



Darci Guimarães Ribeiro  
Guilherme Christen Möller  
Afonso Vinício Kirschner Fröhlich  
(Orgs.)

# TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO

SEGUNDA SÉRIE



*Rfb*  
Editora

# TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO



Todo o conteúdo apresentado neste livro, inclusive correção ortográfica e gramatical, é de responsabilidade do(s) autor(es).  
Obra sob o selo *Creative Commons*-Atribuição 4.0 Internacional. Esta licença permite que outros distribuam, remixem, adaptem e criem a partir do trabalho, mesmo para fins comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito pela criação original.

### Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA (Editor-Chefe)  
Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA  
Prof. Me. Darlan Tavares dos Santos-UFRJ  
Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA  
Prof. Me. Francisco Pessoa de Paiva Júnior-IFMA  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Ana Angelica Mathias Macedo-IFMA  
Prof. Me. Antonio Santana Sobrinho-IFCE  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Elizabeth Gomes Souza-UFPA  
Prof. Me. Raphael Almeida Silva Soares-UNIVERSO-SG  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Andréa Krystina Vinente Guimarães-UFOPA  
Prof.<sup>a</sup>. Ma. Luisa Helena Silva de Sousa-IFPA  
Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP  
Prof. Me. Francisco Robson Alves da Silva-IFPA  
Prof. Dr. Marcos Rogério Martins Costa-UnB  
Prof. Me. Márcio Silveira Nascimento-IFAM  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Roberta Modesto Braga-UFPA  
Prof. Me. Fernando Vieira da Cruz-Unicamp  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Neuma Teixeira dos Santos-UFRA  
Prof. Me. Angel Pena Galvão-IFPA  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Dayse Marinho Martins-IEMA  
Prof.<sup>a</sup> Ma. Antônia Edna Silva dos Santos-UEPA  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Viviane Dal-Souto Frescura-UFSM  
Prof. Dr. José Morais Souto Filho-FIS  
Prof.<sup>a</sup>. Ma. Luzia Almeida Couto-IFMT  
Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA  
Prof.<sup>a</sup>. Ma. Ana Isabela Mafra-Univali  
Prof. Me. Otávio Augusto de Moraes-UEMA  
Prof. Dr. Antonio dos Santos Silva-UFPA  
Prof.<sup>a</sup>. Dr. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG  
Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Tiffany Prokopp Hautrive-Unopar  
Prof.<sup>a</sup>. Ma. Rayssa Feitoza Felix dos Santos-UFPE  
Prof. Dr. Alfredo Cesar Antunes-UEPG  
Prof. Dr. Vagne de Melo Oliveira-UFPE  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Ilka Kassandra Pereira Belfort-Faculdade Laboro  
Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Érima Maria de Amorim-UFPE  
Prof. Me. Bruno Abilio da Silva Machado-FET  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Laise de Holanda Cavalcanti Andrade-UFPE  
Prof. Me. Saimon Lima de Britto-UFT  
Prof. Dr. Orlando José de Almeida Filho-UFSJ  
Prof.<sup>a</sup>. Ma. Patrícia Pato dos Santos-UEMS  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Isabella Macário Ferro Cavalcanti-UFPE  
Prof. Me. Alisson Junior dos Santos-UEMG  
Prof. Dr. Fábio Lustosa Souza-IFMA  
Prof. Me. Pedro Augusto Paula do Carmo-UNIP  
Prof. Me. Alison Batista Vieira Silva Gouveia-UFG  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Silvana Gonçalves Brito de Arruda-UFPE  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Nairane da Silva Rosa-Leão-UFRPE  
Prof.<sup>a</sup>. Ma. Adriana Barni Truccolo-UERGS  
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares-UFPI  
Prof. Me. Fernando Francisco Pereira-UEM  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Cátia Rezende-UNIFEV

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Katiane Pereira da Silva-UFRA  
Prof. Dr. Antonio Thiago Madeira Beirão-UFRA  
Prof<sup>a</sup>. Ma. Dayse Centurion da Silva-UEMS  
Prof.<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Welma Emidio da Silva-FIS  
Prof<sup>a</sup>. Ma. Elisângela Garcia Santos Rodrigues-UFPB  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Thalita Thyrza de Almeida Santa Rosa-Unimontes  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Luci Mendes de Melo Bonini-FATEC Mogi das Cruzes  
Prof<sup>a</sup>. Ma. Francisca Elidivânia de Farias Camboim-UNIFIP  
Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ  
Prof<sup>a</sup>. Ma. Catiane Raquel Sousa Fernandes-UFPI  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Raquel Silvano Almeida-Unespar  
Prof<sup>a</sup>. Ma. Marta Sofia Inácio Catarino-IPBeja  
Prof. Me. Ciro Carlos Antunes-Unimontes  
Prof. Dr. Marcos Pereira dos Santos - FAQ/FAEG  
Prof. Dr. Elias Rocha Gonçalves - IFF  
Prof. Me. Ennio Silva de Souza - IEMA  
Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-UEL



Nossa missão é a difusão do conhecimento gerado no âmbito acadêmico por meio da organização e da publicação de livros científicos de fácil acesso, de baixo custo financeiro e de alta qualidade!

Nossa inspiração é acreditar que a ampla divulgação do conhecimento científico pode mudar para melhor o mundo em que vivemos!



Darci Guimarães Ribeiro  
Guilherme Christen Möller  
Afonso Vinício Kirschner Fröhlich  
(Organizadores)

Segunda Série

# TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO

Edição 1

Belém-PA  
RFB Editora  
2022

© 2022 Edição brasileira  
by RFB Editora  
© 2022 Texto  
by Autores  
Todos os direitos reservados

RFB Editora  
CNPJ: 39.242.488/0001-07  
www.rfbeditora.com  
adm@rfbeditora.com  
91 98885-7730  
Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque Verde, Belém - PA, 66635-110

**Editor-Chefe**  
Prof. Dr. Ednilson Souza  
**Diagramação**  
Danilo Wothon Pereira da Silva  
**Design da capa**  
Priscila Rosy Borges de Sousa  
**Imagens da capa**  
www.canva.com

**Revisão de texto**  
Os autores  
**Bibliotecária**  
Janaina Karina Alves Trigo Ramos  
**Produtor editorial**  
Nazareno Da Luz

<https://doi.org/10.46898/rfb.9786558893172>

**Catálogo na publicação**  
**Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166**

T314

Teoria crítica do processo / Darci Guimarães Ribeiro (Organizador), Guilherme Christen Möller (Organizador), Afonso Vinício Kirschner Fröhlich (Organizador). – Belém: RFB, 2022.

(Teoria crítica do processo, V. 2)

Livro em PDF

344 p.

ISBN: 978-65-5889-317-2

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172

1. Direito processual. 2. Jurisdição. I. Ribeiro, Darci Guimarães (Organizador). II. Möller, Guilherme Christen (Organizador). III. Fröhlich, Afonso Vinício Kirschner (Organizador). IV. Título.

CDD 347.05

Índice para catálogo sistemático

I. Direito processual : Jurisdição

*Em memória do Prof.*

*Michele Taruffo*

*(1943 – 2020).*



# SUMÁRIO

|                                                                                                                                                    |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| APRESENTAÇÃO .....                                                                                                                                 | 13 |
| CAPÍTULO 1                                                                                                                                         |    |
| INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DECISÃO JUDICIAL E NEUROCIÊNCIA: DOS VIESES ALGORÍTMICOS AOS VIESES COGNITIVOS HUMANOS .....                              | 17 |
| Afonso Vinício Kirschner Fröhlich                                                                                                                  |    |
| DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.1                                                                                                                  |    |
| CAPÍTULO 2                                                                                                                                         |    |
| O USO DOS ALGORITMOS COMO MEIO DE FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E O ACCOUNTABILITY .....                                                            | 31 |
| Alana Gabriela Engelmann                                                                                                                           |    |
| DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.2                                                                                                                  |    |
| CAPÍTULO 3                                                                                                                                         |    |
| RELAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA NO PENSAMENTO DE CALMON DE PASSOS .....                                                                   | 45 |
| Beclaute Oliveira Silva                                                                                                                            |    |
| DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.3                                                                                                                  |    |
| CAPÍTULO 4                                                                                                                                         |    |
| LA PRUEBA DIGITAL .....                                                                                                                            | 59 |
| Darci Guimarães Ribeiro                                                                                                                            |    |
| DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.4                                                                                                                  |    |
| CAPÍTULO 5                                                                                                                                         |    |
| O SINCRETISMO PROCESSUAL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA SOB O ENFOQUE DA DEMOCRACIA NO PROCESSO ..... | 77 |
| Eugênia Amábilis Gregorius                                                                                                                         |    |
| DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.5                                                                                                                  |    |
| CAPÍTULO 6                                                                                                                                         |    |
| PROCESSO, REVOLUÇÃO E DESCORPORIFICAÇÃO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMPLEXIDADE NO APROFUNDAMENTO DA MODERNIDADE .....                               | 93 |
| Eva Cristina Franco Rosa dos Santos                                                                                                                |    |
| DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.6                                                                                                                  |    |

## **CAPÍTULO 7**

### **TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA EM FRANCESCO CARNELUTTI: DOS FUNDAMENTOS À TEORIA DOCUMENTAL .....117**

Éverton Luís Marcolan Zandoná

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.7

## **CAPÍTULO 8**

### **A SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL, A PARTIR DO DISPOSTO NO ART. 1.030, II, CPC .....129**

Fábio Kirszenworcel Pereira

Marlon Felipe Dettenborn

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.8

## **CAPÍTULO 9**

### **ALGUMAS NOTAS SOBRE O MODELO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS E O MODELO DA *STRUCTURAL LITIGATION* (MEDIDAS ESTRUTURANTES E PROCESSOS ESTRUTURAIS) .....143**

Guilherme Christen Möller

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.9

## **CAPÍTULO 10**

### **COMPLIANCE NO AMBIENTE NEGOCIAL.....153**

José Roberto de Castro Neves

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.10

## **CAPÍTULO 11**

### **A IMPORTÂNCIA DE UM DIREITO PROCESSUAL HERMENEUTICAMENTE ADEQUADO .....167**

Júlia Rodrigues Oliveira Sousa

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.11

## **CAPÍTULO 12**

### **DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E PROCESSO: UM ESTUDO DAS FERRAMENTAS DIGITAIS COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA .....191**

Juliana Paganini

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.12

## **CAPÍTULO 13**

### **UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE JURISDIÇÃO À LUZ DA TEORIA DO DIREITO SUBJETIVO MEDIATO E IMEDIATO .....213**

Mario Di Stefano Filho

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.13

## **CAPÍTULO 14**

### **PROCESSO E DEMOCRACIA .....233**

Mônica de Oliveira Casartelli

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.14

## **CAPÍTULO 15**

### **O ACESSO GRATUITO À JUSTIÇA DO TRABALHO COMO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA.....247**

Rafael Selicani Teixeira

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.15

## **CAPÍTULO 16**

### **EL PROCESO MONITORIO COMO HERRAMIENTA ESENCIAL PARA LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL .....263**

Santiago Pereira Campos

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.16

## **CAPÍTULO 17**

### **A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA PARA O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES DELINEADO PELO CPC/15.....303**

Taiane Borges de Oliveira Santos

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.17

## **CAPÍTULO 18**

### **A SIMBIOSE ENTRE O HOMEM E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO PROMOTORA DA CONSTRUÇÃO DO “INÉDITO VIÁVEL” NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....317**

Ulisses Juliano da Silva

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.18

### **SOBRE OS ORGANIZADORES .....334**

### **SOBRE AUTORES.....335**



# APRESENTAÇÃO

*Os Organizadores*

Esta segunda série da obra Teoria Crítica do Processo possui o ânimo de ampliar ainda mais as reflexões expostas na primeira série, publicada em 2021. Com o mesmo intuito daquela obra primogênita, em memória ao Prof. Ovídio Araújo Baptista da Silva – saudoso professor da casa –, as linhas abaixo pretendem expor as mais atuais discussões em processo travadas nos corredores (por ora virtuais) na Unisinos. Nesse sentido, a Teoria Crítica do Processo, em sua segunda série, possui inspiração e origem em momentos diversos, em profunda simbiose.

A inspiração, como não poderia deixar de ser, reside na tradição que a Unisinos possui no processo e nos ensinamentos dos grandes processualistas que lecionaram nas suas salas de aula, como Araken de Assis, Hermann Homem de Carvalho Roenick, Ney da Gama Ahrends, Sérgio G. Porto e o já citado Ovídio Araújo B. da Silva. Certamente, as linhas escritas e os ensinamentos transmitidos por aqueles que nos antecederam animaram as pesquisas cujos resultados - ou as próprias perguntas - estão sumarizados nos artigos abaixo. Como se verá, o legado daqueles expoentes processualistas permanece vivo nos artigos desta obra.

A origem, por sua vez, está arraigada em três âmbitos de discussão também diversos. Em primeiro lugar, parte desta obra origina-se nas discussões travadas nos encontros semanais da Escola de Processo da Unisinos (EPU). Nos profícuos sábados pela manhã, pesquisadores da Graduação, Mestrado e Doutorado reúnem-se - desde o início de 2020 de forma virtual -, para discutir temas diversos, todos relacionados, de alguma forma, com o processo civil e suas facetas históricas e hodiernas: passado, presente e futuro. Entre 2021 e 2022, foram figuras ativas nas discussões da EPU, além destes organizadores, Alana Gabriela Engelmann, Ana Larissa da Rosa Pereira, Camilla Heldt Kley, Cassiane Borges Wendling, Évelin Caroline Milani da Silva, Éverton Luís Marcolan Zandoná, Fábio Kirszenworcel Pereira, Gustavo Carvalho Albé, Gustavo da Cunha Thewes, Hélio Márcio Campo Júnior, Heverton José Mamede, Henrique Worm Amaral, Jéssica Cassol, Luiza Gessner dos Santos, Mônica Casartelli, Marcos Mantelli Dalcin, Marlon Felipe Dettenborn e Ulisses Juliano da Silva.

Em sintonia ou discordância de ideias, a comunhão das pesquisas em Graduação, Mestrado e Doutorado da Escola de Processo Unisinos está unida nos artigos que compõe esta obra. São dos integrantes da EPU os seguintes artigos: “Inteligência artificial, decisão judicial e neurociência: dos vieses algorítmicos aos vieses cognitivos humanos” (Afonso Vinício Kirschner Fröhlich); “O uso dos algortimos como meio de formação da decisão judicial e o accountability” (Alana Gabriela Engelmann), “La pru-

eba digital” (Darci Guimarães Ribeiro); “Tutela jurisdicional executiva em Francesco Carnelutti: dos fundamentos à teoria documental” (Éverton Luís Marcolan Zandoná); “A superação de entendimento firmado no julgamento de Recurso Especial Repetitivo: considerações sobre a admissibilidade do recurso especial, a partir do disposto no art. 1.030, II, CPC” (Fábio Kirszenworcel Pereira e Marlon Felipe Dettenborn); “Algumas notas sobre o modelo de resolução de disputas e o modelo da structural litigation (medidas estruturantes e processos estruturais)” (Guilherme Christen Möller); “Processo e Democracia” (Mônica de Oliveira Casartelli); e “A simbiose entre o homem e a inteligência artificial como promotora da construção do ‘inédito viável’ no direito contemporâneo” (Ulisses Juliano da Silva).

Em segundo lugar, esta obra origina-se das discussões – também muito proíficas – ocorridas nas disciplinas “Teoria Crítica do Processo” e “Processo, Jurisdição e Democracia”, ministradas por este organizador Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, junto ao Doutorado e ao Mestrado, respectivamente, em Direito da Unisinos. São dos seminários e das reflexões dos Doutorandos e Mestrandos que surgiram os seguintes artigos: “O sincretismo processual e a concretização do direito fundamental constitucional do acesso à justiça sob o enfoque da democracia no processo (Eugênia Amábilis Gregorius); “Processo, revolução e descorporificação: direitos fundamentais e complexidade no aprofundamento da modernidade” (Eva Cristina Franco Rosa dos Santos); “A importância de um direito processual hermeneuticamente adequado” (Júlia Rodrigues Oliveira Sousa); “Democracia participativa e processo: um estudo das ferramentas digitais como garantia de acesso à justiça” (Juliana Paganini); “Uma abordagem crítica sobre jurisdição à luz da teoria do direito subjetivo mediato e imediato” (Mario Di Stefano Filho); “O acesso gratuito à Justiça do Trabalho como exercício da democracia” (Rafael Selicani Teixeira); e “A inteligência artificial como ferramenta para o desenvolvimento do sistema de precedentes delineado pelo CPC/15” (Taiane Borges de Oliveira Santos).

Por fim, e com muita honra, nesta obra também constam artigos dos queridos professores que muito contribuíram com as discussões travadas no seio da Escola de Processo da Unisinos. Os professores Beclaute Oliveira Silva, Santiago Pereira Campos e José Roberto de Castro Neves estiveram juntos à Unisinos (aproximados pelo contato virtual), oportunizando três segundas-feiras de muito aprendizado e profundas reflexões. Nesta obra, os professores convidados estendem o debate que cada um propiciou em suas palestras nos artigos de títulos “relação do poder judiciário e democracia no pensamento de Calmon de Passos (Beclaute Oliveira Silva); “El proceso monitorio como herramienta esencial para la eficiencia de la justicia civil” (Santiago Pereira Campos) e “Compliance no ambiente negocial” (José Roberto de Castro Neves).

Todos os textos aqui publicados, de alguma forma, resultam das pesquisas, debates, reflexões construtivistas e desconstrutivistas, seja na perspectiva teórica ou prática, originadas da tradição de processo da Unisinos. Tem-se nas linhas abaixo, ademais, mais uma pequena amostra da já longa e contínua caminhada da Escola de Processo Unisinos. Contudo, a segunda série da Teoria Crítica do Processo tem o condão de tornar-se ainda mais especial para a nossa Escola, por homenagear ninguém menos que Michele Taruffo.

Trata-se de uma singela homenagem, desta vez póstuma, ao saudoso professor italiano. Como este organizador já teve a oportunidade de ressaltar na apresentação da obra “Ensaio sobre o Processo Civil: escritos sobre processo e justiça civil”, que compõe o volume segundo da coleção Clássicos Contemporâneos: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva, “o pensamento de TARUFFO ultrapassa fronteiras e conquista, a cada dia que passa, mais admiradores e discípulos”<sup>1</sup>. Essa frase é de uma verdade cristalina, já que as reflexões do saudoso professor italiano sobre justiça civil, interpretação, teoria da decisão judicial, prova, verdade judicial e tantos outros temas, irradiam (e seguirão irradiando) naqueles que se dedicam ao sério estudo do Processo.

Nos encontros da Escola de Processo da Unisinos esta influência é marcante. Mesmo que não se concorde com todos os meandros de sua vasta produção, fato é que os escritos e ensinamentos do professor Taruffo estão presentes nas discussões da EPU, tanto inspirando conclusões quanto encaminhando o surgimento de novas perguntas. Por isso, se a primeira série da Teoria Crítica do Processo homenageou o professor Ovídio Baptista da Silva, mostrou-se quase que natural, nesta segunda série, homenagear àquele que, assim como o professor Ovídio, tanto influencia nossos debates e ideias sobre o Processo. Eis esta obra em homenagem ao grande Michele Taruffo!

---

1 RIBEIRO, Darci Guimarães. Apresentação. In: TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o Processo Civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Organização e revisão de traduções de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.



# CAPÍTULO 1

---

## INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DECISÃO JUDICIAL E NEUROCIÊNCIA: DOS VIESES ALGORÍTMICOS AOS VIESES COGNITIVOS HUMANOS

Afonso Vinício Kirschner Fröhlich<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.1

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista CAPES, orientado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro; e JUSNANO, coordenado pelo Prof. Dr. Wilson Engelmann, ambos vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado sócio do Escritório de Advocacia Afonso Fröhlich Advogados Associados. E-mail: afonsovkf@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema da Inteligência Artificial pode ser estudado sob variadas perspectivas. Na Literatura, responsável por incorporar no imaginário popular a relação entre humanos e *robôs*, encontram-se as mais conhecidas manifestações exaltando ou temendo as possibilidades de máquinas inteligentes. Uma das primeiras aparições que se pode apontar é na conhecida obra *Iliada*, de Homero, datada do Século VIII a.C., em que há menção a “servos mecânicos”, criaturas autônomas criadas por Hefesto, o deus das invenções e da tecnologia<sup>1</sup>. Daquele marco até a atualidade, os exemplos multiplicaram-se em nível exponencial, ganhando destaque obras como as do autor de ficção científica Isaac Asimov.

Já na Filosofia, conhecidas obras dialogam sobre temas indispensáveis ao estudo da Inteligência Artificial e indagam sobre o que caracteriza a mente humana e a diferencia das máquinas. Nesse sentido, importante campo da Filosofia que se relaciona ao estudo da IA é o da Ética, observada nas perspectivas das máquinas e para as máquinas. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira, por exemplo, sustenta a existência de três diferentes sentidos em que se deve questionar a Inteligência Artificial e cujas respostas devem moldar o seu estudo: a Ética aplicada à Inteligência Artificial, a Ética decorrente de sua aplicação e, por fim, a Ética da própria da IA<sup>2</sup>.

Indo além, pela análise histórica da disciplina denominada Inteligência Artificial, é possível afirmar que o momento formal de início de seus estudos foi marcado pela publicação do artigo “*Computing machinery and intelligence*” de Alan Turing em periódico da Universidade de Oxford, no ano de 1950<sup>3</sup>. Também pode-se apontar que, alguns anos depois, em 1956, o termo *Inteligência Artificial* foi cunhado em Conferência realizada no Dartmouth College, com os denominados “*founding colleagues*”, em encontro dos pioneiros nos estudos da temática. Desde lá, muito desenvolveu-se e pesquisou-se nessa temática, permitindo alcançar o momento atual de sua vasta utilização cotidiana.

Hodiernamente, o tema da Inteligência Artificial passou a ser estudado também sob a perspectiva da neurociência. Isto é, para entender como a máquina funciona e pretender que ela realize atividades hoje realizadas por humanos (como julgar, por exemplo), é indispensável também entender como funciona a mente humana. E mais, para entender se a IA pode ou não ser incorporada ao processo judicial, inclusive, à decisão, o estudo da neurociência pode trazer algumas respostas.

1 A lembrança a essa paradigmática obra é feita por Paulo Caliendo em SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Ética e Inteligência Artificial*: da possibilidade filosófica de agentes morais artificiais. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 23.

2 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Ética e Inteligência Artificial*: da possibilidade filosófica de agentes morais artificiais. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2021.

3 TURING, Alan M. *Computing machinery and intelligence*. *Mind: A quarterly review of psychology and philosophy*, New Series, Oxford, p. 433-460, Oct. 1950. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/2251299?origin=JS-TOR-pdf&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/2251299?origin=JS-TOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents). Acesso em: 30 jul. 2021.

As respostas que o presente trabalho pretende alcançar relacionam-se aos vieses cognitivos. Quer dizer, pretende-se encontrar subsídios e bases teóricas que partem do seguinte problema de pesquisa: utilizando-se critérios de neurociência, a existência de vieses algorítmicos impede a utilização da Inteligência Artificial no processo judicial?

Os objetivos traçados para o desenvolvimento da referida problemática são: (a) realizar um breve esboço sobre a utilização da IA na atualidade, buscando aferir “como a máquina funciona”; (b) estudar os denominados “vieses algorítmicos”; e (c) analisar os vieses cognitivos humanos, com bases em paradigmas fixados pela neurociência, pretendendo compreender as decisões judiciais a partir de influxos advindos desta ciência.

A metodologia utilizada é a fenomenológico-hermenêutica, que busca ultrapassar a clássica divisão entre sujeito e objeto, ao reconhecer que o pesquisador está inserido na realidade do seu objeto de estudo. Ou seja, o pesquisador faz parte do âmbito do Direito e vive a realidade em que Inteligência Artificial já é utilizada no processo judicial, sofrendo as consequências da existência de vieses algorítmicos. Assim, com base na análise fenomenológica do objeto, o pesquisador procura atribuir sentido jurídico a essa realidade, apoiando-se em referências teóricas por ele coletadas.

## 2 COMO AS MÁQUINAS FUNCIONAM?

São inúmeras as ferramentas e *softwares* contendo Inteligência Artificial que já estão hoje disponíveis. O mercado de consumo está repleto de produtos contendo (ou que dizem conter) essa tecnologia, dos quais são apenas alguns exemplos as assistentes virtuais, os *chatbots* e a sugestão de filmes em plataformas de *streaming*. Exemplo ainda mais fantástico é o da IA aplicada à medicina, em que “médicos artificiais” se tornam cada vez mais capazes de atingir níveis inimagináveis de precisão em diagnósticos<sup>4</sup>.

Apesar do termo “IA” já estar difundido, são muitas as definições que foram (e são) dadas a essa tecnologia, cada qual relacionada à específica área de pesquisa em que o termo é utilizado. O espanhol Juan J. Álvarez Álvarez, por exemplo, ao definir o que para ele representa a Inteligência Artificial, ressalta tratar-se do “estudio del modo en que pueden construirse o programarse computadoras para que se comporten de acuerdo con rasgos observables que en los seres humanos atribuiríamos a procesos mentales”<sup>5</sup>.

Independentemente da definição adotada, certo é que a Inteligência Artificial

4 Segundo José Ignacio Latorre, muito embora ainda não tenhamos um médico completamente robotizado, “cuando lo tengamos, nadie renunciará a ser tratado por él”. LATORRE, José Ignacio. *Ética para Máquinas*. Barcelona: Editorial Planeta, 2019. p. 139.  
5 ALVAREZ, Juan J. Álvarez. *Aproximación crítica a la inteligencia artificial: claves filosóficas y prospectivas de futuro*. Madrid: Universidad Francisco de Vitoria, 2013.

ganha vida pela programação, que ocorre “através de algoritmos que explicam passo a passo como elas devem desempenhar uma tarefa (se isso, então aquilo)”<sup>6</sup>. É na programação que são inseridos os critérios matemáticos, isto é, que é desenhado o caminho pelo qual a máquina irá percorrer para alcançar determinado objetivo. Esse objetivo irá depender do tipo de Inteligência Artificial almejada, que pode ser forte ou fraca, sendo que a primeira mostra um comportamento inteligente em âmbito muito especializado em comparação com a segunda<sup>7</sup>.

Uma das formas de programação para o desenvolvimento da IA é aquela que utiliza a técnica do *machine learning*, cujo grande encanto é a possibilidade de a máquina melhorar seu critério de performance a partir da experiência na execução de tarefas que podem ser de classificação, de regressão (encontrar um valor contínuo), de segmentação e de análise de rede<sup>8</sup>. Em um segundo momento, o *machine learning* pode ser abordado em uma perspectiva de *deep learning* (aprendizado profundo), que permite ao próprio algoritmo detectar seus erros e realizar os ajustes necessários a partir de redes neurais artificiais<sup>9</sup>.

Os programas criados com técnicas de *machine learning*, que se valem de redes neurais artificiais, têm como característica a possibilidade de aumentar seu próprio desempenho de forma autônoma, através de processos de tentativa e erro<sup>10</sup>. Porém o aumento desse desempenho não depende apenas da programação, porém da qualidade dos dados que alimentam o sistema. Quer dizer, a máquina que “aprende sozinha”, nada poderá aprender se não forem fornecidos os *inputs* necessários para isso.

Em verdade, são os dados a matéria prima para a decisão a ser tomada pela IA com base nos algoritmos programados. Em outras palavras, o desenvolvimento de autoaprendizagem de máquinas só é possível pelo tratamento de dados em massa (*inputs*), o que permitirá o alcance de determinados resultados (*outputs*)<sup>11</sup>. Dados esses que não são neutros e podem conter vieses, advindos dos critérios de programação e alimentação adotados. São os chamados vieses algorítmicos.

### 3 VIESES ALGORÍTMICOS

Desde que vieram à tona as possibilidades da Inteligência Artificial aplicada ao processo judicial, surgiram, por outro lado, ressalvas e críticas com relação à

6 BOEING, Daniel Henrique Arruda; RODA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 25.

7 BADIA, Ramon López de Mántaras; GONZÁLES, Pedro Meseguer. **Inteligência artificial**. Madrid: Catarata, 2017 *E-book*: não paginado.

8 BOEING, Daniel Henrique Arruda; RODA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 23.

9 Idem. p. 24.

10 BOEING, Daniel Henrique Arruda; RODA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 25.

11 MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella Z. Inteligência Artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de *machine learning*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito**: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 265-290.

possibilidade da IA perpetuar preconceitos. Trata-se de discussão quanto aos vieses algorítmicos, capazes de influenciar as decisões tomadas pela Inteligência Artificial. Essas críticas centram-se no entendimento de que os preconceitos perpetuados pela IA são inadmissíveis porque têm como resultado “uma distorção velada sob a ilusão de imparcialidade”<sup>12</sup>.

Para exemplificar, nos estudos relacionados aos vieses algorítmicos, é comum a referência ao *Caso Loomis*, que ficou famoso pela discussão quanto à possibilidade de a Inteligência Artificial influenciar e pautar decisões judiciais. Trata-se esse de um caso ocorrido em Wisconsin, nos Estados Unidos, onde Eric L. Loomis foi condenado a seis anos de prisão, tendo-lhe sido negada a liberdade provisória em razão do software *Compas* ter-lhe rotulado a alta probabilidade de reincidência<sup>13</sup>.

Ana Luiza Pinto Coelho Marques e Dierle Nunes citam o mesmo exemplo paradigmático. Os autores assinalam que os vieses algorítmicos “ocorrem quando as máquinas se comportam de modos que refletem os valores humanos implícitos envolvidos na programação”<sup>14</sup>. Os autores reconhecem a existência de riscos relacionados aos referidos vieses, principalmente em uma perspectiva de devido processo constitucional. Sustentam eles que, embora sejam os algoritmos pretensamente imparciais, são imbuídos de subjetividade<sup>15</sup>.

Para os autores, os vieses algorítmicos originam-se da própria criação do modelo (representação abstrata de determinado processo) do qual depende o mecanismo de Inteligência Artificial<sup>16</sup>. Na criação deste modelo, como os programadores selecionam as informações a serem fornecidas ao sistema, tais escolhas originam pontos cegos (*blindspots*) nos algoritmos, “os quais refletem os objetivos, prioridades e concepções de seu criador, de modo que os modelos são, a todo tempo, permeados pela subjetividade do sujeito que os desenvolve”<sup>17</sup>.

Ou seja, a existência de vieses algorítmicos está relacionada à qualidade dos dados que alimentam o sistema de Inteligência Artificial. Daí decorre a percepção de que os vieses algorítmicos não se diferenciam dos vieses cognitivos humanos daqueles que alimentam o sistema, já que os dados que alimentam o sistema de IA são coletados em uma sociedade permeada por desigualdades, exclusões e discriminações<sup>18</sup>. Esse entendimento clarifica que, em verdade, não existe decisão neutra, tendo em vista que

12 BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmos. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 671-695.

13 LIPTAK, Adam. Sent to prison by a software program's secret algorithms. In: The New York Times, New York, 1 May 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html>. Acesso em: 26 jul. 2021.

14 NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista dos Tribunais** - Revista de Processo, São Paulo, v. 285, p. 421-447, nov. 2018.

15 Idem.

16 Idem.

17 Idem.

18 Idem.

os vieses (cognitivos humanos ou algorítmicos) mostram-se presentes e influentes de forma inescapável.

Portanto, compreender-se que a Inteligência Artificial pode tomar decisões com base em vieses algorítmicos demanda não fechar os olhos para a existência de vieses cognitivos nos próprios julgadores humanos. Muito pelo contrário, a compreensão dos vieses cognitivos humanos poderá permitir respostas e soluções aos vieses algorítmicos. São soluções que passam, necessariamente, pelo estudo da neurociência e suas implicações no processo e, em especial, na decisão judicial.

#### 4 VIESES COGNITIVOS HUMANOS: COMPREENDENDO AS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DE INFLUXOS DA NEUROCIÊNCIA

O integral funcionamento do cérebro humano ainda é desconhecido. Reside aí um dos segredos buscados há muito pela humanidade, sempre fascinada com as possibilidades ainda não conhecidas da mente. Em que pese descobertas nesta área de tempos em tempos despontam e a muitos surpreendem, ainda “não se sabe ao certo como o cérebro processa a informação recebida através dos nervos ópticos e a interpreta de forma a reconhecer um certo padrão de traços como um três, por exemplo”<sup>19</sup>. Também não se sabe integralmente como determinadas áreas do cérebro podem assumir o comando de certas funções quando uma área é danificada e não há teoria que explique como a memória de um indivíduo é armazenada<sup>20</sup>.

Apesar de grandes campos do cérebro humano ainda serem integralmente (ou em partes) desconhecidos, a pesquisa em Inteligência Artificial passa, necessariamente, pelo seu entendimento. É assim porque o desenvolvimento da IA busca replicar o funcionamento do cérebro humano ou, ao menos, toma-o como base de comparação. *Compreensão de linguagem natural, redes neurais artificiais, aprendizagem por reforço*, são áreas de estudo que partem do cérebro humano para criar ou aprimorar funcionalidades da Inteligência Artificial.

Por isso, o estudo atual sobre IA deve traçar um paralelo com estudo da neurociência. E entenda-se aqui “neurociência” com a mesma amplitude adotada por Márcio Márcio Negrão quando aborda o tema na perspectiva da “natureza da mente e sua relação com o corpo, [d]a experiência subjetiva característica da consciência humana e [de] outras questões fundamentais”<sup>21</sup>. Ou ainda, nas palavras de Russel e Norvig, adotando o termo sobre a perspectiva da IA e referindo ser a neurociência simplesmente o “estudo do sistema nervoso, em particular do cérebro”<sup>22</sup>.

19 BOEING, Daniel Henrique Arruda; RODA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020. P. 24.

20 RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2013. E-book: não-paginado.

21 NEGRÃO, Márcio Márcio. **A mente consciente: fundamentos filosóficos e neurobiológicos**. Curitiba: Intersaberes, 2017. p. 371.

22 RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2013. E-book: não-paginado.

Adotando como paradigma a neurociência - sem poder, nesse curto espaço, aprofundar-se nos meandros deste instigante e complexo tema - é possível perceber a Inteligência Artificial sob novos contornos, os quais já são comuns em trabalho filosóficos e científicos sobre IA. Russel e Norvig, por exemplo, ao traçarem um panorama histórico sobre o estudo da neurociência e da IA, ensinam que “se sabe há muito tempo que o cérebro dos seres humanos tem algumas características diferentes”<sup>23</sup>, tanto que “em aproximadamente 335 a.C., Aristóteles escreveu: ‘De todos os animais, o homem é o que tem o maior cérebro em proporção ao seu tamanho’”<sup>24</sup>. A análise do rico panorama histórico traçado por Russel e Norvig, cujos marcos todos não cabem aqui descritos, permite perceber que o estudo da Inteligência Artificial é indissociável ao estudo da neurociência.

Compreender o cérebro humano permite também, em certa escala, entender como as máquinas aprendem ou podem aprender. Portanto, a análise crítica a respeito dos vieses algorítmicos deve partir do reconhecimento de que existem vieses cognitivos humanos. Esses, muito embora são reiteradamente esquecidos, são capazes de influenciar tanto (ou mais) as decisões que os vieses algorítmicos tão temidos.

Ricardo Lins Horta aponta que “afortunadamente, nos últimos anos, a literatura jurídica brasileira tem começado a se questionar sobre a existência e os efeitos de vieses cognitivos na tomada de decisão juridicamente relevante”<sup>25</sup>. De acordo com Horta, Doutor em Direito e Mestre em Neurociência, as decisões judiciais são “influenciadas por fatores pessoais, político-ideológicos, por identidades como gênero e raça e por fatores circunstanciais e prosaicos, como cansaço, fome e nojo”<sup>26</sup>. Quer dizer, se as decisões proferidas pela IA podem não ser “neutras”, aquelas produzidas por julgadores humanos efetivamente não o são.

Duas pesquisas recentes, resgatadas do mencionado artigo de Horta, ilustram a visualização prática da existência de vieses cognitivos nas decisões judiciais. A primeira, de autoria de Rodrigo de Souza Tavares e Ivar Rodríguez Hannikainen, é intitulada “Casos de revirar o estômago: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais”<sup>27</sup>, e buscou demonstrar que a emoção que os autores denominaram *nojo* “pode ter influência significativa em nossos julgamentos sobre conduta social”<sup>28</sup>. Conforme Tavares e Hannikainen<sup>29</sup>:

23 Idem.

24 Idem.

25 HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 3. P. 83-122, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6089/pdf>. Acesso em 10 ago. 2021.

26 Idem.

27 TAVARES, Rodrigo de Souza; HANNIKAINEN, Ivar Rodríguez. Casos de revirar o estômago: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 5, n. 1, p. 67-78, 2018. Disponível em: [https://reedrevista.org/reed/article/view/193/pdf\\_29](https://reedrevista.org/reed/article/view/193/pdf_29). Acesso em: 26 jul. 2021.

28 Idem.

29 Idem.

Assim, a despeito do racionalismo predominante na teoria do direito, já se encontram alguns estudos que correlacionam a intensidade desta emoção à atribuição de sanções civis em casos hipotéticos, ou ao suporte de políticas punitivas mais severas.

A segunda pesquisa tem como autores Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro e como título “Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise”<sup>30</sup>. Trata-se de pesquisa direcionada a “obter um diagnóstico confiável a respeito da interferência de erros de julgamento provocados por sugestões, ainda que inconscientes, de participantes do discurso jurídico na tomada de decisão judicial”<sup>31</sup>. Em especial, no artigo, Leal e Ribeiro trabalham a *heurística de ajuste e ancoragem*, que está relacionada a um efeito de confiança atribuído de forma intuitiva a um número dado quando o sujeito é chamado a dar respostas numéricas em cenários de incerteza.

Adotando a mesma heurística<sup>32</sup> à decisão judicial, Tavares e Leal propuseram-se a pesquisar a sua influência nos valores fixados a título de danos morais em questões de consumo. Ao final, concluíram que, muito embora em um primeiro momento, não houvesse influência da heurística de ancoragem no total dos casos analisados (o que poderia, segundo os autores, ser atribuído à adoção, pelo magistrado, de tabelamento linear de danos morais), destacaram-se certas correlações “mais fortes entre o valor da causa e o valor pedido”<sup>33</sup>.

Os exemplos acima retratados demonstram a existência de vieses cognitivos capazes de influenciar a decisão judicial. E para o entendimento dos vieses que influenciam a tomada de decisão judicial, indispensável tomar de apoio as pesquisas de Daniel Kahneman, autor que se propôs a estudar como a mente funciona, com base em progressos recentes da psicologia cognitiva e social<sup>34</sup>. Ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2002, Kahneman propõe que o cérebro humano é dividido em dois sistemas utilizados para o julgamento e a escolha: o *Sistema 1* que é rápido e o *Sistema 2* que é lento.

É no *Sistema 1* que se encontram as heurísticas e os vieses. Advém eles de “um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas para perguntas difíceis”<sup>35</sup>. Com esse mecanismo de gerar respos-

30 LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 778-799, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5295>. Acesso em: 26 jul. 2021.

31 Idem.

32 Para Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron: “As heurísticas e os vieses são características evolutivas da racionalidade humana, racionalidade esta que pode ser caracterizada como uma função. [...] As heurísticas, apesar de poderem eventualmente se desdobrar em erros a partir de uma falha das premissas primárias utilizadas, são de fundamental importância para que se possa desempenhar as necessidades da racionalidade no dia a dia” NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 29-30.

33 LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 778-799, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5295>. Acesso em: 26 jul. 2021.

34 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar*: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 19.

35 Idem. p. 127.

tas mais fáceis para perguntas complexas, o cérebro economiza o esforço que seria demandado caso a resposta adviesse do lento e preguiçoso *Sistema 2*<sup>36</sup>. E, justamente, por serem os vieses e as heurísticas respostas rápidas, que demandam menos esforço, podem ser elas duvidosas ou mesmo preconceituosas.

Esses vieses de cognição são aqueles que, segundo Nunes, Lud e Pedron, podem ser observados na atividade jurisdicional e, se lá estão, geram erros sistemáticos e a pronunciamentos judiciais maculados de subjetividade<sup>37</sup>. Alguns exemplos de vieses na decisão judicial são o da confirmação<sup>38</sup>, da ancoragem<sup>39</sup> e do efeito adesão<sup>40</sup>. Ao analisar os referidos vieses, Nunes, Lud e Pedron ponderam<sup>41</sup>:

Permitir que o juiz decida levando em consideração as concepções pessoais acerca da impressão que teve das partes (heurística da representatividade) gera um enorme risco de distorções cognitivas, favorecendo, por exemplo, que o julgador busque informações e elementos probatórios no intuito de justificar e confirmar suas impressões (*confirmation bias*, [...]) acerca do caso, em completa discrepância com o modelo racional de tomada de decisão, base do que se possa entender pro processo na perspectiva democrática, pautado pela participação.

A relação entre vieses algorítmicos e vieses cognitivos humanos é bem trabalhada na obra de Cass Sunstein<sup>42</sup>. Em artigo publicado em dezembro de 2018 na Revista “Social Research”, Sunstein propõe duas formas de responder à complexa pergunta “Are algorithms biased?”<sup>43</sup>. A primeira resposta, que segundo o autor não causa mais espanto, centra-se no entendimento de que os algoritmos podem superar os efeitos prejudiciais dos vieses cognitivos. Isto é, partindo da premissa de que os vieses cognitivos possuem grande influência naqueles cujo trabalho é evitá-los, os algoritmos podem ser de grande ajuda<sup>44</sup>.

Um exemplo está nos mais influentes trabalhos em ciência comportamental, diz Sunstein, que demonstram que a previsão estatística muitas vezes supera a previsão clínica, principalmente em razão dos vieses cognitivos da primeira. Então, para o autor, é irremediável a conclusão de que “algorithms can be seen as a modern form of statistical prediction, and if they avoid biases, no one should be amazed”<sup>45</sup>. Sobre essa

36 Idem. p. 128.

37 NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 37.

38 Para Nunes, Lud e Pedron, representa a “Tendência do observador de procurar ou interpretar informações de forma que estas confirmem concepções próprias”. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 64.

39 Trata-se, para Nunes, Lud e Pedron, da “tendência de confiar demais, ou ‘ancorar-se’, em uma referência do passado ou em uma parte da informação no momento de tomar decisões”. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 64.

40 É caso da “tendência de fazer (ou acreditar) em coisas porque muitas outras pessoas fazem (ou acreditam) na mesma coisa”. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 65.

41 Idem. p. 57.

42 SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases. **Social Research**: An International Quarterly, Baltimore, v. 86, n. 2, dez. 2018. P. 499-511. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3300171](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300171). Acesso em 20 jul. 2021.

43 Idem.

44 Idem.

45 SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases. **Social Research**: An International Quarterly, Baltimore, v. 86, n. 2, dez. 2018. P. 499-511. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3300171](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300171). Acesso em 20 jul. 2021.

perspectiva para responder à pergunta por ele formulada, Cass Sunstein não mais se aprofunda.

