a particulares, “os notários e registradores, portanto, são profissionais do direito que exercem uma função pública delegada pelo Estado. Tais atividades são desempenhadas em caráter privado, sem que com isso tais profissionais venham a integrar

o corpo orgânico do Estado”².

Ao regulamentar o art. 236 da Constituição Federal, a Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994, veio a reforçar a ideia da prestação de serviços feita na forma de delegação, impondo seu exercício a cargo de bacharéis em direito como regra, e para aqueles que estejam vinculados ao serviço notarial há mais de 10 anos. Para tanto, exige-se aprovação em concurso público de provas e títulos, cuja realização é feita pelo Poder Judiciário, contando com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público.

Em nada se confunde a delegação das atividades notariais e registrais dos modelos de concessão ou permissão, pois se trata de atividade jurídica do Estado, na dicção do art. 236 da Constituição Federal, e não simplesmente de atividade material, cuja prestação é transferida para os particulares mediante uma relação contratual, através de concessão ou permissão.

Desta forma, a delegação feita ao notário ou registrador é feita à pessoa natural, sendo atividade estatal, de natureza pública, cujo ingresso se dá por concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, sendo os seus titulares, fiscalizados pelo Poder Judiciário Estadual, não sendo, porém, servidores públicos e tampouco ocupando cargo público.

Em razão da própria história da formação do Estado brasileiro, no qual em um primeiro momento era atribuição dos “registros paroquiais” o registro dos imóveis, posteriormente, com o desenvolvimento essa atribuição passou a ser prestado pelo Estado. Com a presença religiosa e do Estado, em face à importância do direito de propriedade a atividade notarial e registral assumiu contornos de “capilaridade nacional”, sendo inegável a transferência para o Estado da atividade registral e notarial.

Paralelamente ao aspecto da capilaridade, as atividades prestadas pelos registradores e notários tem o intuito de desonerar e auxiliar a prestação de um serviço relevante a todos os brasileiros. Ademais disso, existem atos que são prestados por notários e registradores em caráter gratuito, os quais são garantidores da cidadania e dos direitos da personalidade, bem como em alguns casos, registre-se, os inventários e divórcios acabaram por impor um novo regime procedimental no Brasil, que prestigia a agilidade e a desburocratização.

Neste pensar, de impor um novo contorno ao acesso a justiça, cabe ressaltar as “ondas” de reforma consagradas na doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando,

² LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 1. 125

dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.³

Ao fazer referência as ondas de acesso à Justiça Kim Economides, leciona a presença e importância da terceira onda a qual está por ganhar cada vez mais espaço. Desse modo, alude que a terceira onda defendida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

refere-se à assistência jurídica, ou *judicare*; a segunda traduz-se pela justiça de interesse público (a articulação da representação de direitos coletivos mediante ações de classe e de interesse público); e, a terceira, conhecida hoje como “abordagem de acesso à justiça”, inclui a justiça informal, o desvio de casos de competência do sistema formal legal e a simplificação da lei.⁴

Convergindo aos raciocínios até aqui expostos, mas servindo-se de outro enfoque, é justificável afirmar que os serviços prestados pelos notários e registradores estão presentes em praticamente todos os 5.570 Municípios do Brasil, comprovando a presença do Estado brasileiro em toda extensão continental brasileira, oportunizando experiências positivas e enriquecedoras tanto ao Poder Público, quanto aos particulares, nas práticas cotidianas em um mundo impulsionado em conexões cibernéticas, cujas necessidades dos cidadãos tornam-se cada vez mais urgentes.

De outra banda, os que pensam de forma diferente centram suas críticas aos serviços prestados pelos notários e registradores sob o enfoque do elevado custo dos serviços prestados. Sob a nossa ótica, sem razão tal posicionamento pelo fato de que a desburocratização e agilidade empregadas pelos notários e registradores representam um dos seus principais predicados. Ademais, as custas e honorários dos notários são fixados por lei, que por sua vez são elaboradas pelos legisladores, e, portanto, dentro de um ambiente democrático. Além disso, os serviços delegados são fiscalizados pelo Poder Judiciário.

Sobreleva enfatizar que os serviços notários implicam na desoneração dos cofres públicos, pois, do contrário, o Estado deveria manter uma estrutura especializada para prestação destes serviços, ampliando a “máquina administrativa” e o “custo Brasil”. Por derradeiro, em razão das vicissitudes brasileiras, os serviços prestados pelos notários e registradores, pelo atual sistema, ficam imunes às pressões políticas, em face da fiscalização feita pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, cabe pinçar os dados coletados pela Agência Brasil: o Poder Público economizou mais de quatro bilhões de reais com a delegação às serventias extrajudiciais dos processos de divórcio e inventário:

Desde que foi aprovada, em 2007, a lei que autorizou que separações e divórcios consensuais podem ser feitos em processos extrajudiciais, os cartórios brasileiros fizeram mais de 2 milhões de escrituras. Processos que antes iriam parar em tribunais.

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988 p. 31.

⁴ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: CIDADANIA, JUSTIÇA E VIOLÊNCIA, Organizadores Dulce Pandolfi... [et al]. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. 248p. p. 71.

Segundo cálculos do Colégio Notarial do Brasil, a mudança significou uma economia de cerca de R\$ 4 bilhões para o Sistema Judiciário.⁵

Os dados mais atualizados, com toda certeza devem expressar cifras muito maiores e representam uma maior economia ao Estado brasileiro. Como se verá em linhas a seguir, a convergência de forças e interesses entre a desjudicialização e o “sistema multiportas” somente tem produzido efeitos favoráveis e de desenvolvimento. No caso vertente, a atuação feita pelos cartórios de protestos, por igual, se apresenta como alternativa célere e útil a conjunção de forças entre o Poder Público e os delegatários do serviço público.

Neste sentido, vem a calhar a doutrina de Adriana Pereira Campos: “a desjudicialização não consiste no afastamento do Judiciário, mas a adequação às necessidades sociais atuais, de modo a promover outras formas de acesso à justiça por meio de métodos de tratamento de conflitos diversos”.⁶

Feitas essas considerações iniciais, demonstra-se que o interesse do presente trabalho é tornar cada vez mais visível a importância do sistema multiportas para a solução dos conflitos de interesses, tendo como enfoque principal o serviço prestado pelos notários e registradores, especificamente, pelos cartórios de protesto. Ao final se conclui que os objetivos de credores em receber seus valores são alcançados e, aos devedores, dá-se uma oportunidade de conciliar e negociar os valores pretendidos fora do Poder Judiciário.

2 RESOLUÇÃO Nº 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O SISTEMA MULTIPORTAS

Dentro do processo de implantação de políticas públicas que busquem uma positividade e reconhecimento da terceira onda de acesso à Justiça, ou seja, das formas alternativas de solução de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem exercendo um papel extremamente importante para essa consolidação. Além disso, o CNJ vem contribuindo decisivamente para a construção de um ambiente de promoção dessas formas consensuais e alternativas de resolução de conflitos. Para tanto, registre-se, por meio da publicação da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, regulamentou, pela primeira vez, a mediação e conciliação em âmbito brasileiro, instituindo a chamada “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses” no âmbito do Judiciário. Nas palavras de Gabbay (2011):

Nesse sentido, no Brasil o CNJ tem determinado que os órgãos judiciários ofereçam, além da solução adjudicada mediante sentenças dos juízes, mecanismos de resolução consensual de controvérsias entre as partes, bem como a prestação de atendimento e orientação aos cidadãos, incentivando a autocomposição de litígios e a pacificação

⁵ ANOREG BR, 2018, on-line.

⁶ CAMPOS, Adriana Pereira. Mediação Escolar como Caminho para a Desjudicialização: Potencialidades. Argumentum, Marília, v. 19, n. 3, set./dez. 2018. p. 831.

social por meio da conciliação e mediação.⁷

Cabe ressaltar a importância da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, a qual veio a dar contornos mais adequados e céleres para a solução de conflitos, como claro intuito de fomentar, no sistema jurídico procedimental brasileiro, um novo olhar sobre a solução dos conflitos de interesses denominado de “sistema multiportas” de resolução de controvérsias.

A fonte que serviu de inspiração ao sistema multiportas (ou tribunal multiportas) ao sistema brasileiro foi o norte-americano denominado de “Multi-door Courthouse System”, o qual possui contornos de não impor formas restritivas para a solução de controvérsias exclusivamente ao Poder Judiciário.

A expressão “Sistema Multiportas de Justiça” (multidoor courthouse system) foi criada pelo Professor Frank Sander, da Escola de Direito da Universidade de Harvard, no ano de 1976, com o argumento de que com o conflito sendo tratado de forma adequada, será possível a utilização eficiente dos recursos pelos tribunais, reduzindo custos e tempo de um processo normal e, conseqüentemente, diminuindo a ocorrência de conflitos subsequentes, visto que o objetivo precípua do sistema multiportas é a solução real da discordância causada pelo conflito.⁸

Como decorrência do “Multi-door Courthouse System”, oferecem-se meios alternativos e, muitas vezes, mais adequados ao tipo de conflito, visando a solução, tais como: negociação, conciliação, mediação e arbitragem. Nas palavras de Luis Fernando Guerrero, o “sistema multiportas é uma tendência, não necessariamente nova, de se buscar formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema judicial de solução de conflitos. Essas formas podem ser realizadas a partir de uma postura amigável ou adversarial das partes.”⁹

Ao adotar o “Multi-door Courthouse System” com o formato brasileiro a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça fixou suas premissas na possibilidade de ofertar ambiente adequado às partes envolvidas para tentarem a conciliação e mediação.

A exemplo do que ocorreu com a Lei da Arbitragem Lei nº 9.307/96, o sistema multiportas sofreu críticas ao argumento de violação ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal (a lei não pode afastar a prestação da tutela jurisdicional). Tais críticas se mostraram açodadas e sem fundamento jurídico, em razão de que não se está afastando a prestação da tutela jurisdicional, mas sim, ofertando-se uma alternativa àquele que livre e espontaneamente assim

⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. São Paulo: USP, 2011, 273 p. Tese (Doutorado) – Direito Processual, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011. p. 11.

⁸ GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *A Justiça Consensual do Tribunal Múltiplas Portas e a Política Pública*. Norte-Americana de Tratamento de Conflitos: Contribuições ao Modelo Brasileiro. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 20, 2017. p. 84-111.

⁹ GUERRERO, Luis Fernando. *Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios*. São Paulo: USP, 2012, 255 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC, São Paulo, 2012. 2012, p. 13.

o queira. Neste sentido, cabe ressaltar a posição de Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha:

Enquanto não for quebrada a ideologia estatal do ciclo vicioso recorrente, qualquer transformação que se faça, na tentativa de conter a sobrecarga de processos das Cortes Superiores, restará inoperante. o incentivo a métodos alternativos de resolução de controvérsias, tais como a mediação e a arbitragem, quando forem possíveis, ou ainda, o estímulo à solução de conflitos ainda na esfera administrativa são algumas das saídas extrajudiciais viáveis, para além das reformas de descongestionamento apresentadas anteriormente.¹⁰

Destarte, tanto a arbitragem quando o sistema multiportas estão a prestar, com a sua presença no sistema normativo brasileiro, um grande serviço ao desenvolvimento e desburocratização do país.

Neste sentido, cabe ressaltar a doutrina formulada por Maria Tereza Aina Sadek, a qual se destaca que o Poder Judiciário não é a única porta de acesso à Justiça:

O Poder Judiciário não possui o monopólio da efetivação dos direitos e da resolução de conflitos. Não é a única porta de acesso à justiça. Outros espaços têm se constituído para a garantia de direitos e para a solução de controvérsias. Dentre essas instituições, deve-se citar o Ministério Público, a Defensoria Pública, além das organizações erigidas a partir de princípios orientados pela pacificação, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.¹¹

Feitas essas considerações, o sistema multiportas veio para aprimorar, desburocratizar, tornar mais ágil a solução dos conflitos existentes em nossa sociedade. Não é a solução para todos os problemas, mas uma alternativa viável para desafogar o Poder Judiciário.

3 MEIOS ALTERNATIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Uma das principais inovações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 consiste na possibilidade de as partes adotarem, para solução da controvérsia existente, meios alternativos. Cabe ressaltar que a destinação de um capítulo na legislação processual civil a esses meios representa a possibilidade para os envolvidos em buscar a solução da pendência de forma mais célere e conveniente. Nestes termos leciona Daniel Amorim Assumpção Neves:

A valorização das formas alternativas de solução dos conflitos já é demonstrada no art. 3º do Código de Processo Civil. Nos termos do § 2º, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, enquanto o § 3º prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 403.

¹¹ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um Direito e seus obstáculos. In: Revista USP, nº 101 (maio), 2014, pp. 55-66.

O Código de Processo Civil, entretanto, não trouxe apenas disposições principiológicas no que se refere as formas consensuais de solução dos conflitos. Há uma seção inteira de um capítulo destinada a regulamentar a atividade dos conciliadores e dos mediadores judiciais (arts. 165-175), inclusive fazendo expressamente a distinção entre conciliação e mediação.¹²

A mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é suficiente para ser considerada espécie de forma consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição. Trata-se de uma das modalidades de solução de conflitos judicial ou extrajudicial, por essência informal, na qual partes envolvidas na disputa buscam o entendimento com ajuda de um terceiro neutro, que em momento algum propõe uma solução, apenas os ajuda de forma empática na facilitação do diálogo utilizando as técnicas de comunicação não violenta. Esta modalidade propicia o encontro das partes para que tratem das disputas e, conjuntamente, ofereçam possíveis encaminhamentos, pactuando de forma autônoma, com o objetivo de preservar os laços que as uniram. Sob esse enfoque da mediação é importante citar a doutrina de Rosemiro Pereira Leal:

é nomeado um terceiro ou terceiros neutros, com o fito de pacificar a controvérsia de seus interesses particulares, ou seja, restabelecer a comunicação com a meta de encontrarem a solução da disputa, sem a intervenção do Estado. Trata-se de um procedimento em que as partes são verdadeiramente os protagonistas do processo. O mediador ou o co-mediador apenas auxiliam na restauração e sinalização caminhos para preservação dos laços de afetividade e respeito entre as partes.¹³

No mesmo sentido Juan Carlos Vezzulla assevera que a “mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposições de sentenças ou de laudos e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que as duas partes ganhem.”¹⁴

É imprescindível ressaltar que todas as afirmações e citações formuladas convergem para a admissibilidade e importância da presença de um terceiro desinteressado que tem como função a conciliação das partes. O que representa exatamente o pensamento de Luis Alberto Warat:

Um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (nisso se baseia sua imparcialidade, é imparcial porque não resolve nem decide).¹⁵

No presente caso, o delegatário do serviço público, em face da confiabilidade e da fé pública de que é detentor, perante a sociedade e garantida pela Constituição, somente vem a

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil - volume único. Salvador: Juspodium, 2021, p. 381.

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 14 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.105.

¹⁴ VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação. Curitiba: IMAB, 1998.p. 16.

¹⁵ WARAT, Luis Alberto. Em nome do acordo: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. p. 31.

reforçar a possibilidade, dentro do serviço notarial de protesto, da prestação desse relevante serviço, ao facilitar o diálogo e a recolocação do conflito entre as partes em um cenário em que todos os entes ganham.

A primeira, e talvez, a principal diferença entre mediação e conciliação é a inexistência de sacrifício total ou parcial dos interesses das partes na crise jurídica. É nesse sentido a previsão de solução com “benefícios mútuos” presente no § 3º do art. 165 do CPC.¹⁶

Para que seja possível uma solução consensual sem sacrifício de interesses, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas.

Diferente do conciliador, o mediador não propõe soluções do conflito às partes, mas as conduz a descobrirem as causas, de forma a possibilitar sua remoção e assim chegarem à solução do conflito. Portanto, as partes envolvidas chegam por si sós à solução consensual, tendo o mediador apenas a tarefa de induzi-las a tal ponto de chegada.

Por sua vez, o conciliador interfere na condução do processo propondo possíveis encaminhamentos/acordos entre as partes. Ressalta-se que a autonomia da vontade das partes aqui é também plenamente preservada, pois mesmo quando o conciliador ou coconciliador propõe uma solução esta ação constitui-se, como o próprio nome declara, uma “proposta”, que jamais poderá ser imposta.

Nestes termos, para Pedro Calmon, a conciliação se constitui: “meio judicial ou extrajudicial de resolução de controvérsias no qual as partes envolvidas delegam a uma terceira pessoa (neutra), que terá como missão promover a aproximação das mesmas, bem como orientá-las na consecução de um acordo. O terceiro neutro – conciliador - tem como missão facilitar o diálogo entre as partes e seu possível acordo.”¹⁷

De mesmo modo, vale ressaltar a análise referente ao tema, trazida por Daniela Monteiro Gabbay:

A respeito da postura do terceiro imparcial frente à autonomia das partes, o conciliador pode assumir um lugar de poder, pois embora ele não tenha autoridade para impor uma decisão às partes, as técnicas de que se utiliza buscam conduzir as partes à realização do acordo. Essa situação é especialmente comum nas conciliações institucionais, como as que ocorrem no Judiciário, tanto nas sessões de conciliação dos juizados especiais quanto nas audiências de conciliação e julgamento presididas

¹⁶ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

¹⁷ CALMON, PETRÔNIO. Fundamentos da mediação e da conciliação, Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 143.

pelo juiz.¹⁸

Após essas considerações importantes, cabe relatar que a forma de resolução de conflitos nas sociedades perpassa pelo direito, a cultura e o ritual. Assim, para Oscar G. Chase,

Os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de especialistas e experts isolados. Mais, eles são instituições através das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada, ou como a mesma ideia foi expressa, “constituída” ou “construída”.¹⁹

Desse modo, pode-se dizer que a conciliação é uma atividade mediadora direcionada ao acordo, qual seja, tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com a particularidade de que o conciliador exerce leve ascendência hierárquica, pois toma iniciativas e apresenta sugestões, com vistas à conciliação.²⁰

É relevante relembrar que o sistema multiportas e os meios alternativos só se justificam pelo fato de que quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição, haverá menos processos a serem julgados pelo Poder Judiciário e, por consequência, esse Poder poderá funcionar de maneira mais célere e adequada nas causas em que foi infrutífera a conciliação e a mediação, tornando mais reais às aspirações do acesso à ordem jurídica justa. Nestes termos Valéria Lagrasta formula sua doutrina:

Uma forma de organização judiciária na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de resolução de disputas, com vários e diversos procedimentos, cada qual com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração, no momento da escolha, em função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas. Em outras palavras, o sistema de uma única ‘porta’, que é a do processo judicial, é substituído por um sistema composto de vários tipos de procedimento, que integram um ‘centro de resolução de disputas’, organizado pelo Estado, composto de pessoas treinadas para receber as partes e direcioná-las ao procedimento mais adequado para o seu tipo de conflito.²¹

O conciliador e o mediador em termos de atuação são equiparados. Há que destacar a exigência prevista no § 1º do art. 167 do CPC.²² Registre-se que o art. 11 da Lei nº 11.140/2015

¹⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese (Doutorado na área de Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. p. 49.

¹⁹ CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Editora Marcial Pons, São Paulo, 2014. (Coleção Processo e Direito). p. 21.

²⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 65.

²¹ LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagrasta. *Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos*. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no judiciário: teoria na prática*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, 283-320.

²² Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da

cria um novo requisito não previsto no CPC: graduação há pelo menos dois anos em curso se ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação.

Não há necessidade dos conciliadores e mediadores serem advogados, o que deve ser saudado. As técnicas de conciliação e mediação não depende de conhecimentos jurídicos, sendo imprescindível que, além de operadores do Direito, outros profissionais, em especial aqueles acostumados a lidar com pessoas e conflitos entre eles, possam atuar como mediadores e conciliadores.

Desta forma, cabe aos notários e registradores, dentro da sua competência pessoal e profissional, as quais são eficientes, tornar o mais acessível possível a regra prevista no provimento 72 do Conselho Nacional de Justiça.

4 PROVIMENTO Nº 72 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Em 27 de junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento do CNJ nº 72, o qual passou a dispor sobre medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protesto do Brasil.

Neste sentido é imprescindível trazer o conceito extraído do próprio diploma legal que disciplina a matéria, ou seja, o art. 1º da Lei nº 9.492/97:

Art. 1º O protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Destarte, o ato público e extrajudicial do protesto, o qual é feito por agente delegado que tem fé pública, ocorre quando uma pessoa física ou jurídica não cumpre o pagamento de um título no prazo estabelecido e o credor registra essa impontualidade em cartório.

Cabe destacar a Lei nº 8.935/94, dispondo sobre serviços notariais e de registro, denominada simplesmente de “Lei dos cartórios”, a qual regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, quanto à competência do Tabelião de Protesto, em seu art. 11, consigna:

Art. 11. Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente:
I - protocolar de imediato os documentos de dívida, para prova do descumprimento da obrigação;
II - intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los, sob pena de protesto;
III - receber o pagamento dos títulos protocolizados, dando quitação;
IV - lavrar o protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação;
V - acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante;
VI - averbar:

Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

- a) o cancelamento do protesto;
 - b) as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados;
- VII - expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.
Parágrafo único. Havendo mais de um tabelião de protestos na mesma localidade, será obrigatória a prévia distribuição dos títulos.

Em razão da não ausência, entre as atribuições dos tabeliões de protesto, a prática de Conciliação e Mediação é indispensável reiterar que o Conselho Nacional de Justiça é órgão competente para editar normas que regulamentem o serviço notarial, evidenciado no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Mandado de Segurança 28.957/DF, da relatoria do Min. Teori Zavascki.

Uma das grandes vantagens do protesto de título é o fato dele possuir um elevado índice de recuperação de crédito. Aliando-se à possibilidade de conciliação e mediação, como vem descrito do Provimento 72 do Conselho Nacional de Justiça, possibilita-se que os já elevados índices de sucesso na recuperação do crédito sejam ainda mais ampliados. Segundo dados oficiais do IEPTB-SP, 60% dos títulos encaminhados a protesto são pagos em até cinco dias úteis. Ou seja, o serviço é rápido, fácil e econômico.²³

Com a Mediação e Conciliação, com certeza serão ampliados esses percentuais, por que é possível às partes fixarem condições e termos para a resolução da controvérsia. Portanto, corrobora o que é aqui defendido de que os cartórios de protesto funcionam como um mecanismo indispensável para desafogar o Judiciário, pois contam com o respaldo da lei, sem necessitar da estrutura dos tribunais.

Por sua vez, especificamente o art. 10 do Provimento nº 72 do Conselho Nacional de Justiça, autorizou a designação de sessão de conciliação ou mediação, consagrando interessante e útil instrumento, aplicando-se as disposições previstas no Provimento do CNJ nº 67 de 2018. Nestes termos:

Art. 10. O credor ou o devedor poderão requerer a designação de sessão de conciliação ou de mediação, aplicando-se as disposições previstas no Provimento CN-CNJ n. 67/2018.

Dentro desse ambiente de ampla visão sobre os fatos e acontecimentos que vivenciamos há algum tempo, com a globalização, com os efeitos decorrentes da informática, com o acesso a justiça e a confirmação dos direitos fundamentais, e ainda, dentro de um enfoque transversal, deve-se buscar em searas fora dessas fronteiras a fundamentação para afastar os pensamentos que não convergem para a conciliação. Cita-se Zygmunt Bauman:

A habilidade de que mais necessitamos para oferecer à esfera pública alguma chance de ressuscitação é a da interação com os outros - de manter um diálogo, de negociar, de obter a compreensão mútua e de administrar ou resolver os inevitáveis conflitos em qualquer instância da vida compartilhada.²⁴

²³ <https://jus.com.br/artigos/61864/tabelionato-de-protesto>, acesso em 22 de out. 2021.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 12.

A experiência cotidiana dos advogados e a proximidade da Justiça cegam a profissão jurídica em relação a concepções mais profundas de justiça (interna ou social) e, conseqüentemente, fazem com que a profissão ignore a relação entre justiça civil e justiça cívica, “assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico.”²⁵

CONCLUSÕES

Como se buscou estabelecer no presente trabalho, destacar a eficiência e agilidade que se espera nos dias atuais em todas as áreas, os quais são denominados de “digitais”, os meios de solução de controvérsias não podem ficar no formato analógico. Desta forma, guardando a devida congruência e simetria com que os serviços prestados pelos notários e registradores, o Conselho Nacional de Justiça tem assumido postura de vanguarda ao incrementar os meios e matérias colocados à disposição para a solução dos conflitos servindo-se dos serviços notariais e registrais.

Desta forma, caminha em conjunto a legislação processual civil com o Provimento do Conselho Nacional de Justiça nº 72, dispondo sobre medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protesto do Brasil. Esta é a resposta ao problema formulado, pois, em razão da análise feita, dentro do contexto dedutivo, ao ofertar ao cidadão um meio mais rápido e célere, aceito pelo Poder Judiciário, como alternativa para a solução da controvérsia significa avanço inexorável para as partes envolvidas. É evidente que ao garantir uma nova alternativa, com amparo legal para a solução da controvérsia, importa em avanço para vencer a morosidade e tornar efetiva a prestação dos serviços, ainda mais quando delegados do serviço público.