Sunstein está interessado em responder ao questionamento sob uma nova perspectiva, mais complexa. A proposta que o autor apresenta é que os algoritmos não discriminam da forma como geralmente o termo “discriminação” é concebido. Para fundamentar essa resposta, o autor utiliza pesquisas na área que têm como objeto a performance dos algoritmos comparada com a dos humanos em decisões de concessão de liberdade provisória a réus em processos criminais – como é o caso do *Compas*, acima mencionado. Diz Sunstein que se os algoritmos utilizam os mesmos dados disponíveis aos julgadores humanos para decidir, como o histórico do acusado e outros dados sobre ele, os primeiros possuem resultados muito mais apurados que os últimos<sup>46</sup>.

O que Sunstein defende é que a maioria dos erros cometidos por julgadores humanos poderia ser evitada pelos algoritmos. Isto é, ao analisar o risco de reincidência (“*pre-trial risks*”), é alta a chance do julgador humano tratar presos com baixo risco como se o risco fosse alto ou vice-versa. Conclui Cass Sunstein que<sup>47</sup>:

Use of the algorithm could maintain the same detention rate now produced by human judge and reduce crime by up to 24.7 percent. Alternatively, use of the algorithm could maintain the current level of crime reduction and reduce jail rates by as much as 41.9 percent. That means that if the algorithm were use instead of judges, thousands of crimes could be prevent without jailing even one additional person. Alternatively, thousands of people could be released, pending trial, without adding to the crime rate<sup>48</sup>.

Para Sunstein isso ocorre justamente porque aos humanos são inevitáveis os vieses cognitivos e, dificilmente, poderão ser eles corrigidos. Já no que tange aos vieses algorítmicos, poderão vir a ser corrigidos pela inserção de novos dados (*inputs*) no sistema ou alterações no modelo de programação. Dessa forma, Sunstein contrapõe a preocupação que vem prevalecendo entre os teóricos atuais que exploram a preocupação com os vieses algorítmicos, com pesquisas recentes que demonstram o oposto. Por isso, a teoria do professor norteamericano é de grande importância na divergência ao entendimento míope de que os vieses surgiram com os algoritmos e com a Inteligência Artificial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem pretender, de forma alguma, esgotar o fascinante estudo da neurociência aplicada ao processo judicial, esse artigo pretendeu verificar se a existência de vieses algorítmicos impede a utilização da Inteligência Artificial no processo de tomada de decisão judicial. Para responder a esse questionamento, após realizar um breve esboço

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases. *Social Research: An International Quarterly*, Baltimore, v. 86, n. 2, dez. 2018. P. 499-511. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3300171](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300171). Acesso em 20 jul. 2021.

sobre a utilização da IA na atualidade, e passar pelo estudo dos “vieses algorítmicos”, aportou-se na análise dos vieses cognitivos humanos e na sua influência no processo judicial. Assim obrou-se com apoio em influxos teóricos advindos da neurociência, que permitiram melhor compreender o contexto da tomada das decisões judiciais.

Como visto, os vieses algorítmicos são temidos no processo judicial. Mesmo aqueles que pouco estudam sobre o tema, já possivelmente depararam-se com a compreensão de que as decisões proferidas por Inteligência Artificial não são neutras e possuem vieses algoritmos. Os mesmos autores que traçam ponderações nesse sentido, nelas fundamentam a impossibilidade de utilização da Inteligência Artificial no processo judicial. Todavia, o presente trabalho buscou acercar-se de marcos teóricos capazes de demonstrar que os vieses na decisão judicial não surgem com a Inteligência Artificial, já que heurísticas e vieses cognitivos de julgadores humanos há muito influenciam os processos e, em especial, as decisões judiciais.

Se é verdade que as decisões proferidas por Inteligência Artificial possuem vieses, esses decorrem invariavelmente dos vieses daqueles que alimentam o sistema. Quer dizer, se parece ser plenamente aceito que a Inteligência Artificial possui vieses, não tão evidente é que tais vieses se assemelham (ou espelham) as heurísticas e os vieses cognitivos do julgador humano. Contudo, os exemplos citados neste trabalho dão conta que os vieses cognitivos dos julgadores são (tanto quanto ou, inclusive, mais) capazes de influenciar a decisão judicial.

Portanto, o paradigma da neurociência não pode ser olvidado no estudo da Inteligência Artificial aplicada ao processo judicial. Ao perceber-se que tanto a Inteligência Artificial quanto à “inteligência humana” possuem vieses, não parece des-temperado o entendimento de Cass Sustein de que os vieses algorítmicos poderão ser corrigidos pela inserção de novos dados (*inputs*) no sistema ou alterações no modelo de programação. Por outro lado, permanece a dúvida sugerida por Sunstein: como corrigir os vieses cognitivos dos julgadores humanos?

Portanto, reiterando o afastamento de qualquer intenção de, nesse curto espaço, percorrer todos os meandros e possibilidades de estudo da neurociência, é possível concluir que dela se pode, ao menos, tirar influxos para compreender os vieses nas decisões judiciais. Mais do que isso, pode-se perceber que vieses estão presentes e influenciando o processo judicial muito antes de se falar em IA. Com isso, cabe ao pesquisador valer-se de pesquisas continuadas sobre o tema, buscando respostas que permitem ultrapassar a compreensão de que a existência de vieses algorítmicos impede a utilização da IA no processo judicial.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Juan J. Álvarez. **Aproximación crítica a la inteligencia artificial**: claves filosóficas y prospectivas de futuro. Madrid: Universidad Francisco de Vitoria, 2013.

ALVES, Isabella Fonseca. Dos vieses algorítmicos e a falta de transparência algorítmica. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSART, Joaquim Portes de Cerqueira (coords.). **Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 731-746.

BADIA, Ramon López de Mántaras; GONZÁLES, Pedro Meseguer. **Inteligencia artificial**. Madrid: Catarata, 2017.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; RODA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmos. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito**: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 671-695.

HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 3. P. 83-122, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6089/pdf>. Acesso em 10 ago. 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KWEKHA-RASHID, Ameer Sardar; ABDULJABBAR, Heamn N.; ALHAYANI, Bilal. Coronavirus disease (COVID-19) cases analysis using machine-learning applications. **Applied Nanoscience**, Riyadh, Arábia Saudita, v.1. n. 4, p. 21 maio 2021. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13204-021-01868-7#citeas>. Acesso em 17 ago. 2021.

LATORRE, José Ignacio. **Ética para Máquinas**. Barcelona: Editorial Planeta, 2019.

LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 778-799, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5295>. Acesso em: 26 jul. 2021.

LIPTAK, Adam. Sent to prison by a software program's secret algorithms. In: The New York Times, New York, 1 May 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html>. Acesso em: 26 jul. 2021.

MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella Z. Inteligência Artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de machine learning. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND,

Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 265-290.

NEGRÃO, Mário Márcio. **A mente consciente: fundamentos filosóficos e neurobiológicos**. Curitiba: Intersaberes, 2017.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista dos Tribunais**: Revista de Processo, São Paulo, v. 285, p. 421-447, nov. 2018.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2013.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Ética e Inteligência Artificial: da possibilidade filosófica de agentes morais artificiais**. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2021.

SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases. **Social Research**: An International Quarterly, Baltimore, v. 86, n. 2, dez. 2018. P. 499-511. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3300171](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300171). Acesso em 20 jul. 2021.

TAVARES, Rodrigo de Souza; HANNIKAINEN, Ivar Rodríguez. Casos de revirar o estômago: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 5, n. 1, p. 67-78, 2018. Disponível em: [https://reedrevista.org/reed/article/view/193/pdf\\_29](https://reedrevista.org/reed/article/view/193/pdf_29). Acesso em: 26 jul. 2021.

TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. **Mind**: A quarterly review of psychology and philosophy, New Series, Oxford, p. 433-460, Oct. 1950. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/2251299?origin=JS-TOR-pdf&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/2251299?origin=JS-TOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents). Acesso em: 30 jul. 2021.



# CAPÍTULO 2

---

## O USO DOS ALGORITMOS COMO MEIO DE FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E O ACCOUNTABILITY

Alana Gabriela Engelmann<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.2

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público, sob a linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), orientada pelo prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Especialista em Novo Processo Civil Brasileiro pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Conselheira Subseccional e Presidente da Comissão Especial de Direito Processual Civil da Subseção de Sapiiranga-OAB/RS. Advogada. Membro da ABEP (Associação Brasileira “Ela no Processo”). E-mail: alanagengelmann@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

É notório que a utilização dos Algoritmos e da Inteligência Artificial chegou, tanto para o Direito, como para o Direito Processual, como uma ferramenta para auxiliar o Poder Judiciário nas mais diversas atividades exercidas por todos os operadores do direito.

Da mesma forma, é inegável a aplicação junto ao Processo Judicial do uso da Inteligência Artificial para realizar atos processuais, bem como para proferir decisões judiciais, motivo pelo qual o presente trabalho busca fazer uma abordagem, tanto da questão da aplicação do uso do algoritmo no processo de tomada de decisão, bem como sobre a necessidade de uma maior transparência algorítmica e de um *accountability* dos algoritmos utilizados com a presente finalidade.

Para isso, busca-se trazer os modelos de Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões judiciais, bem como a questão da sua programação e da falta de compreensão do código-fonte para se entender o funcionamento do algoritmo.

Sendo assim, com o objetivo de se alcançar a finalidade, será feita uma análise bibliográfica, buscando conceitos a respeito do tema e demonstrando como se dá a aplicação da Inteligência Artificial no âmbito do processo judicial. Do ponto de vista de seus objetivos, a pesquisa assumirá o nível descritivo e explicativo. A pesquisa descritiva compreende a análise da evolução do emprego de tecnologias junto aos processos judiciais. Do mesmo modo, o caráter explicativo da pesquisa se verificará com a descrição dos conceitos e das doutrinas que caracterizam a Inteligência Artificial aplicada nos processos judiciais, descrevendo a evolução histórica, elucidando os conceitos e interpretando a legislação atual. O método utilizado será o dedutivo, uma vez que, se preocupa em trazer temas gerais a respeito da utilização da Inteligência Artificial para depois verificar a sua utilização no caso concreto. A pesquisa propõe, por fim, demonstrar como a Inteligência Artificial pode impactar no momento de proferir decisões judiciais e demonstrar a necessidade de uma maior transparência algorítmica e de um efetivo *accountability* dos algoritmos utilizados nesse processo de tomada de decisões judiciais.

Diante de tudo que foi apresentado, resta claro que o uso da inteligência artificial junto ao processo de tomada de decisões pode ser de grande ajuda para tornar o processo judicial mais célere. Por outro lado, também é de conhecimento que essa implementação deve observar algumas precauções, sendo que o objetivo aqui é demonstrar como a questão da transparência dos atos judiciais fica afetada pelo uso dos algoritmos.

## 2 O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES E USO DOS ALGORITMOS COMO INSTRUMENTO DE FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

O legislador, ao longo dos anos, sempre buscou maneiras de que houvesse uma clara aproximação entre o processo civil e a realidade, tendo em vista que o próprio conceito de “tutela” faz referência a uma proteção de direito material<sup>1</sup>.

Assim, resta claro que foi dado um novo direcionamento à atividade processual que, entendeu que, além de compor o litígio, ela também possui a função de buscar uma efetiva proteção do interesse no caso concreto, sendo que, na maioria das vezes a proteção a qual está sendo almejada, não será atingível por uma mera declaração, dependendo de atuações no plano fático<sup>2</sup>.

Não se pode esquecer, também, que outro objetivo almejado pelo Legislador sempre foi da maior celeridade processual, com uma linha voltada para a economia processual, o que sempre foi um desafio para o Poder Judiciário, em virtude do crescente número de demandas, e das limitações encontradas, principalmente as fases morosas em que o processo aguarda a realização de alguma diligência.<sup>3</sup>

Assim, resta claro que, todos os dilemas que o sistema jurídico vem enfrentando, nos últimos anos, vêm induzindo a todos na procura de novos horizontes que promovam um movimento com a finalidade de ruptura com os padrões tradicionais, já com o objetivo de atingir essa finalidade de obtenção de um processo judicial mais célere e eficiente, e buscando uma economia processual, vem se induzindo a adoção de tecnologias que até se acreditava não serem possíveis de serem aplicadas e utilizadas por um setor tão formal e tão apegado às tradições como o direito, e o processo judicial<sup>4</sup>.

Como uma alternativa de tornar o processo judicial mais célere e eficiente, surge a possibilidade de aplicação do uso dos algoritmos, com a promessa de que, a sua aplicação na atividade jurisdicional, pode dar maior automatização para os processos judiciais, não necessitando mais tanto da atividade humana para questões rotineiras, que demandam tempo, para que seja realizada a movimentação processual, bem como na hora de proferir decisões judiciais pelo Poder Judiciário.

Da mesma forma que é necessário se observar e tomar certas precauções com o uso de qualquer nova tecnologia, com a utilização dos algoritmos não seria diferente<sup>5</sup>.

1 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 25

2 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 25

3 JOBIM, Marco Félix. **O Direito à duração Razoável do Processo** – Responsabilidade Civil do Estado em Decorrencia da Intempestividade Processual. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.119-120

4 MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana de. **Uso da Inteligência Artificial no Processo de Tomada de Decisões Jurisdicionais**. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WÖLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 592

5 NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses algorítmicos e os riscos**

O que se quer dizer é que o avanço tecnológico é brutal e irreversível, já que é um dos únicos meios para satisfazer uma demanda cada vez maior e mais exigente. É este o curso natural de nossa sociedade, que se vê cada vez mais inserida num meio predominantemente digital, naquilo que se pode chamar de um período de pós-humanidade<sup>6</sup>.

No campo processual-jurisdicional busca-se ofertar não apenas um serviço, como em outras áreas, mas uma tutela processualizada de direitos que persegue decisões sensíveis. A tecnologia deve ser primordialmente auxiliar na busca dessa finalidade<sup>7</sup>.

Primeiramente, cabe salientar que um processo mais célere, que não demanda tempo demasiado para sua conclusão, não é sinônimo de um processo mais eficiente, uma vez que, para se obter um processo mais eficiente, precisamos observar que ele deve de ser um processo célere, que respeita os princípios constitucionais, e que também se chega na decisão almejada.

Uma coisa que tem que se levar em consideração, é o fato de que parte das atividades relacionadas à prática jurídica são extremamente padronizadas e repetitivas, bem como o fato do crescimento das demandas de massa, ou seja, aquelas demandas que possuem litigiosidade repetitiva, e a crescente necessidade do aumento da produtividade, em virtude do número extremamente grande de demandas em tramitação, tornaram a área do direito, bem como todo o poder judiciário, em si, em uma grande candidata para sofrer as fortes transformações decorrentes do uso e da aplicação de tecnologias, como a Inteligência Artificial, permitindo a automação de tarefas que antes somente poderiam ser desempenhadas por profissionais do direito<sup>8</sup>.

Nesse mesmo sentido, bem pontua Erick Navarro Wolkart, em virtude do fato de que, anualmente, os custos tecnológicos diminuem gradativamente, torna-se viável a aplicação da tecnologia dos algoritmos e da Inteligência Artificial junto aos processos judiciais<sup>9</sup>.

Ainda, não se pode esquecer que não apenas as atividades do Poder Judiciário que foram impactadas com os avanços tecnológicos. Como bem abordado por Richard Susskind, em menos de duas décadas, o modo como os advogados atuam será radicalmente modificado. Modos inteiramente novos de desempenhar serviços jurídicos irão aparecer, novos fornecedores se consolidarão no mercado e o modo de funcionamento

de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**. vol. 285/2018. Nov. de 2018. p. 4

6 RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. Inteligência Artificial e Direito: Uma análise prospectiva dos Sistemas Inteligentes no Processo Judicial. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência Artificial Aplicada ao Processo de Tomada de Decisões**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 465.

7 BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 141.

8 MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana de. Uso da Inteligência Artificial no Processo de Tomada de Decisões Jurisdicionais. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 598

9 WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.724

das cortes será transformado. Caso não se adaptem, muitos escritórios de advocacia tradicionais sucumbirão. Por outro lado, inúmeras outras oportunidades surgirão para os novos advogados que sejam empreendedores e criativos<sup>10</sup>.

O aprimoramento dos algoritmos permitiu que as máquinas desempenhassem tarefas cada vez mais complexas, possibilitando o desenvolvimento de uma tecnologia baseada na capacidade de emular comportamentos considerados inteligentes. Daí surge a Inteligência Artificial,<sup>11</sup> sendo que as definições de Inteligência Artificial podem ser segmentadas conforme a abordagem dos especialistas e os objetivos para sua aplicação<sup>12</sup>.

E foi exatamente essa ideia de que é possível a produção de conhecimento de forma artificial, ou seja, com o uso da Inteligência Artificial, que abriu os caminhos para que pudesse ser desenvolvida a capacidade de treinamento de sistemas que aprendessem a partir dos dados que lhes são fornecidos sem serem programados para realizar tarefas específicas, sendo que o processo de aprendizagem das máquinas é denominado de *machine learning*, sendo que esse processo é baseado nos dados fornecidos aos algoritmos permitem que o sistema analise as informações e aprenda por conta própria através do treinamento e experiências anteriores, evitando, assim, que os desenvolvedores tenham que elaborar códigos que preceituem instruções específicas<sup>13</sup>.

Através desse processo de análise de informações e de aprendizado que é fornecido ao algoritmo através dos dados fornecidos, é possível que esse algoritmo execute tarefas ou alcance resultados que sequer foram imaginados por seus desenvolvedores, uma vez que, diante da maior quantidade de dados disponibilizado para treinamento, maior será o aprendizado adquirido e a capacidade de resposta, ou seja, de obtenção de soluções, para as questões propostas<sup>14</sup>.

Assim, resta claro que a Inteligência Artificial é uma ótima ferramenta de dinamização do tempo processual, uma vez que ela pode aprender através de dados fornecidos, o que permite que o algoritmo desempenhe as mais diversas funções no âmbito do processo judicial, bem como a prática de atos processuais através do algoritmo, o que proporciona uma maior celeridade processual<sup>15</sup>.

Após essa análise inicial, deve-se ser feita a análise de como o magistrado deve se portar no momento de proferir uma decisão judicial, fazendo a análise do processo

10 SUSSKIND, Richard E. **Tomorrow's lawyers: an introduction to your future**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, p.3

11 BROOKSHEAR, J. Glenn. **Ciência da Computação: uma visão abrangente**. Tradução Cheng Mei Lee. 7ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2005, p. 20

12 WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil: Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.706

13 MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana de. **Uso da Inteligência Artificial no Processo de Tomada de Decisões Jurisdicionais**. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 595

14 MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana de. **Uso da Inteligência Artificial no Processo de Tomada de Decisões Jurisdicionais**. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 595

15 RIBEIRO, Darci Guimarães. **O Novo Processo Civil Brasileiro: Presente e futuro**. Londrina: Thoth, 2020, p. 219.

de tomada de decisões judiciais, bem como a maneira como o algoritmo também deve de se portar, sem esquecer que é preciso respeitar todos os princípios constitucionalmente previstos no momento de proferir decisões judiciais.

O que se tem constatado com essa questão que diz respeito ao funcionamento do Poder Judiciário, a preocupação que se dá a necessidade de se tornar mais célere a prestação jurisdicional oferecida pelo Estado para a resolução das demandas, não é a mesma que se costuma dar à qualidade das decisões que são proferidas, sendo que “preocupar-se com a qualidade das decisões, em realidade, nada mais significa que se voltar para a necessidade de que as decisões jurídicas sejam justas, ou seja, conformes com a realidade e de acordo com o ordenamento jurídico”<sup>16</sup>.

Assim, diante da racionalidade na aplicação do direito, significa que a construção da norma individual a ser aplicada como solução para a demanda deve se dar a partir de razões universalizáveis, e isso tanto no que diz respeito ao julgamento dos fatos, quanto no que atine à identificação do dispositivo legal e da jurisprudência aplicável a cada caso.

A razão da norma ser universalizável, quer dizer que a norma pode ser aplicada a outras situações e que, por segundo, ela estará mais facilmente sujeita a um controle, o que leva ao fato de que a aplicação de uma razão universalizável e o seu controle possuem a tendência de serem mais efetivos se realizados a partir do uso da inteligência artificial<sup>17</sup>.

Assim, resta claro como o uso da inteligência artificial pode contribuir para maior racionalidade no julgamento dos fatos de um processo, o que é, de fato, o que se espera em um primeiro momento, dos juízes, no que diz respeito à determinação da ocorrência ou não dos fatos a que o direito vincula a imposição de uma determinada consequência jurídica a eles, sendo, após ultrapassado esse ponto, acertar a ocorrência ou não de um fato é algo que também se espera da atividade do magistrado<sup>18</sup>.

E esse esquema que é tradicionalmente delineado e se mostra o mais coerente para que o Magistrado possa tomar uma decisão judicial, é útil para que o julgador possa selecionar dentre as hipóteses que lhe foram oferecidas, aquela que constituirá premissa de sua decisão, mas tal esquema, não resta a menor dúvida, pode ser mais bem realizado por algoritmos. Conforme destaca Jordi Nieva Fenoll<sup>19</sup>:

16 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 451

17 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 452

18 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 452

19 FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia Artificial y Proceso Judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 112

[...] *Es mas adecuado para la inteligencia artificial que la maquina deba decir si son muchos o pocos los datos que sustentan una hipotesis, o si los mismos son pertinentes – relacionados con el objeto del proceso –, variados, están sustentados por máximas científicamente correctas – máximas de experiencia –, y, por supuesto, que la herramienta nos diga si existen hipotesis alternativas con esos mismos datos. Todo ello, naturalmente, lo puede hacer un ser humano, pero bastante más lentamente.*<sup>20</sup>

Acontece também referida situação na identificação do direito aplicável à espécie, quando entra em cena o necessário raciocínio analógico para informar se há ou não a aplicação do entendimento das Cortes, sendo que, nesses casos, a inteligência artificial atua em duas frentes, quais sejam, tanto na seleção dos casos a serem julgados pelos Tribunais Superiores, quanto no juízo de correção da aplicação dos entendimentos, ou da jurisprudência, das Cortes Superiores<sup>21</sup>.

De acordo com a análise do funcionamento dos Tribunais Superiores, o primeiro elemento a ser levado em consideração em matérias de admissibilidade dos recursos diz respeito às funções que incumbem a esses tribunais, que são constitucionalmente atribuídas, como “o reconhecimento conferido ao papel desempenhado por esses tribunais revela a compreensão de um ordenamento jurídico a respeito do processo de criação e de vinculação ao direito”<sup>22</sup>.

Diante do comprovado enviesamento algorítmico, é inegável a necessidade de um que se tenha “um elevado grau de transparência algorítmica, a fim de possibilitar que os afetados pelo modelo saibam o que determina o resultado alcançados pelo sistema de Inteligência Artificial”<sup>23</sup>.

Diante da análise dos vieses algorítmicos da inteligência artificial, resta claro a necessidade de um sistema regulatório, bem como da necessidade de busca pela transparência, ou seja, pelo *accountability*, no âmbito da Inteligência Artificial, sendo que essa necessidade de implementação de mecanismos para assegurar a transparência algorítmica, possui o objetivo de buscar a compreensão sobre o processo de tomada de decisões do sistema de Inteligência Artificial<sup>24</sup>.

Assim, determinadas características inerentes da inteligência artificial dificultam que tais precauções sejam tomadas, colocando em risco a própria ideia de devido processo legal, uma vez que os programas inteligentes dificilmente serão transparen-

20 [...] É mais adequado para a inteligência artificial que a máquina deva dizer se há muitos ou poucos dados que sustentam uma hipótese, ou se são pertinentes - relacionados ao objeto do processo -, variados, são suportados por máximas científicamente corretas - máximo de experiência -, e, claro, que a ferramenta nos diga se existem hipóteses alternativas com os mesmos dados. Tudo isso, é claro, pode ser feito por um ser humano, mas muito mais lentamente. (tradução livre)

21 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 453-454

22 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 454

23 NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, vol. 285/2018. Nov. de 2018, p. 4.

24 ALVES, Isabella Fonseca. Dos vieses algorítmicos e a falta de transparência algorítmica. In PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência Artificial Aplicada ao Processo de Tomada de Decisões**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 740

tes, em virtude da maneira como a inteligência artificial se expande sozinha, o que por si só prejudica a sua fiscalização de seus atos.

### 3 TRANSPARÊNCIA ALGORÍTMICA E ACCOUNTABILITY

Antes de mais nada, cabe aqui salientar que a questão da transparência e do *accountability*, se trata de um direito fundamental, uma vez que a própria Constituição Federal assegura o acesso à informação por todos.

Um dos principais problemas relacionados à tomada de decisão mediante o emprego de Inteligência Artificial refere-se à opacidade do algoritmo, já que, atualmente, são poucas as situações em que o algoritmo é revelado, para que se conheçam os critérios utilizados na sua programação que o levaram ao processo decisório<sup>25</sup>.

Nunca é demais lembrar que o art. 5º, inc. XIV, da Constituição Federal determina que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, alcançando o direito à informação a condição de direito fundamental, sendo que através da análise desse dispositivo pode-se concluir que quaisquer agentes públicos têm o dever de prestar contas para com a sociedade, vez que o cidadão possui o direito de acessar a informação oficial.

Jordi Fenoll anota<sup>26</sup>:

*Hay que denunciar muy claramente que se comete un error jurídico de base, de desproporcionadas dimensiones, al pensar que el uso de esta herramienta tiene demasiados problemas en la adopción de medidas cautelares. Y es que sucede que, en realidad, para decretar medidas tan graves como la prisión, en el proceso penal se requiere determinar prácticamente una certeza de culpabilidad, lo que, ciertamente, equivale al juicio que se emitirá con la sentencia.*<sup>27</sup>

Como é sabido por todos, o acesso à informação é o que possibilita o controle interno e externo das atividades dos entes públicos, necessário para que se possa averiguar a legalidade dos procedimentos adotados, falando-se agora do *accountability*, ou seja, “da possibilidade de fiscalização das atividades desempenhadas pelo Estado, elemento intrínseco da própria democracia”<sup>28</sup>.

E quando se fala da prática de *accountability*, ou até mesmo de transparência, merece ser dada uma atenção especial quando esta está associada ao princípio democrático, uma vez que isso demonstra o dever de existência de esferas de controle quanto à regularidade da realidade na qual se inserem o agir do Estado e a tutela dos seus

25 VALE, Luís Manoel Borges do. A Tomada de Decisão por Máquinas: a Proibição, no Direito, de Utilização de Algoritmos não Supervisionados. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual**: os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 794.

26 FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia Artificial y Proceso Judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 71.

27 É necessário denunciar que se comete um erro legal básico, de dimensões desproporcionais, ao se pensar que o uso dessa ferramenta não traz muitos problemas na adoção de medidas cautelares. Ocorre que, na realidade, para decretar medidas tão graves como a prisão no processo penal, é necessário determinar praticamente uma certeza de culpabilidade, o que equivale ao juízo que se emitirá com a sentença. (Tradução livre)

28 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual**: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 458-459

interesses, tendo em vista que o respeito ao primado da democracia serve como pano de fundo a justificar a presença de mecanismos que permitam o controle do ponto de vista da aferição relativa à presença de certo nível de representatividade no exercício do poder do Estado, bem como quanto à obediência aos parâmetros de juridicidade que se impõem nos casos em que a prática de atos jurídicos envolva a atuação do Estado ou a tutela de algum dos interesses que lhe são próprios<sup>29</sup>.

Falando no âmbito do direito processual, o direito à informação dá origem ao princípio da publicidade dos atos processuais, sendo que ainda é possível argumentar-se que deve haver a extensão do referido direito, afirmando-se que a *accountability* há de abranger aos serviços prestados pelo Judiciário, sendo que, nesse ponto, na era das novas tecnologias e da implementação da inteligência artificial, tal direito também se traduz na possibilidade de compreender-se o que ocorre nos programas inteligentes<sup>30</sup>.

Ai então que entra a questão da “transparência algorítmica” e do *accountability*. Pode-se entender o termo “transparência algorítmica” de duas maneiras distintas, uma vez que o presente termo pode ser entendido pela transparência do próprio funcionamento do sistema, bem como pode ser entendido como a transparência da forma como os dados são utilizados<sup>31</sup>.

Independente de como for entendido o termo, resta claro que quanto mais sofisticada for a inteligência artificial implementada, menor será a possibilidade de transparência algorítmica, em qualquer um dos sentidos que o termo pode ser entendido, uma vez que, para além do caráter ininteligíveis dos códigos-fonte para leigos, os mecanismos de *machine learning* e de *deep learning*, associados ao uso de big data e à própria complexidade da programação podem acabar tornando impossível que especialistas determinem o que de fato ocorre no sistema inteligente, uma vez que o sistema aprende como realizar os comandos através dos dados com os quais ele é alimentado, sendo que, portando, não será possível saber nem como funcionam os algoritmos e tampouco como se dá a coleta e tratamento dos dados utilizados pelo programa<sup>32</sup>.

Outro aspecto a se destacar sobre a transparência algorítmica, que diz respeito além das dificuldades técnicas e operacionais, dizem respeito a outros elementos fáticos que impedem a sua consecução, sendo que, pode-se falar, por exemplo, que, como

29 REICHELT, Luis Alberto. Reflexões sobre Inteligência Artificial Aplicada ao Direito Processual Civil: O Desafio da Transparência dos Algoritmos sob a Ótica dos Direitos Fundamentais Processuais. *Revista de Processo*. Vol. 315/2021. Maio-2021. p. 377-393

30 FERRARI, Isabela. Dos vieses algorítmicos e a falta de transparência algorítmica. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. *Inteligência Artificial Aplicada ao Processo de Tomada de Decisões*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 741

31 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 457

32 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 457

produtos comerciais desenvolvidos por players de mercado, os algoritmos que compõem os programas inteligentes geralmente são protegidos por segredos comerciais, o que se quer dizer que o acesso aos códigos-fonte de tais sistemas, o que é, de fato, requisito básico para se ter uma mínima transparência algorítmica, encontra óbices comerciais dificilmente superáveis<sup>33</sup>.

Assim, a resposta à preocupação sobre o *accountability* dos algoritmos, em um primeiro momento, se encaminha no sentido de uma defesa do acesso ao código fonte, sendo que, estaria evitada de uma falsa transparência algorítmica, tendo em vista que isso implicaria na abertura de seu código fonte, e a noção de sigilo industrial não é o principal problema<sup>34</sup>.

Aqui, o objetivo é mostrar que a transparência deve ser entendida sob dois aspectos fundamentais: acessibilidade e compreensibilidade, sendo que se pode entender que o grande problema está na questão da compreensibilidade<sup>35</sup>.

Em outras palavras, a simples abertura do código-fonte do algoritmo não vai trazer a compreensão de como ele opera, mostrando assim que a transparência está muito mais longe do que o mero conhecimento do código-fonte, mas sim da maneira como ele opera<sup>36</sup>.

Assim, resta claro que a maior preocupação do momento não é apenas o conhecimento do código-fonte utilizado pelo algoritmo, mas sim a importância da temática da transparência algorítmica e de que ela não abarca somente a acessibilidade, mas também a compreensibilidade de como o algoritmo funciona, é o ponto crucial, uma vez que, de pouco adianta ter acesso ao código fonte se não é possível compreender a multiplicidade de variáveis operacionais de determinados algoritmos<sup>37</sup>.

Diante de todo o exposto, se mostra difícil a obtenção de uma transparência algorítmica, apesar de todos os esforços empregados para que o sistema atue de forma mais transparente possível, levando a crer que a implementação da inteligência artificial não se dará de forma transparente<sup>38</sup>.

A implementação de sistemas os quais não se tem acesso a sua fonte, desvirtua, portando, o direito fundamental à informação e impossibilita o controle de atividades

33 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 458

34 FERRARI, Isabela. **Accountability de Algoritmos: a falácia do acesso código e caminhos para uma explicabilidade efetiva**. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Isabela-Ferrari.pdf>. Acesso em 15/08/2021.

35 FERRARI, Isabela. Dos vieses algorítmicos e a falta de transparência algorítmica. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência Artificial Aplicada ao Processo de Tomada de Decisões**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 741

36 FERRARI, Isabela. Dos vieses algorítmicos e a falta de transparência algorítmica. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência Artificial Aplicada ao Processo de Tomada de Decisões**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 741

37 FERRARI, Isabela. **Accountability de Algoritmos: a falácia do acesso código e caminhos para uma explicabilidade efetiva**. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Isabela-Ferrari.pdf>. Acesso em 15/08/2021.

38 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 458

jurisdicionais, conforme determina o *accountability*, sendo que, em outras palavras, a falta de transparência obsta a adoção de procedimentos referentes à *accountability* de tais programas inteligentes<sup>39</sup>.

Partindo novamente da ideia do direito à informação, no processo judicial, este também se presta a proporcionar a possibilidade de resposta ao provimento jurisdicional, sendo que, caso tal provimento seja realizado, ainda que apenas em parte, por um sistema inteligente e ininteligível, ou seja, que não há a possibilidade de saber de quais fontes o sistema se utilizou para a prática do ato jurisdicional, não haverá possibilidade de adequada e eficiente reação ao referido ato, em evidente contrariedade ao que preconiza o devido processo legal<sup>40</sup>.

Cabe salientar aqui que referida mitigação do direito de reação à atividade jurisdicional, continua mesmo em casos de sistemas de código-fonte livre, ou seja, não objeto de segredo comercial, e auditáveis por especialistas, uma vez que, apesar de estar-se tratando de casos sem segredo comercial, tais sistemas são dificilmente alcançáveis, apenas alguns jurisdicionados seriam capazes de impugnar de forma sólida a decisão proferida com base no trabalho de máquina inteligente, tendo em vista que seria necessário a contratação de um especialista da área da tecnologia da informação, o que demonstra, por si só, que a parte teria custos patrimoniais para a identificação do erro do sistema, demonstrando assim que tais mecanismos de produção automática de decisões por máquinas é custosa e inacessível à imensa maioria da população, em virtude dessa necessidade de contratação de outros especialistas, de outra área, para identificação do erro<sup>41</sup>.

Diante disso, resta claro que as partes passariam a litigar diante de uma situação em que o próprio Estado estaria negando-lhes a igualdade, concedendo maiores possibilidades de defesa apenas aos que dispõem de maiores recursos financeiros e econômicos, sendo possível de argumentar, assim, se a adoção da inteligência artificial no processo judicial pode prejudicar a própria ideia de devido processo legal, tendo em vista que resta claro que não há um tratamento paritário das partes no processo ou da paridade de armas diz respeito à igualdade substancial e ao devido processo legal substancial<sup>42</sup>.

Assim, resta claro que as dificuldades na obtenção da transparência algorítmica demonstram, violações aos preceitos do processo constitucional, notoriamente

39 SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; CÂMARA, Maria Amália Arruda; RODRIGUES, Walter de Macedo. Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário: A participação democrática e a transparência algorítmica. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência Artificial Aplicada ao Processo de Tomada de Decisões**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 193-194

40 REICHEL, Luis Alberto. Reflexões sobre Inteligência Artificial Aplicada ao Direito Processual Civil: o Desafio da Transparência dos Algoritmos sob a Ótica dos Direitos Fundamentais Processuais. **Revista de Processo**. Vol. 315/2021. Maio de 2021. p. 377-393.

41 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 459

42 REICHEL, Luis Alberto. Reflexões sobre Inteligência Artificial Aplicada ao Direito Processual Civil: o Desafio da Transparência dos Algoritmos sob a Ótica dos Direitos Fundamentais Processuais. **Revista de Processo**. Vol. 315/2021. Maio de 2021. p. 377-393.

como consequência do descumprimento ao direito à informação, sendo contar que, a partir de todos os problemas acima abordados, resta debater as questões concernentes à transparência dos atos praticados pela inteligência artificial, no sentido do uso de dados coletados, especialmente diante do direito fundamental à privacidade<sup>43</sup>.

Depois de toda a análise apresentada acima, resta claro que a transparência algorítmica se apresenta como um grave problema, principalmente quando se diz respeito a implementação de sistemas inteligentes no processo judicial ou, a bem da verdade, em qualquer outra atividade pública, sujeira à fiscalização da própria sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto acima, resta claro que, quando aplicadas pelos órgãos jurisdicionais, essas novas tecnologias, como a inteligência artificial, podem auxiliar no incremento da qualidade das decisões, uma vez que o algoritmo pode desempenhar funções de comparação e classificação, mostrando assim que as máquinas poderiam auxiliar na valoração de provas, bem como no juízo de admissibilidade dos recursos e na aplicação de precedentes.

Por outro lado, após toda a análise de como os sistemas que adotam a inteligência artificial como meio de construção da decisão judicial, resta claro a necessidade de que esses programas sejam transparentes, para que se possa verificar a licitude da condução dos procedimentos, uma vez que, dependendo da complexidade do programa, essa transparência não será atingida, havendo inclusive a possibilidade de que alguns sistemas se tornem incompreensíveis mesmo para os especialistas da área.

Deve-se lembrar que podem ocorrer falhas nos sistemas de inteligência artificial, uma vez que a sua programação é realizada por seres humanos, sendo que as referidas falhas, se realmente imprevistas, oriundas de mero erro no desenvolvimento, serão dificilmente detectáveis, sendo a sua correção tarefa ainda mais complexa, ou que se originem de eventuais vieses cognitivos verificados nos sistemas de inteligência artificial mediante as impressões pessoais de seus desenvolvedores, o que demonstra a necessidade de regularização e de transparência desses sistemas de inteligência artificial.

Independentemente em torno de qual situação que se esteja falando, uma coisa é clara: diante de todos esses contrapontos, é questionável se a implementação da inteligência artificial como instrumento de formação da decisão judicial dará acesso a uma ordem jurídica justa, uma vez que, mesmo que o sistema eventualmente adotado

43 RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. Inteligência Artificial e Direito: Uma análise prospectiva dos Sistemas Inteligentes no Processo Judicial. In PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. *Inteligência Artificial Aplicada ao Processo de Tomada de Decisões*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 470-471

pelo Poder Judiciário não se preste a analisar o mérito das demandas.

Diante disso, independente se o sistema desempenhe funções mais simples ou mais complexas, eventuais vícios na programação algorítmica podem vir a prejudicar o jurisdicionado, sendo essa uma das questões mais sensíveis no que se refere à incorporação de novas tecnologias no Judiciário, bem como a questão do acesso à justiça, uma vez que o custo para comprovar os erros do sistema serão despendidos pelas partes, impossibilitando uma parte mais carente de exercer o seu direito de questionar o sistema.

Sendo assim, resta claro que o estímulo à inteligência artificial não pode se dar as custas de outras garantias fundamentais do processo, por essa razão, é necessário que, concomitantemente à sua implementação, sejam consideradas medidas protetivas aos princípios e garantias processuais, sendo que é de suma importância que sejam desenvolvidos trabalhos para buscar a transparência dos algoritmos, com a finalidade de exercer o *accountability* sobre a inteligência artificial.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Isabella Fonseca. Dos vieses algorítmicos e a falta de transparência algorítmica. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência Artificial Aplicada ao Processo de Tomada de Decisões**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

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

FERRARI, Isabela. **Accountability de Algoritmos: a falácia do acesso código e caminhos para uma explicabilidade efetiva**. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Isabela-Ferrari.pdf>. Acesso em 15/08/2021

JOBIM, Marco Félix. **O Direito à duração Razoável do Processo – Responsabilidade Civil do Estado em Decorrencia da Intempestividade Processual**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo Virtual, Transparência e Accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020

MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana de. Uso da Inteligência Artificial no Processo de Tomada de Decisões Jurisdicionais. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os**

Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**. vol. 285/2018. Nov. de 2018. p. 4

PINTO, Henrique Alves. A utilização da Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões: por uma necessária accountability. In PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência Artificial Aplicada ao Processo de Tomada de Decisões**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020

REICHELT, Luis Alberto. Reflexões sobre Inteligência Artificial Aplicada ao Direito Processual Civil: O Desafio da Transparência dos Algoritmos sob a Ótica dos Direitos Fundamentais Processuais. **Revista de Processo**. Vol. 315/2021. Maio-2021. p. 377-393

RIBEIRO, Darci Guimarães. **O Novo Processo Civil Brasileiro**: Presente e futuro. Londrina: Thoth, 2020

\_\_\_\_\_; CASSOL, Jéssica. Inteligência Artificial e Direito: Uma análise prospectiva dos Sistemas Inteligentes no Processo Judicial. In PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência Artificial Aplicada ao Processo de Tomada de Decisões**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020

# CAPÍTULO 3

---

## RELAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA NO PENSAMENTO DE CALMON DE PASSOS

Beclaute Oliveira Silva<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.3

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL). Professor Associado de Direito Processual Civil da FDA/UFAL (Mestrado e Graduação). Professor Titular dos Cursos de Direito do CESMAC e da UNIT. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Membro Fundador da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO).

*“O neoconstitucionalismo é uma ideologia antidemocrática e despolitizadora na medida em que propõe o direito como fonte de libertação e o Judiciário como agente de transformação.”*  
J. J. Calmon de Passos.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é a transcrição, com alguns ajustes, de palestra proferida pelo autor, no “Congresso Centenário de Calmon de Passos”, organizado pela Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (ANNEP), nos dias 09, 10 e 11 de julho de 2020, por meio virtual, atualmente hospedado no canal do Youtube da ANNEP.<sup>1</sup>

O homenageado foi um importante estudioso do direito brasileiro. Ele elegeu o processo como o fio condutor de toda sua obra. Mas ele não trata o processo só pelo aspecto jurisdicional e sim como uma categoria apta a servir de modelo para as interações e formas de organização do poder.

Foi um ator influente quando em vida e, após sua morte, seus escritos e vídeos têm sido revisitados por quem deseja conhecer um pouco mais de nossa forma de lidar com esse fenômeno, o poder.

A exposição aqui proposta tomou por base um texto específico de Calmon de Passos, de publicação póstuma, denominado **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**. Ele será nosso ponto e partida e o farol para nossa eventual chegada. Através dele serão traçadas algumas interações que o pensamento de Calmon realizou durante sua formação cultura.

Aqui uma alerta. Calmon trafega por diversos ambientes. Muitos deles ásperos. É nítido no pensamento do homenageado que ele não tinha medo de intempéries, afinal, como já diz o dito popular, “mar calmo nunca fez bom marinheiro”. Com maestria, ele singrava esses mares bravios. As tormentas que desbravava não deixava e nem deixa seu leitor tranquilo. Calmon sempre nos deixou inquieto. É essa inquietude que ele suscitava que o tornou um dos nossos grandes mestres. Como Sócrates, Calmon desperta em nós a inquietação e a admiração.