Com a adoção dessa prática, perante os tabelionados de protestos, evidencia-se o prestígio ao “sistema multiportas” que é um instrumento hábil a ofertar respostas rápidas e eficientes para o desenvolvimento do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMARGO, Rodrigo Moreira. Tabelionato de protestos: especialidade extrajudicial.

²⁵ ECONOMIDES, Kim. op. cit. p. 72.
135

Disponível em <https://jus.com.br/artigos/61864/tabelionato-de-protesto>, acesso em 22 de mar. 2021.

CAMPOS, Adriana Pereira. Mediação Escolar como Caminho para a Desjudicialização: Potencialidades. *Argumentum*, Marília, v. 19, n. 3, p. 823-844, set./dez. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHASE, Oscar G. Direito, cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Editora Marcial Pons, São Paulo, 2014. (Coleção Processo e Direito).

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2016.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: CIDADANIA, JUSTIÇA E VIOLÊNCIA, Organizadores Dulce Pandolfi... [et al]. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. São Paulo: USP, 2011.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. A Justiça Consensual do Tribunal Múltiplas Portas e a Política Pública Norte-Americana de Tratamento de Conflitos: Contribuições ao Modelo Brasileiro. In: Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, n. 20, 2017.

GUERRERO, Luis Fernando. Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios. São Paulo: USP, 2012, 255 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC, São Paulo, 2012. 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 14 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagrasta. Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). Mediação no judiciário: teoria na prática. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil - volume único. Salvador: Juspodivm, 2021.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um Direito e seus obstáculos. In: Revista USP, nº 101 (maio), 2014.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Curitiba: IMAB, 1998.p. 16.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

ANOREG BR, 2018, on-line. Disponível em <https://www.anoreg.org.br/site/>, acesso em 22 de outubro de 2021.

Há um direito fundamental de infectar? (o “cuidado” em Martin Heidegger)

Nilton Rodrigues da Paixão Júnior¹

Resumo

A crise da Covid-19 parou a economia e confinou pessoas na tentativa de conter o avanço viral. Muitas vidas foram ceifadas e as vacinas surgiram simbolizando a esperança de recobrar o normal assolado pelo caos da doença. Todavia há muitas pessoas que se recusam a se vacinar com a alegação do direito à liberdade, frustrando a possibilidade da intitulada imunidade de rebanho. Haveria um direito fundamental de infectar?.

Palavras-chave: Covid-19; Vacinas; Liberdade; Solicitude; Martin Heidegger.

Is there a fundamental right to infect? (the “care” in Martin Heidegger)

Abstract

Covid's crisis halted the economy and confined people in an attempt to stem the viral spread. Many lives were taken and vaccines emerged, symbolizing the hope of recovering the normal, devastated by the chaos of the disease. However, there are many people who refuse to be vaccinated with the claim of the right to freedom, frustrating the possibility of the so-called herd immunity. Would there be a fundamental right to infect?

Keywords: Covid-19; vaccines; freedom; concern; Martin Heidegger.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida – UVA. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Pesquisador do GGINNS – Research Group on Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability.

INTRODUÇÃO

Há uma crise de magnitude planetária fruto da Covid-19. O mundo vivencia suas consequências tanto em aspectos sociais quanto econômicos. A economia sofre impactos sem precedentes, até muito mais graves que a crise financeira de 2008, com inúmeras consequências, entre as quais o incremento nas taxas de desemprego e o encurtamento dos produtos internos brutos das nações. Vidas são ceifadas aos milhares e as sequelas dos conseguiram sobreviver ainda são em boa parte desconhecidas.

Os números de contaminados e mortos são assustadores. Em meio a esse caos pandêmico, surgem as vacinas como uma luz no fim do túnel, uma perspectiva de superação dos efeitos deletérios a que todos as pessoas do mundo estão hoje expostas.

Os tempos são de observância às evidências científicas e às orientações da Organização Mundial de Saúde - OMS. A ciência deve imperar sobre a doxa ou opinião e ideologias, exigindo a união de esforços com o fim de salvar vidas como requisito para se pensar em seguida na recuperação das atividades econômicas.

Lamentavelmente ainda há pessoas que se negam a vacinar sob os mais diversos argumentos entre os quais i) que as vacinas não são seguras, pois são experimentais; ii) que já teve Covid-19 e está devidamente protegido; iii) que vacinas são perigosas para crianças e adolescentes; iv) que não se sabe ainda se as vacinas causarão efeitos tardios nos imunizados, por isso é preciso esperar; vi) que as vacinas mexem do DNA ou RNA e, por fim vii) que se trata do exercício de um direito fundamental de liberdade, esse último aspecto interessando mais de perto para este artigo.

A questão virou matéria de lei (Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020), de decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, do Tribunal Superior do Trabalho - TST e de Portaria do Ministério do Trabalho (Portaria nº 620, de 1º de novembro de 2021).

Haveria um direito fundamental a não se vacinar ou, em outras palavras, de contaminar? Tratar-se-ia de um direito fundamental de liberdade? O que está em jogo?

Ao lado desse alvoroço jurídico, Martin Heidegger pode lançar uma lufada de ar no entendimento desse problema importante e que repercute diretamente na vida de todas as pessoas, a partir da noção de cuidado (*Fürsorge*). É preciso perquirir o que subjaz existencialmente, quando alguém se recusa a vacinar-se.

1 A SOCIEDADE SITIADA PELA COVID-19: AS VACINAS COMO ESTRATÉGIA DE SOBREVIVÊNCIA

O caos assolou a humanidade. Um ser microscópico, o SARS-CoV-2, destronou a fortaleza humana, demonstrando a fragilidade da vida e a necessidade de os povos se unirem no combate a um inimigo comum – a Covid-19.

Dados de hoje² da Organização Mundial de Saúde – OMS, informam que “No Brasil, de 3 de janeiro de 2020 às 17h08 CET, de 17 de novembro de 2021, ocorreram 21.960.766 casos confirmados de COVID-19 com 611.346 óbitos, notificados à OMS. Em 12 de novembro de 2021, um total de 272.232.365 doses de vacina foram administradas. São números que aterrorizam. No mundo, a partir das 17h08 CET de 17 de novembro de 2021, houve 254.256.432 casos confirmados de COVID-19, incluindo 5.112.461 mortes, notificados à OMS. Em 15 de novembro de 2021, um total de 7.307.892.664 doses de vacina foram administradas.

As vacinas se tornaram uma espécie de tábua de salvação para os habitantes de todos os continentes, que nelas vislumbram um caminho que conduz a todos o regresso à normalidade de suas vidas.

Quanto à segurança das vacinas, a Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS³, em parceria com a OMS, assim se posiciona:

O desenvolvimento de uma vacina nova é um processo complexo e longo que demora em média 10 anos. Porém, as vacinas contra COVID-19 são a culminação de anos de pesquisa em novas tecnologias e foram criadas aproveitando as lições aprendidas com o trabalho nas vacinas contra SARS e MERS e nas vacinas desenvolvidas contra Ebola. Tendo em vista a atual pandemia de COVID-19, instituições, fabricantes comerciais e pesquisadores de todo o mundo trabalharam a uma velocidade e escala sem precedentes para desenvolver vacinas seguras e efetivas contra COVID-19 em cerca de 12 a 18 meses após o início da pandemia.

[...]

Há mecanismos rigorosos de proteção em vigor para ajudar a garantir a segurança de todas as vacinas contra COVID-19. Antes de receber a validação da OMS e das agências reguladoras nacionais, as vacinas contra COVID-19 precisam passar por testes rigorosos em ensaios clínicos para demonstrar que cumprem parâmetros de segurança e efetividade estabelecidos internacionalmente.

Colaborações científicas sem precedentes permitiram que a pesquisa, o desenvolvimento e as autorizações das vacinas contra COVID-19 fossem concluídos em tempo recorde, para atender à necessidade urgente de vacinas contra COVID-19 ao mesmo tempo em que altos padrões de segurança eram mantidos. Como é o caso com todas as vacinas, a OMS e os órgãos reguladores continuarão a monitorar o uso das vacinas contra COVID-19 para confirmar que continuam sendo seguras para todos

²Disponível em: <https://covid19.who.int/region/amro/country/br>. Acesso em 18 nov 2021.

³Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/54640/OPASFPLIMCOVID-19210032_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 17 nov 2021.

que as recebem.

Portanto, a vacinação é a verdadeira arma hoje disponível para combater a pandemia e não há justificativa que possa se opor à estratégia de imunização do maior número possível de pessoas. Com respeito à “imunização de rebanho”, a OPAS e a OMS afirmam que:

A “imunidade de rebanho”, também conhecida como “imunidade coletiva”, é a proteção indireta contra uma doença infecciosa que ocorre quando a população é imune, seja por meio de vacinação ou por imunidade desenvolvida após infecção anterior. A OMS defende que a “imunidade de rebanho” seja atingida por meio da vacinação, não por deixar a doença se alastrar em qualquer segmento da população, porque isso levaria a casos e mortes desnecessários.

Não sabemos o que será necessário para alcançar a imunidade de rebanho. Precisamos de mais informações sobre o impacto das vacinas na infecção e na transmissão. Além disso, a imunidade de rebanho depende do vírus em si: quanto mais transmissível ele for, maior a cobertura vacinal necessária para chegar à imunidade de rebanho. Estudos de modelagem dão alguma ideia, mas os resultados devem ser interpretados com cautela porque eles identificam quais atributos da vacina mais influenciam a obtenção da imunidade de rebanho no contexto epidemiológico atual, em vez de fazerem uma previsão específica de nível de cobertura.

Além disso, não deveríamos nos basear em um só número. Uma alta taxa global de cobertura vacinal não significa que todos estejamos a salvo. Já se observaram exemplos de aglomerados de casos de sarampo em certas subpopulações mesmo quando a população geral tinha altos níveis de cobertura vacinal. Em vez de nos concentrarmos em uma estatística global, devemos aproveitar nosso conhecimento sobre a transmissão de COVID19 para adotar uma abordagem inteligente e direcionada. A imunidade de rebanho é relevante do ponto de vista local. Ela se trata da cobertura na comunidade onde você mora, e os padrões de mistura social e grau de transmissão do vírus nessa comunidade.

Como se vê, é de fundamental importância que toda a sociedade esteja vacinada, sob pena de não se conseguir controlar a atual pandemia, do contrário a própria eficácia e segurança das vacinas poderão ser afetadas com o surgimento de variantes virais que conseguirão fugir da cobertura vacinal, acabando por inviabilizar todos os esforços empreendidos até agora.

Contra os fatos fica difícil se opor. Fatos são coisas teimosas que costumam desmentir ideologias ou mesmo estratégias de propaganda e marketing. Fatos falam e há outros que até gritam, como é o caso das vacinas, elas anunciam uma saída viável para a crise em alto e bom tom.

Não pode haver espaço o negacionismo, aqui compreendido como atitude tendenciosa consistente na recusa a aceitar ou validar a existência ou a verdade de eventos históricos ou mesmo fatos científicos. Num momento tão grave como o atual, não pode haver mais espaço para esse tipo de atitude. A liberdade individual deve ser tutelada pelo Estado, mas isso não pode gerar o paradoxo de negar a própria essência do que seja liberdade, já que qualquer excesso de liberdade nega a própria noção de seu conteúdo.

A ciência deve ser a guia nesta atual quadra, sob pena de se não conseguir proteger o

bem coletivo da saúde. Convicções pessoais, seja de ordem filosófica ou religiosa, não pode prevalecer diante da necessidade inafastável de proteger a vida. Liberdade não é fazer o que se quer a qualquer momento e sim fazer o que se pode com observância das regras democráticas conduzidas pelo estado democrático de direito, sob pena de inviabilizar a própria democracia.

2 VACINAR OU NÃO VACINAR - EIS A QUESTÃO: UMA CELEUMA JURÍDICA?

A obrigatoriedade ou não de vacinação acabou por repercutir no mundo jurídico, primeiro em esfera legislativa, com a promulgação da Lei nº 13.979⁴, de 6 de fevereiro de 2020, que “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”. O art. 3º explicita as ações estatais para o enfrentamento da pandemia:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

[...]

III - determinação de realização compulsória de:

[...]

d) vacinação e outras medidas profiláticas;

[...]

(Negritos acrescentados)

A lei é clara ao tornar obrigatória (compulsória) a vacinação e outras medidas profiláticas, não restando qualquer ressalva, pois o foco legislativo é a saúde coletiva e a proteção da sociedade.