Para analisar esse modo de pensar do autor, será feita uma análise bibliográfica, buscando identificar as influências que permeiam seu pensamento. O método utilizado será o dedutivo, já que se pretende, a partir de uma obra identificar suas interações. O caminho escolhido é fundamental para que seja possível identificar o fio condutor que interliga o papel do Poder Judiciário e a democracia. As duas categorias são tratadas muitas vezes como categorias estanques, dissociadas. Pretende-se demonstrar que essa interligação é algo presente e necessário. Sua aparente dissociação

<sup>1</sup> Transcrição da palestra veiculada no “Congresso Centenário de Calmon de Passos, em 11.7.2020. Acesso em 7 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Dg89aGndXcl>

ção é uma artimanha do poder que adora se esconder e assim atuar sem ser percebido.

O percurso a ser traçado seguirá, em primeiro lugar a descrição de como Calmon e sua forma de pensar chegou à vida intelectual do autor. Não se trata de mero relato, mas de um destaque que demonstra como o pensamento do homenageado interage em locais, tempos e modos diversos, produzindo resultados inesperados.

Depois, será demonstrado como o direito interage com o poder. Essa relação tem sido negligenciada nas academias, inclusive. Para Calmon, trata-se da pedra angular para compreender o modo como os sistemas jurídicos se estruturam.

Por fim, e não poderia ser diferente, a crítica contundente ultimada pelo homenageado ao neoconstitucionalismo e de como ele contribui para a construção de um direito autoritário e pouco democrático.

Todo o trabalho terá por ponto central a análise da democracia. Ela é a categoria que garante um exercício de poder controlado e legítimo.

## 2 CALMON DE PASSOS EM MINHA FORMAÇÃO

Calmon de Passos chega à minha vida de forma muito interessante, logo quando cheguei a Maceió. Eu sou de Alagoas, mas sou do interior: de Penedo. Havia passado no vestibular e iria fazer o curso de direito na Ufal, em 1990.

As aulas teriam início em agosto, mas houve uma greve e elas só começaram em setembro. Eu já estava acostumado com as greves, pois era oriundo de escola pública e lá a greve era algo comum. Aqui, só um registro. Sou de escola pública desde a alfabetização até o doutorado, fato que me dá muito orgulho. Na primeira quarta-feira de setembro, lembro muito bem, tive aula com o professor Nabor Bulhões, um grande mestre, um jurista fantástico, advogado brilhante, à época, presidente da OAB em Alagoas. Naquela aula, ele falou sobre a conferência que teve da OAB poucos dias antes e, no evento, havia saído uma moção de repúdio contra o Tribunal de Justiça da Bahia pela perseguição ao professor e advogado Calmon de Passos. Foi então a primeira vez que ouvi falar de Calmon de Passos. Relatava o estimado professor que a perseguição era tão grande que tudo que ele ajuizasse era indeferido.

Começar a faculdade tomando conhecimento da luta do aguerrido advogado e professor marcou desde o início minha formação. Confesso que me perguntava como o Judiciário poderia perseguir uma pessoa que, segundo o relato veiculado em sala, era alguém tão íntegro.

Pois é, Calmon acabou sendo uma leitura próxima. De certa forma, muitas das posições que acabei seguindo no direito têm muito do seu modo de pensar e de agir.

Quem me conhece sabe de minhas frases de efeito lançadas ao estilo de Calmon. Já até afirmei que um dia confeccionarei camisas com as frases “eu quero é regra” e “eu odeio neoCons” (alusão ao neoconstitucionalismo). Sei que a oração “eu odeio” é muito forte, mas é muito da fala de Calmon e irei usar, no final de minha exposição, um texto de Calmon que tece considerações duras sobre o neoconstitucionalismo. Nisso estou bem acompanhado.

Eu, particularmente, sou um positivista kelseniano, mas a verve de Calmon sempre foi muito nítida em minha formação.

Tive a chance de ouvir Calmon, em Recife, acho que num evento referido por Pedro Henrique Nogueira na abertura deste Congresso. Foi em 1994. Orador brilhante, levou mais de mil pessoas no Centro de Convenções a aplaudi-lo de pé. Muitos em lágrimas. Lembro de uma alegoria que ele fez que me marcou profundamente. Afir-mava, com dedo em riste:

“As elites brasileiras são como os padres da época do descobrimento. Eles rezavam missas voltadas para a Europa. De costas para o povo. Olhando para a Europa, ren-diam homenagem à matriz. Nossa elite faz isso ainda. Dá as costas para o povo e rende homenagem à matriz.”

Esse pensamento crítico de Calmon acompanhou e acompanha minha jorna-da. Tanto é que, sem perceber, muitas vezes, algumas falas minhas acabam reverbe-rando as lições que o homenageado nos legou. Eu me encontro na leitura de Calmon, nos vídeos de seus discursos. Ele é um grande nome do direito brasileiro.

Há um outro fator que me liga a Calmon de Passos. Um dos grandes professo-res que tive, talvez a grande influência na minha formação como professor de direito processual, foi Francisco Wildo Lacerda Dantas que, infelizmente, recentemente nos deixou. Ele foi orientando de Calmon de Passos.

Fica evidente como minha trajetória, de modo direto e indireto, é permeada pela obra de Calmon de Passos. Ele não me conheceu, mas eu me reconheço em inú-meros de seus traços. Por isso quero prestar essa homenagem a Calmon. Eu não seria quem sou se não fosse Calmon. É importante deixar registrado isso.

Minha exposição terá por objeto analisar um texto de Calmon de Passos deno-minado “Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo”, publicado pela editora JusPodivm, em 2012. Esse será o objeto de meu diálogo.

### 3 DIREITO COMO PODER

Para tratar propriamente do tema devo deixar claro que, no pensamento de Calmon, o direito não tem uma independência funcional em relação ao poder. Para ele, direito e poder são faces da mesma moeda. Em suas falas gravadas encontramos ex-

pressões como “não, eu não posso começar a falar em direito sem falar de poder”. Esse poder é político e, por isso, para ele, toda construção do direito e a ideia de processo partem desse pressuposto necessário.

Calmon de Passos está na esteira de grandes juristas e oradores baianos. Registro, por relevante numa linha muito próxima a Calmon, a figura de João Mangabeira, professor e um dos grandes nomes da política nacional em meados do século XX. Com ele aprendi sua visão de justiça como veículo de mudança, quando deixa claro que não podemos pensar a justiça como simplesmente dar a cada um o que é seu. Afirmava: “se justiça é dar a cada um o que é seu, então dê a fortuna ao rico e a miséria ao miserável”.<sup>2</sup> Dessa verve Calmon de Passos é herdeiro. A Bahia formou pensadores fantásticos! João Mangabeira é um que eu queria mencionar.

Mas, voltando à ideia de direito de Calmon, ele deixa claro que direito é poder. Só que esse poder é uma categoria que deve ser modulada através de um procedimento, e a esse procedimento ele chama de democracia. É fantástico como ele irá relacionar de forma direta a construção do Direito com a democracia. Isso é central em sua obra.

Por que Calmon de Passos é processualista? Porque ele pensa o direito como produto de um processo democrático. Eu costumo dizer que eu sou kelseniano porque vejo na Teoria Pura do Direito uma teoria do processo: um processo de produção de normas, principalmente quando Hans Kelsen trata da dinâmica do ordenamento jurídico.<sup>3</sup> Calmon usa a democracia como esse procedimento, esse processo.

Essa democracia é quem pode transformar o poder em um modelo racional e controlado de regulação da sociedade, que é o direito. Sem esse processo democrático, tem-se a barbárie, o autoritarismo. A democracia se estabelece de modo nítido como um devido processo legal criador do direito.

É interessante notar que Calmon não deixa, ao tratar o direito com poder, de ser processualista, porque, na realidade, a democracia é um processo. Então, quando ela regula, produzindo o direito, ela afirma: “olha, eu regulo com máxima emancipação”.<sup>4</sup> E acrescenta: “quanto mais emancipação eu tiver nos grupos, menor a necessidade de regulação”.<sup>5</sup> De certa forma, essa ideia de Calmon de que numa democracia deve haver o máximo de emancipação e o mínimo de regulação comunga com o pensamento de Pontes de Miranda no que denomina “redução do *quantum* despótico”,<sup>6</sup> ou seja, quanto mais se diminui o uso da força, mais condição há para se realizar a igualdade material. Calmon trabalha com esta dupla contingência: “eu tenho de ter igualdade material para ter liberdade”. Noutros termos, ele advoga ser necessário di-

2 MANGAGEIRA, João. **Ideias políticas de João Mangabeira**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1987.

3 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

4 CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**. Salvador: *Juspodivm*, 2012.

5 CALMON DE PASSOS, J. J. *Op. cit.*

6 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução à sociologia geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

minuir a ideia de conflito e aumentar a ideia de cooperação.

Essa leitura de Calmon me faz lembrar outro autor, que me acompanhou na época da graduação, o filósofo húngaro George Lukács.<sup>7</sup> Ele trabalha, em sua obra, a ideia de que quanto mais a sociedade for cooperativa, mais ela diminuirá a violência do conflito. Baseia muito de suas ideias no modelo social das primeiras civilizações gregas, que na visão de Aristóteles tinha clara a noção de que o “homem só, ou é um deus ou é uma besta”.<sup>8</sup>

Outro ponto interessante, no pensamento de Calmon, é que ele se mostra muito ciente de que o poder não transige, não liberaliza. O poder tem na sua essência, por vocação, oprimir, excluir, desapropriar. Essas são as funções do poder.

Só que esse poder se torna serviço quando é domesticado, controlado pela democracia. Então, o que ocorre? Ele entende o processo como um instrumento apto a capturar essa massa forte que é o poder e torná-lo algo humano. E por que torná-lo humano? Creio que há aí uma influência muito forte de Carlos Cossio<sup>9</sup> e de outro autor baiano, Machado Neto, seu discípulo. Neles há a percepção existencialista clara de que o homem é “condenado a ser livre”, como diria Jean-Paul Sartre<sup>10</sup>, que influencia Cossio, que influencia Machado Neto<sup>11</sup>. Para ele, o homem está livre das grades dos instintos, e para permanecer livre deles, necessita pensar no devir. A necessidade de dar respostas ao devir faz com que sejamos compelidos a estabelecer regulações.

Só que Calmon pensa o direito de forma instrumentalizada, concretizado como linguagem. Isso também é outro ponto que me aproxima dele, já que minha formação, no doutorado e no mestrado, parte da ideia de direito como linguagem. Sou muito mais ligado ao aspecto sintático do que ao pragmático. Para Calmon – e ele está corretíssimo –, a linguagem tem a função descritiva, expressiva e prescritiva, e o direito prescreve.

É no modo prescritivo que o direito se coloca para coagir e não para persuadir. Mais uma vez é nítido o direito como poder, e nisso também fica clara a influência de Ihering, na “Luta pelo Direito”.<sup>12</sup> Isso remonta à formação de Calmon na Casa de Tobias Barreto. Tobias Barreto é sergipano e o grande jurista do século XIX, que, além de um dos grandes nomes da Filosofia do Direito, nomeia a Faculdade de Direito do Recife, onde me doutorei. Foi aí que Calmon se graduou, e essa influência de Ihering é muito forte na Faculdade de Direito de Recife graças a Tobias Barreto.

Essas ideias vão mostrando como Calmon percebe o direito. Para ele, “o di-

7 LUKÁCS, Georg. **História e consciência de classe**. Trad. Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

8 ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Nestor S. Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.

9 COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944.

10 SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Trad. Paulo Perdigão. São Paulo: Vozes, 1997.

11 MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación egológica de la teoría general del derecho**. Buenos Aires: Editora Universitaria de Buenos Aires, 1973.

12 IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

reito não está no céu, não está voando, ele está aqui”.<sup>13</sup> Não se pode deixar o direito fora do contexto histórico-cultural. Ficam aqui registradas algumas das diversas influências que permeiam o pensamento de Calmon, que deita raízes na Escola de Recife e na Escola Baiana, tão bem representada pelo pensamento de Machado Neto e João Mangabeira.

## 4 DIREITO COMO CONSTRUÇÃO HUMANA

Para Calmon de Passos, o direito não é dado, mas é processualmente produzido. Esse papel democrático é algo fundamental para que se possa estabelecer o processo e um produto capaz de possibilitar emancipações. Claro que esse processo não é terapia de casal; as contingências existem e, para Calmon, isso é importantíssimo.

Então o processo irá atuar. Quando é que o direito surge? Há, no nosso sistema, um processo constitucional de construção do direito chamado processo eleitoral. Calmon trabalha o processo como uma categoria mais ampla: há o processo eleitoral, o processo legislativo no plano abstrato, o processo de concreção, de materialização, que é o negocial, administrativo, e o judicial. Neste ponto há uma nítida leitura kelseniana de Calmon.

Essa versatilidade de Calmon de Passos impressiona. Mas não confunda versatilidade com uma salada desconexa de pensamentos. Ele é versátil porque consegue traçar um fio condutor entre as diversas vertentes do pensamento sociojurídico e filosófico do direito. Há unidade no pensamento dele. Essa unidade o faz singular e, por isso, original.

A ideia do processo se fixa como uma forma incontestada de minimizar o arbítrio. O processo tem esta função: diminuir esse *quantum* despótico, principalmente no que se refere à prevalência da maioria. A democracia precisa dinamizar-se e concretizar-se na relação entre o regime da maioria e o freio das garantias fundamentais. É nas garantias fundamentais que a maioria encontra o limite necessário apto a manter a diferença, possibilitando um regime plural.

Por isso o Poder Judiciário deve ser contramajoritário. É algo fundamental para a manutenção de um regime democrático. Sem o respeito às minorias, a democracia perde seu caráter essencial, a capacidade de inserir, no poder, a diferença. Sem a diferença representada e respeitada, a democracia morre. Quando o Poder Judiciário passa a atuar ouvindo o clamor das ruas, ele perde sua função e condena a democracia à sua derrocada.

Outro ponto crucial no pensamento de Calmon sobre a democracia é que ela

<sup>13</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

não é formada por homens livres, senão por organizações capazes de coagir os que representam a sociedade. Essa capacidade de coagir dos grupos é fundamental. Esse jogo democrático deve subordinar interesses, competições e certezas. Essas são as condições para que haja democracia. “A democracia pressupõe igualdade material”.<sup>14</sup>

A crítica que ele faz às falsas democracias é mordaz. Para ele, ocorre a falsa democracia quando de alguma forma o poder tende a impedir o resultado. Aqui paro para citar Calmon, no seu trabalho **Revisitando o Direito**:

“Diversamente ocorre no regime autoritário ou falsamente democrático. Formalmente dito democrático, mas substancialmente organizado de maneira autoritária. No qual o aparato do poder tem a capacidade de impedir a ocorrência de certos resultados políticos através de controle sobre a sociedade não apenas no *ex ante*, mas também *ex post*, exercendo controle subjetivo sobre as decisões.”<sup>15</sup>

É tão atual essa fala de Calmon. Lendo isso, eu me recordo da famigerada operação “Lava-Jato”, que foi uma construção direcionada para impedir o livre processo democrático. Prevendo eventos como esse, chegou a afirmar: “ainda bem que vou estar morto, porque na realidade isso vai acontecer”.<sup>16</sup> Eu costumo usar no meu dia a dia a expressão “eu acho é pouco, porque eu avisei”.

Então, o que acontece? Você tem uma condução de um poder, não o Poder Judiciário, mas um poder que vai direcionar o processo legislativo, o processo de escolha. Repito, quando eu tenho um direcionamento para impedir o resultado democrático, isso redundará numa falsa democracia.

Fica claro, no pensamento de Calmon, que há no Brasil um espectro, um simulacro de democracia. Isso tem uma causa. Mais uma vez ele, em sua literalidade: “o Brasil não tem classe, e sim estamentos”.<sup>17</sup> Ele está tão certo que chega a dar medo. E por que isso? Enquanto a Europa estava banhada em sangue pós-Revolução Francesa, de matriz liberal, a família real portuguesa vem ao Brasil para manter o Estado absoluto. Essa situação acaba sendo uma marca indelével em nossa sociedade.

Calmon é realmente brilhante. Perceber o mover histórico que tanto condiciona nossa sociedade faz-me colocá-lo, de certa forma, ao lado de grandes teóricos da humanidade como Maquiavel ou Marx. Maquiavel que talvez tenha sido, nos últimos séculos, o primeiro autor que usou a história como método. Calmon faz isso, e ele faz de forma muito atual e sutil ao analisar a evolução do capitalismo em relação à própria democracia.

Na democracia, é preciso perder e vencer. Então, perdi o jogo. Isso não acaba, continua. Amanhã venço, continua. Esse mover é algo necessário na democracia.

<sup>14</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

<sup>15</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

<sup>16</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

<sup>17</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

A democracia permeia o processo constitucional de criação do direito, com idas e vindas. Para Calmon, o que caracteriza a origem democrática do direito é a garantia de liberdade individual dos grupos, a existência de órgão de controle no exercício no poder (ele defende que todo poder tem de ser controlado pelo povo e pelo Judiciário – e faz isso de modo invulgar). Deixa claro que é necessário limitar a atuação do poder econômico para proteger as pessoas da coisificação. Para isso, afirma, faz-se necessário destinar a economia não para o lucro, mas para o atendimento das necessidades humanas.

Em suas lapidares palavras: “a economia existe para defender e possibilitar que as pessoas tenham uma vida melhor, e não lucro”. Ele é bastante incisivo em relação a isso. Provavelmente hoje ele seria chamado de comunista, segundo o discurso simplificador em voga.

Calmon não merecia estar nesse mundo, neste período.

O econômico é relevante, mas não é natural, é humano. As leis da economia não são leis matemáticas como alguns querem fazer crer, mas são históricas, sociais e geográficas. E cumprem funções. Elas não são categorias metafísicas. Não são transcendentais. São imanentes.

Sei que muitos não irão concordar, mas vamos deixar claro, o meu olhar acaba estabelecendo os pressupostos do que vejo. E meu olhar não é isento. Ele tem lado. Sou de esquerda. No entanto, isso não torna minha análise dispensável. Todos partimos de algum lugar. Como venho deixando claro na minha exposição, percebe-se nitidamente que Calmon também tem seu ponto de partida; ele faz com que seu olhar seja singular, permeado pelas diversidades.

## 5 CRÍTICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO - EM DEFESA DA LEGALIDADE

Em sua obra, destaca-se também uma análise atualizada do direito em face das diversas doutrinas que tratam da argumentação. Essa preocupação de Calmon tem por cerne o ato de aplicar o direito, como objeto do processo de concreção das normas abstratas veiculadas do processo legiferante.

Nesse ponto, Calmon nutre-se das obras de Atienza<sup>18</sup> e de Alexy<sup>19</sup> e tece críticas severas ao chamado neoconstitucionalismo.

Caminho para o final de minha fala.

Essa obra,<sup>20</sup> lançada em 2012, é de publicação póstuma, como já registrado.

<sup>18</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 5ª ed., Trad. Zilda H. S. Silva. Rio de Janeiro: 2019.

<sup>20</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

Nela se afirma que: “o discurso antipositivista afasta a supremacia da lei e da Constituição”.<sup>21</sup> Para ele, o neoconstitucionalismo nega o positivismo, repudia a separação positivação de direito e moral, além de partir da ideia de que a Constituição conteria todos os valores éticos, cabendo aos aplicadores encontrá-los.

No pensamento de Calmon, o neoconstitucionalista vê a diferença entre a Constituição e a lei para além do campo formal. Haveria uma diferença axiológica. A lei não teria essa carga valorativa que a Constituição possui. A Constituição, sim, seria o receptáculo da carga moral. O problema é: de quem?

Esse campo axiológico não é formado por uma moral positiva, porque se fosse, ela se submeteria ao direito. Não se submete. Para o neoconstitucionalista, essa moral estaria acima do direito, como algo que o transcende. É um jusnaturalismo extremamente não racional, mas simplista. E aí eu sempre me pego com uma frase atribuída a Bernard Shaw: “para todo problema complexo existe uma solução simples e errada”.

Então, o que acontece? A lei cede à Constituição. A lei, que é a expressão da democracia, fica no plano secundário. Disso se pode inferir: se a lei cede aos ditos valores transcendentais da Constituição, ela serve para quê? Para nada. É um mero apêndice, usado como argumento quando atende aos anseios do aplicador ou solenemente descartado quando não condiz com sua vontade. Isso tem sido visto de modo frequente. Não se está a afirmar que a Constituição deve obediência à lei. Não. O que se afirma é que no regime democrático a lei completa a Constituição. Ela não consegue regular o mundo da vida sozinha.

Ao descartar a lei, faz tábula rasa da Constituição. Um continente sem conteúdo. Por isso em um regime democrático, a lei importa. Ela realiza a Constituição tendo por ponto de partida os valores partilhados pela sociedade.

Calmon vai além em sua análise. Se eu sigo a Constituição, quem garante a Constituição? Ora, afirma, quem garante a Constituição em nosso modelo é o Supremo. E quem é o Supremo? Calmon responde: no Brasil, “temos Supremos, porque cada juiz singular se arvora como juiz constitucional”<sup>22</sup>.

A consequência disso é que a Constituição acaba sendo o que eles dizem. Não temos um deus, mas uma miríade. Calmon faz uma relação com o jusnaturalismo religioso, com um adendo: “não é mais um deus uno e trino que diz o direito, mas deuses galáxias”.<sup>23</sup> Não teria pensado em uma expressão melhor.

Calmon será contra essa ruptura. Para ele a lei importa. É a regra voltada para a realidade e, por isso, é importantíssima. A Constituição é apenas uma lei que, do

<sup>21</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

<sup>22</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

<sup>23</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

ponto de vista sintático, está em uma relação de sobreposição, mas ela não consegue construir todo o ordenamento jurídico.

Neste ponto, sou contrário, por exemplo, ao pensamento do tributarista Geraldo Ataliba, que chega a afirmar que para ele basta a Constituição e que não é necessário ir ao Código Tributário Nacional para resolver problemas de tributação. Ele precisa sim! Como ele vai construir, por exemplo, o fato gerador do imposto de renda? As especificidades estão na lei, a lei importa, ela é expressão do princípio da legalidade.

Tem-se visto muito isso. Há muitos processualistas administrativistas, civilistas etc. que tentam colocar a legalidade com categoria de segunda classe. Fogem da lei. Apesar de a Constituição consagrar a legalidade, valem-se de termos vagos como juridicidade ou ordem jurídica para fugir do rigor técnico que o termo lei veicula.

Por essas e outras razões tenho afirmado que sou refratário a essa categoria denominada princípio, muito usada para concretizar arbitrariedade. Aqui me valho do que Carlos Ari Sundfeld afirma de forma ácida: “princípio é preguiça”.<sup>24</sup> É preguiça mesmo. Usado como argumento, ou melhor, como desculpa, já que argumento é juízo utilizado para uma conclusão. Desculpa não é argumento, já que quem pede desculpa tem culpa. Na verdade, quem se vale de princípio, geralmente, não justifica, mas lança mão de uma desculpa para a sua arbitrariedade.

Calmon neste ponto vaticina: decidir sem fundamentar é uma violência absurda contra o Estado de Direito, pois não presta contas ao poder democrático.<sup>25</sup> Nisso, Calmon de Passos se aproxima nitidamente de Michele Taruffo.<sup>26</sup>

Agora me lembrei de Caetano Veloso, outro baiano brilhante, que canta: “você diz a verdade, a verdade é seu dom de iludir”. No direito, muitas “verdades” são ditas com base nessas concepções neoconstitucionalistas e como fontes de ilusão. Neste contexto, Calmon tem uma frase fantástica, que até usei nas redes sociais para divulgar o presente evento:

“O neoconstitucionalismo é uma ideologia antidemocrática e despolitizadora na medida em que propõe o direito como fonte de libertação e o Judiciário como agente de transformação.”<sup>27</sup>

É isso que é o neoconstitucionalismo. Por que é assim? Porque no momento que eu retiro do poder democrático, que representa, no caso, o Parlamento, a sua produção e digo que ela nada é e quem vale é o Judiciário através do seu aparato, através da sua aplicação constitucional, eu tenho um problema.

Para terminar, vou me valer da ideia da legislação simbólica, que Calmon usa

24 SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio é preguiça?” in *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

25 CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

26 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

27 CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

na sua obra. Uma nítida alusão ao trabalho de Marcelo Neves<sup>28</sup>, bem presente nos traços de Calmon de Passos. A crítica dele é precisa: “olha, a Constituição Federal está cheia de direitos, é ingovernável”.<sup>29</sup> Mas porque Calmon dizia isso? Não porque fosse contra os direitos, pelo contrário, ele diz que “o problema é você usar a legislação para engessar a sociedade no seu movimento para melhorias”. Quando você concede você não dá, você tolhe.<sup>30</sup>

Esse tolhimento vem sob a forma de concessões. Calmon mostra que nossa ordem jurídica não reflete nosso povo, mas maquia a realidade com certo tipo de civilidade que não irá ser concedido, com o intuito de manter privilégios.<sup>31</sup>

Quando eu olho a questão da legislação simbólica, e vou aqui pegar um exemplo para terminar mesmo, do então senador baiano Antônio Carlos Magalhães, que queria aumentar o salário para o equivalente a cem dólares, na época do governo Fernando Henrique Cardoso, FHC fez o seguinte: “olha, eu não vou aumentar, mas autorizo os Estados-membros a fazê-lo”. Fez então aprovar uma Lei Complementar. Noutros termos: “você não quer dar o aumento do salário-mínimo? Deem vocês, senhores governadores”. O que aconteceu? Ele usou essa lei não para aumentar o pacto federativo, dar maior distribuição das competências... Não. Ele colocou a lei para acabar a discussão.

Muitas vezes, quando eu confiro direitos, não estou resolvendo o problema; estou colocando aquilo para acabar a discussão e diminuir o chamado “jogo democrático”.

Calmon de Passos é brilhante, é fantástico. Calmon me emociona. Eu fico muito feliz de estar falando em Calmon e agradeço o convite que me foi feito, mais uma vez. Professora Mayara Carvalho, obrigado pela paciência, eu sei que acabei passando do tempo. Passo agora para você a palavra. Muito obrigado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Gostaria de parabenizar as excelentes falas do Professor Paulo Modesto, da Professora Cláudia Albagli, do Professor Marcus Seixas e do Professor Emílio Viana. Parabéns, Professora Mayara Carvalho, pela excelente condução.

Quando me deparei com os textos de Calmon, vi que ele trabalhava com a teoria da linguagem, com o direito como linguagem, como texto. Ele tem uma preocupação muito interessante com o campo da aplicação, ou seja, como essa linguagem prescritiva irá alterar o modo de agir das pessoas.

28 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

29 CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

30 CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

31 CALMON DE PASSOS, J.J. *Op. cit.*

Vi que nele há uma influência muito grande de Machado Neto e, na mesma esteira, de Carlos Cossio. Então, como o direito prescreve, a intenção dele é sair do plano da abstração para o plano da concreção. Para fazer isso, ele se vale das teorias da argumentação para, dentro do embate democrático, no caso, no processo, transformar a abstração, prevista na lei, em concreção.

Ele afirma que o positivismo clássico acabou dando ênfase primordialmente à questão do direito enquanto plano sintático da validade. Esqueceu do aspecto fático. Ele percebe que há a necessidade de o direito refletir no caso e, assim, alterar a realidade. Aqui me valho da lição de Lourival Vilanova: “o direito não coincide, ele incide.”<sup>32</sup> Incide para alterar. Se coincidissem, não faria sentido.

Agora me lembrei de um conto de Jorge Luís Borges, “O fazedor – do rigor em ciência”.<sup>33</sup> Neste conto se colhe que, se o mapa corresponder ao local mapeado, ele perde sentido. O mapa é um redutor de complexidade.

Para chegar da abstração à concreção, preciso traçar um caminho que é feito através de discurso argumentativo, controlado mediante o processo.

Qual é o fim? O fim não importa. O Professor Paulo Modesto foi fantástico em relação a isso. O que importa é ter o texto como ponto de partida e fixar o procedimento. A chegada é o produto desse processo. Só o amanhã dirá.

Calmon cumpriu com maestria seu legado e deixou para nós o dever de continuar sua jornada. Mais uma vez, muito obrigado.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 5ª ed., Trad. Zilda H. S. Silva. Rio de Janeiro: 2019.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Nestor S. Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BORGES, Jorge Luis. **O Fazedor – Do rigor em Ciência**. Trad. Rolando Roque da Silva. 4 ed. Bertrand Brasil, 1987.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**. Salvador: *Juspodivm*, 2012.

COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

<sup>32</sup> VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi – IBET, 2003.

<sup>33</sup> BORGES, Jorge Luis. **O Fazedor – Do rigor em Ciência**. Trad. Rolando Roque da Silva. 4. ed. Bertrand Brasil, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LUKÁCS, Georg. **História e consciência de classe**. Trad. Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación egológica de la teoria general del derecho**. Buenos Aires: Editora Universitaria de Buenos Aires, 1973.

MANGABEIRA, João. **Ideias políticas de João Mangabeira**. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, 1987.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à sociologia geral*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Trad. Paulo Perdigão. São Paulo: Vozes, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio é preguiça?” in **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mvndi – IBET. 2003.

# CAPÍTULO 4

---

## LA PRUEBA DIGITAL

Darci Guimarães Ribeiro<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.4

<sup>1</sup> Abogado. Post-Doctor en Derecho Procesal Constitucional por la *Università degli Studi di Firenze*. Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona. Especialista y Maestría por la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul (PUC/RS). Profesor Catedrático de Derecho Procesal Civil de UNISINOS y PUC/RS. Profesor Adjunto de la UFN. Profesor del Programa de Postgrado en Derecho de UNISINOS (Maestría, Doctorado y Post-Doctorado). Miembro de la *International Association of Procedural Law*, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Brasileño de Derecho Procesal Civil y de la Academia Brasileña de Derecho Procesal. Representa el Brasil en el Proyecto Internacional de Investigación sobre Prueba Científica y Prueba Pericial financiado por el Ministerio de Educación y Cultura - MEC - de España.

## 1 INTRODUCCIÓN

Hace mucho tiempo que la sociedad está umbilicalmente ligada al documento. Toda nuestra vida social está presa a un documento, desde el nacimiento, con el registro civil de nacimiento, hasta la muerte con el registro de defunción, pasando por el matrimonio con el registro de matrimonio.

No se puede dudar que, en ese contexto, los documentos digitales van a destacar como alternativas más eficientes y modernas para el registro de las relaciones jurídicas, ya que refuerzan la confiabilidad y, especialmente, para la garantía de la validez jurídica de todo lo que es atestado mediante su utilización.

## 2 CONCEPTO DE PRUEBA

Toda definición produce cierto recelo, conforme un consejo, erigido a adagio jurídico, de las fuentes romanas, según el cual *omnis definitio in jure civili periculosa est* (D. 50.17.202), pues, como ya se lo dijo en otra parte, el derecho es un proceso de adaptación social, en el cual el legislador busca, en el hecho, su materia prima para normar las relaciones sociales, también llamada por REHBINDER de “Sociología del derecho genética”<sup>1</sup>. Los hechos no son inmutables; al revés, son, eso sí, muy mutables, pues la vida diaria nos es prodigiosa de ejemplos que a cada día preocupan más los magistrados. Tanto es así, que destacaba el inolvidable BUZAID, cuando decía que el Derecho: “*O direito pode ser imortal, mas não é imutável*”<sup>2</sup>.

Segundo COUTURE, la palabra prueba, etimológicamente hablando, deriva del latín *proba*, æ, del verbo *probo*, denominativo de *probus*, que significa originalmente “*que marcha recto*”, “*bueno, honesto, probó*”<sup>3</sup>, eso es, sería o buena, porque *exacta*. La propia ley la utiliza con variedad de significaciones, pues, conforme clasificación de F. LUSO SOARES<sup>4</sup>, *prueba* designa, así, y al mismo tiempo:

- a) la *actividad procesal* (equivalente a *instrucción*) que pretende demostrar aquello que uno afirma, v. g., cuando el legislador dice, en el art. 364 del CPC brasileño, que “*una vez finalizada la instrucción, el juez concederá la palabra al abogado del actor y del reo, (...)*”;
- b) la propia *convicción de la verdad*, alcanzada por el juzgador como resultado de un acto de probar. Es el elemento *subjetivo* del concepto de prueba, e. g., cuando el magistrado afirma: *ese hecho está probado*.
- c) los *motivos de prueba*, vale decir, las causas, las razones por las cuales el juzgador llegó a una conclusión, formando su convencimiento, e. g., cuando la ley obliga al magistrado a poner en la sentencia los motivos, *las pruebas* que le formaron el convencimiento, art. 371 del CPC brasileño;

1 *Sociología del Derecho*. Trad. por Gregorio Robles Morchón. Madrid: Pirámides, 1981, p. 22.

2 *Uniformização da Jurisprudência*. Revista AJURIS, vol. 12, nº 34, 1985, p.192.

3 *Vocabulário Jurídico*. Buenos Aires: DEPALMA, 1991, p. 491.

4 *Processo Civil de Declaração*, ALMEDINA, Coimbra, 1985, p.770.

d) los *medios de prueba*, que son las fuentes de prueba que sirven para demostrar la verdad, o sea, el elemento *objetivo* del concepto de prueba, esculpido en el art. 369 del CPC brasileño, que determina que las partes tienen el derecho de utilizar todos los *medios* legales para probar la verdad de los hechos, *v. g.*, prueba documental, testifical, etc.<sup>5</sup>

Al conceptualizarse la prueba, se debe tener en cuenta que, según la Constitución Federal de Brasil, art. 5º, LVI, no serán admitidas en el proceso las pruebas obtenidas a través de medios ilícitos<sup>6</sup>, eso es, los hechos alegados por las partes sólo podrán ser considerados legítimamente probados, si la demostración de la veracidad de éstos se obtiene por medios admitidos o impuestos por la ley, resultando de ello una división criteriológica que visualizará la prueba, bajo su aspecto objetivo o bajo su aspecto subjetivo. Para nosotros, ambos criterios son necesarios para la precisa concepción de la prueba, pues, en las palabras de CARNELUTTI, por "*prueba no se llama solamente el objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino también el conocimiento mismo suministrado por el tal objeto*"<sup>7</sup>. El criterio subjetivo es el que más nos preocupa, en la medida en que el proceso es cada vez más dialéctico<sup>8</sup>, adoptando, *v. g.*, el comportamiento procesal de las partes como medio de prueba, los soportes informáticos, la prueba digital y virtual y, salvo mejor juicio, se puede preguntar: ¿lo que es más importante para los

5 También PONTES DE MIRANDA manifiesta sobre la distinción entre *medios de prueba* y *elementos o motivos de prueba*, cuando destaca que "*meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos ou motivos da prova são os informes sobre fatos, ou julgamentos sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios*", *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: FORENSE, tomo IV, 1979, p. 327. En el mismo sentido, CHIOVENDA, cuando dice: "*São motivos de prova as alegações que determinam, imediatamente ou não a convicção do juiz(...)* *Meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos de prova*", *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, 3º vol., p. 95. También CARNELUTTI, para quien, "*medio de prueba a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, y fuente de prueba al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad*", *La prueba Civil*, Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayú, 1955, n°16, p. 70 e 71.

6 Ese precepto constitucional, inserido dentro de la CF de 1988, intenta encerrar con una controversia doctrinal y jurisprudencial acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de las pruebas obtenidas a través de medios ilícitos. En una posición contraria a la admisibilidad de las pruebas obtenidas ilícitamente ADA PELLEGRINI GRINOVER, cuando dice: "*Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido*". Y continúa, mas adelante: "*(...) é necessário a correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional*", *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo: RT, 1982, p. 160. También, entre muchos otros, JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA, cuando dice sintéticamente que "*a imoralidade na obtenção da prova, seja de qual grau for, a invalida inteiramente*", *Introdução ao Estudo da Prova*, Revista Forense, vol. 247, 1974, p. 39. De otra parte, siendo favorable a la admisión de las pruebas ilícitas: entre ellos, citamos HÉLIO THORNAGHI, que entiende que la prueba prohibida por el derecho es inadmisibile. Todavía, cuando la prueba obtenida, viola norma de derecho material, el juez no puede simplemente desconsiderar que la parte dice alguna cosa, también no podrá admitir ese medio como prueba, sugiriendo sea acepto por el juicio como indicio, y todo que sea descubierto lícitamente, a partir de esos indicios, es válido y admisible en juicio, *Instituições de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1977, v. 3. También el Min. CORDEIRO GUERRA, para quien: "*Nesse caso, creio que razão assiste à nossa jurisprudência; pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime*", *Valor Probante das Confissões Extrajudiciais*, Revista Forense, vol. 285, p. 05. Otro no es sentido del Min. RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO, Revista do Tribunais, vol. 194, p. 157 y ss; como también de BARBOSA MOREIRA, cuando concluye que la absolutización del derecho a la intimidad acarrea una restricción a la libertad de la parte de producir prueba en juicio, *Processo civil e direito à preservação da Intimidade*. In: *Temas de Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª série, p. 09. JOSÉ ROBERTO BEDAQUE sostiene que el juez podría buscar la prueba de oficio, escamoteando, así, la ilicitud, *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: RT, 1991, p. 99. El problema de la prueba obtenida por medios ilícitos reside en el concepto de prueba, pues, si entendemos la prueba en su sentido objetivo, de valorización del *medio*, entonces habremos de prohibir su uso, porque ilícito el contenido. Lo que se protege aquí es el valor *seguridad jurídica*, en detrimento de la justicia del caso concreto. Pero si privilegiamos el criterio subjetivo, valorizando el contenido, la convicción, sólo el medio será ilícito y no el contenido. Y si el contenido vale, porque valorado el criterio subjetivo, es posible aceptarlo, siempre que haya *algo* más ilícito que el medio utilizado para la obtención de la prueba. Aquí se protege el valor *justicia del caso concreto*, en detrimento de la seguridad jurídica. Sólo de esta manera es posible adoptar la teoría de la proporcionalidad o, como dice TROCKER, del "*principio del bilanciamento degli interessi e dei valori - Güter und Interessenabwägung - riflesso del principio di proporzionalità tra mezzo impiegato e finalità cui si tende - Verhältnismässigkeitsprinzip*", *Processo Civile e Costituzione*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 619. Entonces, ¿para que sirve el art. 5º, LVI de la CF del Brasil? Responde TROCKER: "*L'obiettivo principale cui mirano le moderne regole di esclusione è quello della educazione e prevenzione*", *ob. cit.*, p. 634-5. Es lógico que toda esta argumentación no puede representar una solución absoluta, porque el presente trabajo no se refiere específicamente al tema versado, debiendo siempre imperar el sentido común y el análisis detallado de cada caso en particular, siendo imposible darse una respuesta general ante la complejidad de los fenómenos que se nos presentan diariamente. Igualmente ÉRICO BERGMANN, *Prova Ilícita*, Porto Alegre: Estudos MP-5, 1992.

7 *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, vol. I, p. 257.

8 En ese sentido es la conclusión de ALESSANDRO GIULIANI, para quien: "*Si potrebbe dire che implicitamente si vanno mettendo in luce gli aspetti argomentativi della prova, e dialettici del processo*", *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 253.

consumidores del derecho, la convicción del juez (criterio subjetivo)<sup>9</sup> o los medios utilizados para formarla (criterio objetivo)?

Como es sabido, el juez, para sentenciar, debe eliminar lo máximo posible las dudas acerca de los hechos alegados y probados por las partes, es decir, debe poseer el máximo de certeza sobre las asertivas presentadas en juicio, para sólo entonces juzgar.

En esta perspectiva, no podemos confundir la prueba ilícita, que afronta una norma de derecho material, es decir, cuando la ofensa es pertinente a la obtención de la prueba, con una prueba ilegítima, que ofende una norma de derecho procesal, *e. g.*, utilizar la prueba del testimonio en un proceso que no lo admita, como el proceso monitorio.

El acto de juzgar es indudablemente discrecional<sup>10</sup> en su verdadera acepción, pese posicionamientos en contrario, pues la discrecionalidad es un elemento inmanente del acto de juzgar, en la medida en que siempre deberá haber interpretación cuando de la aplicación de la ley al caso concreto, pues, como dijo en algún lugar HEGEL, la palabra es un malo vehículo del pensamiento, aun cuando la ley sea aparentemente clara, por ejemplo, en el concepto del homicidio. En este caso, es necesario interpretar la claridad del sentido de matar a alguien, a partir del propio concepto de muerte, que, con el avance de la medicina, viene variando, pues derogado está, hace más de medio siglo, el aforismo "*in claris cessat interpretatio*". En ese sentido CARLOS MAXIMILIANO<sup>11</sup> y Kelsen<sup>12</sup>, entre otros<sup>13</sup>.

Lo que significa poder discrecional, también propio del acto de juzgar. Quien lo define mejor es KARL ENGISH, cuando nos dice: "*O autêntico poder discricionário é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada a decidir em concreto, porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado*

9 Pues, según REDENTI, "la formazione della convinzione del giudice è di regola governata da "metodi intellettuali pregiuridici od extragiuridici, come può avvenire di qualunque persona normale, di fronte ad un quesito o ad un dubbio di ordine storico", apud CALAMANDREI, Il giudice e lo storico. In: Studi sul Processo Civile. Padova: CEDAM, 1947, p. 27. También MICHELI, salienta que "o ponto central de qualquer processo é a formação do convencimento do juiz, a respeito dos fatos da causa", Teoria Geral da Prova, Revista de Processo, RT, nº3, 1976, p. 11.

10 La discrecionalidad no debe confundirse con conceptos jurídicamente indeterminados que se diferencian, según esclarece BARBOSA MOREIRA, "entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o "fato" e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do "fato", ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa... Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador", Regras de experiência e conceitos jurídicamente indeterminados. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª Série, p. 66. Y, para LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "conceitos indeterminados há que não prescindem, para sua determinação, de certa carga valorativa, como por exemplo 'estado de necessidade', 'pobre', 'pai de família'", A Autoridade Coatora e o Sujeito Passivo do Mandado de Segurança, São Paulo: RT, 1991, p. 61.

11 Para quien el famoso dogma "*in claris cessat interpretatio*" dominador absoluto dos pretórios há meio século; afirmativa sem nenhum valor científico, ante as idéias triunfantes da atualidade", Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 33.

12 Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1987, principalmente Cap. VIII, p. 363 y ss. Destaca brillantemente ese autor que: "O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível", ob. cit., p. 366.

13 Igualmente, BARBOSA MOREIRA, al destacar que "também o juiz não raro se vê autorizado pelo ordenamento a opções discricionárias", Regras de experiência e conceitos jurídicamente indeterminados, ob. cit., p. 65. En sentido contrario, entendiendo que la actividad jurisdiccional no es discrecional, con sustanciosa referencia a la doctrina extranjera, encontramos LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, ob. cit., p. 69 y ss.

*como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio ponto de vista*"<sup>14</sup>.

Sin lugar a duda, el acto judicial es discrecional, en nada confundiéndose con un acto arbitrario, pues la discrecionalidad está calcada en la legalidad y exige, obligatoriamente, una motivación en la toma de la decisión considerada más justa al caso concreto. Tal fundamentación no existe en el acto arbitrario, pues se adopta una posición no permitida por el ordenamiento jurídico para ese caso en concreto.