O STF⁵, firmou o entendimento no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski. A síntese do acórdão do julgamento do STF sobre a vacinação obrigatória:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, julgar parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, nos termos do voto do Relator e da seguinte tese de julgamento:

(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou

⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em 11 nov 2021.

⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>. Acesso em 11 nov 2021.

dela decorrentes, e

- (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes,
 - (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes,
 - (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas,
 - (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e
 - (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e
- (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência".

O STF nada mais fez que julgar conforme à Constituição Federal a Lei nº 13.979/2021, ratificando a plena eficácia jurídica de seu art. 3º. A Corte, inclusive, decidiu que o acesso às suas dependências depende de prévia apresentação de comprovante vacinal, como dispõe a Resolução nº 748⁶, de 26 de outubro 2021.

Em plano regulamentar, o Ministério do Trabalho - MTb editou a Portaria nº 620⁷, de 1º de novembro de 2021, vedando a exigência de certificado de vacinação tanto em processos seletivos de contratação de mão de obra quanto demissão por justa causa para os que não se vacinam. O MTb agiu em completo desacordo com a Lei nº 13.979/2021.

Essa iniciativa ministerial ocorreu em face de inúmeras demissões, por justa causa, de empregados que se recusaram a se vacinar. O próprio Tribunal Superior do Trabalho – TST passou a exigir o passaporte vacinal para ingresso em suas dependências, tendo editado o Ato Conjunto nº 279/TST.GP.GVP.CGJT⁸, de 26 de outubro de 2021.

A Justiça do Trabalho vem reconhecendo reiteradamente o direito dos empregadores de demitir os não vacinados e condicionar as contratações à exibição de atestados de vacina, sob o argumento de que a recusa à vacinação viola o bem coletivo na ambiência laboral, na linha do decidido pela 13ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região⁹, inclusive com parecer favorável do Ministério Público do Trabalho:

Diante de uma pandemia, como a de covid-19, a vacinação individual é pressuposto para a imunização coletiva e controle da pandemia. Nesse contexto, se houver recusa injustificada do empregado à vacinação, pode caracterizar ato faltoso, nos termos da legislação. Todavia, a empresa não deve utilizar, de imediato, a pena máxima ou qualquer outra penalidade, sem antes informar ao trabalhador sobre os benefícios da vacina e a importância da vacinação coletiva, além de propiciar-lhe atendimento médico, com esclarecimentos sobre a eficácia e segurança do imunizante.

A presidente do TST, Maria Cristina Peduzzi, afirmou que:

⁶Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SEI_STF_res748.pdf. Acesso em 11 nov 2021.

⁷Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-620-de-1-de-novembro-de-2021-356175059>. Acesso em 12 nov 2021.

⁸Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/194771>. Acesso em 13 nov 2021.

⁹Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/justica/noticia/2021-07/justica-confirma-demissao-por-recusa-vacina-contracovid-19>. Acesso em 12 nov 2021.

O direito da coletividade se sobrepõe ao direito individual e se um empregado se recusa à vacinação, ele vai comprometer o meio ambiente de trabalho que necessariamente deve ser promovido, por meio do empregador, da forma mais saudável possível, por isso que há uma justificativa que tem embasado decisões nesse sentido.

[...]

Se ele [o funcionário] tiver a justificativa [para não se vacinar], ele poderá ir para o trabalho remoto. O empregador não vai demitir.

[...]

Mas a injustificada recusa compromete o direito coletivo dos demais trabalhadores, então nesse sentido parece que a justa causa foi aplicada com essa preocupação. Uma decisão justificada.

Como se pode analisar dos muitos posicionamentos judiciais, inexistente polêmica quanto à obrigatoriedade de vacinação, o que não implica afirmar que uma pessoa possa ser forçada a tomar qualquer vacina, todavia ela poderá sofrer sanções de ordem civil-laboral-administrativa em casos de recusas injustificadas.

O empregador, público ou privado, que exigir o atestado de vacina estará atuando nos estritos termos da lei, com a devida interpretação que lhe conferiu o STF.

O direito fundamental a ser tutelado é o direito à vida e à saúde. Quando o livre arbítrio colide com o interesse coletivo, prevalece o interesse coletivo.

As democracias não garantem a quem quer que seja o “direito” de colocar a vida de terceiros em risco. O Estado confere liberdade máxima para que cada pessoa decida sobre o seu próprio destino ou seu projeto de vida, inclusive em questões de saúde. Mas absolutamente ninguém pode deliberar sobre a vida alheia. Pode-se até permitir discussões acerca de um direito de matar-se, todavia não há tolerância quando se trata de ceifar a vida de outrem. A sociedade optou por negar até o direito de matar-se. É uma escolha que se reflete no direito como instrumento concretizador das decisões sociais.

O ato regulamentar, inclusive, exorbita o âmbito regulamentar, já que em rota de colisão insanável com o teor da Lei nº 13.979/2021, além de colocar em risco a saúde coletiva e, conseqüentemente, a incolumidade física de cada integrante da sociedade.

Viver num estado democrático de direito exige que cada um se conforme às orientações constitucionais que norteiam e configuram o regime jurídico da sociedade, sob pena de inviabilizar a harmonia social.

3 O CUIDADO (*FÜRSORGE*) EM HEIDEGGER

O filósofo Martin Heidegger contribui, com sua ontologia fundamental, expressada em sua obra “Ser e Tempo”, abrindo caminhos e propiciando outras maneiras de pensar.

A explicação do mundo de carne e osso (real) pode se dar em dois planos distintos, o ôntico e o ontológico. Heidegger (2009, p. 47), ao tratar da onticidade, afirma que “A pesquisa científica não é o único modo de ser possível desse ente e nem sequer o mais próximo”, o filósofo ao se referir a “ente” está dizendo sobre o homem. Na primeira abordagem, está-se diante das ditas ciências particulares ou determinadas, a exemplo da física, da química, da biologia, da antropologia etc. Pela segunda visão, busca-se colocar a questão do ser.

[...] A presença tem, por conseguinte, um terceiro primado, que é a condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias. Desse modo, a presença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro. (HEIDEGGER, 2009, p. 49)

Para Heidegger o homem (ente/presença), numa abordagem ontológica, a mais originária, é o “primeiro interrogado”, em outras palavras, é a partir dele que se pode questionar o mundo, começando pelo ser dessa presença, que apenas pode ser viável deixando que esse ente (essa presença) se mostre em sua existência em seus diversos modos de ser. Não se deve trabalhar com abstrações e sim com a vida como ela é, como ela se dá em suas multifacetadas ocorrências e possibilidades.

O homem nunca está sozinho e sem um mundo. Desde o seu nascimento, ele é lançado como projeto num meio cultural (ser-em) e, portanto, *ab ovo* forçado a con-viver com outros de sua espécie (ser-com). Isso é inevitável: nem o mundo vai embora e nem as outras presenças. Heidegger denominou de *Dasein* (ser-aí) essa presença, esse ente.

[...] a presença não somente tende a decair no mundo em que é e está, e de interpretar a si mesma pela luz que dele emana. Justamente com isso, a presença também decai em sua tradição, apreendida de modo mais ou menos explícito. A tradição lhe retira a capacidade de se guiar por si mesma, de questionar e escolher a si mesma.

O *Dasein*, lançado num mundo que não escolheu, numa cultura que lhe é estranha, numa língua desconhecida, vê-se forçado a inicialmente ser o que outros decidem que ele o seja. E os outros não decidem a partir do nada e sim das camadas culturalmente assentadas historicamente, especialmente quanto aos valores.

Há, de início, uma repetição acrítica ou não assimilada de noções, ocorrem meras repetições. Com o domínio da linguagem, o *Dasein* começa a elaborar melhor sua interação com o mundo circundante e as pessoas à sua volta, o que não lhe garante completa autonomia, pois o peso da cultura continua sobre seus ombros existenciais.

Nesse contexto, o que faz com que alguém diante da lei e de decisão do STF e da Justiça do Trabalho, todas declarando a constitucionalidade da compulsoriedade da vacinação a resistir, mesmo sabendo do potencial deletério de sua decisão em termos de contaminação viral? O que isso esconde quando revela? Por que não passa pelo pensamento a existência do outro que pode ser contaminado pela recusa à vacinação?

O conceito heideggeriano de cuidado (*Fürsorge*) talvez possa lançar luzes nessa

escuridão. Um *Dasein* que se recusa a vacinar-se não parte do nada, ele está num modo de ser com outros que o cercam, no qual encontra as condições para que sua decisão floresça. O mundo à sua volta certamente lhe oferece lastro para que tome essa deliberação. Costuma-se dizer que esse *Dasein* é um negacionista ou, em outros termos, que ele, no caso, nega a ciência e fatos que dela decorrem como, por exemplo, a eficácia e segurança das vacinas até o momento desenvolvidas no combate à pandemia e à redução das taxas de propagação viral.

Por que esse *Dasein* não pensa na possibilidade de infectar o outro? Será que ele não se dá conta de que não está sozinho habitando o mundo?

Sartre (2015, p. 93), ao tratar da distinção entre mentira e má-fé fornece subsídios para entender o que se passa em situações caracterizadas na indagação acima:

Costuma-se igualá-la à mentira. Diz-se indiferentemente que uma pessoa dá provas de má-fé ou mente a si mesma. Aceitemos que má-fé seja mentir a si mesmo, desde que imediatamente se faça distinção entre mentir a si mesmo e simplesmente mentir. Admitimos que a mentira é uma atitude negativa. Mas esta negação não recai sobre a consciência, aponta só para o transcendente. A essência da mentira, de fato, implica que o mentiroso esteja completamente a par da verdade que esconde. Não se mente sobre o que se ignora; não se mente quando se difunde em erro do qual se é vítima; não se mente quando se está equivocado. O ideal do mentiroso seria, portanto, uma consciência cínica, que afirmasse em si a verdade, negando-a em suas palavras e negando para si mesma esta negação.

No caso, o *Dasein* em questão não é um mentiroso, mas está de má-fé. Ele não está equivocado sobre a eficácia vacinal, ele sabe do contrário e nega a si mesmo o que sabe.

Ontologicamente, nas profundezas abissais do ser, pode ser que esse *Dasein* esteja vivendo apenas o presente, a sucessão infinita de agoras, saltitando de um ponto temporal para outro, esquecendo-se das experiências vividas (passado/vigor-do-já-ter-sido), nas quais a humanidade experienciou inúmeras pandemias virais e bacterianas e as combateu (com vacinas), olvidando também as possibilidades que o futuro pode abrir após o controle da pandemia. Esquece-se também que não está isolado ou naufrago em uma ilha deserta.

A falação, a curiosidade e a ambiguidade caracterizam o modo em que a presença realiza cotidianamente o seu “pre”, a abertura de ser-no-mundo. Como determinações existenciais, essas características não são algo simplesmente dado na presença, constituindo também o seu ser. Nelas e em seu nexos ontológico, desvela-se um modo fundamental de ser da cotidianidade que denominamos com o termo *decadência* (N60) da presença.

Este termo não exprime qualquer avaliação negativa. Pretende apenas indicar que, numa primeira aproximação e na maior parte das vezes, a presença está *junto* e no “mundo” das ocupações. Este empenhar-se e estar junto a... possui, frequentemente, **o caráter de perder-se no caráter público do impessoal.** (Negritos acrescentados)

Para Heidegger, nesse caso, o modo de ser desse *Dasein* é o da inautenticidade, pois ele decaiu (decadência) no mundo em sua cotidianidade, ele se faz o impróprio de si mesmo, tornando-se um ventríloquo da rotina mundana, do grupo social a que se vincula de forma mais próxima, movendo-se pela tagarelice, pela curiosidade, condenando-se, assim, às

ambiguidades.

Quando se olha para o outro como mais um ente entre tantos outros, não se vê um *Dasein*, mas algo que se espacializa no mundo, como uma árvore, um carro ou um rio. Vislumbra-se mais um outro da mesma espécie, não em seus modos de ser, em suas circunstâncias, em suas particularidades, em seus desejos, frustrações e angústias, enxerga-se “um mais alguém” como “tantos outros” e, dessa forma, os olhos olham ninguém - um ente objetificado.

Esse *Dasein*, geralmente, alega que não toma vacina num exercício do direito de liberdade de deliberar sobre o seu próprio corpo e saúde e que tentativas de lhe impor a vacinação seria um atentado ao seu legítimo direito de recusa (liberdade). Com esse tom fala o *Dasein*-indivíduo adversário do *Dasein*-cidadão. Um navega em torno do próprio umbigo e o outro se lança nos mares bravios da alteridade e da convivência com as diferenças.