Dadas las proporciones, pasamos a definir lo que son los criterios objetivos y subjetivos que deberán integrar el concepto de prueba, los cuales influenciarán, dependiendo de la valoración dada a un criterio en detrimento de otro, en la clasificación de la prueba, en el objeto de la prueba y en el objeto propio concepto de prueba.

Por *criterios objetivos*, deben entenderse los *medios* utilizados por las partes o impuestos por la ley para convencer al juez de su derecho. *Los mecanismos, los instrumentos transportadores de la certeza necesaria para la formación de la convicción en el espíritu del juzgador*, y, salvo las pruebas atípicas, están previstos en la ley, pero no se agotan en ella, como podemos fácilmente percibir en el enunciado del art. 369, del CPC brasileño, que dice: *"Las partes tienen el derecho de emplear todos los medios legales, así como los moralmente legítimos, aunque no especificados en este Código, para probar la verdad de los hechos en que se funda el pedido o la defensa e influir eficazmente en la convicción del juez"*. Para SÉRGIO G. PORTO, estos son los verdaderos métodos de demostración de la verdad<sup>15</sup>.

Por *criterios subjetivos*, debemos entender la *convicción*, la *certeza* creada en el espíritu del juzgador. Es su convencimiento interior, que sólo puede ser adquirido mediante la percepción<sup>16</sup>, y que constituye el núcleo de la prueba, formando la propia "verdad" del caso en concreto<sup>17</sup>, en la medida en que el juez es llamado para decidir, dirimir el conflicto con la autoridad de la cosa juzgada.

Los conceptos de prueba varían de autor para autor, según sus preferencias con relación a los criterios objetivo o subjetivo. Citamos algunos conceptos clásicos, que tanta influencia causan en los doctrinadores modernos.

En MALATESTA, *"La prueba, pues, en general, es la relación concreta entre la ver-*

14 *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, 6ª ed., p. 222. También FORSTHOFF define el poder discrecional como *"um espaço de liberdade para a acção e para a resolução, a escolha entre várias espécies de conduta igualmente possíveis (...)"* O direito positivo não dá a qualquer destas espécies de conduta preferência sobre as outras", apud Karl English, ob. cit., p. 217.

15 *Prova: Teoria e Aspectos Gerais no Processo Civil*. Revista de Estudos Jurídicos - Unisinos, 1984, nº 39, p. 08.

16 Muy correctamente MALATESTA afirma: *"Así como las facultades de la percepción son las fuentes subjetivas de la certeza, así las pruebas son el modo de manifestación de la fuente objetiva que es la verdad"*, *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Buenos Aires: General Lavalle, 1945, p. 71. De igual modo STEIN, cuando asevera: *"La percepción es la única vía para la prueba de los hechos."*, apud CARNELLUTTI, *La prueba civil*, ob. cit., p. 53.

17 Esta expresión se afilia a la concepción de la cosa juzgada como instituto de derecho material (concepción sustancialista), a la que también se afilian, entre otros, ALLORIO, *La Cosa Giudicata Rispetto ai Terzi*, Milano: Giuffrè, 1935, p. 13; ADROALDO F. FABRÍCIO, *Coisa Julgada nas Ações de Alimentos*, Revista AJURIS nº 52, p. 8; CASTRO MENDES, *Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil*, Lisboa: Ática, 1968, p. 280 y ss. En sentido contrario, predominando en la doctrina brasileña, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao C.P.C./73*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, 5ª ed., p. XXIX; CELSO NEVES, *Coisa Julgada Civil*, São Paulo: RT, 1971, p. 442; BARBOSA MOREIRA, *Coisa Julgada e Declaração*. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988, 1ª série, p. 81, entre otros. Para OVIDIO BAPTISTA, esa distinción *"não tem a importância que muitos lhe atribuíram"*, *Curso de Processual Civil*, Porto Alegre: Safe, 1987, v. I, p. 431.

dad y el espíritu humano en sus especiales determinaciones de credibilidad, de probabilidad y de certeza"<sup>18</sup>.

Conforme SENTIS MELENDO, *"Prueba es la verificación de las afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia"*<sup>19</sup>.

Según DEVIS ECHANDIA, *"Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos"*<sup>20</sup>.

Consonante MITTERMAIER, *"Prueba es la suma de los motivos que producen la certeza"*<sup>21</sup>.

Con una concepción muy original, encontramos MUÑOZ SABATE, para quien: *"Probar es efectuar una labor de traslación. Significa trasladar un hecho o suceso producido en unas coordenadas tempo-espaciales distintas a las del juez a la presencia de este último, haciendo de este modo viable su repetición histórica"*<sup>22</sup>.

Y, para BENTHAM, en su mas amplio sentido, prueba es *"un fait supposé vrai, que l'on considère comme devant servir de motif de crédibilité sur l'existence ou la non-existence d'un fait"*<sup>23</sup>. También otros autores clásicos definiran el término prueba<sup>24</sup>.

Con el desarrollo inevitable de la sociedad y del incremento de las tecnologías, estamos viviendo una silenciosa revolución tecnológica, donde todo cambia, incluso los conceptos. Por eso, un concepto de prueba precisa alcanzar todas esas transformaciones traídas por la era digital y por la inteligencia artificial, so pena de no cumplir su sagrado designio de servir como elemento de convicción en el juicio.

Para nosotros, prueba es todo aquello capaz de aprisionar una realidad en un determinado momento del tiempo y del espacio.

### 3 SOCIEDAD DIGITAL

La vida moderna impone una serie de situaciones nuevas que la realidad anterior no había ni siquiera imaginado. Son modernas técnicas de administración, de información, de circulación de bienes, que no pueden ser menospreciadas si uno quiere vivir en perfecta sintonía con la realidad<sup>25</sup>.

18 Lógica de las pruebas en materia criminal, ob. cit., p. 71.

19 Introducción al derecho probatorio. In: Estudios de Derecho Procesal, Buenos Aires: EJEa, 1967, p. 530.

20 Teoría General de la Prueba Judicial, Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía, 1974, tomo I, p. 34.

21 Tratado de la prueba en materia criminal. Trad. D. Primitivo Gonzáles del Alba. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1893, p. 50.

22 Técnica Probatoria, Barcelona: Praxis, 1967, Cap. V, n° 20, p. 135.

23 Traité des Preuves Judiciaires. Trad. Ét. Dumont. Paris: Bossange Frères, 1823, t. I, Cap. IV, p. 16. Y continua el autor, diciendo, mas adelante, que: "Dans tous les cas la preuve est un moyen pour une fin", ob. cit., p. 18.

24 Para CARNELUTTI, prueba es el elemento que "permite conocer la existencia material del hecho que luego él tiene que valorar jurídicamente", Instituciones del proceso civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1973, vol. I, p. 258. Sobre la evolución del concepto de prueba, en el pensamiento de Carnelutti, consultar GIACOMO P. AUGENTI, Apéndice en La Prueba Civil, ob. cit., p. 227. Se aproxima más del criterio subjetivo, CHIOVENDA, cuando dice: "Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo", Instituições de Direito Procesual Civil, ob. cit., vol. III, p. 91.

25 Para profundizar en el estudio de la historia técnica de los últimos mil años de la civilización occidental, consultar por todos la obra de LEWIS MUMFORD, Técnica y civilización. Trad. Constantino Aznar de Acevedo. Madrid: Alianza, 1992. El autor divide

Para ÁLVARO VIERA PINTO, la técnica está directamente ligada al proceso de *hominización*, pues mientras los animales se caracterizan como seres consumidores, el carácter distintivo del hombre reside en ser un animal productor. Dos aspectos distinguirán ese camino seguido por el hombre: “*O primeiro é que a condição para ter ingressado nesta segunda via, conforme dissemos, foi adquirir a capacidade de projetar. O segundo é o de se ter tornado um ser social justamente para poder, por este modo, produzir*”<sup>26</sup>. Por eso BERGSON no definía el hombre como “*homo sapiens, sino como homo ‘faber’*”<sup>27</sup>, ya que la técnica, en las palabras de SPENGLER, “*es tan antigua como la vida que se mueve libremente en el espacio*”<sup>28</sup>.

El avance tecnológico, actualmente, es brutal e irreversible, porque es el único instrumento capaz de satisfacer una demanda cada vez mayor y más exigente. Y lo que hoy es excepción, en materia de tecnología, mañana, seguramente, será la regla. Tal es el curso natural de nuestra sociedad digital en principios del siglo XXI. Estamos viviendo una revolución silenciosa.

En la sociedad digital, la técnica es de la esencia del hombre, razón por la cual “*‘a técnica se transforma de meio em fim’, não porque a técnica se proponha algo, mas porque todos os objetivos e fins que os homens se propõem não podem ser atingidos, a não ser pela mediação da técnica*”, en las palabras de GALIMBERTI<sup>29</sup>. Dentro de ese contexto, la tecnología asume un nuevo significado, pues la *técnica*, hoy en día, es *autónoma*,<sup>30</sup> como ya decía JACQUES ELLUL en 1954, porque “*la autonomía de la técnica impide hoy al hombre elegir su destino*”<sup>31</sup>. Vale decir, ella condiciona sus elecciones y no le da libertad en su actuación social. Por eso, cuando la técnica me condiciona, ella me impone el fin, no permitiendo que yo pueda hacer una elección diferente de aquella escogida por ella. Por ejemplo, hoy es plenamente posible uno abogar sin conocer o utilizar la constitución, pero le es imposible ejercer su profesión sin un ordenador.

No fue sin rumbo que PLATÓN definió *téchne* como derivativo de *héxis nouí*, que significa *posesión de la razón*<sup>32</sup>.

el desarrollo de la máquina y su civilización en “tres fases sucesivas pero que se superponen y se interpenetran: eotécnica, paleotécnica y neotécnica”, ob. cit., Cap. 3, n° 2, p. 80.

26 O conceito de tecnologia, Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, vol. 1, p. 62. Por eso, concluye el autor, haciendo una crítica a la expresión ‘era tecnológica’, que “a técnica é coetânea com o surgimento do homem. (...) E a expressão ‘era tecnológica’ refere-se a toda e qualquer época da história, desde que o homem se constituiu em ser capaz de elaborar projetos e de realizar os objetos ou as ações que os concretizam”, ob. cit., p. 62 y 63.

27 La evolución creadora. In: Obras Escogidas. Trad. José Antonio Miguez. Madrid: Aguilar, 2013, Cap. II, p. 558.

28 La decadência de occidente. Trad. Manuel G. Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1966, T. II, Cap. V, n° 6, p. 860.

29 Psiche e techne: o homem na idade da técnica. Trad. José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006, p. 12.

30 En sentido contrario, con una concepción instrumental de la técnica, HEIDEGGER, para quien la técnica es un instrumento, incluso “la técnica moderna es un medio para un fin”, La pregunta por la técnica. In: Filosofía, ciencia y técnica. Trad. Francisco Soler. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1977, p. 115. El autor concluye su pensamiento diciendo que: “La pregunta por la técnica es la pregunta por la constelación, en la que acontece desocultamiento y ocultamiento, en la que acontece apropiadoramente lo esente de la verdad”, ob. cit., p. 145. Para una crítica dura y consistente sobre el concepto de técnica desarrollado por Heidegger, consultar ÁLVARO VIERA PINTO, O conceito de tecnologia, ob. cit., vol. I, p. 150/154.

31 La edad de la técnica. Trad. Joaquim Sirera Riu e Juan León. Barcelona: Octaedro, 2003, Cap. II, n° II, p. 145. Para el autor, es autónoma con respecto a la economía, la política, la moral, los valores espirituales, sujetándose solamente a las leyes físicas o biológicas, ob. cit., p. 138/139.

32 Cratilo. In: Platón Obras Completas. Trad. Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1993, p. 532 (414 b-c). Con pensamiento diferente, encontramos ÁLVARO VIERA PINTO, para quien la etimología de la palabra técnica “prende-se ao vocábulo cognato τέκτων, o qual significa originariamente o trabalhador em madeira, o carpinteiro, tal como no sânscrito taksan”, O conceito de tecnologia, ob. cit., vol. I, p. 182.

La revolución de la técnica produce, así, una desarticulación entre “‘público’ e ‘privado’, entre ‘social’ e ‘individual’”, como acertadamente afirma GALIMBERTI<sup>33</sup>.

Delante de ese avance tecnológico no puede el jurista quedarse inerte y desapercibido, como si la realidad cotidiana no formara parte de su día a día, pues el Derecho es, como todos saben, un continuo proceso de adaptación social que no puede obstaculizar el avance de la sociedad, sino facilitar la vida de las personas, una vez que él fue creado por el hombre y sirve exclusivamente al hombre. El jurista, como todo hombre, presenta un viejo defecto que está contenido en la naturaleza humana, el miedo a lo desconocido, que en ese caso es traído por las nuevas tecnologías, prefiriendo, por lo tanto, quedarse con técnicas obsoletas.

## 4 DOCUMENTOS DIGITALES

### 4.1 Concepto de documento

Durante muchos siglos el documento no fue utilizado como instrumento probatorio. Él era considerado como una prueba testifical por escrito que debería ser confirmada en el ulterior juicio<sup>34</sup>. Su valor probatorio como prueba tasada nació solamente en el art. 54 de la Ordenanza de *Moulins*, sancionada por Enrique III de Francia en 1566<sup>35</sup>.

Dentro de la clasificación tradicional, el documento es una prueba preconstituida, puesto que se forma con anterioridad al proceso.

El tatuaje es una forma de documento muy primitivo, quizá uno de los más antiguos. Él es un documento vivo, donde la persona registra todos los hechos importantes en su vida. Es la impresión de la expresión de una forma de vivir. Por eso, el tatuaje, al mismo tiempo que documenta, cuenta la historia de una persona.

En un crimen, el tatuaje puede ser la única prueba de la autoría. Y puede ser clasificada como un documento.

El concepto de documento digital dependerá de lo que se entiende por documento, ya que, en general, las leyes no prevén tal definición, por lo que es necesario recurrir a la doctrina especializada<sup>36</sup>. Hay autores que reducen el entendimiento de lo que sea documento<sup>37</sup>; otros, afortunadamente la mayoría, conceptualizan documento

33 *Psiche e techne: o homem na idade da técnica*, ob. cit., p. 20.

34 NÚÑEZ LAGOS, *Reconocimiento de documento privado*, Revista Pretor, 1958, p. 725.

35 *Técnica Probatória*, ob. cit., Cap. XII, n° 44, p. 323.

36 Con excepción de la ley colombiana, art. 243 del CGP, que define documento, en general, como “todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo” y de la Ley Española de Firma Electrónica, n° 59/2003, en su art. 3.5, que conceptúa documento electrónico como “la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”.

37 AFONSO FRAGA, *Instituições do Processo Civil do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1940, t. II, § 98, n° CCCXLVI, p. 437; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, vol. II, n° 295, p. 306; MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ob. cit., p. 335; MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob. cit., p. 465.

en su sentido amplio<sup>38</sup>; otros, todavía lo reducen a la forma escrita<sup>39</sup>, y hay también aquellos que lo identifican con su duración<sup>40</sup>.

Preferimos adoptar el concepto de documento en sentido amplio, porque esa forma de visualizar el documento no aprisiona determinada parte de la realidad a los documentos entendidos por públicos, que son aquellos realizados por autoridad pública, es decir, que tengan fe pública o privados, en el sentido estricto, que son los que deban ser realizados por las partes. En este sentido, conceptuamos documento como *todo aquello capaz de registrar físicamente el pensamiento en el tiempo y en el espacio*. En igual sentido, CARNELUTTI, para quien “*el documento no es sólo una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho*”<sup>41</sup>. O entonces como quiere MUÑOZ SABA-TÉ cuando lo define como: “*todo objeto que enseña una representación del pensamiento*”<sup>42</sup>. El documento se define, así, como una cosa que hace conocer un hecho, en contraposición al testimonio, que es una persona que narra, y no una cosa que representa.

## 4.2 Concepto de documento digital

El concepto de documento digital puede ser comprendido de dos formas diferentes. En sentido amplio o estricto.

En sentido amplio, documento digital puede ser comprendido como “*uma sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato*”, en las palabras de AUGUSTO T. MARCACINI<sup>43</sup>.

En sentido estricto, documento digital puede ser definido, de acuerdo con el art. 3.5, de la Ley Española de Firma Electrónica, como “*la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado*”<sup>44</sup>.

38 CARNELUTTI, *La prueba civil*, ob. cit., n° 35, p. 156; CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, ob. cit., vol. 3º, § 62, n° 345, p. 127; MOACYR A. SANTOS, *Primeiras Linhas de direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 2º, n° 604, p. 387; ANTUNES VARELA et alii, *Manual de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra, 1985, p. 505; ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 1991, v. 2, n° 204, p. 269; VICENTE GRECO FILHO, *Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1996, vol. 2, n° 47.1, p. 224; ERNANE FIDELIS, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, vol. 1, n° 639, p. 416; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, Valor probante do suporte informático. In: *Temas Polêmicos de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1990, Cap. VI, p. 69; NELSON NERY, *Comentário ao Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2015, p. 983; BONNIER, *Tratado de la Pruebas en el Derecho Civil*, Madrid: Hijos de Reus, 1914, t. 2, n° 452, p. 02; ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit., n° 312, p. 491.

39 MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob. cit., p. 465; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, ob. cit., vol. II, n° 295, p. 306. Añade ese último autor: “*Ao documento pouco importa o material em que se faça a escrita: papel, cartolina, papelão, madeira, pedra, metal. De fato, não é a matéria que imprime eficácia jurídica ao documento. A lei não prescreve que o escrito seja lançado, no papel*” ob. cit., idem ibidem.

Para aquellos que confunden forma con documento vale la advertencia de IRTI, para quien: “*Otro es el escribir, otro el documento; otro el expresarse por escrito, otra la cosa que recibe y lleva los signos gráficos. Si vulnero la hoja de papel, destruyo el documento, pero no suprimo de la historia de los hombres el escribir, la forma gráfica en que se expresa, la forma está en el escribir; y ésta tiene la efímera labilidad de la mutua actitud y de la palabra dicha, ninguna forma dura en el tiempo; todas pertenecen al pasado. Las formas no son instrumentos de indagación historiográfica y fuentes de prueba, sino objetos de prueba: no aquello con lo que se prueba, sino aquello que se prueba*” apud ETTORE GIANNANTONIO, El valor jurídico del documento electrónico. Trad. Rafael Bielsa. In: *Informática y Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987, vol. 1, p. 100.

40 ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, ob. cit., v. 2, n° 204, p. 269; MOACYR A. SANTOS, *Primeiras Linhas de direito Processual Civil*, 2. v., n° 604, p. 387.

41 *La Prueba Civil*, ob. cit., n° 35, p. 156.

42 *Técnica Probatoria*, ob. cit., Cap. XII, n° 45, p. 338.

43 *Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia*. São Paulo: Edição Eletrônica, 2010, Cap. II, n° 2, p. 67.

44 Igualmente SERGIO CARRASCO MAYANS, *La alegación o limbo legal de la prueba electrónica*. In: *La Prueba Electrónica: validez y eficacia procesal*. Coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló. Colección Juristas con Futuro, eBook, 2016, p. 41; XAVIER ABEL LLUCH, *Prueba electrónica*. In: *La prueba Electrónica*. Barcelona: Bosch, 2011, n° 2.1, p. 29.

Algunos autores, como JOSÉ CARMELO LLOPIS BENLLOCH, separan documentos públicos electrónicos y hechos digitales<sup>45</sup>.

Es el documento digital, por lo tanto, un documento particular o público, en sentido amplio, realizado de forma escrita, pues, según GIANNANTONIO, “*los bits de la escritura electrónica son entidades magnéticas y, por tanto, a su manera, realidades materiales, aun cuando no perceptibles por los sentidos humanos*”<sup>46</sup>.

### 4.3. Distinciones entre documentos digitales, electrónicos y virtuales

El *documento digital* no puede ser confundido con el *documento electrónico*, a pesar de que en la literatura archivística internacional los dos conceptos son empleados como sinónimos. Todo documento digital es un documento electrónico, pero no todo documento electrónico es digital, porque el electrónico puede ser accedido e interpretado por medio de un equipo electrónico que registra en formato analógico o en dígitos binarios, mientras que en el documento digital su codificación es siempre binaria y será accedido y descifrado por medio de un sistema computacional.

Igualmente, no debemos confundir documento digital con virtual. *Digital* es una tecnología contraria a analógica, mientras que *virtual* es un concepto, donde una situación real es simulada a través de una computadora. El e-mail es un correo, sólo que virtual, donde lo que se envía son datos y no papel y sobre.

### 4.4. Especies de documentos digitales

El examen pormenorizado de las distintas formas de documentos digitales ciertamente desborda los límites pretendidos para ese estudio.

Todavía, podemos partir de dos modalidades básicas, según esclarece DELGADO MARTÍN, cuando nos dice que “*en primer lugar, los datos o informaciones almacenados en un dispositivo electrónico; y, por otra parte, los que son transmitidos por cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras*”<sup>47</sup>.

Dentro de esa perspectiva, destaco el correo electrónico, la página web, el documento informático y el SMS<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Para el autor, “*En relación a lo primero, simplemente apuntaré que no creo que estemos hablando de prueba digital en sentido estricto, pues comprendería todos los casos en que se aporta un documento público (expedido o intervenido por Notario u otro funcionario público), pero en vez de en formato físico, en formato electrónico. Debemos partir de la idea de que un documento electrónico con firma electrónica tiene ciertas características intrínsecas probatorias, y si esa firma electrónica pertenece a un funcionario público, su valor y eficacia probatoria será la que el ordenamiento jurídico atribuye al documento público. Es en la segunda parte en la que me quiero detener, en la constatación documental de hechos digitales, partiendo de la idea de que cuando nos referimos a la constatación de hechos digitales, estamos refiriéndonos a todos aquellos medios de prueba en formato electrónico, de hechos, actos o situaciones que no pueden ser amparados bajo el concepto de documento electrónico con firma electrónica reconocida, pero que pueden ser opuestos a otras personas o presentados en juicio*”, Prueba electrónica y notario. In: La Prueba Electrónica: validez y eficacia procesal, ob. cit., p. 20.

<sup>46</sup> El valor jurídico del documento electrónico, ob. cit., p. 112.

<sup>47</sup> La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración. [https://diariolaley.laley.es/home/DT0000245602/20170411/La-prueba-digital-Concepto-clases-y-aportacion-al-proceso#nDT0000245602\\_NOTA5](https://diariolaley.laley.es/home/DT0000245602/20170411/La-prueba-digital-Concepto-clases-y-aportacion-al-proceso#nDT0000245602_NOTA5), consultada em 02.05.19.

<sup>48</sup> Para una visión más completa de las pruebas electrónicas, consultar XAVIER ABEL LLUCH, Prueba electrónica. In: La prueba Electrónica, ob. cit., p. 196/217.

El documento informático al mismo tiempo en que es una especie de la categoría general del documento electrónico, si constituye en género del correo electrónico, la página web y el SMS.

Inicialmente cumple esclarecer que el documento no puede ser confundido con su soporte, que es uno de sus elementos integrantes, entre los cuales son más conocidos el pendrive, CD-Rom y los discos DVD.

El documento informático puede ser definido, de acuerdo con el art. 1º, letra 'p', del Codice dell'Amministrazione Digitale italiano, como "*il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*". Su problemática procesal reside en la conservación del original<sup>49</sup>.

Las legislaciones procesales, hoy en día, generalmente hacen mención a los documentos informáticos, también llamados de documentos electrónicos, entre las cuales el art. 384.1 de la LEC Española<sup>50</sup>, el art. 439 del CPC Brasileño<sup>51</sup> y art. 342.6 del Código de Procedimiento Civil de Chile<sup>52</sup>.

El correo electrónico, es simplemente un documento privado o público donde se transmite datos, imágenes o sonidos de un destinatario a otro por medio de un aparato electrónico, como ordenador, ipad, celular, etc. Él ingresará en el proceso por medio de una copia impresa particular o pública, a través de un acta notarial<sup>53</sup>. El mayor problema del correo electrónico está en la confirmación de la recepción de e-mail.

La página web, también conocida por la expresión en inglés *webpage*, es el contenido gráfico de un sitio de internet en la *world wide web*, generalmente en formato HTML, con ligaciones de hipertexto que permiten la navegación de una página a otra. Para acceder a ella es necesario un *browser* o navegador. A este respecto merece aprobación lo expuesto por XAVIER ABEL LLUCH cuando dice que: "*La página web, en cuanto fuente de prueba, puede introducirse a través de distintos medios de prueba: a) del interrogatorio de las partes y del testigo, (...); b) de una documental privada, (...); de una do-*

49 En Brasil, la ley estableció, en el párrafo 1º del art. 425 del CPC que: "*§ 1º Os originais dos documentos digitalizados mencionados no inciso VI deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para propositura de ação rescisória*", que está previsto en el art. 975 del CPC, vale decir, "*2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo*".

50 "Artículo 384. De los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso. 1. Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga".

51 "Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei".

52 "Art. 342 (331). Serán considerados como instrumentos públicos en juicio, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que dan este carácter: (...) 6º. Los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada".

53 En Brasil, el acta notarial está reglamentada en el art. 384 del CPC, según el cual: "*A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial*". Sobre el tema consultar lo que escribí en *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. por Lenio Streck, Dierle Nunes y Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2017, 2ª ed., p. 595/597. Sobre el acta notarial, conviene destacar el art. 199.2 del Reglamento Notario de España, Decreto de 02.06.44, según el cual: "*El notario redactará el concepto general en uno o varios actos, según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos, en los detalles que interesen al requirente, si bien no podrá extenderse a hechos cuya constancia requieran conocimientos periciales*", [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/rn.t4.html#c2s4](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rn.t4.html#c2s4), consultada en 02.05.19. Sobre la interpretación de ese artículo, FRANCISCO ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, apunta acertadamente que: "*este artículo no impide dejar constancia en acta notarial de hechos digitales, sino que simplemente impide al Notario emitir juicios de valor que requieran conocimientos periciales, y que una cosa es que el Notario valore hechos (por ejemplo una alteración) y otra es que no pueda constatar cualquier hecho*", Validez y eficacia procesal de las evidencias digitales. In: *La Prueba Electrónica: validez y eficacia procesal*, ob. cit., p. 36.

cumental pública; d) de una prueba pericial, (...); y e) incluso a través de lo que se ha llamado cibernavegación, (...)”<sup>54</sup>.

El SMS, o mensaje de teléfono móvil, es un servicio de mensajes cortos de texto (hasta 160 caracteres) que ha evolucionado para el MMS, que en inglés quiere decir *Multimedia Message System* donde fue posible enviar también imágenes o audio cortos. El SMS es seguro porque cuando el mensaje sale del aparato ella es cifrada. En Brasil se las conoce por la expresión ‘torpedo’ por cuenta de la velocidad en que entre en el teléfono celular. El problema procesal que plantea dice respecto al remitente del mensaje. Igualmente para el WhatsApp, pues cuando ellos llegan al proceso, a través de una de las partes como prueba privada, su valor equivale al de una prueba documental particular. Todavía, si el SMS o el WhatsApp llega al proceso por medio de un acta notarial, su valor probatorio es de documento público, ya que ambos gozan de fe pública.

#### 4.5 El valor de la prueba digital

El valor del documento electrónico está directamente relacionado, como cualquier otro medio de prueba, a la seguridad y a la autenticidad, porque, cuanto más seguro y auténtico sea el documento, mayor será el grado de credibilidad que disfrutará.

Es auténtico, según la doctrina, aquel documento que identifica a su autor<sup>55</sup>, y que hoy es hecho por la firma, ya sea del oficial público, sea del particular. Pero hay la categoría del documento particular, en sentido amplio, que por su naturaleza dispensa la firma. Entre ellos encuadramos algunos documentos electrónicos, como aquellos contenidos en el inc. III, del art. 410 del CPC brasileño<sup>56</sup>. ¿Qué credibilidad merece un documento particular que no tiene firma, consecuentemente, no puede ser considerado, por la ley, como auténtico? La respuesta fue muy bien dada por PARISI: *“La soluzione di questo problema dovrebbe essere trovata (non in via d’interpretazione delle norme vigenti ma in sede legislativa) sostituendo al requisito della sottoscrizione (che fino ad oggi è stato l’unico elemento per una sicura identificazione della persona da cui proviene lo scritto) con altro criterio idoneo per un tal fine: codice segreto, tessera magnetica, riconoscimento della voce o delle impronte digitali, parola d’ordine, ecc”*<sup>57</sup>. Estos medios, según GIANNANTONIO, *“son muy superiores al criterio tradicional de la suscripción. Estas técnicas están contenidas en aquellas adoptadas en materia de seguridad de los datos y se valen de los principios de la biometría, o sea, de aquella ciencia que estudia cuantitativamente los fenómenos de vida”*.

<sup>54</sup> Prueba electrónica. In: *La prueba Electrónica*, ob. cit., p. 202.

<sup>55</sup> En ese sentido, CHIOVENDA, *Instituições de Direito Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, 3º v., § 62, nº 346, p. 132; también citado por CARNELUTTI, *La Prueba civil*, ob. cit, nº 39, nota 284, p.170; MOACYR A. SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, nº 132, p. 147. Para CARNELUTTI, *“es necesario extender el concepto de autenticidad también a los documentos que no contengan indicación del autor, entendiendo por autenticidad no sólo la correspondencia del autor real del documento con el autor indicado en el mismo, sino asimismo con el autor afirmado por la parte que lo presenta”*, *La Prueba Civil*, ob. cit, nº 39, nota 283, p.169.

<sup>56</sup> “Art. 410. Considera-se autor do documento particular: (...) III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos”.

<sup>57</sup> *Il contratto concluso mediante computer*, Padova: Cedam, 1987, p. 65.

Y las identifica, más adelante: “huellas digitales, la configuración de los vasos sanguíneos de la retina, la geometría de la mano, las huellas de los labios, el reconocimiento de la voz y a grafía del individuo”<sup>58</sup>. En consecuencia, puede concluirse que la prueba hecha por documento electrónico es mucho más auténtica y segura que aquella hecha a través de la firma. Como se demuestra, hoy en día, en los supermercados, en las gasolineras, que prefieren el pago con tarjeta electrónica del banco, bastando que el comprador coloque su contraseña, sin ningún problema en cuanto a la falsedad y la falta de fondos.

En lo que se refiere al problema de la modificación irreversible del soporte, también la tecnología ya está bastante desarrollada, como se puede percibir en los programas de software, donde es casi imposible alterarlo.

Por ello, si puede concluir que la prueba digital es perfectamente aceptada, una vez identificada su *autenticidad*, que es la identificación de la autoría, la *integridad* de su contenido, que corresponde al original, porque no ha sido alterado, y la *licitud* en su obtención, no violando derechos y libertades individuales<sup>59</sup>.

Sobre la autenticidad, conviene precisar algunos conceptos. Cuando hablamos de firma electrónica queremos decir todo método electrónico que permita evidenciar la autoría e integridad del contenido de un documento electrónico, mientras que la firma digital, a su vez, es especie del género firma electrónica, siendo caracterizada por el empleo de criptografía con sistema de claves asimétricas. En este contexto, la certificación digital es la actividad de certificar firmas digitales, identificando y reconociendo a su titular y a su correspondiente clave pública. Mediante el uso de la certificación digital, se presume la autenticidad y la integridad del documento electrónico.

En Brasil, la ‘Medida Provisória’ 2.200-2 instituyó el sistema de Infraestructura de Llaves Públicas Brasileña (ICP-Brasil), que establece la presunción de que son verdaderas las declaraciones constantes de documentos electrónicos certificados por entidades acreditadas junto a dicho sistema<sup>60</sup>.

Valen aquí las proféticas palabras de IRTI, cuando dice: “Este proceso, que llamaría de crisis de la suscripción, está destinado a acelerarse y a intensificarse. Los sujetos de la economía moderna ya no se comunican con cartas firmadas por el remitente, sino por medio de signos transmitidos por aparatos mecánicos. El requisito de la suscripción históricamente ligado al contrato entre personas presentes y al uso social de las cartas misivas, se descubre ahora

58 El valor jurídico del documento electrónico, ob. cit., p. 116 y 117. En ese sentido, JORGE OSCAR ALENDE, Documento electrónico. In: *Anales del Congreso Internacional de Informática y Derecho*, Buenos Aires: Ejea, 1990, p. 574.

59 En Colombia, la ley establece el valor de los mensajes de datos en el art. 247 del CGP: “Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”.

60 Sobre el ICP-Brasil, conviene destacar el art. 1º, según el cual: “Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras”, y el § 2º del art. 10, cuando establece que: “O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento”.

*incompatible con las modernas técnicas de fijación y trasmisión de la palabra. Los mensajes escritos quieren liberarse del vínculo de la firma, y por ello solicitan nuevos métodos de imputación, nuevos criterios de referencia a la persona del declarante. Métodos y criterios no ya más ligados a la firma autógrafa, sino al uso exclusivo del aparato técnico. Una rápida y advertida disciplina legislativa serviría para prevenir las tortuosas calles de la analogía y las temeridades de la jurisprudencia”<sup>61</sup>.*

## REFERÊNCIAS

ALENDE, Jorge Oscar. **Documento electrónico**. In: *Anales del Congreso Internacional de Informática y Derecho*, Buenos Aires: Ejea, 1990.

ALLORIO, Enrico. *La Cosa Giudicata Rispetto ai Terzi*. Milano: Giuffrè, 1935.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1988, 1ª série.

BEDAQUE, José Roberto. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 1991.

BENTHAM, Jeremy. **Traité des Preuves Judiciaires**. Trad. Ét. Dumont. Paris: Bossange Frères, 1823, t. I.

BERGMANN, Érico. **Prova Ilícita**. Porto Alegre: Estudos MP-5, 1992.

BERGSON, Henri. La evolución creadora. In: **Obras Escogidas**. Trad. José Antonio Miguez. Madrid: Aguilar, 2013.

BONNIER, Eduardo. *Tratado de la Pruebas en el Derecho Civil*, Madrid: Hijos de Reus, 1914, t. 2.

BUZAID, Alfredo. Uniformização da Jurisprudência. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, vol. 12, nº 34, 1985, p.192.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: **Studi sul Processo Civile**. Padova: CEDAM, 1947,

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEa, 1973, vol. I.

CARNELUTTI, Francesco. **La Prueba Civil**. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayú, 1955. n. 16.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Procesual Civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, 3º vol.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946.

COUTURE, Eduardo J. **Vocabulario Jurídico**. Buenos Aires: DEPALMA, 1991.

<sup>61</sup> Apud GIANNANTONIO, *El valor jurídico del documento electrónico*, ob. cit., p. 115 y 116.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Valor probante do suporte informático. In: Temas Polêmicos de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1990.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. **La prueba digital**: concepto, clases, aportación al proceso y valoración. Disponível em: [https://diariolaley.laley.es/home/DT0000245602/20170411/La-prueba-digital-Concepto-clases-y-apor-tacion-al-proceso#nDT0000245602\\_NOTA5](https://diariolaley.laley.es/home/DT0000245602/20170411/La-prueba-digital-Concepto-clases-y-apor-tacion-al-proceso#nDT0000245602_NOTA5). Acesso em: 02.05.19.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoría General de la Prueba Judicial**. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, tomo I.

ELLUL, Jacques. **La edad de la técnica**. Trad. Joaquim Sirera Riu e Juan Léon. Barcelona: Octaedro, 2003.

ENGISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6. ed. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FABRÍCIO, Adroaldo F. Coisa Julgada nas Ações de Alimentos. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 52.

FIDELIS, Ernane. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, vol. 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **A Autoridade Coatora e o Sujeito Passivo do Mandado de Segurança**. São Paulo: RT, 1991.

FRAGA, Afonso. **Instituições do Processo Civil do Brasil**. São Paulo, Saraiva, 1940, t. II

GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne**: o homem na idade da técnica. Trad. José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006.

GIANNANTONIO, Ettore. **El valor jurídico del documento electrónico**. Trad. Rafael Bielsa. In: *Informática y Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987, vol. 1.

GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: Contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1961.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo: RT, 1982.

HEIDEGGER, Jürgen. **Filosofía, ciencia y técnica**. Trad. Francisco Soler. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1977.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LLUCH, Xavier Abel. Prueba electrónica. In: **La prueba Electrónica**. Barcelona: Bosch, 2011.

LUSO SOARES, Fernando. **Processo Civil de Declaração**. Coimbra: ALMEDINA, 1985.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **Lógica de las pruebas en materia criminal**. Buenos Aires: General Lavalle, 1945.

MARCACINI, Augusto T. **Direito e informática**: uma abordagem jurídica sobre a criptografia. São Paulo: Edição Eletrônica, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MAYANS, Sergio Carrasco. *La alegalidad o limbo legal de la prueba electrónica*. In: *La Prueba Electrónica: validez y eficacia procesal*. Coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló. Colección Juristas con Futuro, eBook, 2016,

MENDES, João de Castro. **Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil**. Lisboa: Ática, 1968.

MICHEL. Gian Antonio. Teoria Geral da Prova. **Revista de Processo-RT**, São Paulo, n. 3, 1976.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal**. Trad. D. Primitivo Gonzáles del Alba. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1893.

MUMFORD, Lewis. **Técnica y civilización**. Trad. Constantino Aznar de Acevedo. Madrid: Alianza, 1992.

MUÑOZ SABATE, Luís. Técnica Probatória. Barcelona: Praxis, 1967.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Comentário ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: RT, 1971.

NUÑEZ LAGOS, Rafael, Reconocimiento de documento privado. **Revista Pretor**, 1958.

PINTO, Álvaro Viera. O conceito de tecnologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, vol. 1.

PLATÃO. **Cratilo**. In: Platón Obras Completas. Trad. Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1993.

PONTES DE MIRANDA. Comentários ao C.P.C./73. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PORTO, Sérgio G. Prova: Teoria e Aspectos Gerais no Processo Civil. **Revista de Estudos Jurídicos** - Unisinos, São Leopoldo, 1984.

REHBINDER, Manfred. **Sociología del Derecho**. Trad. por Gregorio Robles Morchón. Madrid: Pirámides, 1981.

SENTIS MELENDO, Santiago. Introducción al derecho probatorio. In: **Estudios de Derecho Procesal**. Buenos Aires: EJEa, 1967.

SILVA, Carlos Pestana De Aguiar. Introdução ao Estudo da Prova. **Revista Forense**, Belo Horizonte, vol. 247, 1974.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processual Civil**. Porto Alegre: Safe, 1987, v. I.

SPENGLER, Oswald. **La decadência de occidente**. Trad. Manuel G. Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1966, T. II.

THORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 3.

TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974,



# **CAPÍTULO 5**

## **O SINCRETISMO PROCESSUAL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA SOB O ENFOQUE DA DEMOCRACIA NO PROCESSO**

Eugênia Amábilis Gregorius<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.5

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito Público pela UNISINOS. Pós-graduada em Direito Processual Civil e em Direitos Difusos e Coletivos. OAB/RS 73.727. E-mail: eugenia\_ag@hotmail.com. Currículo: lattes.cnpq.br/2680599125173705.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil assume importante papel no ordenamento jurídico, uma vez que é através do processo que se instrumentaliza o direito material, criando, portanto, o direito ao caso concreto.

Nesse sentido, o bem da vida do cidadão que obteve a violação de sua pretensão no mundo fenomênico traz ao processo a necessidade da instrumentalização dessa tutela, o que, ao fim, será transformado novamente no bem da vida para retornar àquele jurisdicionado no mundo dos fatos. Isso porque, o direito ocorre no cotidiano, no dia a dia das pessoas, o direito ocorre no mundo lá fora e, os operadores do direito o transformam em processos para que a tutela pretendida retorne ao seu *status quo*, assim entregando a tutela jurisdicional à parte.

Nesse viés, o problema posto no presente trabalho é a relevância do cumprimento de sentença para a efetivação do acesso à justiça. É possível com esse instituto trazer ao jurisdicionado o direito constitucionalmente previsto na Carta Magna de 1988?

Para garantir o direito de todos ao acesso à justiça é necessário que o Estado implemente meios para assegurá-lo. Isso porque o que se almeja é a efetividade do direito com a sua aplicação ao caso concreto, tornando-o realidade e não uma “mera folha de papel”, conforme Ferdinand Lassalle mencionava.

Com efeito, para o estudo e a pesquisa realizada, a abordagem será dedicada, sobretudo, através do método bibliográfico de doutrina nacional e estrangeira, sendo descritiva, desenvolvida através da abordagem qualitativa, utilizando-se do método dedutivo.

Dessa forma, examinar-se-á o instituto do cumprimento de sentença iniciando-se com um breve relato histórico, a fim de contextualizar o momento atual como fase do processo de cognição. Perpassando-se essa investigação, verificar-se-á os princípios basilares para, após, estudar os princípios específicos do cumprimento de sentença. Por derradeiro, abordar-se-á a relevância jurídica e social desse novo modelo de execução da decisão para a concretização do direito fundamental e constitucional do acesso à justiça.

Portanto, para iniciar esse estudo, passa-se, preliminarmente, à análise da evolução histórica do instituto do cumprimento de sentença.

## 2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Inicialmente, antes de adentrar ao tema proposto, cabe uma rápida reflexão acerca do conceito de cumprimento de sentença.

Segundo leciona Alexandre Freitas Câmara, “Denomina-se cumprimento de sentença ao procedimento executivo adequado para os casos em que a execução se funda em título executivo judicial”.<sup>1</sup> Em outras palavras, pode se dizer que a efetiva satisfação de uma obrigação é a execução da sentença, pois a parte ingressa no Poder Judiciário, sendo que o Estado-juiz, através do seu pronunciamento judicial, que é a sentença, concede o direito material à parte. Através do cumprimento de sentença a parte tem o retorno ao seu mundo fenomênico do bem da vida pretendido.

Essa união do mundo dos fatos com o mundo jurídico, conforme observa Castanheira Neves, ocorre “porque o homem encontra-se no mundo como ser-no-mundo e não como que num outro plano (nem o dos fatos, nem o do direito) e de lá pudesse apreendê-los como se fossem realidades autônomas”. O autor ressalta que o caso concreto não se limita a fatos, uma vez que assume “um sentido jurídico problemático que lhe é constitutivo, que lhe unifica e individualiza como um certo caso jurídico”.<sup>2</sup>

Outrossim, pode-se afirmar que há dois processos: o processo de cognição e o processo de execução. Na voz de Galeno Lacerda

Claro está que o processo de conhecimento, porque visa à definição do direito, requer atos e rito distintos daqueles exigidos para a execução, onde se cuida da realização coativa do direito declarado, ou para o processo cautelar, que busca a segurança do interesse em lide.<sup>3</sup>

No processo de cognição, que é o conhecimento, ocorre uma crise de certeza, pois o que se busca é a certificação do direito pretendido. Dessa forma, a parte ingressa com o processo no Poder Judiciário, prefacialmente com a petição inicial e, em regra, em seguida, ocorre as seguintes fases: citação, contestação, com eventual reconvenção, saneamento processual, fase instrutória com meios de prova, se necessário, para, após, ter seu direito obtido através do pronunciamento judicial, que é a sentença.

Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, o processo de conhecimento é instrumento de uma ideologia que prega que “o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a ‘vontade da lei’. [...]”. O autor entende que é por meio do processo de conhecimento que o sistema busca manter a neutralidade nas decisões, garantindo que somente com o curso do processo o juiz alcançará o necessário juízo de certeza.<sup>4</sup>

1 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 311.

2 CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 275.

3 LACERDA, Galeno. O Código como Sistema Legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (org.). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 166-167.

4 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 27

Por sua vez, no processo de execução há uma crise de efetividade, pois o que se pretende é a efetivação daquele direito postulado e já recebido no processo de conhecimento, naquela sentença obtida anteriormente. O que, hodiernamente, ocorre pelo cumprimento de sentença para os títulos executivos judiciais elencados no art. 515 do Código de Processo Civil, que será analisado posteriormente. Assim, hoje, tem-se o cumprimento de sentença, mas esse instituto nem sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro. Para melhor entendimento, passa-se a um breve relato histórico.

O Código de Processo Civil de 1973 sofreu influência do Código de Processo Civil italiano de 1940, cuja inspiração foi Piero Calamandrei, possuindo uma acepção publicista, ou seja, o juiz era o protagonista do processo, a força estava muito contida na figura do juiz, sendo que seus poderes instrutórios eram muito fortes, o que deixava em detrimento a vontade das partes.

Essa visão publicista foi replicada para o Código de Processo Civil de 1973, o que acarretou a divisão do CPC de 1973 em livros estanques distribuídos em Livro I – do processo de conhecimento; Livro II – do processo de execução; e Livro III – das cautelares. Entendimento esse que é corroborado por Ovídio Baptista, quando diz que “A doutrina empenha-se em distinguir as duas formas de atividades jurisdicionais, a função de conhecimento e a função executiva, [...] de modo que o juiz não possa executar senão depois de conhecer”.<sup>5</sup> Contudo, embora houvesse a tutela jurisdicional, havia uma morosidade para sua efetiva entrega, pois o que se priorizava era o processo e não o direito material em si tutelado. Existiam dois processos estanques, um processo de conhecimento e outro processo de execução para os títulos executivos judiciais.

Não sendo redundante, mas para fins de melhor esclarecimento, a parte ingressava no Poder Judiciário com a petição inicial, realizava-se a citação, a contestação, com eventual reconvenção, o saneamento processual, a fase instrutória com meios de prova, se necessário, para, após, ter seu direito obtido através da sentença. No entanto, a parte ainda não obtinha o bem da vida, mas somente a certificação do seu direito. Fazia-se necessário ajuizar outro processo, ou seja, agora, o processo de execução com todo o trâmite processual novamente, isto é, petição inicial, citação, meios defensivos, mais restritos, sim, mas havia, para somente após toda essa trajetória processual ter sua tutela satisfeita e ter a entrega efetiva do bem da vida postulado.

Percebe-se que era necessário um outro processo, um processo autônomo, um processo de execução com todo um novo deslinde processual para, ao final, a parte ter a tutela do seu direito pretendido. Diante desse cenário, iniciaram as críticas pelos processualistas civis da época. Uma das principais vozes a criticar o distanciamento

<sup>5</sup> Ibidem, p. 148.

entre o processo de conhecimento e o processo de execução foi a do professor Ovídio Baptista da Silva, ao dizer que essa separação dificultava a concretização do direito da parte.<sup>6</sup> Com o entendimento de que “A lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função do fim”<sup>7</sup>, a temática também foi abordada pelo processualista Galeno Lacerda, na conferência de 10 anos do Código de Processo Civil de 1973. Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover pondera que o processualista moderno passou “a ver o processo a partir de um ângulo externo, examinando-o em seus resultados junto aos consumidores da justiça. Partiu, assim, a doutrina processual brasileira para a etapa instrumentalista do processo”.<sup>8</sup>

Aliado a essas críticas doutrinárias tem-se a Constituição Federal de 1988 trazendo uma visão neoconstitucionalista dos direitos fundamentais, na qual esses direitos assumem uma eficácia irradiante, tanto na acepção vertical como na acepção horizontal. Com fulcro na doutrina alemã, Ingo Sarlet aborda a eficácia irradiante dos direitos fundamentais dizendo que eles, na condição de direito objetivo, impulsionam a aplicação e a interpretação do direito infraconstitucional, oferecendo diretrizes para sua realização conforme à Constituição.<sup>9</sup>

Ao falar sobre a constitucionalização do Direito, Luís Roberto Barroso considera que essa ideia “está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Nesse contexto, “Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”<sup>10</sup>, resultando na aplicabilidade direta da Constituição às normas infraconstitucionais e a todo ordenamento jurídico.

Dessa forma, visualizam-se a relevância dos princípios, sobretudo do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ou do acesso à justiça, que aqui é analisado não somente como uma porta de entrada do cidadão à justiça, mas também como a porta de saída, pois, como bem observa Kazuo Watanabe:

[...] hoje a ideia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais: não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.<sup>11</sup>

Nesse sentido, quando se fala em acesso à justiça está a se falar em decisão de

6 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 131.

7 LACERDA, Galeno. **O Código e o formalismo processual**. Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal, 15 jul. 1983. p. 14.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade Do Direito Processual Brasileiro. **Revista Da Faculdade De Direito**, São Paulo, v. 88, p. 273-298, jan. 1993. p. 278.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 127-128.

10 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p. 16.

11 WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça na sociedade moderna. In: Participação e processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, p. 273-98, jan. 1993. p. 283.

mérito efetiva, célere, tempestiva. E, nesse viés, quando se reporta ao acesso à justiça, a doutrina elenca as ondas renovatórias do Processo Civil, as quais Araken de Assis trata como etapas de desenvolvimento histórico.

Araken de Assis nos remete a essas etapas de desenvolvimento histórico:

Nos últimos tempos, em que os direitos fundamentais assumiram posição de destaque na dogmática do processo civil, sobressaiu-se a terminologia “direito de acesso à Justiça”. A seu respeito, identificaram-se “ondas” ou etapas de desenvolvimento histórico. [...]. É mais interessante, porém, precisar-lhe o conteúdo do que o rótulo a ela aplicado. Em tal sentido, o acesso à Justiça implica o direito a uma “ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”.<sup>12</sup>

A primeira onda renovatória trazida pelo professor jurista italiano, Mauro Cappelletti, se caracteriza com o acesso à justiça de forma gratuita, materializada pela Defensoria Pública. Na segunda onda, o autor destaca o esforço em melhorar o acesso à justiça, com o enfrentamento do “problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres”. Já a terceira onda, a qual possui relevância a esse trabalho, é o sincretismo processual, onde Cappelletti e Bryant defendem a necessidade da reforma dos procedimentos judiciais em geral para a remoção de obstáculos que impedem o acesso à justiça.<sup>13</sup>

Ao tratar sobre o tema, José Miguel Garcia Medina considera que nos casos em que a cognição e a execução se realizam na mesma relação jurídica processual se manifesta o princípio do sincretismo. Segundo o autor, “A partir desta premissa, as mais diversas formas de relação entre cognição e execução podem ser concebidas, e de fato têm sido elaboradas pelo legislador com o fito de se obter uma tutela jurisdicional mais efetiva”.<sup>14</sup>

Em outras palavras, sincretismo processual é a união das técnicas, dos procedimentos do Livro I, do livro de conhecimento, com o Livro II, o livro do processo de execução. Assim, pode-se dizer que hoje, com o cumprimento de sentença, basta um requerimento. Esse “mero” requerimento é a porta de entrada para o cumprimento de sentença. Não há mais a necessidade de se fazer um processo autônomo novamente.

Portanto, vislumbra-se, no ano de 2005, a partir de uma conjectura de eventos que já vinham aflorando ao longo dos anos, caracterizado pelos direitos fundamentais pairando sobre o ordenamento jurídico, as ondas renovatórias, isso tudo aliado às críticas doutrinárias supramencionadas, o que rumaram ao advento da Lei 11.232/2005, trazendo o sincretismo processual para o CPC de 1973, à época em seu artigo 475 e seguintes.

12 ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte feral: fundamentos e distribuição de conflitos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*. v. 1, p. 266.

13 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49, 76.

14 MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil**: Teoria geral e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito do processo, v. 48). p. 296-297.

Esse foi um breve histórico do cumprimento de sentença, portanto, depreende-se que nem sempre esse instituto foi assim considerado como uma fase processual. Hoje, há o cumprimento de sentença como fase processual para a execução de obrigações oriundas de títulos judiciais, pois para os títulos extrajudiciais o procedimento permanece com o processo de execução autônomo, disposto no Livro II. Enfrentada essa evolução histórica, passa-se à base principiológica do cumprimento de sentença.

### 3 DA BASE PRINCIPIOLÓGICA DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Como mencionado alhures, os princípios estão pairando sobre todo o ordenamento jurídico e, nesse sentido, o legislador de 2015 obteve a devida cautela e dispõe, nos artigos 1º ao 12 do Novo Código de Processo Civil, as normas fundamentais constitucionais, inserindo assim os princípios constitucionais, uma vez que seu artigo 1º refere-se a valores. Tem-se os princípios como boa-fé processual, contraditório, ampla defesa, cooperação, corolários do devido processo legal, todos amparados no Código de Processo Civil.

O contraditório, por exemplo, deve ser substancial, não pode somente haver uma simples participação da parte, mas sim uma influência da parte no processo. O juiz não é mais o protagonista do processo, mas, sim, houve uma mudança, um giro, no qual as partes todas cooperam para o final, para a concretização do direito pleiteado. Para que haja uma decisão justa, efetiva e célere.

Ao tratar sobre o princípio do contraditório, José Lebre de Freitas leciona que, tradicionalmente, entendia-se que: ao ser formulado um pedido por uma das partes, obrigatoriamente, deveria ser dada a outra parte oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão

[...] formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, devia à outra ser dada oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão, tal como, oferecida uma prova por uma parte, a parte contrária devia ser chamada a controlá-la e ambas sobre ela tinham o direito de se pronunciar, assim se garantindo o desenvolvimento do processo em discussão dialéctica, [...]. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo.<sup>15</sup>

Sobre o princípio da cooperação, um dos princípios basilares do processo civil, o autor esclarece que:

A progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado já uma trave mestra do processo civil moderno, leva frequentemente a falar numa comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual. Esta nova concepção do processo civil, bem afastada da velha ideia

15 FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 108-109.

liberal numa luta arbitra da pelo juiz, revela bem a importância do princípio da cooperação.<sup>16</sup>

Aprofundando o tema, Darci Guimarães Ribeiro expõe que “Com o novo CPC, o processo deve ser cooperativo no sentido de o juiz valer-se efetivamente das atividades praticadas pelas partes ao longo de todo o procedimento para democraticamente, com a colaboração das partes, construir a decisão judicial mais apropriada”. Essa cooperação evita que o juiz reste por decidir solipsisticamente, alheio ao efetivo contraditório.<sup>17</sup>

Nesse sentido, o Código de Processo Civil traz uma nova concepção de modelo cooperativo de diálogo, de gestão compartilhada de processo, ou seja, pode-se dizer que há a oportunidade de as partes serem as protagonistas da resolução de seu conflito. Isso gera comprometimento, responsabilidade e maior possibilidade de eficácia ao cumprimento da decisão construída em conjunto e, conseqüentemente, da concretização do direito pleiteado.

Para além de todos os princípios do processo civil há, também, os princípios específicos do processo de execução.

### 3.1 Princípios específicos do cumprimento de sentença

Os princípios específicos do cumprimento de sentença são tidos como norte, ou seja, como guia para que haja a concretização dessa fase processual. Sem a pretensão de esgotar todos os princípios, notadamente porque não é o foco desse trabalho, passa-se a analisar aqueles que dão maior amplitude e relevância para a pesquisa proposta: princípio da *nulla executio sine titulo*, princípio da responsabilidade patrimonial e princípio da tipicidade legal e da atipicidade.

#### a) Princípio da *nulla executio sine titulo*

O princípio da *nulla executio sine titulo* contempla a ideia de que não há execução sem título, ou seja, para embasar uma execução é imprescindível um título, o qual deve possuir três requisitos: a) certo; b) líquido; e c) exigível. Título certo é aquele que contém o direito, a obrigação naquele documento. No cumprimento de sentença, uma sentença proferida pelo magistrado ou uma sentença arbitral, deve observar o rol de títulos executivos judiciais previstos no artigo 515, I a IV, do CPC. A liquidez, por sua vez, segundo Araken de Assis, “importa expressa determinação do objeto da obrigação”.<sup>18</sup> Ainda, o título exigível é aquele em que não há nenhum impedimento de cunho

16 FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 168.

17 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Parte Geral. Arts. 1º a 317. Coordenador Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 114-115.

18 ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte feral: fundamentos e distribuição de conflitos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. v. 1, p. 96.

material, não pode haver nenhuma condição, nenhum termo, a prestação já deve estar inadimplida.

## **b) Princípio da responsabilidade patrimonial**

A execução, hodiernamente, em regra, é patrimonial. O devedor/executado não pode com o próprio corpo servir de execução, como na Lei das 12 Tábuas, em que havia a premissa do “olho por olho, dente por dente”. Ao escrever acerca da história do devedor, Georges Ripert perpassa a evolução conquistada, desde a libertação do próprio corpo, a honra e após a fase de salvação de bens:

O duro direito romano havia assegurado a execução das obrigações por uma sanção eficaz: o devedor era entregue ao credor e encerrado num calabouço e depois vendido como escravo. A realeza francesa mantém os rigores da execução pessoal contra o devedor nas ordenações de Moulins de 1566 e a ordenação de 1667. Somente com o liberalismo inglês e com os filósofos franceses que protestaram contra a execução pessoal e estas ideias tomaram força em 1793, suprimindo a prisão por dívidas, entendendo que esses atos eram contrários à moral, aos direitos dos homens e aos princípios da humanidade.<sup>19</sup>

Atualmente, exceto para a prisão civil para alimentos, conforme o Pacto de São José da Costa Rica<sup>20</sup>, o depositário infiel não poderá ser levado à prisão civil, uma vez que tal prisão é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>21</sup>. Portanto, a responsabilidade do devedor é real, nos dizeres de Araken de Assis, “De ordinário, à execução contemporânea confere-se de exclusivo caráter real. Visa a execução, segundo opinião comum, ao patrimônio do executado”.<sup>22</sup>

## **c) Princípio da tipicidade legal e atipicidade**

Os meios de expropriação estão previstos no Código de Processo Civil, como a adjudicação, alienação por iniciativa particular ou em leilão judicial ou eletrônico. Contudo, considerando que o legislador não tem como prever todas as hipóteses, todos os meios possíveis, uma vez que o direito ocorre no mundo fenomênico, no mundo dos fatos, no mundo lá fora, ele confere ao juiz uma margem. Dessa forma, artigo 139, IV, do CPC, preceitua que, no caso concreto, o magistrado pode se debruçar sobre o processo e verificar na singularidade daquele direito a medida necessária, o meio adequado para a concretização do direito tutelado daquela parte.

O professor William Santos Ferreira aborda acerca das medidas executivas típicas coercitivas e as medidas atípicas:

<sup>19</sup> RIPERT, Georges. **O regime democrático e o direito civil moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 135-136.

<sup>20</sup> Súmula Vinculante nº 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

<sup>21</sup> Tese definida no RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.

<sup>22</sup> ASSIS, Araken de. **Processo Civil brasileiro**: manual de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book. v. 4, p. 47.

Por vezes a legislação já estabelece técnicas executivas durante a instrução, sendo denominadas de medidas executivas típicas, entre elas há meios de coerção (execução indireta), as medidas coercitivas típicas. [...] As medidas executivas típicas no CPC/2015 devem ser empregadas, mas sem se esquecer que diante das especificidades do caso concreto será possível a adoção medidas executivas atípicas no âmbito instrutório, sempre e na exata extensão necessária ao alcance do esclarecimento do fato probando em relação às dificuldades identificadas (adequação), com a observância das garantias constitucionais.<sup>23</sup>

A jurisprudência dos tribunais já brindou a comunidade jurídica com decisões envolvendo o tema, como, por exemplo, suspensão da carteira nacional de habilitação para dirigir, recolhimento do passaporte, bloqueio de cartão de crédito, entre outras, desde que haja compatibilidade e proporcionalidade.

Para além disso, há outros princípios, como o da lealdade processual, da boa-fé processual, da cooperação e da primazia da tutela específica. Frisa-se a importância do estudo dos princípios, pois a partir de sua análise consegue-se compreender a intenção do legislador, a *mens legis*, de dispor esses artigos. Percebe-se que o objetivo é a satisfação do crédito, inclusive, pode-se dizer que esse é o maior fundamento do legislador, ou seja, a tutela do efetivo do direito da parte.

#### 4 DO SINCRETISMO PROCESSUAL SOB O ENFOQUE DA DEMOCRACIA NO PROCESSO

Após, analisar a expressividade dos princípios, passa-se ao centro da discussão, que é a busca da concretização do direito fundamental do acesso à justiça através do cumprimento de sentença.

Liminarmente, insere-se a visão de democracia de Norberto Bobbio, o qual aborda que é necessário fixar os procedimentos adequados:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.<sup>24</sup>

A busca incansável pelo acesso à justiça denota a constante luta pela democracia. Nessa linha, Luís Roberto Barroso pondera que “ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação”.<sup>25</sup>

Bonavides defende que “o princípio da constitucionalidade introduziu a ideia dos valores e princípios, que determinam a nova base de normatividade dos orde-

23 FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no Direito Probatório. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 588, 590

24 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 18.

25 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p. 47.

namentos jurídicos e o advento da Constituição aberta”.<sup>26</sup> Já ano de 2004, o ministro Nelson Jobim, em seu discurso de posse à Presidência do Supremo Tribunal Federal, ressaltava a necessidade de o Judiciário adequar-se à terceira onda renovatória, visando o direito fundamental do acesso à justiça: “A questão judiciária passou a ser tema urgente da nação. [...] A nação quer e precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências: acessibilidade a todos; previsibilidade de suas decisões; e decisões em tempo social e economicamente tolerável”.<sup>27</sup>

No Estado Democrático Brasileiro, conforme dispõe a Constituição Federal, art. 5º, XXXV<sup>28</sup>, o acesso à justiça constitui direito fundamental. À vista disso, não é de hoje que os juristas vêm despendendo esforços na busca por soluções que permitam efetivar este direito, a fim de garantir a concretização da democracia. No entender de Cappelletti e Bryant, “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos”.<sup>29</sup>

Dentre os vários horizontes em que se pode realizar o direito à democracia tem-se as reformas processuais introduzidas no ordenamento engendrando-se o cumprimento de sentença no processo de conhecimento como fase processual, uma forma de conduzir o processo de satisfação do direito da parte para o efetivo direito de acesso à justiça e a concretização da democracia pelo viés processual.

O Novo Código de Processo Civil prevê, de forma expressa, que “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”.<sup>30</sup> Considera-se que um sistema processual ineficiente compromete a efetividade de todo o ordenamento jurídico, de modo que “[...] as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”.<sup>31</sup> Dessa forma, verifica-se que o legislador está atento a essa preocupação com a concretização dos direitos, inserindo dispositivos que materializam tal intuito, como, por exemplo, a regra dos foros competentes, prevista no art. 516, incisos I, II, III e parágrafo único do CPC. Isso é uma novidade do processo sincrético.

Para corroborar essa visão de efetividade da satisfação do crédito, buscando o amplo acesso à justiça através do processo, tem-se a ampliação do foro.

26 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 35.

27 JOBIM, Nelson. *Discurso proferido durante a cerimônia de posse à Presidência do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: STF, 2004. p. 58. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/722718/PDF/722718.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

28 CF/88, Art. 5º [...]. “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 jun. 2021).

29 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

30 BRASIL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 24. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

31 Ibidem.

Nas palavras célebres do saudoso Ovídio Araújo Baptista da Silva vislumbra-se que, de fato, a democracia apresenta-se no processo:

[...] o Poder Judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democráticos dos três ramos do Poder Estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.<sup>32</sup>

No ponto, cumpre destacar a ideia central do Novo Código de Processo Civil, a qual vai ao encontro da satisfação do crédito, assim assegurando-se o acesso à justiça na sua plenitude, ou seja, não somente como porta de entrada, mas também como porta de saída, conforme supra argumentado, corroborando-se, portanto, com essa nova visão processual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou discutir as questões atinentes ao acesso à justiça sob o enfoque de como a democracia pode ser realizada através da via processual, tendo por fundo a fase processual do cumprimento de sentença. Nessa perspectiva, realizou-se a pesquisa abordando o cumprimento de sentença, desdobrando-se na análise do processo de execução vigente à época do Código de Processo Civil de 1973 e de que modo surgiu o sincretismo processual.

Em continuidade, com o objetivo de trazer a *mens legis* do instituto do cumprimento de sentença, tem-se a menção acerca dos princípios basilares e específicos, pois, através dessa análise, consegue-se visualizar o norte do instituto em comento, qual seja a entrega jurisdicional da tutela pretendida pelo jurisdicionado, de forma efetiva, satisfatória e célere. Realizada essa abordagem, partiu-se para a ideia central do cumprimento de sentença como “mera” fase processual à luz da democracia processual, abordando a legislação em vigor e jurisprudências das Cortes Superiores relativas ao caso em análise.

Enfrentadas as nuances relativas à temática proposta, pode-se revisitar o problema posto no presente trabalho. Percebeu-se que o cumprimento de sentença, vislumbrado a partir da Lei 11.232/2005, introduzindo o sincretismo processual para o Código de Processo Civil de 1973, à época em seu artigo 475 e seguintes e, após, replicado no Título II, do Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 513 e seguintes, contempla a efetivação do acesso à justiça, contemplado na sua acepção mais digna e quiçá completa, haja vista que não almeja somente a justiça entre as partes, mas a pacificação social, a qual é o objetivo máximo da jurisdição. Tem-se assim que nessa acepção não se busca uma justiça individual, mas uma justiça coletiva, dando legitimidade

<sup>32</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-germânica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 219.

e ampliando-se a capacidade democrática de um povo.

Ainda, nessa visão de acesso à justiça de 3ª onda renovatória é possível depreender-se que os preceitos neoconstitucionalista e o direito processual civil devem ser vistos à luz da Constituição, pois se o direito civil é um direito que visa tutelar os direitos subjetivos e o processo civil é o instrumento, o meio em que se busca a concretização desse direito, nada mais plausível do que se analisar o processo civil também à luz da Constituição. E, é nesse sentido que o Código de Processo civil de 2015 tem se permeado, assim como a jurisprudência das cortes superiores, realizando, inclusive, métodos do sistema *comow law* na questão de precedentes para a tutela mais célere e eficaz dos direitos pleiteados pelas partes.

Por fim, é possível afirmar que a democracia pode ser cumprida pelo acesso à justiça e pelo cumprimento de sentença, pois com esse instituto é possível levar ao jurisdicionado o direito constitucionalmente previsto na Carta Magna de 1988, tornando palpável para a parte dispor de seu bem da vida de forma mais célere e efetiva, pois garante uma execução da decisão tempestiva, efetiva e justa, promovendo o exercício da democracia através do processo.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo Civil brasileiro**: manual de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. v. 4.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte feral: fundamentos e distribuição de conflitos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*. v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 jun. 2021.

FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no Direito Probatório. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade Do Direito Processual Brasileiro. **Revista Da Faculdade De Direito**, São Paulo, v. 88, p. 273-298, jan. 1993.

JOBIM, Nelson. **Discurso proferido durante a cerimônia de posse à Presidência do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/722718/PDF/722718.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

LACERDA, Galeno. O Código como Sistema Legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (org.). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LACERDA, Galeno. **O Código e o formalismo processual**. Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal, 15 jul. 1983.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil**: Teoria geral e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito do processo, v. 48).

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Parte Geral. Arts. 1º a 317. Coordenador Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

RIPERT, Georges. **O regime democrático e o direito civil moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

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

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-germânica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 131.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça na sociedade moderna. In: Participação e processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, p. 273-98, jan. 1993.



# CAPÍTULO 6

---

## PROCESSO, REVOLUÇÃO E DESCORPORIFICAÇÃO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMPLEXIDADE NO APROFUNDAMENTO DA MODERNIDADE

Eva Cristina Franco Rosa dos Santos<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.6

---

<sup>1</sup> Advogada, escritório com atuação em todo o Brasil e Europa. Doutoranda em Direito Público pela Unisinos- São Leopoldo, com tese sobre Inteligência Artificial e Direitos Fundamentais, sob a orientação do Prof Dr Anderson Vichinkeski Teixeira. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Umsa-Buenos Aires, com tese sobre o Direito do Trabalho e as digitalidades, sob a orientação da Prof Dra Alejandra Niño Amieva. Mestre em História do Direito pela Universidade Federal de Goiás, com dissertação sobre direito, história e literatura. Pós-graduada em Direito Público - Ucam, pós-graduanda em Direito Processual e em Direito Civil (Ebradi e ESA/PE). Historiadora (UnB, UFT, UFPE). Foi Professora em Estácio-Goiânia. Professora de pós-graduação em Direito na Universidade Unievangélica de Anápolis. Professora convidada em Universidad de Córdoba-Espanha, em Uniagraria-Colômbia e do Onec-República Dominicana.

# 1 INTRODUÇÃO: PROCESSO, REVOLUÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O APROFUNDAMENTO DA COMPLEXIDADE NA MODERNIDADE

## 1.1 Sobre o conceito de processo e os autores utilizados nesse artigo

O processo pode ser compreendido como um perfazer-se incessante, conceito e práxis que nunca estão findos, razão pela qual a relação entre direito e processo é uma relação orgânica. Com isso busca-se afastar do mero formalismo, e também amparo contra o subjetivismo dos que portam o poder decisório em suas mãos. Como o próprio direito é algo que se perfaz, que não existe independente do seu perfazimento, ao contrário de coisas como animais, árvores e etc, é por isso que ele é ausente sem o auxílio do processo. Desse modo, é possível mesmo dizer, como entendeu Calmon Passos, que o processo integra o próprio *ser* do direito. Assim, o direito tem um significado ontológico vinculado ao processo, mas há, ainda, um significado político, que vincula direito e processo, pelo fato de que o próprio processo perfaz a democracia através de atos de Estado, que são atos, por esse motivo, políticos, quer se pense num conteúdo vinculado a ideologias ou não. Ademais, sendo o direito, decisão, e o processo, o modo também pelo qual essa decisão se expressa, expõe o processo como fulcralmente importante para o desenlace do Estado Democrático.<sup>1</sup>

Também é possível pensar o direito como redução da complexidade, e o processo, seja ele, jurisdicional, legislativo ou administrativo, como redução da complexidade, no momento em que colocam uma ação no mundo, geram um *dever-ser*, fruto de uma intenção eivada de agir comunicativo<sup>2</sup>.

Não obstante, o direito, que se perfaz no processo, pensamento esse que encontra guarida em diversos autores, como Calmon Passos, acima citado; por outro lado, tal pensamento também foi fruto de uma história do conceito de direito e de processo ao longo dos últimos 300 anos. Tal pode ser observado, por exemplo, ao se analisar o desenvolvimento da querela entre exegetistas, junto à conformação do Código Napoleônico, que entendiam ser o direito um todo pronto e lógico-formal e que, portanto, o processo enquanto prática deveria apenas aplicá-lo, pensamento que encontrou morada em autores como Jean Proudhon e Alexandre Duranton; logo criticados e complementados pela noção de jurisprudência dos conceitos advinda de autores como Rudolf Von Lhering, para quem o juiz deveria subsumir o caso concreto ao conceito jurídico; se para a Escola da Exegese o juiz era o “boca da lei”, para a Escola dos Conceitos, pode-se entender o juiz como um “boca dos conceitos”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> PASSOS, C. *Direito, Poder, Justiça e Processo*: Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> MIOZZO, P. C. O problema da criação judicial do direito: da jurisprudência dos conceitos a Hans Kelsen. *Revista*

A jurisprudência dos interesses, por outro lado, firmou-se na busca por um juiz mais ativo, denunciando e preenchendo lacunas dentro do direito, que deveriam, dessa forma, serem colmatadas com o processo, pensamento fértil em autores como Philipp Heck. Para esse autor, não era possível ver na atividade do legislador, ou do seu produto, a significação plena do Direito. Assim, com Heck, o judiciário passa a ter um local destacado, e o juiz deveria observar não apenas a vontade literal do legislador, mas ainda, os interesses históricos. Ao longo do século XX, entretanto, surgiu, influenciada pelo irracionalismo de tendências filosóficas abertas como em Bergson e Nietzsche<sup>4</sup>, levando à consecução da corrente jurídica Direito Livre, da qual foi expoente autor importante para a ciência do processo, Oskar Bulow<sup>5</sup>.

Kantorowitz afirmava, naquele contexto, ser o direito livre, uma liberdade que se perfaz para além da Lei, liberdade jurídica criada pela jurisprudência, pelas decisões dos cidadãos e pela ciência jurídica. Era um amplo poder requerido aos intérpretes da legislação<sup>6</sup>.

Se a Jurisprudência dos Interesses é uma escola que ganhou força durante o século XX, tendo sido ressuscitada pelo Direito Livre, nadando na corrente a favor de outras críticas, também surgidas ao longo desse século sobre o positivismo formalista, dado que esse último desembocou em atitudes estatais coniventes com violações à Democracia, ao redor de todo o mundo<sup>7</sup>; então, pode-se concluir que durante o século XX, no processo, que ainda se formava enquanto ciência à parte das demais dentro do Direito, dentro daquele impulso para ultrapassar o posto em lei pelos legisladores; isso, conjuntamente com o irracionalismo que influenciou a criação da ciência processual, dado ser Bulow um de seus influenciados; então, pode-se concluir que ela, a ciência processual, nasce de um impulso oposto ao racionalismo legalista, mas visando um sistematização, e depois passa por outros processos.

Com Bulow, autor que, como dito, muito contribuiu para a ciência processual, tendo por base o pensamento hegeliano, observou-se uma sistematização da noção de processo como autônomo em relação à questão material tutelada, mas que, ao mesmo tempo, o processo não se reduzia ao procedimento, ao encadeamento dos atos. Aprofundando-se na noção de processo como relação processual entre partes e juiz, como fez Bulow, o processo é um ente dotado de complexidade, dado que é relação processual dos atos que o compõem, mas também dos sujeitos que o compõem<sup>8</sup>.

Juntamente com Bulow, Kohler e Wach são os responsáveis por dar à doutrina

*Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791, p. 1074.

4 Ibid.

5 KAUFMANN, A. *Filosofia del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia editorial, 1999.

6 MIOZZO, op. cit.

7 ARAÚJO, C. P. *Nazismo e o Conceito de Não Positivismo Jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

8 CINTRA, A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 30ª ed, 2014.

processual alemã uma formulação moderna, bem como contribuir para o seu estabelecimento. Por um lado, Bulow estabelece a noção de processo como uma espécie de natureza jurídica pública, enquanto as doutrinas vinculadas à noção de *litis contestatio*, que remontam à antiguidade, pensavam-no dentro das relações privadas de perfazimento. Por outro lado, com Goldschmidt, o juiz atua mediante seu dever funcional, há uma situação jurídica, muito mais do que uma relação jurídica, sendo o momento em si de esperar a sentença, muito mais importante para conceituar o processo, do que a relação entre partes e juiz<sup>9</sup>.

Outro importante autor que trabalhou o conceito de processo foi o jurista italiano Elio Fazzalari, para quem a melhor conceituação é a de procedimento em - mediante o - contraditório. Fazzalari, tendo escrito suas teses diante da situação do fascismo italiano<sup>10</sup>, faz muito sentido que tenha firmado seus pensamentos tendo por base essa noção, dado que o contraditório é um dos indicadores de Democracia<sup>11</sup> em determinado Estado. Já com Cândido Rangel Dinamarco, o processo é uma entidade complexa, agregando uma relação jurídica, noção intrínseca de processo; e um procedimento em contraditório, noção extrínseca do processo.<sup>12</sup>

Ademais, para autores como Mitidiero, o processo, especificamente no Brasil, enfrentou quatro correntes, uma corrente *praxista*, em que não há grande diferenciação entre direito material e direito processual, por isso mesmo também chamada de escola sincrética, na qual o processo era um mero apêndice do direito material. O celebrado Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ainda entende ter essa escola uma subdivisão, tendo sido expressa também por um fazer e pensar procedimentalista. A fase seguinte, processualista, diferenciou-se da anterior por entender haver uma separação clara entre ciência do direito material e ciência do direito processual. Ao propugnar pelo direito como ciência, essa fase foi responsável por criar diversos conceitos específicos para essa ciência que se firmava. Essa fase, possivelmente, corresponde também a Bulow, Wach na Alemanha, Cernelutti e Chiovenda na Itália<sup>13</sup>.

Com a obra de Liebman, e sua chegada às terras tupiniquins, começa uma nova fase no país, a fase instrumentalista. Essa fase buscou libertar o processo de uma concepção formalista de mera técnica, sendo a corrente mais difundida até hoje no país, responsável por grande parte do pensamento inserido no Código de 1973, e também, de certa forma, no atual. É a fase encabeçada pela escola paulista de direito, cujo principal nome é o professor Dinamarco, tendo o mesmo insistido na importância de percepções jurídicas a serem lidas em conjunto com percepções sociais e políticas, re-

9 CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller editora, 2009.

10 Ibid.

11 RANCIERE, J. *O Ódio à Democracia*. São Paulo: Boitempo editorial, 2014.

12 DINAMARCO, C. R. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros editora, 4ª ed, 2009.

13 JOBIM, M. F. *Cultura, Escola e Fases Metodológicas do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

presenta, assim, a abertura da ciência processual para a sociedade, para o externo<sup>14</sup>.

A quarta fase da ciência processual no Brasil é chamada de formalista-valorativa, recebe uma força advinda do sul do país, nas terras gaúchas, busca enquadrar o processo dentro da Teoria Geral, conglobando Direito e filosofia processual, pensamento constitucional e processo. Também se preocupam com as questões constitucionais, concomitantemente aos gaúchos, os mineiros e os baianos, com diferenciações envolvendo filiação filosófico-teórica, onde pode ser encontrada uma influência do pensamento habermasiano, das teorias da pós-modernidade e da cidadania<sup>15</sup>.

Assim, tem-se que o processo, em seu conceito, passa por um momento de lutas entre percepções privatistas e publicistas, chega à busca por uma sistematização, passa pelos dilemas envolvendo a própria ciência e a sociedade, que é a abertura promovida pelo século XX em praticamente todas as filosóficas científicas, e chega, nessa ponta da modernidade, a buscar uma maior conexão com os temas constitucionais.

É nesse sentido que o presente texto se enquadra, na tentativa da busca pelo porvir da ciência processual. Para tanto, trabalhou-se, nesse escrito, diversos autores, cuja síntese será feita brevemente nas linhas subsequentes.

Para pensar uma história dos direitos fundamentais, usou-se por base Ingo Sarlet<sup>16</sup>, que tem um pensamento focado na diacronicidade dessa evolução, conjuntamente com o pensamento de Bobbio<sup>17</sup> e de Vasak<sup>18</sup>, também autores basilares para o levantamento de uma teoria dos direitos fundamentais pelo mundo, também do pensamento do constitucionalismo dirigente, por uma perspectiva comparada, com Canotilho<sup>19</sup>; conjugando tal análise, com uma teoria das gerações e, para tanto, utilizou-se do célebre pensamento do sociólogo Mannheim<sup>20</sup>; Também para esse reconstructo histórico, lançou-se mão das ideias históricas de Michel Villey<sup>21</sup> e Moretti<sup>22</sup>; no que tange ao mundo antigo, usou-se por base as percepções de Vernant<sup>23</sup>, essa perspectiva foi sopesada por autores que traduzem uma história das noções de direitos fundamentais ao longo de vários séculos da modernidade como o renascentista Mirandola<sup>24</sup>, Pufendorf<sup>25</sup> e Milton<sup>26</sup>. Para um reconstructo da noção de liberdade, utilizou-se dos literatos

14 Ibid.

15 Ibid.

16 SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

17 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Gen editora, 2004.

18 VASAK, Karel. *International Dimensions of Human Rights*. Connecticut: Praeger, 1982.

19 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Editora Almedina, 2003.

20 MANNHEIM, Karl. El problema de las generaciones. In: REIS - *Revista española de investigaciones sociológicas*, n. 62, p. 193- 242, abr/jun. 1993.

21 VILLEY, M. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009

22 MORETTI, F. *O Burguês: entre a história e a literatura*. São Paulo: Três Estrelas, 2014

23 VERNANT, J. *As Origens do Pensamento Grego*. Rio de Janeiro: editora Difel, 2002.

24 MIRANDOLA, G. P. D. [1496]. *Discurso Sobre la Dignidad del Hombre*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016

25 PUFENDORF, S. *The Whole Duty of Men, According to the Law of Nature*. Indianapolis: Liberty Fund, 2003

26 MILTON, J. *Aerpagitica*. Berkeley: Mint editions, 2021

Oliveira<sup>27</sup>, Eco<sup>28</sup>, Andrade<sup>29</sup>, do historiador Graves<sup>30</sup> e da psicóloga analítica Downing<sup>31</sup>. Para um reforço do caminho filosófico tomado pelos autores citados, trabalhou-se com noções trazidas por Ducassé<sup>32</sup>. Para uma atualização da percepção sobre o tema dos direitos fundamentais, trabalhou-se a percepção de sistemas e transconstitucionalismo de Teubner.<sup>33</sup>

Para uma crítica do direito processual, utilizou-se da obra dos gaúchos, como o professor Darci Guimarães Ribeiro<sup>34</sup> e, mais dentro do classicamente formalismo-valorativo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>35</sup>; para uma história das ondas reformadoras do processo ao longo do século XX, utilizou-se o pensamento de Cappelletti<sup>36</sup>, conjuntamente com as teorias do interpretativismo processual do português Castanheira Neves. Finalmente, para uma percepção das transformações do processo nas últimas décadas, observou-se o pensamento do humanismo processual do portenho Augusto M. Morello<sup>37</sup>. Para o pensamento sobre o processo constitucional, utilizou-se das teorias do federalismo de Baracho<sup>38</sup>, de uma teoria crítica da Constituição com Cattoni<sup>39</sup> e do pensamento da escola recifense do constitucionalismo, com o professor Ivo Dantas<sup>40</sup>.

Também usou-se, para o embasamento teórico desse texto, das ideias de Habermas<sup>41</sup>, sua reestruturação do direito a partir do século XX, a partir de noções da filosofia da comunicação, conjuntamente com um pensamento sobre a alteridade e seu significado para o direito, trazendo as noções de Sartre sobre esse aspecto. Concomitantemente, buscou-se a percepção de Jacques Rancière<sup>42</sup> sobre Democracia, para conceber uma percepção dos direitos fundamentais, dentro do processo, e seu local na filosofia política. Para uma percepção sobre a modernidade, usou-se, ademais, das teorias da agência de Weber e das ideias sintéticas de Giddens. Como documentos com conteúdo de fonte primária utilizou-se, ademais de Mirandola<sup>43</sup>, Pufendorf<sup>44</sup> e Mil-

27 OLIVEIRA, C. A. A. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Curitiba. Associação Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 15 jan. 2022.

28 ECO, U. *Apocalípticos e Integrados*. São Paulo: editora Perspectiva, 2015.

29 ANDRADE, O. *Estética e Política*. São Paulo: Globo, 2011.

30 GRAVES, R. *Os Mitos Gregos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira editora, 2021.

31 DOWNING, C. *Espelhos do Self*. São Paulo: Editora Cultrix, 1991.

32 DUCASSÉ, P. *As Grandes Correntes da Filosofia*. Lisboa: Publicações Europa-américa, 1963.

33 TEUBNER, G. *Societal Constitutionalism: Alternatives to state centered constitutional theory*. Yale: Yale Law School, Storrs Lectures, 2003.

34 RIBEIRO, D. G. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Presente e futuro*. Londrina: Thoth editora, 2020.

\_\_\_\_\_. Esboço de uma teoria processual do direito. In: STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. PP 53-65.

35 Ibid.

36 CAPPELLETTI, M. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

37 MORELLO, A. M. *Tendencias Dominantes en La Litigación Civil*. Buenos Aires: Rubinzal-culzoni editores, 2002

38 BARACHO, J. A. O. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

39 CATTONI, M. *Processo Constitucional*. Belo Horizonte: editora Fórum, 2011

40 DANTAS, I. *Constituição & Processo*. Curitiba: Juruá editora, 2019.

41 HABERMAS, J. A Constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In : *O Ocidente Dividido*. São Paulo: Editora Unesp, 2011. PP 160-271

42 Op. cit.

43 Op. cit.

44 Op. cit.

ton<sup>45</sup>, da *Magna Charta* de João Sem Terra<sup>46</sup>, e da *Resolução nº 125* do CNJ brasileiro<sup>47</sup>.

## 1.2 O processo, a revolução, a complexidade e a modernidade

Em diversos aspectos o processo civil relaciona-se com os direitos humanos e, do mesmo modo, ao tema constitucional. Entre os fundamentos que levam a essa vinculação, pode-se encontrar o princípio da liberdade para propor ou contestar ação, princípio da igualdade das partes, princípio da razoabilidade e proporcionalidade, o princípio de que não há condenação sem defesa, o princípio do acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, o princípio do direito à ordem jurídica justa, o devido processo legal e etc.

O processo é um meta-campo, que promove a consecução do direito fundamental e humano. Se o Estado promove uma hierarquização dos interesses dos indivíduos, e permite, assim, que eles levem, de maneira voluntária, ao fim, suas responsabilidades, uma vez que, ao inteirarem-se dessa hierarquização, as pessoas adequam suas condutas a tais valores, permitido por um ambiente no qual as pessoas se vêm incitadas a aderir às regras, tal cria uma sociedade obediente.

Para Ingo Sarlet, com base no pensamento de Henkel e Del Vecchio, se o sistema do direito não fosse dotado de uma forma de tornar eficaz a hierarquia referida, dado que sem possibilidade de constrição, as pessoas poderiam estar perdidas aos seus próprios mundos e vontades particulares, sem jamais imaginarem que sua desobediência poderia levar a consequências outras. Desse modo, o Processo, possibilitador da sociedade levar ao seu fim esse sistema de direitos, é o próprio pressuposto de validade do direito, pois dá uma textura prática à normatividade da sociedade<sup>48</sup>.

Quando se fala em princípios como a bilateralidade da audiência, ou o direito de ser ouvido legalmente, temos um princípio processual que também se confunde com o próprio Estado Constitucional de Direito. Um princípio tão proeminente e fulcral, que pode ser encontrado nas Cartas Magnas de diversos países como Espanha, Itália, Brasil. Sendo tão importante que é base para diversos outros princípios, como o acesso à justiça, já que, um dos motivos pelos quais se busca garantir o acesso das partes menos favorecidas à ordem jurídica é seu papel na consecução do contraditório.