Na ótica de Bauman (2001, p. 45), citando Tocqueville:

E assim há também outro obstáculo: como de Tocqueville há muito suspeitava, libertar as pessoas pode torná-las *indiferentes*. **O indivíduo é o pior inimigo do cidadão**, sugeriu ele. **O “cidadão” é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade - enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à “causa comum”, ao “bem comum”, à “boa sociedade” ou à “sociedade justa”**. (Negritos acrescentados)

Conviver num estado democrático de direito exige cidadania em detrimento de individualidades, não no sentido de supressão de direitos individuais, mas na acepção de prevalência de direitos coletivos em situações de conflito para se evitar um mal maior para todos. A comunidade pressupõe troca e tolerância, às vezes com diminuição de liberdades em prol da harmonia social e da convivência pacífica.

[...] Para alcançar uma vida satisfatória - ou suportável, vivível, para sermos mais exatos -, **são tão imprescindíveis as liberdades de agir** segundo os próprios impulsos, urgências, inclinações e desejos **quanto as restrições impostas no interesse da segurança**, já que **segurança sem liberdade equivaleria à escravidão**, a passo que liberdade sem segurança desataria o caos, a desorientação e uma perpétua incerteza, redundando em impotência para agir de forma resoluta. Mas **ambas são e continuarão a ser para sempre inconciliáveis**. (BAUMAN, 2017, p. 9) (Negritos acrescentados)

Bauman deixa clara a impossibilidade de conciliação entre liberdade e segurança. Mas é preciso indagar o que fazer quando esses valores se chocam e, nesse caso, qual deve ser a preponderância. É de suma importância não perder de vista que o movimento do pêndulo para qualquer dos lados desequilibra, pois quanto maior a segurança menor será a liberdade e o incremento de segurança reduzirá a liberdade.

Parece que no caso da vacinação já existem parâmetros legais e judiciais avalizando a preponderância da segurança coletiva em detrimento da liberdade individual de recusar as vacinas. Assim, o *Dasein* pode se recusar a vacinar-se, entretanto terá de arcar com as

consequências restritivas do exercício de seus direitos civis, trabalhistas e administrativos, até mesmo a sua garantia constitucional de “ir e vir”.

Ademais, a prevalência da saúde coletiva sinaliza para um outro conceito que serve de baliza principiológica para o deslinde da questão, a saber, a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Cleyson de Moraes Mello:

Não basta, pois, que o reconhecimento e a inserção da dignidade humana nas Constituições e nos principais tratados internacionais do segundo pós-guerra permaneçam de forma simbólica e entificada. É certo que a dignidade da pessoa humana não pode ser conceituada, uma vez que deve ser alçada (como um verdadeiro “salto”) a um patamar de meta norma, ou seja, a um espaço de fundamentalidade jurídica em que possa ser enraizada com a própria constituição existencial do *Dasein*. [...] Numa sociedade aberta, tal como é o Estado Democrático de Direito na contemporaneidade, a concepção da dignidade da pessoa humana quer como “princípio”, quer como fundamento do direito, deve ter um conteúdo aberto e inclusivo, como uma espécie de amálgama aos elementos constitutivos e totalizantes do *Dasein* (cura). (MORAES MELLO, 2020, p. 22-23)

MORAES MELLO (2020, p. 22-24) alerta para o fato de não se deixar a dignidade da pessoa humana como letra morta em textos constitucionais e tratados internacionais, mas isso tem acontecido por força de uma hermenêutica jurídica ainda refém da filosofia da consciência objetificante do ser. Caso as bases epistêmicas do direito ainda persistam nos atuais paradigmas, dificilmente se conseguirá operar o “salto” necessário para ressignificar o olhar jurídico redirecionando-o para o *Dasein*, como condição de possibilidade para o redimensionamento da hermenêutica jurídica. Superada essa dificuldade, o cariz existencial da analítica do *Dasein* daria cabo à atual captura do Direito pela filosofia da consciência. Só a partir do *Dasein* pode-se pensar a dignidade da pessoa humana como meta norma condicionante da ordem jurídica e farol irradiante inspirador para a hermenêutica jurídica.

O *Dasein* deve ter para com outro *Dasein* cuidado ou solicitude (*Fürsorge*), e esse cuidar pode manifestar-se de duas maneiras extremas:

Há duas maneiras extremas de solicitude ou de cuidar do outro, onde existem, obviamente, também inúmeras variações. Uma delas é o “Einspringende Fürsorge”, que literalmente, em alemão quer dizer: cuidar do outro pulando em cima dele ou, em outras palavras, “pôr o outro no colo”, “mimá-lo”, fazer tudo pelo outro, dominá-lo, manipulá-lo ainda que de forma sutil. A outra maneira de cuidado para com o outro é o “Vorspringende Fürsorge”, em alemão - pular em frente ao outro; quer dizer, possibilitar ao outro assumir seus próprios caminhos, crescer, amadurecer, encontrar-se consigo mesmo. **Todas as maneiras de indiferença, apatia, falta, competição - sintomas, aliás, muito atualizados em nossa vida de grandes cidades - são maneiras deficientes da primordial característica fundamental - solicitude.** (CRITELLI, 1091, p. 19-20) (Negritos acrescentados)

O *Dasein* que se recusa vacinar-se, pondo em risco a vida de outro *Dasein*, posta-se com indiferença e apatia diante da alteridade, narcisicamente focado em si mesmo, furtando-se das obrigações decorrentes da cidadania e do convívio social nos espaços públicos. Ele manifesta uma maneira deficiente (e distorcida) do cuidado (*Fürsorge*).

Somente na abertura diante do outro que a pessoa pode ter condições de compreender autenticamente o que seja ontologicamente viver sendo com os outros, estando num mundo em partilha de experiências e troca de vivências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode verificar neste artigo, inexistente qualquer direito fundamental a contaminar. A pessoa que se recusa a vacinar-se põe em risco a saúde coletiva e fragiliza as políticas públicas desenvolvidas para conter o avanço da Covid-19.

Não há controvérsia jurídica sobre a compulsoriedade de vacinação, tanto por força de lei (Lei nº 13.979/2021) quanto por posicionamentos judiciais, máxime pelo STF (ADIs nºs 6586 e 6587).

As pessoas são finitas, marcadas para encontrarem-se com a morte, a morte de cada um, como possibilidade mais originária e inafastável. Cada um, a seu tempo, deve morrer a própria morte. Ontologicamente é indigno que outro ser humano dê causa à antecipação da morte de outrem, inviabilizando que a morte ocorra no seu devido tempo. Deve-se morrer a tempo e não a des-tempo (simplesmente perecendo).

Cada um deve assumir o peso de existir e isso implica responsabilizar-se por todas as escolhas que faz. Qualquer escolha decorrente do exercício do direito de liberdade deve encontrar na existência do outro e nas regras constitucionais os parâmetros limitadores. Liberdade incontida apenas existe em ideias desligadas do mundo de carne e osso ou em mentes doentias ou privadas de inteligência.

É impossível viver harmonicamente numa sociedade sem um mínimo de segurança. Situações perenes de incerteza e risco inviabilizam a boa vida, o bem-estar. Uma pessoa necessita sentir-se protegida.

Não é nada fácil equilibrar segurança e liberdade. Quando o peso aponta para qualquer dos lados, a outra ponta sente o esmagamento de seus conteúdos. Num estado democrático de direito, regras devem ser impostas sob pena de o caos se instituir como moldura condutora das ações individuais.

É preciso cuidar de si e do outro, sem opressões, manipulações ou tentativas de dominações. Cada pessoa deve eleger o seu projeto de vida, realizando-se, sem, contudo, anular outros projetos de vida. Indiferença e apatia diante do outro ensina que o mesmo seja feito a quem age dessa maneira. Numa luta de todos contra todos ninguém se sagra vencedor, todos perdem.

Não sem razão a Constituição Federal, já no seu preâmbulo, preconiza que “a liberdade,

a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” seja a diretriz a ser seguida pelos brasileiros. Adiante, ao tratar dos fundamentos da República, afirma que o estado democrático de direito tem por fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Etimologicamente, a palavra axioma significa dignidade. Conceitualmente ou por definição, o sentido de axioma é ser o ponto de partida, a partir do qual as coisas são construídas. A pessoa diante da outra pessoa deve ser o ponto de partida, o axioma, sem diminuições de importância em nenhum dos polos. Desprezar isso implica quebra de dignidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **O retorno do pêndulo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2017.

BRASIL. PODER EXECUTIVO. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em 11 nov 2021.

_____. **Portaria nº 620, de 1º de novembro de 2021**. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-620-de-1-de-novembro-de-2021-356175059>. Acesso em 12 nov 2021.

BRASIL. PODER JUDICIÁRIO. STF. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 6586 e 6587**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em 11 nov 2021.

_____. **Resolução nº 748, de 26 de outubro de 2021**. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SEI_STF_res748.pdf. Acesso em 11 nov 2021.

_____. TST. **Ato Conjunto nº 279/TST.GP.GVP.CGJT**. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/194771>. Acesso em 13 nov 2021.

CABRAL, Alexandre Marques. **Heidegger e a destruição da ética**. Rio de Janeiro: Mauad Editora, 2009.

CRITELLI, Dulce Mara. **Todos nós...ninguém**. São Paulo: Moraes, 1981.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Carta sobre o humanismo**.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Dignidade da pessoa humana: a compreensão existencial da Constituição**. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Petrópolis: Vozes, 2015.

O papel da advocacia pública no dever de coerência na Administração Pública

Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹

Resumo

O artigo aborda o papel da advocacia pública na efetivação do dever de coerência da Administração Pública. O Estado Pós-moderno, fortemente marcado pela complexidade, pluralidade e incerteza, acarreta para o gestor público o desfaio de reduzir a insegurança jurídica e dispensar tratamento isonômico aos administrados. A efetividade do princípio da segurança jurídica e da garantia de coerência estatal depende da melhoria da gestão pública, mas, também, da organização e da autonomia da advocacia pública. Destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça, a advocacia pública é responsável pelo controle interno e defesa da juridicidade dos atos estatais, garantindo aos administrados uma gestão pública dentro dos parâmetros fixados no ordenamento jurídico. A atuação coerente e isonômica da Administração Pública, evitando a edição de atos contraditórios e o tratamento desigual entre pessoas inseridas em contextos semelhantes, depende, em larga medida, da atuação do advogado público que, por essa razão, deve ter assegurada a sua independência funcional. No exercício de sua missão institucional, a advocacia pública deve zelar pela coerência administrativa, o que revela a necessidade de emissão de pareceres e outras formas de manifestação jurídica, inclusive na esfera judicial, que garantam o respeito aos precedentes judiciais e administrativos.

Palavras-chave: Advocacia pública; Estado Pós-moderno; Administração Pública; coerência estatal.

Abstract

The article deals with the role of public advocacy in the implementation of the duty of coherence of the Public Administration. The Postmodern State, strongly marked by complexity, plurality

¹ *Visiting Scholar* pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade Veiga de Almeida. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Cândido Mendes. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. E-mail: contato@roaa.adv.br.

and uncertainty, causes the public manager the task of reducing legal uncertainty and dispensing with isonomic treatment to the administered. The effectiveness of the principle of legal certainty and the guarantee of state coherence depends on the improvement of public management, but also on the organization and autonomy of public advocacy. Highlighted in the constitutional text as an essential function of Justice, public advocacy is responsible for internal control and defense of the legality of state acts, guaranteeing the public administration a management within the parameters set in the legal system. The coherent and isonomic action of the Public Administration, avoiding the publication of contradictory acts and the unequal treatment between persons inserted in similar contexts, depends, to a large extent, on the performance of the state attorney that, for that reason, must have ensured the functional independence. In the exercise of its institutional mission, public advocacy must ensure administrative coherence, which reveals the need for issuing opinions and other forms of legal expression, including in the judicial sphere, that guarantee respect for judicial and administrative precedents.

Keywords: Public advocacy; Postmodern State; Public administration; State coherence.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o papel da atuação da advocacia pública na garantia do dever de coerência estatal.

Com as intensas transformações tecnológicas, o pluralismo de interesses consagrados no ordenamento jurídico, o excesso de informações e o incremento das incertezas e dos riscos, revela-se desafiadora a atuação coerente do gestor público. A coerência estatal é uma exigência que decorre, automaticamente, dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima e da isonomia.

O desafio é a busca da coerência no ambiente de caos. Não se trata de exigir, pura e simplesmente, a petrificação da ação estatal, uma vez que a coerência não significa imutabilidade.