Apesar de tudo isso, não se pode negar que a “efetividade da prestação jurisdicional” tem sido um alçômetro na busca pelo respeito ao contraditório. Isso se dá, em grande medida, pelo positivismo que se estabeleceu ao longo do século XX. Além

<sup>45</sup> Op. cit.

<sup>46</sup> JOÃO SEM TERRA [1215]. *Magna Charta Libertarum*. In: *Núcleo de Estudos em Políticas Públicas em Direitos Humanos Suely Souza Almeida*. Ufrj. Disponível em: [http://www.nepp-dh.ufrj.br/anterior\\_sociedade\\_nacoes9.html](http://www.nepp-dh.ufrj.br/anterior_sociedade_nacoes9.html). Acesso em: 05 Jan 2022.

<sup>47</sup> BRASIL, República Federativa. *Resolução nº 125*. Dispõe sobre a política judiciária e dá tratamento adequado aos conflitos de interesse no âmbito do poder judiciário e outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

<sup>48</sup> Op. cit.

disso, vale lembrar que, como informa o Professor Darci Ribeiro, esse é um princípio que assegura a dialética processual, e estabelece o processo, já que, de acordo com o brocardo, o que foi alegado por apenas um único homem não é alegação, de modo que o julgador deve ouvir ambas as partes<sup>49</sup>.

Assim, o contraditório alegado na inauguração do CPC, no seu art. 9º, significa o respeito ao Estado Democrático em si, pois é o respeito à alteridade, é tanto, afirma o celebrado Professor Darci Guimarães Ribeiro, concordando com Gaio Júnior e Lino Palácio, que ainda que o réu não responda, não conteste, ainda será tido em conta como atuante naquele processo hipotético, embora revel, dado que interessa sua oportunidade de manifestar-se, e não, necessariamente, sua manifestação. De sorte que a *litis contestatio* é apenas uma parcela dessa exposição do contraditório, um princípio que deve ser observado durante todo o processo. O contraditório é o que permite ao juiz julgar, portanto ele julga através do auxílio das partes<sup>50</sup> entronizado por esse princípio. Desse modo, sem o mesmo, não seria sequer possível ao juiz chegar a uma conclusão para aquela contenda dentro de um Estado Democrático.

Desse espaço para debates públicos, tão importante para sua conceituação, é que surge o processo, dado que se mostra, como esclareceu o Professor Darci Ribeiro, como um “espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes, que somente pode ser compreendido numa perspectiva dialógica entre os vários sujeitos envolvidos”<sup>51</sup>.

Esse entendimento também está em consonância com o recentemente acordado em sede do Recurso Especial nº 1676027 no STJ, quando, em 2017, entendeu a corte superior que o contraditório nessa perspectiva de diálogo entre as partes é tão importante, que está albergado no Novo CPC através do princípio da colaboração, art 6º, e na noção de que sem a prévia manifestação da parte, a decisão é nula<sup>52</sup>. Tal se dá, exceto, obviamente em casos permitidos pela própria lei, como ocorre com o art. 701, por exemplo e demais situações onde é evidente, ou há uma fumaça de evidência no direito do autor, possibilitando a tutela de urgência ou de evidência.

Ora, essa insistência do Código de Processo Civil de 2015 no diálogo, na cooperação, que tem, como mostrado aqui, sua esteira no princípio do contraditório é, também, herdeira da ordem constitucional baseada no mundo cosmopolita que se coloca, ao menos, desde Kant. O mundo que prima por uma “etificação” em detrimento de uma “juridificação”. Aliás, é claramente o pensamento habermasiano um dos baluartes dessa *etificação*, ao propor a democracia como um conceito dialógico, uma sociedade aberta para o diálogo, *o agir comunicativo*, pensamento ao qual chegou depois

49 Op. cit.

50 Ibid.

51 Id., 2020, p. 19.

52 Ibid.

das diversas catástrofes que presenciou durante o século XX<sup>53</sup>, catástrofes essas depositárias, como afirmou Sartre, do fechamento do espírito humano diante do outro<sup>54</sup>.

Nesse sentido, o próprio contraditório aparece como sinônimo de uma ordem que se estabelece dentro do Estado, no Judiciário, mas não apenas, dado que também é um princípio processual importante a nível internacional, que se solidifica na própria tecitura social, promovendo o amálgama responsável por construir uma sociedade em comum.

Em tal ponto, a própria Democracia, usando aqui o conceito de Jacques Rancière, é o resultado de uma intenção equalizadora entre o público e privado, sendo o primeiro, o local da pólis, e o segundo, o local do mundo interno e dos assuntos tecnicamente não vinculados ao interesse comum, essa equalização entre os dois mundos, permite o desenvolver e evolução do conceito de Estado Democrático<sup>55</sup>. Ora, se é assim, pode-se até mesmo observar que uma parte importante da Democracia é estabelecida pelo contraditório enquanto princípio, seja no judiciário, seja na área administrativa, ou em qualquer outra área da sociedade civil, dado que é a possibilidade de comunicação dialógica, que aumenta a cognição do julgador, ou dos participantes dessa sociedade aberta, aquela que permite estabelecer diversos outros importantes parâmetros, como a equidade, a igualdade, a não discriminação, todos esses princípios estabelecadores do Estado Constitucional pós Revolução Francesa.

Uma vez que a Democracia se mostra como equacionadora dos embates entre público, o local do bem comum, do consenso, e o privado, o local do interesse particular, o contraditório é, então, o próprio instrumento aproveitado, não só pelo processo instrumento, mas por todo o acesso à ordem jurídica justa, incluindo o pensado por Cappelletti, como as defensorias, a justiça gratuita, os juizados especiais e etc<sup>56</sup>. Assim, o contraditório é o antídoto das oligarquias, do privado como defraudador do interesse comum, é, portanto, um princípio fulcral para toda a ordem jurídico-processual constitucional, uma vez que permite a concretização do próprio conceito de Constituição.

Se o intuito, como pensou Duguit, do ordenamento jurídico, é hierarquizar os interesses da sociedade, e o intuito do direito está relacionado a promover a ação social orientada, como pensou Castanheira Neves; então, nessa perspectiva, observando o pensamento desses dois autores, conclui o estimado professor Darci Guimarães Ribeiro, que o intuito do ordenamento e do direito, em conjunto, é o processo<sup>57</sup>.

E o processo, como um direito fundamental, é signatário e paciente das mu-

<sup>53</sup> Id, 2011, p. 161.

<sup>54</sup> Id, 2013.

<sup>55</sup> Op. cit.

<sup>56</sup> Id, 1988.

<sup>57</sup> Id, 2008.

danças ocasionadas pelas diversas ondas que vivificam e revolucionam o pensamento jurídico, cristalizando-se, mais dia, menos dia, em novos tipos de direitos fundamentais, como o são as diversas gerações ou dimensões do direito pensadas por Karel Vasak<sup>58</sup>, Bobbio e outros<sup>59</sup>. Sendo cristalizados nessas ondas, que renovam o processo e os direitos fundamentais, ao passo que constituem, segundo Teubner, um fortalecimento do regime democrático contínuo<sup>60</sup> na modernidade, então, são também palco e amálgama da revolução que está consignada no próprio devir histórico-temporal do direito ele mesmo.

Nesse sentido, cabe indagar sobre o significado dessas constantes revoluções para o pensamento jurídico, dado que, como afirma Castanheira Neves, um diálogo entre o direito e a revolução nunca poderá estar ausente, justamente pelo fato de que esta incide diretamente sobre aquele. Talvez, ainda mais pelo fato de esta se insurgir contra valores fixados pelo direito, cuja prática e ciência se perdem entre um abandono à vontade do príncipe, ao estilo pensado por Maquiavel, e o burocratismo ascético de linhas fomentadas ao final dos séculos XIX e XX<sup>61</sup>.

No movimento de *revolutio*, que dá nome a um padrão que primeiro existiu no plano cósmico, descrevendo o caminho dos astros no universo, tem-se uma inclinação de um determinado corpo, que pode ser político, social, de normas e etc, o qual gira em torno de si mesmo. As normas, portanto, ao entrarem no movimento de revolução, revisam-se a si mesmas, afastando-se do local onde estavam, apesar de usá-lo como paradigma.

É assim, por exemplo, que autores como Carlos Alberto Oliveira entendem que a conformação do processo, ele também, parte da norma fundamental, significa um balanceamento dos conflitos entre direitos fundamentais, enquanto princípios, os quais estão tencionados, uns pela presença dos outros, os mais consagrados, pela presença dos novos, os quais desafiam a ordem estabelecida pelos primeiros, conforme aduzem Mannheim<sup>62</sup> e Oliveira<sup>63</sup>.

Se o processo é a garantia do cumprimento da hierarquização de direitos presente na Carta Política, primando pela observância dos direitos fundamentais, dentro da verticalização imposta pela teoria da colisão dos direitos, pode-se mesmo salientar que os atos processuais são meios para alcançar o fim que é a Constituição, sendo o fim próximo o julgamento, mas o fim remoto a securitização dos direitos constitucionais.

Nesse sentido, o regramento da processualística presente, por exemplo, no Código de Processo Civil, é uma complementação importante do conteúdo constitucio-

58 Op. cit.

59 Op. cit.

60 Op. cit.

61 NEVES, A. C. *A Revolução e o Direito*. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976

62 Id. 1993.

63 Id. 2022.

nal, não simplesmente pelo fato de que é uma lei que regulamenta formalmente um direito previsto na Constituição, mas justamente pelo fato de essa lei trazer, em procedimento e em essência, a possibilidade de garantir a tutela dos direitos constitucionais.

O processo aparece, desta feita, como um direito constitucional aplicado. Esse entendimento, no entanto, é signatário desta época presente, dado que apenas nos dias de hoje, com a crítica surgida no seio do pós-positivismo a respeito da burocratização e perda de conteúdo do sistema, é que podemos examinar o próprio processo como uma forma de conteúdo, fazendo um esforço para dar amálgama àquilo do qual esse amálgama fora retirado na prática positivista corriqueira do dia-a-dia brasileiro<sup>64</sup>.

Se o processo, portanto, faz parte, de certa forma, da marcha ininterrupta do aprimoramento dos direitos através do perfazimento da complexidade da modernidade<sup>65</sup> tendo em vista que isso é o fim das dimensões de direitos, permitir o perfazer e aprofundamento da complexidade da modernidade; permitindo, assim, um aprimoramento da democracia... então, pode-se concluir que o processo é o meio pelo qual a revolução entre os direitos adentra mais claramente o sistema jurídico.

## 2 DO DIREITO NATURAL À POSITIVAÇÃO, AS DIVERSAS DIMENSÕES DE DIREITOS, DIREITOS PROCESSUAIS E DESCORPORIFICAÇÃO DO PROCESSO

Nesse sentido, resta perscrutar melhor como se deu essas diversas dimensões de direitos, as quais levaram a cabo o perfazimento da complexidade sustentada pelo Direito, e qual sua relação com o movimento de descorporificação processual.

Antes, resta ainda comunicar que, se a complexidade sustenta o direito, também podemos dizer que ela é sustentada por ele, dado que, ao adentrar os meios institucionais, e os mais diversos sistemas, ela mesma passa a constituir-se em um conjunto de regras e normatizações a serem observadas por aqueles que integram o sistema<sup>66</sup>.

Resta ainda dizer que para José Baracho, muito bem lembrado pelo Professor Ivo Dantas, o diálogo entre normas processuais e constitucionais leva ao surgimento do direito processual constitucional. É o exame do processo quando relacionado à Constituição<sup>67</sup>. E, mesmo que, parte da doutrina ao relacionar os termos 'processo' e 'constituição' esteja se referindo a instrumentos especiais garantidores como o mandado de segurança, habeas corpus e etc; no Brasil, é importante lembrar que, todo processo<sup>68</sup> é constitucional<sup>69</sup>.

64 OLIVEIRA, op. cit.

65 TEUBNER, op. cit.

66 LUHMANN, N. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Ed. Universidad de Guadalajara, 1992.

67 Op. cit.

68 DANTAS, op. cit.

69 CATTONI, op. cit.

Em primeiro momento, os direitos fundamentais, dentro da teoria das dimensões, primam pela busca de sua equivalência fundamental através da inserção em um documento doravante organizado para protegê-los, dentro do Estado, a Constituição. Busca-se, portanto, num primeiro momento, pela eficácia material e formal desses direitos; após, na maré intermediária, tem-se, com o naturalismo jurídico, um longo percurso que vai desde, mais claramente a patrística medieval, até os tratados de direitos humanos do século XX. Nesse meio tempo, em fins do século XVIII, observa-se a presença de uma onda de declarações em diversos Estados, na Europa, na América<sup>70</sup>.

De todo modo, o fato dos direitos fundamentais estarem, hoje, e cada vez mais, positivados, é fruto de um movimento dialógico entre técnica jurídica, o reconhecimento desse desenvolvimento pelo sistema, e uma ufanação, uma ideologia, uma inculcação social dos princípios da liberdade e da dignidade do ser humano. Assim, houve uma dança contínua entre pensamento filosófico a respeito do tema, uma ação positivadora, gerando o mecanismo da constitucionalização dos direitos fundamentais nos oitocentos<sup>71</sup>.

Através da religião e do pensamento filosófico, a antiguidade insculpiu a vertente jusnaturalista, na verdade, desde muito antes do medievo. A noção de dignidade humana, embora antropocêntrica, tem sua origem no mundo greco-romano e, posteriormente, no pensamento cristão. O modelo democrático presente em Atenas, por exemplo, vinculava-se à noção de homem político que era, por sua vez, livre e individualizado. Além disso, desde o pentateuco bíblico pode-se observar a noção do ser humano como um local de fulcral importância na criação, onde se observa a ideia de criatura feita à imagem de Deus, advinda de uma noção hermética envolvendo a noção de microcosmo semelhante ao macrocosmo. Com o estoicismo, abre-se espaço para a noção de unidade humana, onde pode-se começar a ver o gérmen da ideia de igualdade entre os seres humanos, evidentemente, essa ideia, naquele momento da história da Terra, tinha uma conotação completamente diversa do que apresenta hoje<sup>72</sup>.

De todo modo, desde, então, esses tempos mais remotos, usados como idealização do berço das civilizações ocidentais<sup>73</sup>, é que se chega à noção de dignidade humana, dado que, se o micro é uma releitura do macro, contendo todos os seus mistérios, então o micro também é digno. Isto ocorre porque no mundo antigo há uma esfera mágica muito atuante, e as explicações acerca da existência se assemelham aos mundos oníricos. É por isso, por exemplo, que não encontramos um elogio muito sério ao pensamento cético no mundo antigo, pensamento do qual a modernidade é signatária, especialmente, por exemplo, com a ciência. Naquele momento, entre as duas

<sup>70</sup> SARLET, op. cit.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> DUCASSÉ, op. cit.

<sup>73</sup> VERNANT, op. cit.

grandes correntes preponderantes, sendo elas o estoicismo e o epicurismo, foi apenas no seio daquele que alguns autores puderam trazer algum tipo e conteúdo mais moral, fazendo frente aos problemas sociais da decadência do mundo antigo, onde vemos Sêneca e Marco Aurélio, por exemplo, trazendo lições sobre força interior, seriedade, virtude e, ao mesmo tempo, conselhos sobre o abstencionismo dos prazeres e riquezas do mundo material<sup>74</sup>.

Com o cristianismo, de todo modo, a noção de igualdade e de unidade da humanidade passa a apresentar mais força, o que refletiu na consagração desse valor como basilar para a doutrina dos direitos fundamentais ao longo do tempo. Um dos maiores incentivadores desse pensamento foi Tomás de Aquino, mas ainda, o menos conhecido Santo Anselmo, que, aliás, traduz um pensamento também permitidor do que é o mundo moderno, quando, ainda no momento medieval, entende que a razão humana permite conhecer Deus. É assim uma glória a ser perscrutada, situação que coloca os pensadores do seu entorno numa busca desenfreada pelas origens da razão, posicionamento que desperta o humanismo no medievo, dado que leva tais pensadores ao momento da antiguidade<sup>75</sup>. Essa situação, como é sabido, séculos depois, irá desembocar no Renascimento no momento moderno.

Desde a Idade Média tem-se a noção de postulações supra-positivas, orientadoras e aplicadoras de constrição ao poder. É o próprio Aquino quem dará base para a percepção de que existiriam duas esferas diferentes: uma do direito natural, vinculado à razão natural humana, e outro ligada ao direito positivo, o direito posto pelo príncipe. A percepção do direito natural de Aquino é de tal ordem, que compreende ser a desobediência a ele por parte do príncipe, justificativa para o levante popular contra o mesmo.

Ademais, com o renascimento, de nomes como Pico della Mirandola, ele mesmo, um neoplatônico, é que se chegou a uma concepção mais profunda de um elogio do ser humano, pelo ser humano.

Claro que, no pensamento de renascentistas e próximos como Pico Della Mirandola, e Bacon, por exemplo, era possível ver a noção de divindade muito presente. Porém, ali já começamos a pensar no ser humano como dotado de capacidades que lhe permitiriam distinguir-se de diversas formas. Quando se observa o pensamento de Pico Della Mirandola, por exemplo, com seu *Discurso Sobre a Dignidade do Homem*, fica bem evidente o ponto de inflexão para o autor, ele mesmo um estudioso erudito de Platão, Aristóteles, Zoroastrismo, Avicena, Averróis, observa os desígnios divinos e entende que essa iluminação pode levar o ser humano a viver melhor em seu mundo,

<sup>74</sup> DUCASSÉ, id.

<sup>75</sup> SARLET, op. cit.

cuidando das coisas da vida. Vive entre a contemplação e as coisas inferiores<sup>76</sup>.

O ser humano deve ser reverenciado porque é um milagre divino, esse é um pensamento de Mirandola, colocado na ordem do dia através de seu estudo de diversas tradições. A primeira frase de seu discurso é sobre como os árabes pensam a esse respeito. É um filósofo que observou diferentes tradições, e com elas chegou ao sumo que conseguiu, que foi o elogio da humanidade. Pela sua razão e inteligência, o ser humano interpreta a natureza colocando-se no intermédio entre a eternidade e o tempo que se esvai; cita a tradição bíblica de Davi que coloca o ser humano como apenas poucos degraus abaixo dos anjos. Algo que, curiosamente, para a tradição islâmica, é o inverso, o homem estaria um degrau acima dos anjos<sup>77</sup>.

Essas imagens nos permitem compreender o local do ser humano dentro do universo no Renascimento, o que implicou esse humanismo para o pensamento ocidental, e como isso impacta no direito. O mais evidente que pode ser observado de todas essas colocações é o elogio ao humano, o que nos leva ao germen do princípio constitucional da dignidade humana.

Nesse sentido, tem-se um verdadeiro elogio ao caráter universal e supremo desse tipo de direito, maior até mesmo que o poder. De todo modo, antes, com o nominalismo medieval de autores como Guilherme de Okham, chega-se ao individualismo, que consagrou, posteriormente, a visão sobre o que seria um direito subjetivo. especialmente pós Grócio, o qual, inaugurando, juntamente com outros nomes, o momento moderno, consagrando o direito subjetivo como “faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente”<sup>78</sup>.

Assim, tem-se que as ideias da alvorada da modernidade trouxeram importantes bases para pensar os direitos fundamentais gerais, mas ainda, esses direitos que se expressam, também, como princípios processuais, como o são a igualdade, a boa-fé e etc.

Nos seiscentos e setecentos, tem-se o ápice do jusnaturalismo influenciando na doutrina do contrato social, repercutindo em obras como Rousseau, Hobbes, Locke, More e etc. Curiosamente, o contratualismo opera uma diferente correspondência entre um direito contratado, portanto posto, portanto próximo ao positivismo; e um direito natural, portanto, grosseiramente falando, nascido com o ser humano.

De todo modo, esse direito natural de tais séculos promove a laicização do direito natural, se no começo da modernidade o pensamento divino que o inspirava estava mais presente, como em Mirandola, nesse momento, na era das revoluções, já se tem outra perspectiva, o discurso divino ainda presente, mas com menos força, de

<sup>76</sup> MIRANDOLA, op. cit.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> GRÓCIO, 2001 apud SARLET, 2015, p. 200.

modo que autores como Sarlet<sup>79</sup> e Villey<sup>80</sup> entendem uma laicização desse discurso. Alguns autores acreditam que isso se deva ao iluminismo daquele período<sup>81</sup>, isso, seguramente é uma ideia interessante mas, quiçá, podemos pensar também na possibilidade estrutural da situação, de um aprofundamento da modernização, que levou a uma separação cada vez maior das esferas de influência submetidas ao religioso, como pensou, por exemplo, Weber<sup>82</sup>.

A presença de alguns teólogos da Espanha também foi significativa para configurar essa racionalização, como Las Casas, Suárez, Vázquez, os quais avançaram na perspectiva de que era necessário propugnar direitos aos indivíduos, a base também era o direito natural. Outro grande influenciador desse pensamento foi Pufendorf, também contemporâneo do século XVII, bem como Milton.

Para Pufendorf, que foi professor de direito civil na Universidade de Heidelberg, o direito natural se aproxima de uma lei moral que é inata do ser humano, mas se distingue do divino. Entende que há algo no ser humano, uma consciência, que o ilumina, essa consciência é capaz de fazê-lo optar pelo certo, pelo moral, e que isso é a base da lei comum, porque para ser lei geral é preciso que os homens a compreendam, e nenhum homem é obrigado a submeter-se a uma lei que não compreende, afirma Pufendorf<sup>83</sup>. Assim, a lei natural é aquela compreensível por todos os seres humanos, por causa da luz da consciência que portam.

Em *Discurso Aeropagita*, Milton, por sua vez, faz um grande elogio da liberdade de expressão, afirma que nenhum homem pode ser considerado livre sem ela, que o homem capaz de se dirigir às autoridades para falar abertamente deve ser celebrado ao invés de domesticado. Ora, esse elogio à liberdade de expressão encabeçado por Milton nesse discurso, obviamente mostra a defesa da noção de liberdade, tão cara para a modernidade, que virou um princípio maior do direito. E, ademais, nos deixa uma dica de um importante princípio presente no processo, o contraditório, que é, ademais, um princípio constitucional processual. Ora, se na modernidade arrefeceu-se o discurso da liberdade, como é possível ver pelos textos de John Milton, nos parece que há uma relação muito clara entre a construção de uma ordem cívica, do reconhecimento da liberdade com princípio fundamental da cidadania que se queria construir, e o contraditório como signatário daquilo que Milton afirmou - nesse discurso em comento - ser fundamental para o mundo cívico: o direito a ouvir o outro, a ouvir a todos, a ouvir e a ser ouvido<sup>84</sup>. Esse direito está tão ligado à liberdade, que figura como direito natural para esse autor. Assim, a liberdade de falar, inclusive diante de uma

79 Op. cit.

80 Op. cit.

81 SÁRLET, op. cit.

82 WEBER, Max. *Essencial Sociologia*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013

83 Op. cit.

84 PUFENDORF, op. cit.

autoridade, nada mais é que o contraditório, princípio, portanto, que podemos identificar, agora com essa arqueologia dos pensadores e suas ideias jusfilosóficas, como proveniente da liberdade como um direito e valor fundamental.

Parece mesmo, que, sempre que um direito foi proclamado, requerido, elogiado, havia uma necessária demanda principiológica que podemos encontrar refletida no que hoje a atualidade entende dentro do grosso dos princípios processuais.

Com Milton tem-se o elogio dos direitos de autodeterminação, de liberdade espiritual, de expressão, de imprensa e a mitigação de comportamentos censuradores por parte dos detentores do poder. Na terra da rainha Elizabeth, nos seiscentos, o contrato social reinou como ideia, e a percepção de direitos naturais passou a ser a bola da vez, alargando-se da dimensão teórica à prática, com as inúmeras Cartas de Direitos que foram assinadas paulatinamente por diversos monarcas ao longo desse século<sup>85</sup>.

Um grande exemplo desse esforço foi o juiz inglês e parlamentar Lord Edward Coke, que viveu até meados do século XVII, e foi de fulcral importância para a consolidação da *Petition of Rights* datada do ano de 1628, lutou pelo reconhecimento de *fundamental rights* para os componentes da cidadania inglesa, atuando principalmente na reivindicação contra a prisão arbitrária, pela defesa do direito de propriedade e, por esse motivo, foi, ele mesmo, inspirador da tríade de proteção à vida, liberdade e propriedade<sup>86</sup>, a qual é um *leitmotiv* do pensamento sobre direitos da burguesia, e se alastrou por todo o mundo ocidental desde o século XVIII.

Quando Max Weber em 1895 afirmou que era um membro da classe burguesa, por se sentir criado a partir dela, isso demonstra um sinal da mudança dos tempos, mas também demonstra, como diz Moretti<sup>87</sup> na sombra de Hobsbawm, um traço característico da burguesia: sua capacidade de estar, ao menos em teoria, sempre aberta para novos integrantes. Essa característica da abertura é, ela mesma, combustível para uma gama de direitos que estudamos, aqueles criados na modernidade, como a liberdade, a igualdade; direitos esses que, com o passar dos séculos, começam a fazer parte, a franquia dos mesmos começa a se alargar pelos mais variados sujeitos, manifestações e localidades.

Entre esses influenciadores das Cartas de Direitos que farão parte do *ethos* burguês posterior, temos John Locke, o qual foi um dos que mais cedo observou os direitos naturais, em seu caráter de inalienabilidade, dos homens. Tendo vivido no século XVII e início do XVIII, afirmou que os direitos naturais poderiam ser oponíveis ao próprio poder, afirmando que aqueles que eram cidadãos e, ao mesmo passo, detento-

85 SARLET, op. cit.

86 Ibid.

87 Id, 2014.

res de propriedades, poderiam utilizar o direito à resistência contra os governantes<sup>88</sup>.

Se Coke criou a tríade, com Locke a tríade passou a ser o fim último da sociedade civil, fortalecendo a noção de resistência social diante dos governantes. São, juntamente com ele, mas, sobretudo, com Paine - na América, Kant - na Alemanha e Rousseau - na França, que o Iluminismo jusnatural foi elevado a uma doutrina do contratualismo e dos direitos naturais do indivíduo; Sarlet nos informa que Paine foi o criador da expressão *Direito do Homem*, em lugar da mais genérica<sup>89</sup>, *Direitos Naturais*.

De certa forma, esse pensamento antropocêntrico, é a base do antropoceno, um momento histórico da humanidade na Terra, que a usa e utiliza da maneira mais irresponsável possível, sem percepção de que convivemos com outras espécies, sem a percepção de que a vantagem racional do ser humano deveria colocá-lo num local de responsabilidade diante do todo, e não de usufruto descabido e desidioso<sup>90</sup>. Podemos então entender que o pensamento burguês colaborou para esse pensamento supremacista do ser humano diante do restante da Terra. E esse rol de direitos que se estabelecem naquele momento podem então, até mesmo, ser a base para essa perspectiva pois, se, por um lado, diminui o poder dos governantes, luta essa que se alargará pelos demais séculos, por outro lado, gera toda uma série de novas problemáticas coletivas e transindividuais, relacionadas ao meio ambiente e etc, situação que se colocará ao longo dos séculos XX e XXI, quando a liberdade se reveste de liberdade de empreender, possuir e contratar, criando a cultura das diversas revoluções industriais, as quais legarão uma grande poluição ao mundo, por exemplo, entre outros problemas.

De todo modo, voltando ao momento contratualista, é em Kant, de acordo com a lição de Bobbio, que o direito de liberdade surgirá como o ponto nodal de todos os outros direitos garantidos por essa primeira modernidade. Assim, esse pensamento que permeou Kant e Rousseau, em determinado momento, entendeu que cabia ao ser humano ser obediente apenas às leis com as quais consentiu.

Na Inglaterra, com a *Magna Charta Libertarum*, temos:

1. Não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (*commue concilium regni*), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres, 2. E a cidade de Londres conservará todas as suas antigas liberdades e usos próprios, tanto por terra como por água; e também as outras cidades e burgos, vilas e portos conservarão todas as suas liberdades e usos próprios. 1. Nenhuma cidade e nenhum homem livre serão obrigados a construir pontes e diques, salvo se isso constar de um uso antigo e de direito. 1. Os xerifes e bailios só poderão adquirir colheitas e quaisquer outras coisas mediante pagamento imediato, exceto se o vendedor voluntariamente oferecer crédito. 1. Nenhum xerife ou bailio poderá servir-se dos cavalos ou dos

<sup>88</sup> SARLET, 2015.

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> ZARKA, Y. *O Destino Comum da Humanidade e da Terra*. Porto Alegre: Editora Unisinos, 2015

carros de algum homem livre sem o seu consentimento., 2. Nem nós nem os nossos bailios nos apoderaremos das bolsas de alguém para serviço dos nossos castelos, contra a vontade do respectivo dono. 1. A ordem (Writ) de investigação da vida e dos membros será, para futuro, concedida gratuitamente e, em caso algum, negada. 1. Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. 2. Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça. (...) 1. Todos os direitos e liberdades, que concedemos e que reconhecemos enquanto for nosso o reino, serão igualmente reconhecidos por todos, clérigos e leigos, àqueles que deles dependerem. (...) e se nós, a nossa justiça, os nossos bailios ou algum dos nossos oficiais, em qualquer circunstância, deixarmos de respeitar essas liberdades em relação a qualquer pessoa ou violarmos alguma destas cláusulas de paz e segurança, e da ofensa for dada notícia a quatro barões escolhidos de entre os vinte e cinco para de tais fatos conhecerem, estes apelarão para nós ou, se estivermos ausentes do reino, para a nossa justiça, apontando as razões de queixa, e a petição será dada satisfação sem demora; e se por nós ou pela nossa justiça, no caso de estarmos fora do reino, a petição não for satisfeita dentro de quarenta dias, a contar do tempo em que foi exposta a ofensa, os mesmos quatro barões apresentarão o pleito aos restantes barões; e os vinte e cinco barões, juntamente com a comunidade de todo o reino (comuna totiu terrae), poderão embargar-nos e incomodar-nos, apoderando-se de nossos castelos, terras e propriedades e utilizando quaisquer outros meios ao seu alcance, até ser atendida a sua pretensão, mas sem ofenderem a nossa pessoa e as pessoa da nossa rainha e dos nossos filhos, e, logo que tenha havido reparação, eles obedecer-nos-ão como antes. E qualquer pessoa neste reino poderá jurar obedecer às ordens dos vinte e cinco barões e juntar-se a eles para nos atacar; e nós damos pública e plena liberdade a quem quer que seja para assim agir, e não impediremos ninguém de fazer idêntico juramento.

Com essa carta, é possível identificar que, após a luta dos Lordes, o monarca consente em conceder diversos direitos, como a liberdade sobre a propriedade, o reconhecimento da propriedade, o caráter equilibrado dos impostos, a liberdade de trabalhar onde achar devido, a representação política no legislativo, dentre outros. Assim, é de fato um documento importantíssimo para a tutela de toda uma gama de direitos que compõem, ainda que naquela época em gérmen, o *ethos* moderno.

Nesse documento também estão adstritos os direitos ao habeas corpus, o devido processo legal e, como já referido, o direito à propriedade. Também se observa o direito a um julgamento justo, algo que hoje vemos na garantia do juiz natural, o qual, no documento referido, é endereçado como “aquele que conhece a lei”; ao mesmo tempo, vê-se a proclamação do gérmen daquilo que no começo do século XXI passaria a ser novamente uma preocupação, a celeridade processual para ter o acesso à justiça. Assim, claramente, junto com o nascimento dos direitos fundamentais materiais, também nascem os direitos fundamentais processuais, dado que, um é o garantidor do outro. Seguramente que esses direitos ainda iriam se desenvolver muito, como até hoje o fazem, mas já vemos ali, ainda na idade média, nessa carta que é tão importante para o espírito do direito da modernidade, o rebento dessas garantias processuais, esse direito processual constitucional.

Ademais, é muito curioso que o nascimento em documento dos direitos processuais, venham em conjunto com o direito à propriedade e à liberdade. O fato de virem em conjunto com o direito à liberdade parece ser algo fundamental do espírito humano, que desde mais tenra era histórica prima por esse valor, como é possível ver no mito de Prometeu, que<sup>91</sup> data de, pelo menos, século VIII a.C., significando, portanto, a realização desse imaginário no momento medieval. Por outro lado, com a modernidade, a liberdade passa a ser, crescentemente, um valor fundamental<sup>92</sup> a preencher<sup>93</sup> as fantasias<sup>94</sup> humanas<sup>95</sup>, e, por esse motivo, o nascimento escrito do direito processual fundamental conjuntamente com a liberdade, passa a ser, se temos em perspectiva esse elogio da liberdade na cultura humana, algo, até mesmo, esperado e natural.

Por outro lado, ao mencionarmos o tema da proteção à propriedade, a liberdade de adquirir e manter propriedade, o direito fundamental que surge também nesse momento, dá-se um tom terreno e denso ao surgimento do direito processual. Se por um lado a liberdade eleva essa tríade aos mais altos desígnios da cultura humana, a propriedade faz o contrapeso, vinculando o nascimento escrito do processo em documento, à terra, às posses, ao que é próprio e individual. O processo nasce garantindo a liberdade de ser livre, um impulso de individuação do ser humano para o reconhecimento de si mesmo e de quem é, diversamente dos outros; e isso se dá tanto no campo do valor da liberdade como mental e anímico; mas, por outro lado, a propriedade vincula esse nascimento, ao mesmo tempo, à densidade do corpóreo, da propriedade material, da defesa desse direito que, naquela época, buscava estabelecer-se<sup>96</sup>.

A liberdade, e as liberdades individuais, até hoje fundamentam o direito processual. Isso pode ser visto, por exemplo, com o *Tribunal Europeu de Direitos Humanos*, ao afirmar que a base sustentadora do sistema jurídico são os estatutos das mais altas liberdades privadas e públicas, com entendimentos estatutários de que essa é a única forma de alcançar uma técnica jurídica que realmente tutele os direitos. Por isso mesmo, na Europa, naquele momento de Guerra Fria, um dos centros mais importantes, emanadores do eixo cultural em matéria jurídica, o Instituto Universitário de Florença, propugnava uma crítica aos euromísseis<sup>97</sup>.

Com o pós-segunda guerra mundial, passa-se por um momento de constitucionalização maior do litígio, protegendo-se mais o direito à justiça e o direito à jurisdição, algo que se fortalece no pós 2ª Guerra juntamente com a tutela dos interesses difusos. Nesse sentido, alguns congressos foram muito importantes para o compartilhamento mundial de teses em direito processual, é o caso, por exemplo, da Confe-

91 GRAVES, op. cit.

92 OLIVEIRA, op. cit.

93 ANDRADE, op. cit.

94 ECO, op. cit.

95 GOFFMAN, K; JOY, D. *Contracultura Através dos Tempos*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

96 DOWNING, op. cit.

97 MORELLO, op. cit.

rência de Wurzburg, na Alemanha, em 1983, em que se pensou no uso de tribunais multinacionais só em casos extremos; ficou claro que o cumprimento dos textos legais depende de força política para fazê-lo ser cumprido; e também a consagração como irrenunciáveis os direitos a uma prestação de serviço judiciário igualitária, concreta e efetiva. Finalmente, o reconhecimento de métodos alternativos de resolução de conflitos, e a especialização dos juízes, bem como a criação de juizados especiais e cortes arbitrais<sup>98</sup>.

Ao mesmo tempo, passa a ser cada vez mais discutido, na segunda metade do século XX, a relação de constitucionalidade entre as leis e o poder judiciário, as diferentes identidades dos métodos processuais, a questão dos recursos e a demora processual, que sobrepujam o direito a uma prestação efetiva. Em tema de Constituição e Processo Civil, observou-se que a tendência a fixar os conteúdos constitucionais pode levar ao problema que os orientais vêm no ocidente, o das Constituições de papel; também, esse momento, a Constituição de Weimer, na Alemanha Nazi, é lembrada como exemplo de que aos ideais não bastam estar incrustados no texto constitucional, mas sim, é primordial enfatizar a força que vem de cada cidadão para o respeito a esses direitos.

Ao vir para solo americano na alvorada do mundo contemporâneo, essas legislações presentes, por exemplo, na *Magna Charta* inglesa, influenciaram Declarações importantes no estabelecimento de direitos fundamentais, como a *Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia*, que data do ano de 1776. Seguramente que esta declaração esteve influenciada também por outra, a *Declaração Francesa de 1789*. Esta última, aliás, foi importante para demarcar a transição entre o conceito de liberdades aos ingleses, que triunfou na ilha, para o conceito de Direitos Constitucionais, agora protegidos por uma constituição, que era, ademais, o plano do Estado, um planejamento. Ao chegar nos Estados Unidos, essa noção ganha um novo aliado, a ideia de *Judicial Review*, a proteção, a justiciabilidade, que ocorreria por intermédio da Suprema Corte, com o então, referido, Controle Judicial dos atos do Legislativo. Claro, na Inglaterra o Legislativo era a situação, pois os *Lords* ganharam a luta contra os reis, como no caso de *João Sem Terra*. Diferentemente, nos Estados Unidos, enquanto colônia, os colonos precisavam se opor não apenas ao rei, mas ainda aos *Lords*, desse modo<sup>99</sup>, faz sentido a ênfase no controle judicial.

Nas primeiras constituições escritas, a ideia era que os direitos fundamentais fossem negativos, proteções dos indivíduos contra o arbítrio do Estado, o qual deveria se abster de sufocar esses direitos erigidos durante tantos séculos<sup>100</sup>. Apesar de tudo isso, o direito processual era uma exceção, dado que para proteger o direito material

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> CANOTILHO, op. cit.

<sup>100</sup> SARLET, op. cit.

negativo, deveria o direito processual agir, atuar.

De todo modo, os direitos dessa primeira dimensão são entendidos e resumi-dos como as liberdades individuais, que geravam para o Estado, uma obrigação nega-tiva. Depois, com a segunda dimensão de direitos, temos o direito à igualdade, tanto a igualdade perante a lei, que era formal, quanto diversas garantias processuais (con-sagração do *habeas corpus*, direitos de petição). Com a industrialização, e o crescimento das mazelas sociais advindas da concentração de renda e descaso da sociedade, tem-se a luta pela segunda dimensão de direitos, o Estado, então, passa a ser questionado e demandado para tornar-se um ente promotor da igualdade, que antes era formal, pas-sando a ser, também, de fato, para promover o bem-estar social, ou o direito de parti-cipar desse bem-estar, incluindo aí a liberdade de sindicalização, do direito de greve<sup>101</sup>.

Posteriormente, surge uma terceira dimensão de direitos, a proteção aos gru-pos humanos, o desgarramento da noção individual de proteção aos direitos, para o pensamento coletivo. Busca-se proteger o patrimônio histórico-cultural, a paz, a au-todeterminação dos povos, o meio-ambiente, os animais, e assim, paulatinamente, há uma evolução do pensamento constitucional ao longo do século XX. Para a proteção desses direitos, também o processo teve que adaptar-se, para criar legitimados para tanto, evoluindo o pensamento sobre os polos da ação e legitimidade; também evoluir no sentido de abrigar a possibilidade de causas multitudinárias; de preencher de crí-tica seu pensamento sobre o procedimento nesses casos, incluindo formas de citação válida nesse sentido, aumentando o âmbito do pensamento a esse respeito para uma descorporificação do direito processual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, temos que, se os direitos processuais nascem em documento escrito com a *Magna Charta Libertarum*, consagrando, ao lado do direito à propriedade e à liberdade, o direito do indivíduo a um processo justo, que o localiza dentro de uma proteção da parte densa da vida, sua propriedade; com o avançar da modernização, a evolução das diversas correntes de direitos fundamentais, e seu reflexo no direito processual, surge uma tendência à descorporificação, o que adiciona o processo dentro das teorias da modernidade tardia<sup>102</sup>, onde o todo da vida é fluido, rarefeito e efêmero. No geral, é como se a liberdade, o princípio que, juntamente com a propriedade, fun-damenta o nascimento do processo, do regramento processual mais claro no ocidente, estivesse, com sua leveza e idealismo, impondo-se, nesse movimento da modernidade.

Ao mesmo tempo que o processo se descorporifica ao longo da modernidade,

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> GIDDENS, A. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 2014

ele também permite a revolução dos direitos. Sobre a descorporificação, pode ser vista também no fato de que a ciência processual chegou, até mesmo, a concluir que a justiça independe do judiciário, o símbolo principal de sua materialização ao longo dos séculos, o que pode ser visto no pensamento de Cappelletti<sup>103</sup>, o qual causou grande revolução em todo o ocidente, a exemplo da Resolução n° 125 do CNJ brasileiro<sup>104</sup>. Ao mesmo tempo, como dito, ele, o processo, perfaz a revolução do sistema constitucional, já, também, que esse é o movimento dos seus institutos, e seguindo a linha do restante do sistema, ele também é, novamente, como detalhamos nesse escrito, aquele que perfaz a revolução dos direitos, uns contra os outros, de acordo com o passar dos séculos, pois ele fomenta o levante de gerações e dimensões de direitos umas contra as outras, na prática do sistema judicial, sendo, portanto, veículo da Democracia. Ou seja, a um só passo, o processo revoluciona e se descorporifica, muda o sistema, ao permitir a luta institucional dos direitos, e recebe, como troco, a resposta de ser mutado por ele. É o agente e o paciente da mudança dos tempos no sistema de direitos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Oswald de. *Estética e Política*. São Paulo: Globo, 2011.

ARAÚJO, Cynthia Pereira de. *Nazismo e o Conceito de Não Positivismo Jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Gen editora, 2004.

BRASIL, República Federativa. *Resolução n° 125*. Dispõe sobre a política judiciária e dá tratamento adequado aos conflitos de interesse no âmbito do poder judiciário e outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Editora Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CATTONI, Marcelo. *Processo Constitucional*. Belo Horizonte: editora Fórum, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller editora, 2009.

CINTRA, Antônio, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 30ª ed, 2014.

DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. Curitiba: Juruá editora, 2019.

<sup>103</sup> Id, 1988.

<sup>104</sup> Id, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros editora, 4ª ed, 2009.

DOWNING, Christine. *Espelhos do Self*. São Paulo: Editora Cultrix, 1991.

DUCASSÉ, Pierre. *As Grandes Correntes da Filosofia*. Lisboa: Publicações Europa-américa, 1963.

ECO, Umberto. *Apocalípticos e Integrados*. São Paulo: editora Perspectiva, 2015.

GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

GOFFMAN, Ken; JOY, Dan. *Contracultura Através dos Tempos*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

GRAVES, Robert. *Os Mitos Gregos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira editora, 2021.

HABERMAS, Jurgen. A Constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In : *O Ocidente Dividido*. São Paulo: Editora Unesp, 2011. PP 160-271.

JOÃO SEM TERRA [1215]. Magna Charta Libertarum. In: *Núcleo de Estudos em Políticas Públicas em Direitos Humanos Suely Souza Almeida*. Ufrj. Acesso em: 05 Jan 2022.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escola e Fases Metodológicas do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia editorial, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Ed. Universidad de Guadalajara, 1992.

MANNHEIM, Karl. El problema de las generaciones. In: REIS - *Revista española de investigaciones sociológicas*, n. 62, p. 193- 242, abr/jun. 1993.

MILTON, John. *Aerpagitica*. Berkeley: Mint editions, 2021.

MIOZZO, Pablo Castro. O problema da criação judicial do direito: da jurisprudência dos conceitos a hans kelsen. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della [1496]. *Discurso Sobre la Dignidad del Hombre*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

MORELLO, Augusto M. *Tendencias Dominantes en La Litigación Civil*. Buenos Aires: Rubinzal-culzoni editores, 2002.

MORETTI, Franco. *O Burguês: entre a história e a literatura*. São Paulo: Três Estrelas, 2014.

NEVES, A. Castanheira. *A Revolução e o Direito*. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Curitiba. Associação Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 15 jan 2022.

OLIVEIRA, Vera Lúcia de. *Poesia, Mito e História no Modernismo Brasileiro*. São Paulo: Unesp, 2002.

PASSOS, Calmon. *Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

PUFENDORF, Samuel. *The Whole Duty of Men, According to the Law of Nature*. Indianapolis: Libery Fund, 2003.

RANCIERE, Jacques. *O Ódio à Democracia*. São Paulo: Boitempo editorial, 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Presente e futuro*. Londrina: Thoth editora, 2020.

\_\_\_\_\_. Esboço de uma teoria processual do direito. In: STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. PP 53-65.

SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARTRE, Jean-Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

TEUBNER, Gunther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to state centered constitutional theory*. Yale: Yale Law School, Storrs Lectures, 2003.

VASAK, Karel. *International Dimensions of Human Rights*. Connecticut: Praeger, 1982.

VERNANT, Jean-Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. Rio de Janeiro: editora Difel, 2002.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WEBER, Max. *Essencial Sociologia*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

ZARKA, Yves. *O Destino Comum da Humanidade e da Terra*. Porto Alegre: Editora Unisinos, 2015.

# **CAPÍTULO 7**

---

## **TUTELA JURISDICCIONAL EXECUTIVA EM FRANCESCO CARNELUTTI: DOS FUNDAMENTOS À TEORIA DOCUMENTAL**

Éverton Luís Marcolan Zandoná<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.7

---

1 Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (Bolsa PROEX/CAPES). Graduado em Direito pela mesma instituição. Membro da Escola de Processo UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisa ‘Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder’ (CNPq), coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Advogado. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2169510617466527>. E-mail: [evertonz21@hotmail.com](mailto:evertonz21@hotmail.com).

## 1 INTRODUÇÃO

A prestação da tutela jurisdiccional, função soberanamente exercida pelo Estado, apresenta-se de variadas formas, sendo o processo o meio para dirimir os conflitos oriundos do convívio social, ao direito processual civil, incumbindo as lides atinentes à jurisdição civil. O processo de conhecimento oferece ao jurisdicionado as condições necessárias à constituição do direito pleiteado frente ao caso levado ao Judiciário, por outro lado, é através do processo de execução que se obtém a satisfação de um direito já constituído.

No contínuo caminho para construção da doutrina processual, em especial analisada neste estudo, a tutela executiva, o professor e jurista italiano, Francesco Carnelutti, pode ser considerado uns dos principais influenciadores da tradição jurídica romano-germânica, tendo grande contribuição na concepção dos pilares do processo no Direito brasileiro.

Nesta perspectiva, o presente artigo busca caracterizar as principais lições (fundamentos) construídas por Carnelutti sobre a tutela jurisdiccional executiva, passando pela teoria documental do título executivo, a qual foi defendida e fundamentada pelo Autor, ao longo de sua cátedra.

Ainda, delinea-se como objetivos específicos ponderar as diferentes visões sobre o conceito de execução, compreender as diferentes possibilidades que o fenômeno executivo pode adotar dentro da relação processual, bem como contrastar a teoria documental com a teoria do ato, observando-as no atual estágio de desenvolvimento e compreensão da doutrina processual brasileira.

O problema, que foi utilizado como norte para a construção deste trabalho, pode ser definido da seguinte forma: Qual o principal fundamento conceitual adotado por Francesco Carnelutti, dentro das obras analisadas, para definir a tutela jurisdiccional executiva e a teoria documental do título executivo?

A pesquisa foi desenvolvida, majoritariamente, através do método hermenêutico-fenomenológico, à medida que a vivência humana estruturada sobre fatos, processos e acontecimentos será o ponto central de análise. A abordagem inicial consiste na caracterização da execução feita por Francesco Carnelutti, trazendo outras posições sobre tais fundamentos, além dos conceitos estabelecidos em relação ao processo. Em seguida, busca-se detalhar a teoria documental sobre a natureza do título executivo construída pelo Autor, apresentando a dicotomia com a teoria do ato, bem como a visão e posição pátria sobre o tema.

A elaboração deste estudo consistiu no levantamento bibliográfico, pátrio e

estrangeiro, com pesquisa em livros de doutrina jurídica, revistas e artigos científicos, a fim de traçar o panorama, mesmo que parcial, da visão do Doutrinador sobre a execução e a natureza do título executivo.

## 2 OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

As normas, dentro do ordenamento jurídico, operam em três momentos distintos. Como ensina Teori Albino Zavascki<sup>1</sup>, primeiramente, há a criação dos preceitos normativos realizada pelo legislador, sendo atividade pública própria do Estado. No segundo momento, verifica-se uma individualização da norma, a qual passa de uma forma abstrata para concreta. Já no terceiro, ocorre a execução, a sua conversão efetiva em fatos ou comportamentos.

Normalmente, o desenvolvimento da concretização da norma e sua execução ocorrem voluntariamente, isto é, sem a intervenção do Poder Judiciário. Porém, em alguns casos, torna-se necessário que o Estado-juiz atue através de sua função jurisdicional. Para que ocorra a execução forçada, a norma concreta necessita estar identificada, a fim de possibilitar a demonstração ao juiz com determinado grau de certeza, cabendo ao legislador indicar os requisitos formais necessários para que a norma individualizada autorize a incidência da tutela executiva.<sup>2</sup>

Tal pretensão sempre esteve presente nas manifestações processuais do Direito. O tradicional monopólio da jurisdição por parte do Estado, o qual forçou institutos e órgãos jurídicos, buscou proporcionar a satisfação da norma estabelecida frente ao litígio das partes. Francesco Carnelutti apresenta fundamental doutrina à construção da concepção sobre a execução.

Primeiramente, mostra-se essencial elucidar as diferenças apontadas entre cognição e execução. O Autor<sup>3</sup> assevera que o processo pode ser classificado pela diferença entre declaração e atuação, uma vez que o em determinados momentos a relação processual exige que se declare algo para atingir os fins de direito, já em outros pede que se atue em determinada relação, para alterar a situação material, adequando-a à situação jurídica, “[...] no primeiro caso, o processo visa declarar o que deve ser, no

1 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 255.

2 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 256-258.

3 CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 111.

segundo, obter o que deve ser.”<sup>4-5</sup>

Já para Enrico Tullio Liebman,<sup>6</sup> tal diferenciação está associada a função jurisdicional que apresenta, no caso, duas espécies de atividades. Nas palavras do Autor:

[...] de um lado, o exame da lide proposta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos. Por conseguinte, a natureza e os efeitos dos atos relativos diferem profundamente; na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas estas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações aludidas acima (tanto assim que esta atividade é confiada em parte aos órgãos inferiores do aparelhamento judiciário).<sup>7</sup>

De qualquer forma, Francesco Carnelutti<sup>8</sup> sustenta que palavra execução significa “adequação do que é ao que deve ser”, à medida que o magistrado irá construir e apresentar o que deve ser e, uma vez não estando conforme foi determinado, deverá haver uma ação (no sentido de movimento) para modificar o que é naquilo que deve ser. Complementa que “[...] logicamente a ação pressupõe o juízo, tal ação aparece como algo que vem depois (*ex-sequitur*) e se resolve em um cumprimento” (grifo do autor).

Interessante observar que o Jurista Italiano<sup>9</sup> realiza uma distinção entre a exe-

4 Francesco Carnelutti complementa dizendo que: “Essas duas hipóteses podem se dar tanto a respeito do processo contencioso como do processo voluntário, e também em relação ao processo penal. Quanto ao processo contencioso, a distinção fundamenta-se na diferença entre lide de pretensão discutida e lide de pretensão insatisfeita (supra, nº 5); para compor o primeiro tipo de lide basta que se saiba se o direito corresponde ou não à pretensão; para compor a lide do segundo tipo, é necessário, entretanto, que se elimine a lesão da pretensão, isto é, que se satisfaça o interesse correspondente. Quanto ao processo voluntário, a distinção se fundamenta na natureza do negócio, quando a tutela do interesse exija somente a constituição ou exija, ao contrário, a atuação de uma situação jurídica: para reprimir a má conduta de um menor pode bastar a ordem judicial de internação em um instituto de correção (art. 319, Código Civil) ou também ser necessária sua condução forçada a ele; para vigiar a boa administração de seu patrimônio, pode bastar a autorização do juiz tutelar para a venda de seus bens (arts. 320 e 375, Código Civil), mas pode também ser necessário que o ofício judicial execute a venda (art. 733).” CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 111-112.

5 Deve-se levar em consideração, segundo o próprio Francesco Carnelutti que a dedicação e preocupação com os conceitos e definições de cognição sempre foram maiores que os da execução, “a verdade é que a noção de execução processual tem sido até agora muito menos elaborada que a da cognição; o processo executivo não tem de modo algum importância menor que o processo cognitivo, mas o nível a que chegaram em relação a ele a técnica e a ciência é notavelmente inferior, o que se deve ao fato de que a função processual se tem diferenciado historicamente antes em relação à cognição que em relação à execução; até pouco tempo tinha-se ignorado inclusive que o processo cognitivo e o processo executivo fossem duas espécies do mesmo gênero. Dessa inferioridade técnica ainda leva o carimbo o terceiro livro do novo Código de Processo Civil.” CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 125.

6 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 43-44.

7 Ainda, pode-se perceber diferenças na posição jurídica das partes. Como Enrico Tullio Liebman complementa, “na cognição elas estão em posição de igualdade e de equilíbrio, pois não se sabe qual delas está com razão, e nada pode ser feito sem que todas elas sejam ouvidas ou possam fazer-se ouvir, de acordo com o princípio do contraditório: todas cooperam, cada uma no sentido do próprio interesse, para as investigações do juiz, procurando convencê-lo da procedência das alegações que elas apresentaram; mas o resultado de todo este trabalho conjunto poderá ser afinal favorável tanto a uma quanto a outra. Muito pelo contrário, na execução não há mais equilíbrio entre as partes, não há contraditório; uma delas foi condenada e sobre este ponto não pode mais, em regra, haver discussão; a outra, tendo conseguido o reconhecimento de seu direito, exige que se proceda de acordo com o que a sentença declarou e o condenado não o pode impedir e deve suportar o que se faz em seu prejuízo, sendo ouvido só na medida em que a sua colaboração possa ser útil e podendo pretender unicamente que os dispositivos da lei não sejam ultrapassados no cumprimento desta atividade. É certo que a controvérsia e o contraditório podem reaparecer, mas isto somente em novo processo de cognição de caráter incidente (embargos). E, pois, natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos, construídos sobre princípios e normas diferentes, para a obtenção de finalidades muito diversas.” LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 43-44.

8 CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 124.

9 CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 124.

cução “voluntária” e “forçada”. Ao compreender a atividade executiva de modo mais amplo, avalia que estão incluídas tanto a que obedece a determinação legal (obediência ao mandado) como também aquela destinada a buscar a “eficiência prática”, sendo denominadas como execução passiva e ativa. Entretanto, Francesco Carnelutti admite que a doutrina não adotou em sua linguagem tais termos, sendo que para se utiliza o termo genérico “execução” para designar a execução processual.<sup>10</sup>

Delineadas as diferenças conceituais, Francesco Carnelutti,<sup>11</sup> enfim, caracteriza a execução forçada como “a espécie contenciosa de execução processual ou, em outras palavras, o processo executivo contencioso,” em que terá como objeto uma “pretensão insatisfeita”, a fim de elimina-la, independentemente, da vontade daquele que resiste (executado).

Deste modo, é possível perceber os principais fundamentos de Francesco Carnelutti sobre a tutela executiva, os quais estão, fortemente, relacionados ao objeto do processo, ressaltando a preocupação em realizar a diferenciação com a fase processual cognitiva, tendo em vista o papel da jurisdição.

### 3 TÍTULO EXECUTIVO E A TEORIA DOCUMENTAL DE FRANCESCO CARNELUTTI

A natureza do título executivo foi objeto de grande discussão entre processualistas italianos,<sup>12</sup> uma vez que determinada corrente o entendia como prova legal da existência do direito ali descrito, já outra, vislumbrava sua natureza como ato legitimador à demanda executiva.<sup>13</sup>

A corrente doutrinária que defendeu a natureza documental do título executivo teve como grande expoente Francesco Carnelutti, sob o fundamento de que, basicamente, o título constitui documento que o credor deve apresentar, a fim de receber a tutela executiva, atuando com eficácia de uma prova legal.<sup>14</sup>

Nas palavras do próprio Doutrinador,<sup>15</sup> “o título executivo é, portanto, uma

10 Francesco Carnelutti ainda discorre sobre outras diferenças conceituais de execução, “esta, em primeiro lugar, não se desenvolve sempre por meio do processo; por exemplo, é execução de uma sentença sua transcrição nos registros públicos (arts. 88, 125 e 137 do decreto sobre o ordenamento do estado civil de 9 de julho de 1939, nº 1.238; art. 19 do decreto de 30 de dezembro de 1923, nº 3.272, sobre os impostos hipotecários), e não há dúvida de que também esta entra no conceito, entre outros, da execução provisional (arts. 282 e ss.; infra, nº 484), para designá-la não se emprega mais do que o nome genérico de execução; mais exato seria chamá-la, em contraposição à execução processual, de execução administrativa. Por outro lado, tampouco se encontra na lei e nem se adota na doutrina a fórmula da execução processual; fala-se, entretanto, de execução forçada, mas esta não esgota o conceito de execução processual, da qual só compreende a espécie contenciosa, enquanto, conforme dissemos, também o processo voluntário pode ser executivo (supra, nº 23); tampouco a execução penal, em razão da natureza do processo penal, conforme se esclareceu no título precedente (supra, nº 26), estaria propriamente concebida como execução forçada.” CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 125.

11 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 126.

12 As teorias sobre a natureza do título executivo não se esgotam nas correntes apresentadas neste trabalho. Cabe considerar a existência da teoria do ato de acerto de Forno e a da representação documental do crédito de Andolina que, no entanto, não tiveram grande permeabilidade no direito processual brasileiro, motivo pelo qual não serão analisadas de forma analítica.

13 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 3, p. 76.

14 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 259.

15 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book,

prova, mas uma prova provida da eficácia particular do título legal, que atua no princípio e não no decurso do procedimento, do qual constitui o fundamento indefectível.”

Ou seja, aponta-se o título como prova da existência do crédito. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini<sup>16</sup> detalham os elementos que justificam esse entendimento, assim o descrevendo como prova:

(I) legal, porque estabelecida em lei; (II) integral, porque abrangeria não só fatos como também o próprio direito de crédito; (III) absoluta, uma vez que não admitiria, dentro do procedimento executivo, nenhum outro elemento probatório em sentido contrário.

Diferente do processo de conhecimento, em que há, no primeiro momento, apenas a pretensão do próprio autor sobre interesse alheio, o processo executivo exige uma intenção baseada no direito, uma vez que para deflagrar qualquer ato executivo, é essencial uma sustentação, que permita a alteração da realidade material. Entende-se, assim, o título como prova legal do crédito.<sup>17</sup>

Todavia, alguns contrapontos são estabelecidos a esse posicionamento, pois, no momento que se assenta o título executivo como prova, ignora-se o fato que, na execução, em princípio, não há qualquer forma de investigação, não cabendo verificar a existência da obrigação que ensejou o pleito executório. Dentro da semântica jurídica da palavra prova, elemento capaz de influenciar a decisão do julgador, torna-se inviável a sua utilização no rito executivo, uma vez que não há cognição. Não haveria, também, a possibilidade do título estar provando o direito e o fato ao mesmo tempo, sendo que existiria autonomia para ser questionado, pois nenhum elemento probatório é absoluto.<sup>18</sup>

Ainda, Teoria Albino Zavascki<sup>19</sup> chama atenção para alguns aspectos não observados por Francesco Carnelutti. Ao dizer que o título executivo constitui prova do crédito, acabou deixando de lado a parte substancial da tutela executiva, acentuando por uma equivocada interpretação do conceito de documento, não colocando sua eficácia no que ele representa, mas sim do que traz em seu conteúdo. Além disso, a interpretação peca ao estabelecer ao título como prova legal, pois, nestes termos, demonstra apenas a existência de uma relação jurídica, jamais de sua eficácia.

Nessa mesma linha, Alexandre Freitas Câmara<sup>20</sup> tece duras críticas à teoria documental. Explicita que não é possível se provar o direito, mas apenas os argumentos trazidos em matéria de fato, sendo que, “ao afirmar que o título executivo prova a

2000. v.3, p. 24.

16 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 3, p. 76.

17 ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 185.

18 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 3, p. 76.

19 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 260.

20 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2, p. 185.

existência do direito, os defensores da teoria documental estão modificando, arbitrariamente, o próprio conceito de prova.”

Prossegue sustentando que, caso fosse documento o título executivo, haveria a necessidade de uma fase cognitiva dentro da execução, a fim de que o julgador tivesse condições de atribuir o devido valor a prova apresentada, visto que apenas após a demonstração da existência do crédito seria autorizada a deflagração de atos executivos, o que não ocorre, à medida que não há valoração da obrigação discutida, sendo cabível apenas na forma de embargos.<sup>21</sup>

O entendimento do caráter documental do título foi objeto de crítica por parte da doutrina, principalmente por Enrico Tullio Liebman através da teoria do ato, a qual sustenta que a execução, na realidade, consiste na atuação prática da lei, sendo que o título executivo, expressão da vontade legal, apresenta-se como o portador da sanção, seja pela decisão do juiz ou por um ato que detenha semelhante efeito.<sup>22</sup>

Enrico Tullio Liebman<sup>23</sup> assevera que o título “traz consigo, digamos assim, acumulada e consolidada toda a energia necessária para que o credor possa efetivamente desenvolver a atividade destinada a atingir o resultado que o próprio título indica ser conforme ao direito.” Concebe-se que a execução é motivada pela ocorrência fática da lei, tendo em vista que o inadimplemento do devedor permite a sanção imediata em função do título.<sup>24</sup>

Converge o entendimento de Alexandre Freitas Câmara<sup>25</sup>, o qual considera correta a afirmação de que o título executivo é ato jurídico que somente a lei garante eficácia executiva. Endossa que “a eficácia executiva consiste na aptidão para produzir o efeito de fazer incidir sobre o devedor (ou responsável) a responsabilidade patrimonial”, ou seja, torna apropriado o rito executivo, a fim de garantir que o devedor arque o débito através de seu patrimônio.<sup>26</sup>

O posicionamento adotado pelo referido autor também considera o título executivo, além de ato, como fato jurídico, justificando que, em determinados casos, a eficácia executiva existe independentemente da vontade das partes, verificando-a pelos aspectos extrínsecos envolvidos, a exemplo do contrato de locação, o qual se reveste de força executiva para cobrança de alugueres sem que as partes disponham sobre tal ponto, apenas pela harmonização com o modelo de contrato disposto em lei, à medida que Alexandre Freitas Câmara considera, enquanto executividade nesta situação, o contrato como fato jurídico e não como ato.<sup>27</sup>

21 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2, p. 185.

22 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 259.

23 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 44.

24 ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 185.

25 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2, p. 186.

26 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2, p. 186.

27 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2, p. 186.

Entretanto, Marcelo Lima Guerra<sup>28</sup> sustenta que a teoria do ato defendida por Enrico Tullio Liebman não contempla todas as formas de títulos executivos existentes, impossibilitando uma “noção unitária” do instituto, à medida que sua posição, de certa forma, ignora os títulos que apresentam eficácia em si mesmos atribuída por lei, como por exemplo aquele oriundo de um negócio privado (extrajudicial), não decorrente de uma deliberação judicial. Araken de Assis<sup>29</sup> arremata, “não se olvide, ademais, o título extrajudicial adquirir tal condição unicamente porque documento, de modo que a forma se revela essencial”, justificando a necessidade de se considerar a perspectiva documental do instituto.

Além disso, a eficácia do título executivo, não deriva de sentença ou de ato de vontade, mas sim da própria norma jurídica, visto que constitui parte essencial.<sup>30</sup> Conforme Teori Albino Zavascki<sup>31</sup> ensina, a norma jurídica se distingue das demais normas de conduta, justamente por apresentar as condições de que, em virtude de seu descumprimento, haja a possibilidade de se exigir o cumprimento forçado. Pondera que o referido atribuído não é exclusivo de normas abstratas, mas engloba, também, as normas individualizadas, tendo em vista que ambas são, em sua estrutura, semelhantes.

Deste modo, Teori Albino Zavascki<sup>32</sup> conclui que “o conteúdo do título executivo é, portanto, uma norma individualizada, e não um simples ato jurídico.”, caso contrário, sustenta o autor, seria necessário considerar que o título acerta, também, a sanção, o que é inviável, dentro do nosso sistema jurídico, à medida que a um ato de vontade não cabe estar investido de condições sancionatórias, as quais são atributo exclusivo do Estado de impor determinada sanção jurídica.<sup>33</sup>

Atualmente, verifica-se que a dicotomia de posicionamentos não contempla todos os aspectos do título executivo, ficando prejudicado a opção exclusiva por apenas uma delas.<sup>34</sup> Predomina na doutrina processual brasileira o entendimento de que ambas se complementam, formando uma teoria mista, em que as correntes do ato e documento estão, necessariamente, vinculadas à caracterização da natureza do título executivo.

Nesse sentido, Marcelo Lima Guerra<sup>35</sup> afirma que, aplicado ao direito brasilei-

28 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 89-90.

29 ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 187.

30 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 265.

31 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 265.

32 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 266.

33 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 266.

34 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 260.

35 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 117.

ro, o “título executivo é a representação documental típica de um direito líquido certo e exigível”, à medida que devem ser levados em consideração os elementos intrínsecos e extrínsecos que constituem o título.<sup>36</sup>

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero<sup>37</sup> asseveraram que, na atualidade, verifica-se a soma das duas teorias para justificar, na integra, a natureza do título executivo, havendo a possibilidade que, em determinados momentos, uma prevaleça sobre a outra em algum aspecto, porém, ambas se juntam para concretizar a realidade do título.

Relevante a caracterização feita por Guisepppe Chiovenda<sup>38</sup> que agrega ambas as teorias ao apontar a existência de dois elementos em todos os títulos executivos, o qual “[...] em sentido substancial é o ato jurídico de que resulta a vontade concreta da lei”, bem como “[...] em sentido formal é o documento em que o ato se contém”.

Deve-se observar, também, que por um ângulo o título executivo é ato legitimador da execução, assim como apresenta natureza documental, a fim de demonstrar a presença do título, jamais da existência do crédito, visto que o credor apresenta ao Estado-juiz o ato que a norma jurídica autoriza a deflagração da execução.<sup>39</sup> Bernardo Pimentel Souza<sup>40</sup> assinala que “é lícito concluir, portanto, que o título executivo é o ato jurídico subjacente ao documento representativo de obrigação certa, líquida e exigível que autoriza a sua satisfação forçada.”

No mesmo sentido, o conceito trazido por Teori Albino Zavascki<sup>41</sup> diz que o título executivo:

[...] é a representação documental de norma jurídica individualizada, contendo obrigação líquida, certa e exigível, de entregar coisa, ou de fazer, ou de não fazer, ou de pagar quantia em dinheiro, entre sujeitos determinados, e que tem a eficácia específica de viabilizar a tutela jurisdicional executiva.

Desse modo, é possível perceber que ambos os entendimentos guardam elementos necessários à caracterização da natureza do título executivo, tendo em vista o caráter instrumental à execução, assim como a eficácia para aplicação da tutela executiva.

36 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 262.

37 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 3, p. 71.

38 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 375.

39 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 3, p. 76-77.

40 SOUZA, Bernardo Pimentel. **Execuções, cautelares e embargos no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

41 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 270.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contribuição de Francesco Carnelutti na construção da doutrina processual romano-germânica é, evidentemente, imprescindível. Muitos institutos amplamente utilizados e corporificados em nossa codificação atualmente foram observados e caracterizados pelo referido Jurista, o qual buscou, por meio do rigor científico e metodológico, estabelecer seus elementos fundantes, uma vez que ultrapassam mudanças legislativas para penetrar na própria ideia de processo e jurisdição.

A tutela jurisdicional executiva, como o próprio Francesco Carnelutti observou, acabou sendo esquecida pelos juristas, o que acabou gerando inevitável diferença teórica em relação ao processo de cognição, justificando, muitas vezes, a abordagem meramente instrumental e sistemática desta fundamental função da jurisdição. Não há como desvincular tal análise dos problemas estruturais enfrentados atualmente.

Nesta linha, no primeiro capítulo, buscou-se traçar, primeiramente, as diferenças entre cognição e execução, vislumbrando-se que o momento da relação processual permite que se trace a o que é declaração e atuação, sendo a tutela executiva fundamental para que seja possível a alteração da realidade material. Ainda, a percepção de Enrico Tullio Liebman, de certo modo, contrasta com a visão de carneluttiana, à medida que a diferença reside na função jurisdicional, construindo-se duas espécies de atividades.

Na sequência, traçou-se os fundamentos basilares de Francesco Carnelutti sobre execução, em que o Autor remonta para suas diferentes formas, as quais acarretam denominações distintas, influenciando na construção conceitual da “execução processual”.

Já no segundo capítulo, foi possível observar os principais argumentos doutrinários sobre a natureza do título executivo, em que a doutrina de Carnelutti contribui de modo direta para formar uma das teorias dominantes.

Neste sentido, o título executivo, muito além de instruir a demanda executiva e autorizar que medidas coercitivas sejam deflagradas contra o executado, representa o alicerce de todo um procedimento, verdadeiro instituto jurídico, construído ao longo dos anos por juristas pátrios e estrangeiros.

De fato, não há como negar a complementação mútua que se opera entre as teorias do título como documento e ato. Carnelutti ao considerar o título executivo como prova legal, de algum modo, acaba por estabelecer um requisito mais formal do que substancialmente jurídico, o que impossibilita qualquer filiação completa com a teoria apresentada.

A teoria documental sustenta-se sobre uma figura formalista e sistemática da jurisdição, a qual está atrelada diretamente ao Estado, na figura do magistrado, através da sua declaração de anterior à formação do título executivo. De qualquer modo, a própria doutrina pátria já pondera a necessidade de conjugação de ambos os conceitos para que efetivamente se tenha a verdadeira categorização de sua natureza.

Deste modo, pode-se concluir que os fundamentos de Francesco Carnelutti sobre a tutela jurisdicional executiva estão alinhadas a ideia de adequação ao que dever ser, ou seja, a transformação da realidade fática para que o pronunciamento jurisdicional não permaneça no campo da mera declaração. O título executivo, como documento, também contribui para tal perspectiva, à medida que ele será a bússola para deflagração dos atos executivos sobre o patrimônio do executado, a fim de, exatamente, cumprir o comando judicial.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 3.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Book-seller, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1946.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 3.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Execuções, cautelares e embargos no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 3.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

# CAPÍTULO 8

---

## A SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL, A PARTIR DO DISPOSTO NO ART. 1.030, II, CPC

Fábio Kirszenworcel Pereira<sup>1</sup>

Marlon Felipe Dettenborn<sup>2</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.8

<sup>1</sup> Graduando pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista UNIBIC, orientado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Tradições, transformações e perspectivas avançadas” coordenado pelo Prof. Dr. William Santos Ferreira. Integrante do Grupo Procsinos. E-mail: fabiokp18@gmail.com.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado. E-mail: marlon@dettenborn.com.br.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir da promulgação do Código de Processo Civil – CPC, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 13.105/2015, a sistemática de padronização das decisões dos tribunais superiores sofreu relevantes modificações, buscando acompanhar a evolução do Direito. Entre as principais alterações estão a tentativa de racionalizar um sistema de padrões decisórios, bem como tornar a decisão proferida em Recurso Especial Repetitivo – RespRP – uma decisão a ser observada por todos os juízes e tribunais.

Em razão disso, a admissibilidade de Recurso Especial – Resp que pretende a superação de entendimento sobre matéria quando há decisão vinculante, foi escolhida como tema deste trabalho. Salienta-se que a superação (*overruling*) objeto da pesquisa é a superação total do padrão decisório, deixando-se de analisar as hipóteses mencionadas pela doutrina, como a superação tácita ou antecipada.

Antes mesmo do término da *vacatio legis* da norma, a Lei 13.256/2016 foi promulgada, modificando a competência para a realização do juízo de admissibilidade do Resp. Essa alteração transformou o Resp. em um recurso com duplo juízo de admissibilidade, que deverá ser realizado pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente do tribunal local, bem como pelo Ministro-Relator, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Isso, em tese, promove a duração razoável do processo, a segurança jurídica e a confiabilidade no resultado da demanda, porque o recurso não sobrecarrega as pautas do STJ, quando é indeferido no tribunal local. Porém, quando se fala na superação de entendimento, a

questão é mais complexa. Tornou-se alvo de questionamentos o dispositivo que prevê a inadmissibilidade de Resp. quando a decisão recorrida estiver em consonância com entendimento firmado em Resp. repetitivo, nos termos do art. 1.030, II, “b”, CPC.

Diante disso, o problema que se busca discutir nesse trabalho é: de que forma pode-se chegar ao Superior Tribunal de Justiça para rediscutir matéria objeto de RespRP, sob o fundamento da superação. Como objetivos específicos, busca-se analisar quais os instrumentos cabíveis para chegar-se ao STJ e qual deve ser a postura do presidente ou ao vice-presidente do tribunal local ao analisar a admissibilidade nesses casos.

Traz-se ao debate a superação desse padrão decisório, investigando como o ordenamento jurídico buscou tratar o tema e perquirindo quais limites a leitura cons-

titucional do processo fornece à disciplina adotada pelo CPC no que toca admissibilidade do Resp. quando houver padrão decisório vinculante estabelecido pela técnica dos recursos repetitivos.

À luz da hermenêutica-filosófica de Gadamer e de Dworkin, depreende-se que nada é eterno. As leis, os entendimentos jurisprudências e as teorias estão sujeitos a um constante processo de interpretação e reinterpretação que acompanha a evolução da sociedade. O direito é um fenômeno social produzido pela sociedade e destinado a ela, restrito a uma demarcação temporal e geográfica.

Nesse sentido a pesquisa se justifica. A postura que se adota em relação ao acórdão em julgamento de recurso especial repetitivo é de que se trata de provimento vinculante, conforme preleciona Alexandre Freitas Câmara. Desse modo, o magistrado não pode se afastar do entendimento firmado pela Corte, mesmo que invoque fundamento não analisado na formação desse padrão decisório. Tanto a obrigatoriedade da decisão quanto sua superação são vitais ao direito brasileiro, sendo necessário o estudo e desenvolvimento de uma técnica adequada para superação do paradigma estabelecido pelo método da padronização decisória, com o fim de evitar o engessamento ou fossilização do sistema.

Por fim, a abordagem utilizada busca balizar na metodologia hermenêutica-fenomenológica de Gadamer, com incursões na teoria teórico-descritiva.

## 2 O PROCESSO DE RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu diversas regras e princípios visando ao cumprimento das promessas constitucionais, como a segurança jurídica, a igualdade, a efetividade da jurisdição e a duração razoável do processo.

Dentre os mecanismos dispostos para atingir essas expectativas estão as técnicas de padronização decisória. Segundo a doutrina de Alexandre Freitas Câmara, o recurso especial julgado sob o rito dos recursos repetitivos é um provimento vinculante, se observada a devida ampliação do contraditório. Dessa forma, o magistrado que esteja diante de caso análogo ao enfrentado em padrão decisório, não poderá se afastar dos fundamentos determinantes deste, mesmo que haja fundamentos nunca antes apreciados pelo Tribunal que proferiu a decisão obrigatória. Por óbvio, o julgador não está obrigado a aplicar o padrão decisório caso já tenha sido superado ou se ficar demonstrado que se tratam de casos diferentes (*distinguishing* ou distinção).<sup>1</sup>

O artigo 1.031, inciso I, alínea “b” do CPC, prevê que o recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STJ, exarado

1 CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 178 e 280. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

no regime de julgamento de recursos repetitivos, deve ter seu seguimento negado.<sup>2</sup> O Código não fala da hipótese de superação, apenas consagra a negativa de seguimento. Parece que se impôs um óbice à superação do padrão decisório,<sup>3</sup> pois a legislação não dispõe sobre o caminho a ser seguido para acessar a Corte, que é a responsável pelo *overruling*.<sup>6</sup>

É inadmissível que uma decisão não possa ser superada ou revogada. O Direito não é um fenômeno estanque no tempo. Utilizando-se das reflexões de José Joaquim Calmon de Passos, todo saber é saber do homem e tem como móvel um saber sobre o homem. A produção do Direito também é processo, um permanente fazer, nunca definitivamente feito.<sup>4</sup>

Nesse sentido apontam a hermenêutica de Dworkin e de Gadamer, doutrinas que se assentam na pré-compreensão, tradição, coerência<sup>5</sup> e integridade, de modo que atendem aos deveres impostos pelo CPC. A hermenêutica jurídica se põe favorável ao uso dos padrões decisórios porque tem neles a condição de possibilidade para o cumprimento dessas premissas.<sup>6</sup>

Gadamer propõe que a tarefa da hermenêutica é defender o sentido razoável do texto contra toda e qualquer imposição. Defende que a capacidade de compreensão é a faculdade fundamental da pessoa, que caracteriza sua convivência com os demais, atuando por meio do diálogo e da linguagem, sendo estes o ser que pode ser compreendido no mundo.<sup>7</sup>

O sujeito está sempre inserido em uma tradição, como algo próprio, que não pode ser pensado como estranho ou alheio, de modo que o juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição. Gadamer assevera que o processo de atribuição de significado está intrinsecamente ligado ao decorrer do tempo e ao ponto de vista que se adota.<sup>8</sup>

O movimento de compreensão vai constantemente do todo para a parte, e desta para o todo, em círculos concêntricos, tal como uma palavra de um texto ou o texto

2 BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 nov. 2021.

3 A crítica que é feita refere-se à ausência de instrumentos para superação do entendimento firmado por meio do instrumento objeto do trabalho, porém filtros recursais são essenciais conforme aponta SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 260 a 263. Na exposição de motivos do projeto de lei que culminou no vigente CPC, expôs-se que um dos objetivos era reduzir os recursos que chegavam ao STJ e ao STF. MANATO, Carlos. **Projeto de Lei nº 2384/2015**. In: Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1362368](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362368). Acesso em: 30 abr. 2022. 6 CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 316. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

4 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 7 e 24.

5 Sobre o tema, vale consultar NAVARRO, Maria Amália Amaya. **La coherencia en el derecho**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, ano 2012, N. 35, p. 59-90, 04 dez. 2012. Publicado em Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/47428>. Acesso em: 31 out. 2021.

6 SAUSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 109.

7 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Trad. Ênio Paulo Gianchini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 381 e 386.

8 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 369, 374, 377.

na obra de um autor. O movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos e cessa tão somente quando a compreensão é estabelecida. A compreensão é determinada pelo movimento de concepção prévia (pré-compreensão - primeira de todas as condições hermenêuticas), a qual não é puramente um ato subjetivo, porque é fruto da união do sujeito com a tradição. Dessa comunhão, depreende-se que a compreensão é um processo em contínua formação, de forma que cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido.<sup>9</sup>

A compreensão prévia, a expectativa de sentido e circunstâncias de todo gênero influem na apreensão do texto, de maneira que a compreensão de um texto depende de condições comunicativas que ultrapassam o mero conteúdo fixo do que nele é dito.<sup>10</sup>

O verdadeiro sentido de um texto não se esgota ao chegar em ponto, uma vez que é um processo infinito. Vão surgindo novas fontes de compreensão, revelando relações insuspeitas. A distância temporal que possibilita essa filtragem está em constante movimento e expansão.<sup>11</sup>

Dworkin não se distancia do que foi exposto, mostrando uma grande influência da hermenêutica Gadameriana no seu pensamento, uma vez que nunca cingiu os momentos de compreensão-interpretação-aplicação. Expõe em seu texto que a compreensão do Direito é sua aplicação.<sup>12</sup>

Dworkin propõe um método construtivo do Direito, dando continuidade às interpretações que afirmam ter logrado sucesso. Propõe que a integridade é condição para a resposta adequada ao direito, expandindo o papel individual dos cidadãos e interligando com as normas públicas de sua comunidade.<sup>13</sup>

Dworkin compara, exemplificativamente, a atividade judicial à literatura. Faz analogia a romancistas quando escrevem um “romance em cadeia”, ficando cada qual responsável por um capítulo. Cada partícipe deve fazê-lo da melhor maneira possível, como se a obra fosse de um único autor, cuja complexidade se reproduz nos casos jurídicos difíceis. Isso porque a qualidade de um romance não depende da perspectiva de um único autor. Deve adequar-se ao contexto, sem atribuir diferentes leituras de personagens, temas e objetivos. Todavia, o julgador deve admitir que o texto não é

9 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.

Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 386, 388, 390, 391, 392

10 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Trad. Ênio Paulo Gianchini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 395.

11 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 395

12 ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. **Das razões de decidir aos padrões decisórios**: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina: Thoth, 2021. p. 92, 93 e 96. 16 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271-273.

13 SILVA, Thais Sampaio. **Escrevendo um romance em cadeia**: pressupostos teóricos da teoria de precedentes. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Direito jurisprudencial**. Vol II. E-book não paginado. Cap. 32. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99319297%2Fv1.8&titleStage=F&titleAcct=i0ad6297600000170b06083a23bf9458b#sl=e&eid=1ea36794e59aab529aca1a4e254a5c53&eat=a-99356358&pg=43&psl=&nvgS=false&tmp=309>. Acesso em: 28 out. 2021.

plenamente perfeito ou terminado. O juiz se coloca como autor e crítico desse romance a cada decisão.<sup>14</sup>

Em síntese, o padrão decisório é como a experiência humana ou como guiar um carro com os olhos no retrovisor. Sob uma perspectiva hermenêutica, ele não pode prever o que virá,<sup>15</sup> porque o processo de atribuição de sentido aos textos está em constante evolução. Em razão disso, não podem os padrões decisórios permanecerem imutáveis. Assim, será trabalhado no próximo capítulo os meios de acesso ao Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de impedir a vigência eterna dessa decisão vinculante.

### 3 MEIOS DE ACESSO AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na sistemática adotada pelo Código, o recorrente terá duas oportunidades de ver reconhecida a alegação de superação do entendimento: (i) no próprio recurso especial; (ii) no agravo interno destinado a reformar a decisão que negou seguimento ao recurso. Todavia, caso nessas duas oportunidades o recurso não tenha sido admitido, o jurisdicionado não encontrará no CPC instrumento próprio para levar seu caso ao STJ e buscar a superação do padrão decisório vigente.

Nesse cenário de lacuna, a doutrina rechaça a ideia de que a decisão proferida no agravo interno seria irrecorrível, visto que a leitura constitucional do processo não pode legitimar um “sistema de precedentes” sem que ao menos haja a possibilidade técnica de superálos.<sup>16</sup>

Há que se levar em consideração que o projeto de lei do CPC, ao chegar na Câmara dos Deputados, recebeu parecer da comissão especial, prevendo instrumentos para a superação dos até então chamados “precedentes”. Previa-se, então, a criação de dispositivo possibilitando a modificação de entendimento, podendo “fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida”.<sup>17</sup> Todavia, ao longo da tramitação do projeto de lei, tal proposta foi esquecida, deixando um hiato entre a formação de um padrão decisório e a sua superação.

De acordo com a atual redação do art. 1.030 do CPC, a análise da admissibi-

14 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 277-278.

15 NICOLI, Ricardo Luiz. **A legitimação dos juízes e das cortes de justiça na formação e superação dos padrões decisórios: visão com suporte na hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para evolução do direito e promoção do efetivo acesso à justiça**. Tese (doutoramento em Direito). Programa de Pós Graduação.

Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2021. Disponível em:

<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10824/Ricardo%20Luiz%20Nicol%20Nicol%20Nicol%20Nicol.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03. mai. 2022.

16 NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. **A necessidade de meios para superação dos precedentes**. *Revista de Processo*: RePro, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 433-489, jul.2018.

17 BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Parecer aos Projetos de Lei nº 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. p. 1.067. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processocivil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acesso em: 02 mai. 2022.

lidade do recurso especial deve, necessariamente, ser apreciada pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal.

Nesse momento, o julgador deverá observar os requisitos extrínsecos e intrínsecos, e também o próprio objeto do recurso.<sup>1819</sup> Também deverá analisar se o recorrente apresentou nas razões do recurso fundamentos destinados a possibilitar a superação do padrão decisório.

Ou seja, estando os requisitos de admissibilidade preenchidos, e existindo elementos para possibilitar a superação do padrão decisório adotado no julgamento de recurso repetitivo, o recurso deverá ser recebido pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal local e submetido à apreciação da corte de superposição.

Não se pode olvidar que o sistema de padronização decisória estabelecida pelo CPC visa à razoável duração do processo e à confiabilidade do resultado das decisões judiciais. Assim, não podem as partes retardar injustificadamente o processo decisório, desvirtuando o regime adotado pela legislação, trazendo ao recurso qualquer argumento, apenas como subterfúgio para postergar o cumprimento de uma decisão, ou mesmo por simples descontentamento com o padrão decisório aplicável.

Não se pode admitir que qualquer fundamento promova a admissão do recurso. Devem existir fundamentos não apreciados quando da formação do entendimento adotado na resolução de recurso especial repetitivo. Assim, evita-se que o STJ se torne um mero revisor programático do seu próprio entendimento.<sup>20</sup>

Possíveis cenários não expressamente previstos na legislação, mas que poderiam ser admitidos para a superação de um padrão decisório vinculante são apontados por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. Os autores indicam que a reclamação contra a decisão a qual julga o agravo interno é o instrumento adequado para a superação do entendimento firmado pela própria corte, com fundamento no art. 988, §5º, inciso II do CPC.<sup>2122</sup>

Outro instrumento apontado como passível de ser utilizado para sanar essa lacuna é o Recurso Especial, que deverá ser interposto em face do acórdão do agravo interno, com fundamento no art. 927, parágrafos 2º a 4º, conforme contraposto por Dierle Nunes e Marina Carvalho Freitas.<sup>23</sup> Alexandre de Freitas Câmara também acena nesse sentido, considerando admissível a interposição de novo recurso especial contra o acórdão que julga o agravo interno, identificando a norma federal violada,<sup>24</sup> nos ter-

18 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo curso de processo civil**.