Em verdade, o caminho é a atuação estatal coerente com as promessas firmes, com as interpretações e com os próprios atos passados, com o objetivo de gerar previsibilidade para os cidadãos e, desta forma, proteger as legítimas expectativas geradas, sem proibir, contudo, as mudanças, adaptações e evoluções que são necessárias para que o Direito se mantenha conectado com as necessidades da sociedade.

Nesse contexto, revela-se conveniente investigar o papel da advocacia pública na implementação do dever de coerência na gestão pública.

2 OS DESAFIOS DA GESTÃO PÚBLICA NO ESTADO PÓS-MODERNO

A gestão pública, na atualidade, enfrenta enormes desafios, com destaque para dificuldade de compatibilizar interesses diversos, típicos de uma sociedade plural, no contexto de incertezas e constantes transformações tecnológicas.

Os desafios apresentados pela pós-modernidade,² especialmente o incremento do risco, da velocidade da informação, das novas tecnologias e da complexidade dos interesses que devem ser satisfeitos pelo Estado, demonstram a insuficiência dos modelos tradicionais de organização, de atuação e de controle da Administração Pública, pautados por formalidades excessivas e pela despreocupação com a eficiência estatal. Igualmente, a globalização impõe a revalorização dos mercados e a necessidade de diálogos transnacionais, relativizando as fronteiras jurídicas dos Estados.

Neste cenário de complexidade, André-Jean Arnaud demonstra o afastamento de algumas armadilhas positivistas, tais como: “determinismo (tudo pode ser explicado independentemente do observador), princípio do terceiro excluído (tudo que não é verdadeiro é falso) e reducionismo (tudo é redutível a elementos simples)”.³

Da mesma forma, Paolo Grossi, professor de História do Direito da Universidade de Florença, vai criticar as “mitologias da modernidade”, especialmente o reducionismo do Direito que, ao pretender tornar a paisagem jurídica simples e harmoniosa, gerou a abstração e a artificialidade. Em sua visão, o ordenamento jurídico pressupõe a realidade ordenada e não pode prescindir, portanto, do respeito à complexidade e à pluralidade social.⁴

Há uma clara tendência à descentralização do poder no interior da organização administrativa e para fora dela, sendo possível diagnosticar, como demonstrado por Santi Romano, uma pluralidade dos ordenamentos jurídicos.⁵

O gestor público não pode ignorar as mutações sociais, políticas e jurídicas, devendo adaptar-se às novas exigências do mundo globalizado e complexo. Por esta razão, no cenário brasileiro, a Administração Pública deve reforçar a legitimidade e a eficiência de suas ações.

² Conforme destacado por Jacques Chevalier, a sociedade contemporânea seria marcada pela complexidade, desordem, indeterminação e incerteza. O direito, por sua vez, seria plural, negociado, flexível e reflexivo. CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 17 e 182. Não há consenso sobre a superação da modernidade, motivo pelo qual é possível encontrar autores que preferem fazer alusão à modernidade “tardia”, “reflexiva” ou “líquida”, ao invés de pós-modernidade. Sobre o tema, vide: GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002; BECK, Ulrich. *La société du risque: Sur la voie d'une autre modernité*, Paris: Editions Flammarion, 2001; BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

³ ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 307.

⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 64 e 69.

⁵ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

No contexto do ordenamento plural, caracterizado pela complexidade e, eventualmente, pelo antagonismo dos interesses que devem ser perseguidos pelo Estado, a ação administrativa deve intensificar a sua preocupação com o planejamento, com transparência, a abertura à participação da sociedade, com a prestação de contas e com instrumentos eficazes de controle pautados nos resultados.

Destaca-se, aqui, a necessidade de estabelecer coerência na ação administrativa, com o objetivo de reduzir a insegurança jurídica e dispensar tratamento isonômico aos administrados.

Infelizmente, a preocupação com a coerência da atuação estatal, embora apresente alguns avanços normativos, ainda não foi internalizada na prática de diversos órgãos, inclusive no âmbito do Poder Judiciário.⁶

Não é tarefa fácil decidir em cenário de complexidade, pluralidade e incerteza.

O gestor público se depara com dificuldades intensificadas em razão da necessidade de decidir de forma célere e eficiente, levando em consideração o contexto apresentado.

Não bastasse a dificuldade de encontrar a melhor decisão possível diante das inúmeras alternativas apresentadas no momento decisório, o gestor encontra, ainda, a preocupação de não ser responsabilizado posteriormente perante os órgãos de controle.

As decisões administrativas, com alguma frequência, são questionadas pelos órgãos de controle que, infelizmente, pretendem impor a visão do controlador como a única correta, sem considerar a razoabilidade das interpretações administrativas colocadas ao gestor no momento da tomada da decisão.

A confusão entre o “erro administrativo”, inerente a qualquer atividade humana, inclusive aquela desenvolvida no âmbito da Administração Pública, e a configuração do “ato de improbidade administrativa”, que pressupõe a atuação dolosa ou, excepcionalmente, culposa, do agente desonesto, tem sido empreendida por membros dos órgãos de controle na propositura de ações judiciais e na aplicação de sanções.

É inerente ao Estado Democrático de Direito o exercício do controle da Administração Pública, com a garantia da autonomia institucional dos órgãos controladores internos e externos.

⁶ Mencione-se, por exemplo, a relutância dos juízes em observar os precedentes vinculantes, conforme demonstrou a pesquisa realizada em 2018 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que revelou que, na opinião da maioria dos juízes de primeiro e segundo graus, bem como dos Ministros dos Tribunais Superiores, os magistrados deveriam ter liberdade para decidir sem se pautarem, necessariamente, pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes. Fonte: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. QUEM SOMOS. A MAGISTRATURA QUE QUEREMOS. Rio de Janeiro, novembro de 2018. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2019.

O que deve ser evitado – e o desafio é a fixação do ponto de equilíbrio – é o olhar formalista, descontextualizado, desproporcional e substitutivo do órgão controlador sobre a decisão do gestor público, sob pena de a visão punitivista gerar a denominada “Administração Pública do medo”, com a paralisia administrativa, violadora do princípio constitucional da eficiência, em razão do temor dos agentes públicos inseridos nos cargos e nas funções de direção da Administração Pública.

O incremento das normas jurídicas com textura aberta, especialmente os princípios jurídicos e as regras que consagram conceitos jurídicos indeterminados, fomenta a liberdade (discricionariedade regrada) do gestor para a tomada das decisões administrativas.

O caminho, no entanto, é de mão dupla: ao mesmo tempo em que há um nítido incremento do prestígio da atividade exercida pela Administração Pública na concretização das normas constitucionais, o princípio da juridicidade⁷ gera, naturalmente, restrições mais sensíveis à atuação do administrador e amplia o controle externo dos atos administrativos.

Revela-se, portanto, fundamental que o gestor público, de um lado, tenha incentivos ou, ao menos, não tenha medo de tomar decisões, com a preocupação de manter a coerência perante os administrados, o que preserva a segurança jurídica e a isonomia no tratamento de questões semelhantes.

Com o objetivo de garantir maior segurança jurídica na aplicação das normas de Direito Público, a Lei 13.655/2018 inseriu importantes dispositivos normativos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que podem ser divididos em, pelo menos, quatro pilares:

a) reforço da motivação da decisão estatal com ênfase no pragmatismo jurídico (arts. 20 a 24 da LINDB): com o objetivo de levar a realidade a sério, o contexto e as consequências da decisão devem ser ponderados pelos gestores e órgãos de controle;

b) proteção dos agentes públicos honestos (arts. 22 e 28 da LINDB): na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, restringindo a responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas aos casos de dolo ou erro grosseiro;⁸

⁷ Conforme afirmamos em outra oportunidade, a consagração do princípio da juridicidade não aceita a ideia da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁸ A exigência de dolo ou culpa para responsabilização do agente público, na forma do art. 28 da LINDB, pode gerar dúvidas quanto à suposta violação ao art. 37, §6º da CRFB. De nossa parte, não vislumbramos ofensa ao texto constitucional na gradação da culpa, por parte do legislador ordinário, para responsabilização pessoal do agente público, notadamente pela razoabilidade da restrição. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 806. Frise-se que a exigência de, ao menos, culpa grave (ou erro grosseiro) já era consagrada no STJ para configuração, por exemplo, do ato de improbidade administrativa

c) consensualidade e participação (arts. 26, 27 e 29 da LINDB): viabilidade da celebração de compromissos (acordos) administrativos e a possibilidade de realização de consultas públicas para edição de atos normativos;

d) coerência administrativa (art. 30 da LINDB): as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Os instrumentos previstos no *caput* do art. 30 terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Verifica-se, especialmente no último pilar mencionado acima, que a coerência administrativa, inerente ao Estado Democrático de Direito, é reforçada com a alteração promovida na LINDB.

Além de garantir a segurança jurídica e a isonomia na interpretação e na aplicação do Direito, a atuação coerente do gestor público, com a aplicação das mesmas soluções jurídicas aos casos semelhantes, configura importante instrumento de proteção pessoal contra eventual responsabilização posterior perante os órgãos de controle.

3 O DEVER DE COERÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública está subordinada não apenas às leis, mas também aos princípios jurídicos, naquilo que se convencionou denominar de princípio da juridicidade.⁹ É possível afirmar, atualmente, que o fundamento do Direito Administrativo é a efetivação dos direitos fundamentais, o que demonstra a impossibilidade de atuações administrativas completamente livres, caprichosas e autoritárias.

A vinculação da Administração Pública relaciona-se não apenas com os atos externos, provenientes de outros Poderes (leis e decisões judiciais), mas, também, com os seus próprios atos administrativos (individuais e normativos) e práticas administrativas.

Quanto à origem, a vinculação administrativa pode ser dividida em duas espécies:¹⁰

- a) heterovinculação (ou vinculação externa): a vinculação decorre de atos externos à Administração Pública (ex.: Constituição, leis e decisões judiciais); e
- b) autovinculação (ou vinculação interna): a vinculação decorre dos próprios atos e condutas da Administração (ex.: atos administrativos individuais e

que causa lesão ao erário, com fulcro no art. 10 da Lei 8.429/1992 (lesão ao erário), sem olvidar que para os demais atos de improbidade a comprovação do dolo é pressuposto para tipificação da conduta e aplicação das sanções. STJ, AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011.

⁹ Sobre a expressão, vide: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 381-382.

¹⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 381-382.

normativos, praxe administrativa, promessas administrativas, contratos).¹¹

No Brasil, a concepção de heterovinculação administrativa possui ampla aceitação, notadamente pela consagração dos princípios constitucionais da legalidade e da separação de poderes (ou funções), com a previsão de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Não é novidade a afirmação de que a atuação administrativa se encontra submetida à lei, razão pela qual qualquer atividade administrativa ilegal deve ser, em regra, objeto de invalidação. É verdade, contudo, que a concepção de legalidade oitocentista, típica do Estado Liberal pós-revolucionário, tem sofrido mutações nos últimos anos para adequar-se à nova realidade imposta pelo neoconstitucionalismo e pelo Pós-positivismo.¹²

Dessa forma, a atuação administrativa submete-se ao controle de legalidade (juridicidade) exercido pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CRFB) e pelo Poder Legislativo (art. 49, V, da CRFB), inclusive com o auxílio dos Tribunais de Contas (art. 70 da CRFB).

Por outro lado, o estudo da autovinculação administrativa não recebeu no Brasil, com honrosas exceções, a necessária atenção da doutrina e da jurisprudência.

É preciso, portanto, desenvolver esse tópico, uma vez que a ideia de que as pessoas não podem atuar de forma contraditória e incoerente deve ser aplicada não apenas ao setor privado, mas, também, ao setor público.

Não é razoável conceber que a Administração Pública exerça suas atividades de forma aleatória e irracional, o que acarretaria insegurança jurídica e colocaria em risco a efetividade dos direitos fundamentais. A previsibilidade gerada pela atuação administrativa coerente é uma exigência do Estado Democrático de Direito, bem como dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia.

A ideia da autovinculação administrativa (*Selbstbindung*) surge na Alemanha no século XIX, inicialmente atrelada ao princípio da igualdade no âmbito da aplicação administrativa da lei, com o objetivo de evitar o cometimento de arbitrariedades no exercício da

¹¹ Segundo Alexandre Aragão: “A teoria das autolimitações administrativas constitui, na verdade, um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento conferido pela Administração Pública aos cidadãos, em uma expressão do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substancial, que vedam as iniquidades estatais.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARA-GAO.pdf>>. Acesso em: 10.02.2016.

¹² Em razão dos limites do presente trabalho, não é possível aprofundar os termos “neoconstitucionalismo” e “Pós-positivismo”, razão pela qual remetemos o leitor para outra obra: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

discricionariiedade administrativa.¹³

Posteriormente, a ideia de autovinculação administrativa foi conectada, também, com o princípio da proteção da confiança legítima, defendendo os cidadãos contra caprichos e arbitrariedades do Poder Público, notadamente no campo das promessas estatais descumpridas ou da revogação arbitrária de atos administrativos.¹⁴

A autovinculação administrativa não acarreta benefícios apenas para os particulares. A própria Administração Pública auferir vantagens com a sua atuação coerente e não contraditória, tais como: a celeridade da resposta às demandas repetitivas; a redução da litigiosidade; a diminuição das incertezas, dos riscos e dos custos das relações jurídico-administrativas; e a maior aceitação dos particulares às suas decisões e, por consequência, o reforço da legitimidade de sua atuação.¹⁵

A autovinculação administrativa pode decorrer de atividades ou de condutas administrativas diversas, tais como os atos administrativos normativos, os atos internos, as práticas administrativas continuadas, os atos individuais, as promessas administrativas etc.

Em razão das diversas possibilidades de autovinculação, a doutrina tem apresentado classificações distintas para a autovinculação administrativa. Silvia Díez Sastre, por exemplo, apresenta três classificações sobre o instituto, a partir de três critérios, a saber:¹⁶

1) Classificação quanto à estrutura:

1.a) autovinculação relacional: trata-se da autovinculação que decorre dos atos administrativos normativos e da prática administrativa, exigindo-se tratamento idêntico entre casos semelhantes, em razão do princípio da igualdade; e

1.b) autovinculação não relacional: relaciona-se com os princípios da boa-fé e da proteção da confiança que demanda coerência dentro da mesma relação jurídica, inexistindo, aqui, a necessidade de comparações entre relações jurídico-administrativas envolvendo pessoas diversas.

2) Classificação quanto ao tempo e ao espaço:

¹³ Hartmut Maurer, ao tratar da autovinculação administrativa no Direito Alemão, afirma que a Administração infringe o princípio da igualdade quando se desvirtua de sua prática administrativa sem fundamento jurídico justificador. MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, Barueri: Manole, 2006, p. 706. Atualmente, a autovinculação é reconhecida, com algumas peculiaridades em relação à concepção alemã, no âmbito da União Europeia. Díez SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 176-181 e 210-220.

¹⁴ Sobre a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2013, p. 163-189.

¹⁵ De forma semelhante, vide: MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010, p. 7. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12/01/2016.

¹⁶ Díez SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 190-191. Sobre o tema, vide, também: MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010, p. 7-. Disponível em: Acesso em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12/01/2016.

2.a) autovinculação horizontal: ocorre a partir de atos administrativos editados em processos e momentos distintos; e

2.b) autovinculação vertical: envolve atos editados dentro do mesmo processo administrativo ou da mesma sequência espacial e temporal.

3) Classificação quanto à evolução do conceito de autovinculação:

3.a) autovinculação em sentido estrito: encontra fundamento no princípio da igualdade, aplicando-se o mesmo tratamento jurídico aos casos semelhantes; e

3.b) autovinculação em sentido amplo: fundamenta-se não apenas no princípio da igualdade, mas, também, nos princípios da boa-fé e da proteção da confiança para proteger as pessoas contra os caprichos e a incoerência do Estado, seja no tratamento isonômico entre pessoas em situações fático-jurídicas semelhantes, seja na proteção da boa-fé e da confiança jurídicas dos administrados em relação às promessas, aos atos e às práticas administrativas.

Tradicionalmente, a autovinculação mantém relação intensa com a discricionariedade administrativa, funcionando como uma contenção de eventuais arbítrios por parte dos agentes públicos que exercem escolhas e valorações administrativas a partir da legislação.¹⁷

Vale dizer: a função principal da autovinculação é limitar a discricionariedade administrativa a partir dos princípios da igualdade, da boa-fé e da proteção da confiança legítima. A margem de liberdade reconhecida pelo legislador ao administrador público para eleger o melhor caminho administrativo na satisfação do interesse público não significa um cheque em branco para adoção de medidas desproporcionais, desiguais e contrárias à boa-fé. É necessário garantir que a atuação administrativa seja coerente e não contraditória no Estado Democrático de Direito.

Apesar de sua ligação inicial com a atuação administrativa discricionária, a ideia de autovinculação, posteriormente, foi alargada para abranger, não livre de controvérsias doutrinárias, as atuações vinculadas, as atividades prestacionais e as relações de sujeição especial envolvendo a Administração Pública e os administrados.

Cabe destacar que a autovinculação não significa o engessamento administrativo e deve ser concebida de forma relativa (e não absoluta). Isto porque a autovinculação envolve a tensão entre a busca de continuidade e de previsibilidade da ação administrativa, por um lado, e a necessidade de inovação e de flexibilidade por parte da Administração para atender às mudanças sociais, tecnológicas, políticas, econômicas e culturais.¹⁸

¹⁷ DÍEZ SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 203-206.

¹⁸ PIELOW, Johann-Cristian. Integración Del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de La Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. *Problemática de La administración contemporânea: una comparación europea-argentina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 51.

Nos casos devidamente motivados, a Administração pode alterar a sua interpretação sobre determinadas normas jurídicas, aplicando-se, em regra, a nova orientação aos casos futuros semelhantes, com o objetivo de resguardar a segurança jurídica e a boa-fé dos administrados.

Em suma, no Estado Democrático de Direito pressupõe coerência na atuação estatal, afigurando-se indesejada a conduta contraditória nas relações jurídicas com os cidadãos.

Em consequência, nos processos administrativos ou nas relações jurídicas semelhantes, ainda que envolvam particulares diversos, a Administração deve aplicar tratamento isonômico e coerente.

É possível afirmar que o dever de coerência administrativa fundamenta-se, ao menos, nos seguintes princípios constitucionais:

a) princípio da igualdade: os casos semelhantes envolvendo particulares diversos devem ser tratados de forma isonômica, sendo vedada a discriminação desproporcional entre pessoas que se encontram em situações fáticas e jurídicas similares;

b) princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança legítima: a previsibilidade, a lealdade e a coerência da ação administrativa, com a dispensa de tratamento uniforme aos casos semelhantes, garante segurança jurídica e protege a boa-fé e as expectativas legítimas dos particulares;

c) princípios da razoabilidade e proporcionalidade: o respeito aos seus próprios precedentes evita a prática de arbitrariedades administrativas;

d) princípio da eficiência: a atuação coerente da Administração tem o potencial de desestimular a litigância administrativa e a judicialização da questão decidida, bem como de agilizar a atividade administrativa.

Além dos argumentos constitucionais, a necessidade de coerência e previsibilidade nas atividades administrativas é uma imposição da legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, por exemplo, em âmbito federal, o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999 dispõe que a interpretação da norma administrativa deve ser realizada da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, “vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

A partir da norma em comento, é possível perceber a preocupação do legislador federal com o respeito às interpretações administrativas que foram implementadas para resolver casos passados, impedindo a retroatividade de novas interpretações, resguardando a autoridade dos precedentes já editados.

É preciso destacar que, a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a vedação da retroatividade da nova interpretação administrativa fundamenta-se na necessidade de proteção da boa-fé e da confiança legítima do administrado, que não pode ser surpreendido

com a alteração da interpretação da Administração. Por esta razão, entendemos que nada obsta a retroatividade da nova interpretação administrativa desde que esta seja favorável aos administrados.¹⁹

A preocupação com a coerência na ação administrativa, evitando mudanças repentinas e sucessivas de interpretação, pode ser encontrada, ainda, no art. 50, VII da Lei 9.784/1999 que exige a motivação, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, dos atos administrativos que “deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”.

Mencione-se, ainda, o Código de Processo Civil (CPC/2015) que consagrou a teoria dos precedentes judiciais, com adaptações do seu modelo originário da *Common Law*, bem como a necessidade de uniformização jurisprudencial, o que impacta, inclusive, nos processos administrativos. Isto porque o art. 15 do CPC/2015 dispõe que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A exigência de coerência administrativa foi reforçada com o art. 30, *caput* e parágrafo único, da LINDB, inserido pela Lei 13.655/2018, que exige a atuação estatal orientada para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, que terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

O dever de coerência estatal revela a importância do estudo dos precedentes administrativos, que, tradicionalmente, não recebia maior atenção da doutrina tradicional, sendo possível incluí-los no rol das fontes do Direito Administrativo.²⁰

A efetividade do princípio da segurança jurídica e da garantia de coerência estatal depende, assim com o respeito da ordem jurídica em sua integralidade, da melhoria da gestão pública, mas, também, da organização e da autonomia da advocacia pública.

Conforme será demonstrado a seguir, os advogados públicos representam os primeiros escudos da sociedade contra atuações arbitrárias dos gestores.

4 O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA EFETIVIDADE DA COERÊNCIA ESTATAL

¹⁹ No mesmo sentido: VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 97.

²⁰ De nossa parte, consideramos o precedente administrativo como a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública. Sobre o tema: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes administrativos*, São Paulo: Método, 2018, p. 95.

A advocacia pública, destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça (arts. 131 e 132 da CRFB), é responsável pelo controle interno e defesa da juridicidade dos atos estatais, garantindo aos administrados uma gestão pública dentro dos parâmetros fixados no ordenamento jurídico.

As atividades são variadas, envolvendo, por exemplo, a defesa das entidades estatais em ações judiciais, a propositura de ações judiciais de interesse municipal, a análise de minutas de editais e contratos administrativos, a emissão de pareceres sobre assuntos controversos e a orientação jurídica para os gestores.

A qualidade da atuação do advogado público e a sua caracterização como advogado de Estado – e não de governo –, depende de uma série de fatores, mas, primordialmente, da sua autonomia técnica, administrativa e financeira do próprio órgão jurídico, características indispensáveis à defesa imparcial dos atos e contratos municipais.

Nesse contexto, é possível afirmar a essencialidade da advocacia pública para preservação do Estado Democrático de Direito, com destaque para a efetivação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência.

A atuação coerente e isonômica da Administração Pública, evitando a edição de atos contraditórios e o tratamento desigual entre pessoas inseridas em contextos fático-jurídicos semelhantes, depende, em larga medida, da atuação da advocacia pública que, por essa razão, deve ter assegurada a sua independência funcional.

Apenas os advogados públicos independentes são capazes de orientar os gestores públicos, com a emissão de opiniões técnicas e imparciais. Não se trata aqui, frise-se, de atuação binária na definição da decisão estatal a ser adotada diante de determinado caso concreto, mas, sobretudo, da demonstração dos riscos e das possíveis vias decisórias colocadas à disposição do gestor público.

É fundamental não confundir a atuação da advocacia pública com a função do gestor público. A decisão é de competência exclusiva da autoridade competente, eleita ou nomeada, para o exercício das funções político-administrativas decisórias, não cabendo ao advogado público, inclusive por falta de legitimidade e de atribuição legal, compartilhar ou substituir a decisão do gestor.

Não por outra razão, criticamos a tese que pretende imputar a responsabilidade ao advogado público que, no exercício da função consultiva, emite parecer que é adotado pela autoridade como fundamento de sua decisão.

Segundo o STF, no caso dos pareceres vinculantes, seria possível a responsabilização solidária entre o parecerista e o administrador, uma vez que o parecer favorável, na visão da Corte, configuraria pressuposto de perfeição do ato, havendo a “partilha do poder de decisão”. Em relação aos demais pareceres, com caráter opinativo, o parecerista responde apenas em caso

de culpa grave (erro grosseiro) ou dolo.²¹

De nossa parte, sustentamos que a responsabilidade pela emissão do parecer, vinculante ou não, somente é possível quando comprovado erro grosseiro ou o dolo do parecerista, tendo em vista os seguintes argumentos:²²

a) o dever de administrar cabe à autoridade administrativa, e não ao consultor jurídico, sob pena de violação ao princípio da segregação de funções;

b) existem diversas interpretações jurídicas que podem ser razoavelmente apresentadas em cada situação concreta, não sendo possível responsabilizar o advogado público que apresentou interpretação razoável;

c) inviolabilidade do advogado, público ou privado, que responde apenas nos casos de dolo ou culpa (arts. 2.º, § 3.º; 3.º, § 1.º; 32; todos do Estatuto da OAB); e

d) a responsabilidade do advogado público, sem a devida comprovação do erro grosseiro ou do dolo, viola o princípio da eficiência e o art. 28 da LINDB, pois a responsabilização indiscriminada, sem a perquirição da má-fé ou dolo, faz com que o advogado público atue com receio, sem pensar na melhor decisão a ser tomada à luz da eficiência, mas apenas na possibilidade de sofrer sanções por suas opiniões (seria mais conveniente para o advogado negar a prática de atos para evitar a sua responsabilização).

A relevância da advocacia pública na efetivação do dever de coerência administrativa foi diagnosticada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:²³

“Compete ao Procurador do Estado e do Distrito Federal, no desempenho apropriado desse dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos a adotarem, em suas respectivas unidades federadas, a técnica dos Pareceres vinculantes, para evitar a tomada de decisões administrativas ruins para o Estado”.

De forma semelhante, Marcos Juruena Villela Souto destaca a importância da advocacia pública fortalecida para efetividade da democracia e do Estado de Direito:²⁴

²¹ STF, Tribunal Pleno, MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-18 01.02.2008, *Informativo de Jurisprudência do STF* n. 475. Do mesmo modo, o TCU já afirmou que o parecer jurídico em processo licitatório, emitido na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, não constitui ato meramente opinativo e pode levar à responsabilização do emitente (TCU, Plenário, Acórdão 1.337/11, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.05.2011, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 64). Em outra oportunidade, no entanto, o TCU entendeu ser necessária a caracterização de erro grosseiro ou inescusável, com dolo ou culpa, para responsabilização de parecerista jurídico em processo licitatório (TCU, Acórdão 1.857/11, Rel. Min. André Luis de Carvalho, 13.07.2011, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 71). Sobre a distinção entre pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes, vide: CHAPUS, René. *Droit Administratif General*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. t. I, p. 1113-1115.

²² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 544-545.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia pública e o princípio da eficiência. Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999, p. 21.

²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004, p. 62. De forma semelhante, José Afonso da Silva sustenta: “A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de

“Em síntese, a ninguém – salvo a governos totalitários e/ou corruptos – pode interessar uma Advocacia Pública enfraquecida ou esvaziada.

A democracia e o Estado de Direito só se fortalecem se houver sólidas e não fragmentadas instituições voltadas para o controle da legalidade, o que exige a garantia constitucional de um corpo permanente, profissionalizado, bem preparado, protegido e remunerado, sem riscos de interferências políticas indevidas no exercício de funções técnicas e despolitizadas”.

De acordo com Gustavo Binbenojm,²⁵ a singularidade da advocacia pública pode ser demonstrada a partir de três possibilidades e perspectivas: a) atuação prévia: é a única carreira jurídica que atua previamente à configuração das políticas públicas; b) atuação sistêmica: tem a visão sistêmica dos limites e das possibilidades relacionadas às políticas públicas, o que permite opinar sobre correção de rumos, com o objetivo de evitar efeitos colaterais indesejados; e c) atuação proativa: a advocacia pública pode atuar proativamente na prevenção de litígios.

No exercício de sua missão institucional, a advocacia pública deve zelar pela coerência administrativa, o que revela a necessidade de emissão de pareceres e outras formas de manifestação jurídica, inclusive na esfera judicial, que garantam o respeito aos precedentes judiciais e administrativos.

A consagração dos precedentes judiciais no art. 927 do CPC/2015 e a sua vinculação à Administração Pública demonstram a relevância da atuação da advocacia pública na preservação da estabilidade, da integridade e da coerência do sistema jurídico.

Considerada como advocacia de Estado e não de governo, a advocacia pública possui o dever institucional de garantir, de forma preventiva e/ou repressiva, a juridicidade dos atos estatais.

No exercício da defesa judicial da Administração Pública, a advocacia pública deve alterar a tradicional cultura da atuação beligerante, acostumada com o manejo de recursos e impugnações contra decisões judiciais que aplicam teses consolidadas.

É preciso repensar a gestão de acervos de massa, bem como a estratégia em casos relevantes e estratégicos para o interesse público, com a adoção de medidas capazes de otimizar a atuação dos advogados públicos, cabendo destacar, por exemplo: a) utilização de novas tecnologias para administração eficiente do acervo; b) a previsão e a constante verificação de dispensas recursais em casos semelhantes e com teses consolidadas nos tribunais; c) a elaboração de parâmetros normativos para tentativas de acordos em casos repetidos ou estratégicos, inclusive com o fomento à instituição de câmaras de conciliação no âmbito da própria Administração para evitar judicializações desnecessárias.

defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública”. SILVA, José Afonso. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002, p. 284.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, out. 2010, p. 37-38.

A atuação eficiente da advocacia pública na esfera judicial acarreta consequências positivas não apenas aos envolvidos na lide, partes, magistrados e Ministério Público, mas à coletividade, que passa a enxergar a Administração Pública como instituição séria e pautada pela busca da eficiência.

Não apenas na atuação contenciosa, mas, especialmente, na função consultiva, eminentemente preventiva, a advocacia pública deve pautar a sua atuação pela busca de maior segurança jurídica e coerência estatal.

O objetivo não é apenas o de diminuir a judicialização das controvérsias administrativas, mas, garantir a apresentação de soluções jurídicas uniformes para casos semelhantes, exigência extraída dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima e da isonomia.

No exercício do controle interno, os advogados públicos devem orientar a respectiva Administração Pública com a apresentação da interpretação jurídica adequada sobre os atos estatais.

Nesse ponto, a atuação da advocacia pública não deve restringir-se às interpretações formalistas, com fundamento na legalidade estrita.

A partir da concepção do princípio da juridicidade e, como consequência, da necessidade de submissão dos atos estatais não apenas ao princípio da legalidade, mas, também, aos demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, é imperioso que os advogados públicos, na interpretação administrativa, levem em consideração os precedentes administrativos e judiciais vinculantes.

Quanto aos precedentes administrativos, a advocacia pública deve levar em consideração as orientações jurídicas pretéritas em casos semelhantes, com o intuito de manter a coerência interpretativa dos dispositivos constitucionais, legais e regulamentares.

Igualmente, os advogados públicos devem verificar se os atos e as decisões estatais submetidos à consulta jurídica são coerentes com as atuações anteriores da Administração Pública em casos semelhantes.

Inexistindo fato relevante e motivado para alteração ou superação do precedente administrativo, os membros da advocacia pública devem zelar pelo respeito do precedente que decidiu questão semelhante no âmbito daquela Administração.

A coerência estatal no exercício da atividade administrativa depende, também, do respeito aos precedentes judiciais vinculantes.

Isso porque a atuação administrativa contrária aos precedentes judiciais vinculantes colocaria em risco, conforme já destacado, os princípios da igualdade, da segurança jurídica e

da proteção da confiança legítima, abrindo-se caminho à judicialização e ao desfazimento da ação administrativa, sem olvidar a potencial responsabilização do gestor público.

Ao lado da atuação passiva, consistente no recebimento de consultas administrativas específicas ou no exercício da defesa judicial da entidade administrativa, a advocacia pública deve pautar, de forma crescente, a sua atuação pela prevenção e proatividade, com a edição de orientações ou súmulas administrativas, a busca por soluções consensuais de conflitos e, se for o caso, a propositura de ações judiciais com o objetivo de evitar danos, restaurar a juridicidade e ressarcir eventuais prejuízos ao erário.

É verdade que a preocupação com a atuação da advocacia pública na garantia da efetividade das decisões dos tribunais superiores no âmbito dos processos administrativos não representa novidade.

Em âmbito federal, compete à AGU “unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal”, podendo editar, inclusive, enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais (art. 4º, XI e XII, da LC 73/1993).

Com o objetivo de garantir a uniformidade da interpretação administrativa, os membros efetivos da AGU não podem contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União (art. 28, II, da LC 73/1993).²⁶

O art. 40, § 1º, da LC 73/1993 dispõe que o parecer do Advogado-Geral da União, aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial, vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Ademais, a súmula da AGU tem caráter obrigatório para seus respectivos órgãos jurídicos, inclusive aqueles que atuam nas autarquias e fundações públicas federais, na forma do art. 43 da LC 73/1993. Com fundamento no referido dispositivo legal, o art. 2º do Decreto 2.346/1997, que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, determina que, após firmada a jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União.

A partir das súmulas da própria AGU, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais (art. 3º do Decreto 2.346/1997).

A preocupação da AGU com a coerência administrativa pode ser demonstrada, também, pela instituição da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal, órgão integrante da AGU, com competência, por exemplo, para dirimir, por meio de mediação, as

²⁶ A vedação também se aplica aos Procuradores do Banco Central do Brasil (art. 17-A, II, da Lei 9.650/1998, inserido pela Medida Provisória 2.229-43/2001).

controvérsias entre (a) entre órgãos públicos federais, entre entidades públicas federais ou entre órgão e entidade pública federal; (b) que envolvam órgão ou entidade pública federal e Estados, o Distrito Federal ou Municípios ou suas autarquias ou fundações públicas; (c) que envolvam órgão ou entidade pública federal e empresa pública ou sociedade de economia mista federal; ou (d) que envolvam particular e órgão ou entidade pública federal, nos casos previstos no regulamento de que trata o § 2º do art. 32 da Lei 13.140/2015; na forma do art. 18, III, do Anexo I do Decreto 10.608/2021.

Mencione-se, ainda, que, no processo administrativo fiscal federal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, salvo (art. 26-A, *caput*, e § 6º, I e II, do Decreto 70.235/1972, alterado pela Lei 11.941/2009): a) se o ato tiver sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do STF; b) se o ato fundamentar crédito tributário objeto de: b.1) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei 10.522/2002; b.2) súmula da AGU, na forma do art. 43 da LC 73/1993; ou b.3) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da LC 73/1993.

Aliás, no processo administrativo fiscal, a necessidade de coerência administrativa justifica não apenas a edição de súmulas administrativas por parte do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda (art. 25, II do Decreto 70.235/1972, alterado pela Lei 11.941/2009), mas o respeito aos precedentes administrativos do próprio Conselho.

É possível perceber, portanto, que o ordenamento jurídico, antes do CPC/2015, já demonstrava preocupação com a aplicação coerente da jurisprudência e das orientações administrativas no exercício da advocacia pública.

Contudo, esse papel é reforçado com o advento do CPC/2015, uma vez que os precedentes vinculantes previstos no seu art. 927 devem ser observados pelas autoridades administrativas, independentemente da existência de súmula ou orientação do órgão jurídico responsável pela consultoria do respectivo ente federado.²⁷

Em verdade, o órgão jurídico pode emitir orientação específica, inclusive por meio de súmula, para o administrador público e demais membros do órgão jurídico, com o objetivo de reiterar e esclarecer a necessidade de cumprimento do precedente judicial, mas essa conduta não é condição necessária para que o precedente judicial seja observado pela Administração.

²⁷ Nesse sentido, a Portaria MF 152/2016 promoveu recente alteração no regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (art. 62, § 2º) para exigir que os seus relatores respeitassem o que já foi pacificado na jurisprudência do STF e STJ em sede dos recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015). Entendemos, contudo, que a vinculação da Administração Pública deve englobar todos os precedentes vinculantes indicados no art. 927 do CPC. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes administrativos*, São Paulo: Método, 2018, p. 146-154.

5 CONCLUSÕES

Conforme destacado ao longo do texto, a sociedade contemporânea ou “pós-moderna” é fortemente marcada pela complexidade, pluralidade e incerteza, o que incrementa o desafio de implementação de uma atuação estatal coerente e em compasso com os princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima e da isonomia.

O tratamento isonômico e coerente dos administrados é dever do gestor público, cujo exercício pressupõe a existência de órgão da advocacia pública capaz de emitir as orientações jurídicas necessárias à tomada das decisões.

A advocacia pública, instituição permanente, autônoma e especializada, composta por membros escolhidos por mérito e dotadas de garantias institucionais próprias, revela-se órgão estatal essencial ao Estado Democrático de Direito.

No rol de suas atribuições, ganha relevo, atualmente, o papel de garantir a coerência dos atos estatais, com o respeito aos precedentes administrativos e judiciais vinculantes, evitando a atuação administrativa esquizofrênica e em descompasso com o interesse público.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008.

ARNAUD, André-Jean. Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *La société du risque: Sur la voie d'une autre modernité*, Paris: Editions Flammarion, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, out. 2010.

CHAPUS, René. *Droit Administratif General*, t. I, 15. ed. Paris: Montcherestien, 2001.

CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DÍEZ SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, Barueri: Manole, 2006.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia pública e o princípio da eficiência. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Princípios do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2013.

_____. *Precedentes administrativos*, São Paulo: Método, 2018.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed. São Paulo: Método, 2019.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003.

PIELOW, Johann-Cristian. Integración Del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de La Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. *Problemática de La administración contemporânea: una comparación europeo-argentina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, José Afonso. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004, p. 62.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2010.