19 . ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 2. Ebook (não paginado).

20 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoesvinculantes>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

21 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2016. v.

22 . p. 317.

23 NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. **A necessidade de meios para superação dos precedentes**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 433-489, jul.2018.

24 CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 316-317. E-book.

mos do art. 105, III, “a”, CRFB.<sup>25</sup>

## 4 ÔNUS ARGUMENTATIVO

Sempre que seja invocado fundamento capaz, em tese, de levar à superação desse padrão decisório o recurso especial deve ser admitido. Depreende-se disso, um ônus argumentativo específico: a demonstração da existência de fundamento não analisado na formação do padrão decisório. Isso decorre do ônus da dialeticidade, como é chamado pelo STJ.<sup>26</sup>

Impõe-se que a admissibilidade do recurso especial, que ataca decisão em consonância com entendimento firmado por meio da técnica dos recursos repetitivos, se restrinja a analisar a existência de fundamento não apreciado na formação deste. Desse modo, pode-se evitar eventual jurisprudência defensiva. Também não se pode exigir que o recorrente enfrente todas as teses capazes de levar o recurso ao improvimento ou provimento.<sup>27</sup>

## 5 CONTRADITÓRIO

O contraditório é elemento essencial do processo, tanto é que se confunde com a própria história do processo, desde o direito romano primitivo<sup>28</sup>. A partir da metade do século XX, este princípio foi significativamente revalorizado,<sup>29</sup> de modo que hoje não se pode mais conceber o conceito atribuído por Fazzalari, como um procedimento em contraditório, em que os destinatários são chamados a participar.<sup>30</sup>

A concepção hodierna do contraditório impõe que lhe seja atribuído o estado de princípio fundamental e garantia suprema.<sup>31</sup> O contraditório é expressão do Estado Democrático de Direito no processo, a democracia em acepção participativa<sup>32</sup> e responsável por legitimar tanto a decisão judicial<sup>33</sup> quanto o próprio Poder Judiciário<sup>34</sup>.

A competência para superação do entendimento firmado em sede de recurso especial repetitivo não está expressamente disposta no Código de Processo Civil. Há

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

25 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 04 mai. 2022.

26 CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 322. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

27 CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 323. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

28 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** (processo de conhecimento). 3. Ed. Porto Alegre, Fabris, 1996. p. 54.

29 RIBEIRO, Darci Guimarães; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MÖLLER, Gabriela Samrsla. **Do debate processual e desenvolvimento do Processo**: o contraditório como direito fundamental ao Justo Processo. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, ano 14, p. 31-58, 2020.

30 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 118-121.

31 CALAMANDREI, Piero. **Processo de democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México. trad. Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

32 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 104.

33 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 91.

34 ALEX, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. trad. Luís Afonso Heck Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 165.

essa previsão em relação à revisão de tese fixada em incidente de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competência, conforme disposto nos artigos 947, § 3º; 985, inciso II; e 986, todos do CPC. Não obstante, isso se aplica aos julgamentos de recursos repetitivos, porque o CPC criou um microsistema de solução de casos em multiplicidade, cujas disposições devem ser interpretadas em conjunto. As disposições de uns mecanismos são supletivamente aplicáveis aos demais, no que couber. Dentro do paradigma estudado, não se pode admitir dúvida acerca da competência do Superior Tribunal de Justiça para superar formalmente seus próprios julgados.<sup>35</sup>

Por isso, sendo a superação do padrão decisório de competência do STJ, o tribunal local não pode promover empecilhos ou usurpar essa atribuição, impondo barreiras formais (jurisprudência defensiva) ou analisando a possibilidade concreta do fundamento levar à superação do entendimento fixado.

A partir das premissas de que a decisão solipsista é eliminada pelo contraditório, por meio da influência e da não surpresa,<sup>36</sup> e da advertência de Habermas de que os juízes devem ser extremamente cautelosos com o caráter democrático da decisão,<sup>37</sup> depreende-se que o juízo de admissibilidade feito pela corte local deve se restringir às questões formais. Isto é, analisar se o recurso invoca fundamento não analisado na formação do padrão decisório com o intuito de superá-lo.

Quando se fala em superação de decisões vinculantes, como é o caso do recurso especial repetitivo, exige-se um intenso e ampliado contraditório, através da intervenção do *amicus curiae* e da realização da audiência pública,<sup>38</sup> de modo que o juiz não pode afastá-lo por entender que aquele fundamento não é capaz de superar o padrão decisório estabelecido. Devese restringir a apreciar se o argumento foi ou não analisado na decisão vinculante, sobretudo por que a compreensão-aplicação do Direito está em constante evolução.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se no presente artigo que o CPC promoveu alterações, com objetivo de aperfeiçoar e racionalizar o sistema jurídico, bem como de fornecer ao jurisdicionado a concretização da duração razoável do processo, da segurança jurídica e da

35 CAMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 316. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

36 CAMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 105. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 2021 set. 19.

37 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997. p. 44.

38 O processo deve prestigiar a democracia, ampliando o debate o máximo possível HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997. p. 42-43) notadamente quando se falam em decisões vinculantes, quando se deve abrir o debate para intervenção do *amicus curiae* e a realização de audiência pública CAMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 180-183. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 2021 set. 19.

confiabilidade no resultado da demanda.

Na primeira parte do trabalho desenvolveu-se a narrativa de Gadamer, concluindo-se que o sujeito que realiza a interpretação está inserido em uma tradição, e que, posteriormente, haverá um novo intérprete, que poderá chegar além da compreensão já estabelecida, em razão do contínuo processo de evolução da interpretação e da tradição. É um processo sempre inacabado. Aponta-se, também, que Dworkin demonstra uma grande influência de Gadamer em seu pensamento, propondo um método construtivo do Direito, a partir de seu clássico exemplo do “romance em cadeia”, de modo a dar continuidade às interpretações ao longo do tempo. Por fim, tem-se que o padrão decisório não poderá ser eternamente vinculante, pois não conseguirá prever quais transformações virão.

Ao tratar especificamente da admissibilidade de Resp ao STJ, quando houver padrão vinculante previamente estabelecido, concluiu-se que a lacuna deixada no CPC deve ser suprida através das hipóteses trazidas pela doutrina.

Os resultados da pesquisa apontaram que os meios passíveis de serem utilizados para que a arguição de superação chegue ao STJ, no que toca o objeto do trabalho, são (I) o próprio recurso especial, (II) o agravo interno, se negado seguimento, (III) a interposição de um novo recurso especial em face da decisão do agravo interno, que nega seguimento, e, por fim, (IV) a reclamação constitucional, também em face da decisão do agravo interno que nega seguimento.

Posteriormente, compreendeu-se que, apesar de ser necessária a possibilidade de se buscar a superação de um entendimento fixado na sistemática do RespRP, há um ônus argumentativo que deverá ser suportado pelo jurisdicionado. Assim, deverá o recorrente trazer fundamento não apreciado na formação do padrão decisório, podendo ser trazidos argumentos econômicos, políticos ou sociais referentes à matéria decidida.

Por fim, o contraditório é elemento essencial para a fixação e superação de um padrão decisório vinculante. Conforme sustentado, a ampliação do contraditório é condição de possibilidade para legitimar democraticamente um padrão decisório, que deverá se dar por meio da intervenção do *amicus curiae* e da realização de audiência pública, quando não se tratar de temática exclusivamente jurídica.

Por isso, o juízo de admissibilidade do tribunal local deve se limitar a analisar se há fundamento não apreciado na formação tese obrigatória, sob pena de usurpação da competência do STJ para rever seus entendimentos.

## REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. trad. Luís Afonso Heck Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. **Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes**. Londrina: Thoth, 2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Parecer aos Projetos de Lei nº 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. p. 1.067.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 04 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Processo de democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México. trad. Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 316. E-book.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**. Consultor Jurídico, São Paulo, 12 fev. 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3. p. 317.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Trad. Ênio Paulo Gianchini. Petrópolis: Vozes, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.

trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

MANATO, Carlos. **Projeto de Lei nº 2384/2015**. In: Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1362368](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362368). Acesso em: 30 abr. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo curso de processo civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 2. Ebook (não paginado).

NAVARRO, Maria Amália Amaya. **La coherencia em el derecho**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, ano 2012, N. 35, p. 59-90, 04 dez. 2012.

NICOLI, Ricardo Luiz. **A legitimação dos juízes e das cortes de justiça na formação e superação dos padrões decisórios**: visão com suporte na hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para evolução do direito e promoção do efetivo acesso à justiça. Tese (doutoramento em Direito). Programa de Pós Graduação. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2021. Disponível em: [http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10824/Ricardo%20Luiz%20Nicoli\\_.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10824/Ricardo%20Luiz%20Nicoli_.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 03. mai. 2022.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. **A necessidade de meios para superação dos precedentes**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 433-489, jul.2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MÖLLER, Gabriela Samrsla. **Do debate processual e desenvolvimento do Processo**: o contraditório como direito fundamental ao Justo Processo. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, ano 14, p. 31-58, 2020.

SAUSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos**: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** (processo de conhecimento). 3. Ed. Porto Alegre, Fabris, 1996.

SILVA, Thais Sampaio. **Escrevendo um romance em cadeia**: pressupostos teóricos da teoria de precedentes. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). Direito jurisprudencial. Vol II. E-book não paginado. Cap. 32. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.



# CAPÍTULO 9

---

## ALGUMAS NOTAS SOBRE O MODELO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS E O MODELO DA *STRUCTURAL LITIGATION* (MEDIDAS ESTRUTURANTES E PROCESSOS ESTRUTURAIS)<sup>1</sup>

Guilherme Christen Möller<sup>2</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.9

<sup>1</sup> Originalmente, a proposta de título para este capítulo era: “Duas jurisdições? O modelo da resolução de disputas versus o modelo da *structural litigation* (medidas estruturantes e processos estruturais)”.

<sup>2</sup> *Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche sulla l'Università degli Studi di Firenze* (UniFi). Mestre e Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Escola de Processo da Unisinos (EPU). Coordenador do Instituto von Bülow. Advogado, Consultor Jurídico e Professor de Direito Processual Civil em cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (*lato sensu*).

## 1 INTRODUÇÃO

Este pequeno ensaio objetiva apresentar algumas notas sobre o modelo da resolução de disputas e o modelo da *structural litigation* (processos estruturais e medidas estruturantes). Dividido em dois momentos, no primeiro, propõe-se uma exposição da “clássica” definição de jurisdição no Brasil, perpassando pela formação da jurisdição no Estado Moderno, importação de concepções estrangeiras (especialmente a doutrina italiana) e consolidação, no direito brasileiro, da ideia da jurisdição como instituição do Estado destinada à resolução de conflitos (poder-função-atividade); enquanto que, no segundo, se apresenta o modelo da *structural litigation*, expondo-se, brevemente, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, elementos propedêuticos dos processos estruturais e medidas estruturantes, assim como, algumas de suas características. Sem a proposta de exaurir o tema, a partir dessa exposição, fornece-se alguns elementos para compreender a proposta de cada modelo.

## 2 “CLÁSSICA” DEFINIÇÃO DE JURISDIÇÃO NO BRASIL E O MODELO DA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

A jurisdição é muito anterior<sup>1</sup> à formação da Idade Moderna – evidentemente que em forma diversa de como ela se apresenta na atualidade, inclusive, em alguns períodos, com carga metafísica. Entretanto, não se vislumbra a necessidade, por assim dizer, de completar o giro histórico nesse assunto para não prejudicar este momento do artigo, isso porque a jurisdição (que se concebe na atualidade, vale reforçar), apresenta marcas características do período moderno da história. Explicando essa afirmação. Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>2</sup> expõe que a jurisdição exerceu papel fundamental para a estabilização, progresso e consolidação do Estado Moderno. Confrontando as marcas<sup>3</sup> do medievo, conseguiu-se superá-las e (além do paradigma social no campo filosófico) modificá-las por: (a) delimitação e instituição do Estado, (b) afastar a influência que a Igreja exercia sobre o poder estatal diante do (c) monopólio que esse (Estado) passou a exercer sobre ele (poder). Essa centralização da jurisdição é tamanha que suscita o Direito, nesse período, carrega, consigo, a ideia de jurisdição; ela se calificou como o principal pilar de sustentação do Estado na Modernidade – ou seja, ele tão somente se manteve por conta do controle que passou a exercer, o que foi possível,

1 Exemplificativamente, para dimensionar isso, veja a sua manifestação no período da *Ordo Iudiciorum Privatorum*. Cf. TUCCL, José Rogério Cruz e; AZÉVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do Processo Civil romano*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 36.

2 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 1: processo de conhecimento. p. 23/24.

3 Recortando-se o medievo na perspectiva da Europa Ocidental, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (\_\_\_\_\_. **Maquiavel, “O Príncipe” e a formação do Estado Moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 24/25), depara-se com as três principais características desse período: (a) a organização social feudal, (b) a onipresença do catolicismo e (c) as invasões bárbaras (*völkerwanderung*). Fala-se, portanto, de um período em que o poder se encontrava fragmentado, permitindo, como pontua Hermann Heller (\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 159), que a Igreja expressasse posição monista acerca do “poder estatal” e as invasões, por sua vez, uma mera decorrência da ausência de um exército centralizado.

senão, pela jurisdição. Daí a consolidação em via dupla entre Estado-jurisdição.<sup>4</sup>

Inexoravelmente, em uma análise fenomenológica, desde a tripartição de poderes (Maquiavel e Locke), não há como afirmar que, na atualidade, a estrutura do Estado se manteve inerte/sem qualquer modificação desde aquele período. Paulatinamente, esses rabiscos começaram a ganhar contornos mais definidos. A jurisdição não foge dessa constatação. Ela sofreu modificações que a melhor posicionou dentro da estrutura do Estado, com melhor delimitação e um genuíno microsistema (no seu âmbito) para geri-la (o qual chamamos de Poder Judiciário)<sup>5</sup>. O curioso é que, embora modificada, a jurisdição nunca perdeu a sua via dupla com o Estado. Seja em uma perspectiva infraestatal ou supraestatal/transnacional, todas as manifestações jurídicas (dessas configurações) que lembram a jurisdição, são outra coisa (inclusive, ainda, sem definição), menos jurisdição, afinal, carecendo da figura do Estado, carece, também, a fonte imperativa para a aplicação legislativa e criação do direito. Evidentemente, não se está construindo essa narrativa na mera perspectiva etimológica do termo “jurisdição”. Oscar J. Plácido e Silva<sup>6</sup> sustenta que a jurisdição consiste na atividade de administrar a justiça. Concorde-se com Celso Neves<sup>7</sup> sobre a insuficiência desse vocabulário para dimensioná-la atualmente. Mesmo assim, é claro a inderrogável presença do Estado para a existência da jurisdição (fonte do poder que administra a ordem social), no entanto, o problema (para nós) está noutra face: sua função e atividade.

A partir desses prolegômenos, adentrando-se no assunto, pode-se afirmar que, para o Brasil, a doutrina processual moderna italiana é fundamental para compreender as balizas epistemológicas sobre a nossa ideia de jurisdição, especialmente, os conceitos propostos por Chiovenda e Carnelutti<sup>8</sup>, os quais influenciaram diversos autores nacionais e a nossa Teoria Geral do Processo brasileira. Antes, sobre a teoria dos italianos, respectivamente. Giuseppe Chiovenda<sup>9</sup>, compreende que a jurisdição “consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade alheia pela atividade de órgãos públicos, afirmando a existência de uma vontade da lei e colocando-a, posteriormente, em prática”<sup>10</sup>. Para ele, portanto, a soberania do Estado pressupõe a

4 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 1: processo de conhecimento. p. 23/24.

5 “Principalmente em países que adotam o sistema de jurisdição uma (em que toda jurisdição estatal é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário) avulta importância do ‘terceiro Poder’, a quem é confiada a tutela aos titulares de direitos subjetivos até mesmo contra o Poder Público. Os direitos fundamentais, formulados pela Constituição mediante normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida só podem ser reconhecidos, positivados e efetivados pelos tribunais. É perante o Poder Judiciário portanto que se pode efetivar a correção da imperfeita realização automática do direito ilusórios seriam os direitos que a ordem jurídica substancial confere aos indivíduos, se não pudessem ser reivindicados e defendidos em juízo”. DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 187/188.

6 SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 802.

7 NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 26-28.

8 Para além das balizas metodológicas deste ensaio, não se deve esquecer autores como Allorio, Calamandrei e outros teóricos italianos (ainda que suas teorizações versem em temas que se correlacionam com a jurisdição).

9 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2. p. 11.

10 Esse conceito é, por ele, dimensionado em outra oportunidade; vai dizer que: “a noi sembra che ciò che è caratteristico della funzione giurisdizionale sia la sostituzione di un’attività pubblica ad una attività altrui. Questa sostituzione avviene in due modi, corrispondenti ai due stadii del processo, cognizione ed esecuzione. [...] Nella cognizione, la giurisdizione consiste nella sostituzione definitiva e obbligatoria dell’attività intellettuale del giudice all’attività intellettuale non sono delle parti ma di tutti i cittadini nell’affermare esistente o non esistente una volontà concreta di legge concernente le parti. [...] Quanto all’attuazione definitiva della volontà accertata, se si tratta di una volontà che non

atividade legislativa e a atividade judiciária. Essa se apresenta de duas formas: (1) o magistrado atuando a vontade abstrata da lei, de modo a concretizá-la no caso; e (2) o administrador (executivo) cumprindo a lei objetiva (viabilizando políticas públicas para o bem comum da sociedade). O primeiro, vê na lei o fim, o segundo, por sua vez, mantém-se na lei. Em Carnelutti, encontramos um sistema extremamente complexo. Com a sua densa produção bibliográfica e pelo vasto tempo de academia, Francesco Carnelutti desenvolveu todo um sistema em cima da ideia de jurisdição, de processo e de suas instituições – é teórico, por exemplo, que possui três fases de pensamento durante a sua vida. Não obstante e não menosprezando o seu trabalho, opta-se pela sintetização da sua proposta a partir do seu ponto de maior difusão na academia: justa composição da lide. A atividade jurisdicional se direciona à composição do conflito de interesses publicizado. A lide, representada pela pretensão de um e da resistência por outrem, é elemento fundamental para a existência da atividade jurisdicional. Portanto, o Estado organiza a jurisdição como ferramenta de pacificação de conflitos.<sup>11</sup>

Longe de querer estabelecer lógica, acordos e desacordos entre as concepções apresentadas acima, quer-se demonstrar um ponto que é inegável a estas: a finalidade da jurisdição jamais foi outra a não ser a de resolver disputas. Embora, hoje, no Brasil, correntes hodiernas da Teoria do Processo busquem estabelecer uma repaginação/ressignificação (como exemplo os processos estruturais), esses influxos ainda nos são muito presentes. Isso não é de difícil constatação. Explica-se. Com a vinda de Enrico Tullio Liebman ao Brasil, no final do século passado, as teorias italianas foram amplamente recepcionadas em solo pátrio (especialmente pela escola paulista de processo) e, mais ainda, infundidas na nossa Teoria Geral do Processo (a qual, à época, era embrionária)<sup>12</sup>. O exemplo da influência desses pensamentos da corrente moderna italiana está na teorização desenvolvida por Cândido Rangel Dinamarco: equilibrando os pensamentos de Chiovenda e de Carnelutti, afirma que a jurisdição é a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”<sup>13</sup>.<sup>14</sup> Esse pensamento foi unido com os dos saudosos Ada Pellegrini Grinover<sup>15</sup> e Antonio Carlos de Araújo Cintra, em sua clássica “Teoria Geral do Processo” e pela magnitude da obra<sup>16</sup>, bem como, pelo seu papel na doutrina

*può eseguirsi che dagli organi pubblici, questa esecuzione in sè non è giurisdizione: così non è giurisdizione l'esecuzione della sentenza penale. Ma quando si tratta di una volontà di legge che deve eseguirsi della parte in causa, la giurisdizione consiste nella sostituzione dell'attività materiale degli organi dello Stato all'attività dovuta, sia poi che l'attività pubblica abbia solo per scopo di costringere l'obbligato ad agire, o che miri direttamente al risultato dell'attività dovuta”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovane, 1965. p. 296/297*

11 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1936. v. 1: Funzione e composizione del processo. p. 131/132.

12 MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do Processo Civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010. p. 109-130. p. 114-116

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1. p. 309.

14 Muito similar ao pensamento de: Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 67.

15 Tome-se nota de que em obra publicada em estágio mais avançado de sua vida, Ada Pellegrini Grinover infundiu a ideia de formas consensuais de resolução de conflitos em sua teoria originária. Cf. \_\_\_\_\_. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

16 Cf. VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Prefácio. In: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini;

processual brasileira<sup>17</sup>, é comum, até hoje, a ideia de que a jurisdição, no Brasil, representa “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”<sup>18</sup>.

A opção pela escolha da tríade processual de São Paulo não exclui as demais<sup>19</sup> concepções que também trabalham com a ideia da jurisdição como atuação do Estado para resolução de conflitos por uma forma (poder-função-atividade), mas sintetiza o giro teórico que demandaria artigo próprio para demonstração. Embora as afirmações propostas neste primeiro momento sejam em tom firme, não se está criticando os formuladores desse pensamento, tampouco aqueles que o aderem, quando, sim (e tão somente), fazendo uma constatação epistemológica desse sentido que se denomina “clássico” da jurisdição: em nossa cultura jurídica, é quase ofensivo remexer em um dos três pilares, poder-função-atividade, da jurisdição que galgam na definição anteriormente exposta. Inegavelmente, seja positivo ou negativo, isso se calcificou no direito brasileiro a ponto de que novas formulações teóricas desenvolvidas em solo pátrio devem tomá-la de plano de fundo e não, meramente, afrontá-la.

### 3 O MODELO DA *STRUCTURAL LITIGATION* (PROCESSOS ESTRUTURAIS E MEDIDAS ESTRUTURANTES)

Para o tema processos estruturais e medidas estruturantes, *Brown v. Board of Education of Topeka* U.S. 483<sup>20</sup> (1954 e, posteriormente, em *Brown II* de 1955) é fenomenologicamente pórtico. Trata-se de um dos casos mais importantes<sup>21</sup> da história recente dos Estados Unidos da América, responsável<sup>22</sup> por promover uma ruptura de pa-

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 5/6

17 Em mesmo sentido: Cf. GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 32/33

18 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 131.

19 Exemplificativamente: Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30. Cf. PANCOTI, José Antonio. **Institutos fundamentais de direito processual: jurisdição, ação, exceção e processo**. São Paulo: LTr, 2002. p. 76. Cf. TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigo. **Curso avançado de Processo Civil**. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. v. 1. p. 112. Cf. SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 81. Cf. LIMA, Fernando Antônio Negreiro. **Teoria Geral do Processo Judicial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 235. Cf. DANTAS, Franciso Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Método. p. 92.

20 A compreensão desse processo pressupõe a imersão no cenário estadunidense da década de cinquenta do século passado e versa acerca da segregação racial no seu sistema, especialmente, o de ensino. Nessa época, como lembra Nathan Aaseng (\_\_\_\_\_. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994. p. 39), no estado americano do Kansas, vigia uma lei que possibilitava que cidades com mais de quinze mil habitantes optassem por segregar ou não as suas escolas. O sistema existente em Topeka (KS) era pela segregação das escolas, ou seja, não se era permitido que negros frequentassem as mesmas escolas que brancos. Diante dessa contextualização é que se insere o caso de Linda Brown, uma criança negra, a qual, diante da vigência dessa lei, não podia frequentar as diversas escolas existentes próximas de sua residência; diariamente, Linda Brown era obrigada a atravessar toda a cidade para chegar à sua escola. Buscando remanejá-la para uma escola próxima de sua residência, a situação foi exposta para as autoridades escolares locais, as quais, porém, não atenderam a solicitação. *Brown v. Board of Education of Topeka* surge com o ajuizamento de uma demanda, em face do Conselho de Educação estadual (*Board of Education of Topeka*) com a intenção de possibilitar que Linda Brown pudesse frequentar uma escola próxima de sua residência. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 121. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, diante do caso levado ao seu conhecimento, a partir de uma interpretação na Décima Quarta Emenda Constitucional (*Everyman's Constitution*), de 1868, defendendo-se a igualdade em seu mais amplo sentido, julgou e assegurou o direito de Linda Brown de frequentar uma escola que tão somente poderia ser, até então, frequentada por alunos brancos. A partir desse julgamento, encerra-se a doutrina do *separate but equal* e se permite aos negros o direito de frequentar as mesmas escolas que os brancos. JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; \_\_\_\_\_. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 853-872. p. 861.

21 APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 246-251.

22 SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 76. “A decisão unânime da Suprema Corte no caso *Brown* causou enorme impacto na sociedade norte-americana, contribuindo para modificar, com profundidade poucas vezes vista, o comportamento de uma nação no presente e futuro”.

radigma pela interferência completa na vida humana.<sup>23</sup> Owen Fiss afirma que se deu, a partir da decisão no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, o surgimento de uma nova forma de *adjudication*, a *structural reform*.<sup>24</sup> Fala-se na significação atribuída pelas decisões do Poder Judiciário a determinados valores públicos.<sup>25</sup> Levando-se em conta o panorama jurídico estadunidense, Fiss propõe dois modelos de *adjudication*: o (1) *dispute resolution* e o (2) *structural litigation*. Analisando-os respectivamente, (1) o primeiro (*dispute resolution*) sustenta a ideia de que a *adjudication* serve como forma para restaurar o *status quo* do caso; ligando-se com os indivíduos, abarcando-se valores, esse modelo isola o Poder Judiciário em relação aos Poderes Executivo e Legislativo – este, visto no tópico anterior deste artigo. (2) O segundo (*structural litigation*), por seu turno, contempla o Poder Judiciário no governo; fala-se de entidades sociológicas que visam mais em valores públicos.<sup>26</sup> A ligação entre o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* e a *structural reform*, por meio da resignificação com ampliação (epistemológica) da *adjudication*, está na constatação de que a implementação da decisão da Suprema Corte estadunidense necessitava, porém, da implementação de medidas para o seu cumprimento e, especialmente, a sua perpetuação.<sup>27</sup> Nesse sentido, o Poder Judiciário é, em verdade, colocado em uma posição em que passa a ter de enfrentar organizações demasiadamente burocráticas para a obtenção desse resultado, inclusive, muitos dos desafios emergem a partir da transformação da realidade social existente para a harmonização com a decisão judicial.<sup>28</sup>

O modelo da *structural litigation* consiste em um mecanismo de reestruturação institucional. Explica-se. Diferentemente do que se tem no modelo de resolução de disputas, com a imposição isolada à parte especificada e em proposta retroativa ao problema, por ela, denunciado ao Poder Judiciário, neste outro modelo, tem-se um conjunto de medidas para ajustamento prospectivo.<sup>29</sup> Além do caso de segregação

23 JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; \_\_\_\_\_. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 853-872. p. 858.

24 FISS, Owen M. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 761. “On a bright morning in 1954, the Supreme Court of the United States handed down this decision *Brown v. Board of Education*. As a purely technical matter, the Court ruled unconstitutional the system by which students were assigned to school on a racially segregated basis. More fundamentally, it compelled the liquidation of a racial caste system that scarred the United States for over two centuries and it placed the federal judiciary at the helm of this reconstructive endeavor. What emerged was a new form of adjudication – what I have called structural reform”.

25 Cf. FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure**. New York: Foundation Press, 2003. p. 287/288. “Adjudication is the process by which the values embodied in an authoritative legal text, such as the Constitution, are given concrete meaning and expression. In my judgement, this has always been the function of adjudication, clearly embraced and legitimated by Article III of the Constitution, and continuous with the role of courts under the common Law, but within recent decades a new form of adjudication has emerged. [...] This new form of adjudication is largely defined by two characteristics. The first is the awareness that the basic threat to our constitutional values is posed not by individuals, but by the operations of large-scale organizations, the bureaucracies of the modern state. Secondly, this new mode of litigation reflects the realization that, unless the organizations that threaten these values are restructured, these threats to constitutional values cannot and will not be eliminated. For this reconstructive endeavor, the traditional universe of legal remedies – the damage judgement or the criminal prosecution – are inadequate. The injunction is the favored remedy. It is not used, however, as a device for stopping some discreet act, as it might have been in other time, but instead is used as the formal medium through which the judge directs the reconstruction of a bureaucratic organization. [...] This new mode of litigation, which I call ‘structural reform’, represents an important advance in the understanding of modern society and the role of adjudication. The bureaucratic character of the modern state and the public dimensions of the judicial power are properly acknowledged”.

26 FISS, Owen M. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 762-764.

27 FISS, Owen M. **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós e coordenação de tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 27/28.

28 JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; \_\_\_\_\_. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 853-872. p. 856.

29 VITORELLI, Edilson **Processo Civil estrutural: teoria e prática**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 64/65.

racial mencionado, veja-se esse modelo a partir do emblemático caso da Ação Civil Pública do Carvão (93.800533-4/1993), em Criciúma (Santa Catarina), ajuizada pelo Ministério Público Federal (no ano de 1993), visando a imposição da realização e concretização de um plano para recuperação ambiental da área degradada pela atividade de mineração. Em 2000, foi proferida sentença (transitada em julgado em setembro de 2014) determinando que os réus, em seis meses, oferecessem um plano de recuperação da área em três anos (mediante observação de cronograma de execução mensal de etapas) – depósito de rejeitos, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água etc. Diante da complexidade da matéria, a execução da decisão se deu em várias fases (e procedimentos autônomos): (1) primeira fase (2000 a 2004), consistiu na obtenção de informações para subsidiar medidas concretas posteriores; (2) segunda fase (2004 a 2005), estabelecimento de estratégia para o enfrentamento do problema (curto, médio e longo prazo); (3) terceira fase (2006 a 2009), apresentação dos projetos (pelos réus), conforme padronização indicada na fase anterior, viabilizando a cobrança de medidas concretas com prazo específico; (4) quarta fase, implementação dos cronogramas e projetos de recuperação ambiental.<sup>30</sup> O exemplo da Ação Civil Pública do Carvão serve, no viés deste tópico, para demonstrar que o processo desenvolvido no modelo da *structural litigation*, portanto, objetiva resolver, por meio de reformulação, o mau funcionamento de uma estrutura (instituição, política ou programa) – sendo esse o causador do litígio.<sup>31</sup>

Os processos estruturais pressupõem a existência de um problema estrutural<sup>32</sup>, isso é, de um estado de desconformidade estruturada ou de uma situação em que se observa a ilicitude<sup>33</sup> de maneira contínua e permanente, necessitando-se de uma reorganização/reestruturação do próprio sistema a fim de que, com isso, alcance-se o estado ideal de coisas (objetivo imediato do processo estrutural). Designa-se como decisão estrutural (*structural injunction*) aquela com a qual se pretende atingir esse objetivo do processo estrutural. Trata-se de uma decisão de cunho complexo que prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto, indicando o resultado que se espera alcançar, bem como homologando ou decidindo estruturalmente<sup>34</sup> a forma como se logrará nes-

30 ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: \_\_\_\_\_; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 1047-1069. p. 1054-1059. Há site publicado na internet para divulgação das informações e etapas da recuperação: <<http://acpcarvao.com.br/>>. Acesso em: 6 maio 2022.

31 VITTORELLI, Edilson **Processo Civil estrutural: teoria e prática**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 68-74.

32 DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicado ao Processo Civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 423-461. p. 427/428. “Há um problema estrutural quando, por exemplo: (i) o direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais é afetado pela falta de adequação e de acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos numa determinada localidade; (ii) o direito à saúde de uma comunidade é afetado pela falta de plano de combate ao mosquito *aedes aegypti* pelas autoridades de determinado município; (iii) o direito de afrodescendentes é afetado pela falta de previsão, em determinada estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dessa comunidade; (iv) a dignidade, a vida e a integridade física da população carcerária são afetadas pela falta de medidas de adequação dos prédios públicos em que essas pessoas se encontram encarceradas”.

33 Neste particular, uma observação acerca da situação ilícita: os problemas estruturais podem ou não ter uma origem em uma situação ilícita; mesmo que seja comum, poderão existir situações em que a ilicitude não esteja presente na gênese da sua formação, aliás, a presença de uma situação ilícita em um problema estrutural pode até mesmo não ocorrer após a sua formação, ou seja, pode ser (ou não) que a partir do problema estrutural surjam situações ilícitas (ilicitude estrutural).

34 A via da consensualidade é totalmente aceita no processo estrutural. Para tanto basta uma analisada no Projeto de Lei 8.058/14 que trabalha com o tema do processo civil de interesse público, uma tentativa legislativa de regulamentar, em parte, o que se estuda

se resultado que promoverá, ao fim, a reforma estrutural (*structural reform*) esperada. Com base, especialmente, na indicação desses elementos (problema estrutural e decisão estrutural) e na forma da sua relação com os processos estruturais, pode-se falar que ele, o processo estrutural, é caracterizado por: (1) estar pautado na discussão sobre um estado de desconformidade (em relação ao ideal de coisas), com ou sem a presença de uma situação ilícita; (2) buscar promover a transição desse estado de desconformidade para o ideal de coisas por meio de uma reestruturação do sistema; (3) seu desenvolvimento ser realizado a partir de um procedimento bifásico (reconhecer e definir o problema estrutural e estabelecer um programa que vise a reestruturação a fim de se atingir o estado ideal de coisas); (4) seu desenvolvimento em um procedimento caracterizado pela sua flexibilidade intrínseca<sup>35</sup>; e, (5) pela consensualidade<sup>36</sup>. Pode-se falar, ainda, em caráter exemplificativo, dada as divergências existentes e a dinâmica do litígio, em outras três características típicas dos processos estruturais, essenciais ou não: (1) a multipolaridade<sup>37</sup> (diversos posicionamentos que, em muitas situações, estão em posições antagônicas); (2) a possibilidade de que ele não seja coletivo<sup>38</sup>; e, (3) a complexidade<sup>39</sup>.<sup>40</sup>

hoje de processo estrutural. BRASIL. PROJETO DE LEI 8.058/14. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01tp2juk4dw3v660gx6y59axf4635318.node0?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01tp2juk4dw3v660gx6y59axf4635318.node0?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014). Acesso 6 de maio de 2022.

35 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicado ao Processo Civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 423-461. p. 438. “É absolutamente inviável estipular previamente os circuitos procedimentais adequados ao desenvolvimento do processo estrutural, tendo em vista a extrema variância dos tipos de litígios estruturais. Como constata Jordão Violin, ‘variando o objeto da ação, variam também as adaptações procedimentais necessárias à proteção do bem da vida. A tutela do direito à saúde, à habilitação ou à erradicação do trabalho infantil, por exemplo, exigirá medidas diversas daquelas adotadas para a dessegregação das escolas’. Em razão disso, podemos afirmar que existe – e deve existir – certa flexibilidade intrínseca ao procedimento pelo qual se desenvolve o processo estrutural. Essa flexibilidade do processo estrutural deve ser assegurada (i) pela utilização de um procedimento bifásico, aproveitando-se o *standard* do processo falimentar; que lhe pode servir de base em razão da previsão legal expressa da possibilidade de fracionamento da resolução do mérito (arts. 354, par. ún., e 356, CPC); e (ii) pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como a que atenua as regras da congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda, a ampliação do regime de participação no processo, a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC), a atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV, e art. 536, § 1º, CPC), a atipicidade dos instrumentos de cooperação judiciária (art. 69, CPC)”.

36 Sobre: Cf. LAMEGÓ, Gustavo Cavalcanti. Técnicas de cooperação judiciária nacional aplicadas a processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 491-518.

37 ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses coletivos. In: \_\_\_\_\_; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 1071-1096. p. 1071/1072. “Provavelmente, uma das características mais marcantes do litígio estrutural é a multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio. Ao contrário do litígio tradicional, de estruturação bipolar – ou seja, com dois polos bem definidos, um buscando algo e outro resistindo a essa pretensão – o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado. Pensar, por exemplo, na discussão a respeito de uma política pública ou na intervenção judicial no domínio econômico, certamente revela essa característica. O conflito, nesses casos, não pode resumir-se a uma pretensão de A, que se sujeita à resistência de B. Nesses conflitos, concorrerão diversos interesses, de uma multiplicidade de sujeitos, com pontos de vista concorrentes ou divergentes, e que sem dúvida merecem ser ouvidos e ponderados para a adequada solução do litígio”.

38 Levando em consideração o conceito apresentado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., de que “coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica”, entendemos que é possível que uma ação individual seja de natureza estruturante. Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, v. 229. p. 273. Veja-se, por exemplo, a seguinte situação: “imagine que um sujeito, portador de deficiência ou com mobilidade reduzida, ingresse com ação individual para, com base nos direitos que lhe são assegurados pela Lei n. 10.098/2000, exigir que determinados edifícios públicos ou privados, de uso coletivo, aos quais precisa ele recorrentemente ter acesso (como sua faculdade, o hospital do seu bairro, o banco no qual possui conta corrente etc.), sejam obrigados a promover reformas para garantir a acessibilidade prevista em lei. Essa é tipicamente uma ação individual, mas que tem inequívoca natureza estruturante. Sua causa de pedir consiste na afirmação de uma situação de desconformidade, por uma permanente inobservância da legislação que impõe se promova a acessibilidade desses lugares”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicado ao Processo Civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 423-461. p. 435/436.

39 Cf. OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada”: decisões estruturantes e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 463-490.

40 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicado ao Processo Civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 423-461. p. 426-430.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste breve escrito, espera-se ter demonstrado, sem a intenção de exaurir a matéria – vale reforçar –, que cada modelo tratado em tópico próprio possui as suas próprias características que os definem. O primeiro, o modelo da resolução de disputas, comumente associado como se fosse “jurisdição” – o que não é, afinal, cerceia a dimensão epistemológica dessa instituição –, trabalha com a lógica da atuação retroativa, e imposição isolada, às situações conflituosas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. O segundo, o modelo da *structural litigation*, consiste em um mecanismo de reestruturação institucional, um conjunto de medidas para ajustamento prospectivo ao mau funcionamento de uma estrutura. Cada modelo tem os seus próprios desafios, como, exemplificativamente, a presença de enrijecimento ao desenvolvimento da tríade “poder-função-atividade” pela má-dogmática jurídica, afetando a melhor contextualização do primeiro modelo, enquanto, para o segundo, no caso do direito brasileiro, o aperfeiçoamento teórico (o que vem ocorrendo) para melhor inserir a proposta contida nele em sincronismo com esse sistema.

## REFERÊNCIAS

AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: \_\_\_\_; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 1047-1069.

\_\_\_\_. Processo multipolar, participação e representação de interesses coletivos. In: \_\_\_\_; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 1071-1096.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1936. v. 1: Funzione e composizione del processo.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovane, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicado ao Processo Civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 423-461.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

\_\_\_\_\_; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carri-  
lho Lopes. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

FISS, Owen M. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduar-  
do Ferreira. **Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus-  
Podivm, 2007.

\_\_\_\_\_. **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Consti-  
tuição e sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros  
Rós e coordenação de tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Editora Revista  
dos Tribunais, 2007.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São  
Paulo: Mestre Jou, 1968.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em  
*Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; \_\_\_\_\_. **Processos Estrutu-  
rais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2021. p. 853-872.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: TELLINI,  
Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efe-  
tividade processual: novos rumos do Processo Civil brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum,  
2010. p. 109-130.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense,  
1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Maquiavel, “O Príncipe” e a formação do Estado Moderno**.  
Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora  
Revista dos Tribunais, 2003. v. 1: processo de conhecimento.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Foren-  
se, 2003.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de  
Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VITORELLI, Edilson **Processo Civil estrutural: teoria e prática**. 2. ed. rev. e atual. Sal-  
vador: JusPodivm, 2021.

# **CAPÍTULO 10**

---

## **COMPLIANCE NO AMBIENTE NEGOCIAL**

José Roberto de Castro Neves<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.10

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio) e da Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

“Confiança é bom, mas controle é melhor”, teria dito o ditador Stalin. Evidentemente, seria melhor se vivêssemos em um mundo no qual bastasse a confiança entre as pessoas. Talvez ainda cheguemos lá. Talvez jamais. Haverá sempre quem, por algum motivo, busque burlar as regras ditadas pela sociedade, ou almas desconfiadas que, tal como São Tomé, precisem ver para crer.

Enquanto aguardamos o tempo em que a confiança se revele suficiente, ficamos condenados ao controle. No ambiente negocial, a falta de monitoramento já causou (e ainda causa) abomináveis consequências. Não é difícil imaginar, por exemplo, que o uso de pessoas jurídicas sediadas em jurisdições de frouxa fiscalização seja uma forma simples de burlar normas. Na medida em que, em regra, a regularidade de uma pessoa jurídica é aferida segundo a lei do país no qual ela foi constituída, um meio de escapar do controle – tanto fiscal quanto do objeto da atividade – consiste em celebrar negócios valendo-se de pessoas jurídicas com sedes em países mais “maleáveis” quanto a sua atuação.

Com efeito, dependendo da jurisdição, há cuidados maiores ou menores com a atividade da pessoa jurídica. São conhecidos os denominados “paraísos fiscais”, nos quais as autoridades locais pouco ou nada regulam a atividade das pessoas jurídicas nele constituídas. Há, ainda, como evitar que se conheça o verdadeiro proprietário das ações dessas sociedades. Abre-se, dessa forma, uma avenida para ocultação de patrimônio, lavagem de dinheiro, entre outros variados tipos de fraude. Mas esse é apenas um dos males decorrentes da falta de controle.

Para garantir a paz social, estamos condenados a obedecer e a seguir regras. Alguma forma de sanção ou reprimenda é o destino de quem viola esses preceitos sociais ou legais. Na sofisticação do Estado, a fim de reprimir e evitar o desrespeito às normas legais, desenvolveu-se o conceito de verificação precedente de adequação de conduta. Pretende-se, com isso, prevenir algo errado, estabelecendo *ex ante* determinadas regras de conduta. Dessa forma, observa-se se a pessoa se encontra em conformidade com certos procedimentos para evitar que, no futuro, cometa algum ilícito.

A ideia de *compliance* – proveniente do verbo inglês *to comply*, traduzido como “conformidade” – significa estar de acordo com uma regra, uma instrução interna, um comando. As pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, devem seguir determinados padrões, que evitarão ou, ao menos, dificultarão uma conduta considerada errada.

Acredita-se que, se uma pessoa agiu corretamente, seguindo boas práticas, a tendência é a de que ela não cometerá ilegalidades. Ao revés, aquele que realiza uma série de atos irregulares e ilegais, atuando sem transparência, terá mais probabilidade,

até mesmo pelo hábito, de seguir uma conduta reprovável. Em outros termos, *compliance* é o “ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal”.<sup>1</sup>

Em 2002, Steven Spielberg dirigiu um filme de ficção científica, estrelado por Tom Cruise, chamado de “*Minority Report*”, o qual retrata a atuação do departamento da polícia de “Pré-Crime”, exatamente porque consegue antever os ilícitos por meio de informações colhidas de videntes (os “*precogs*”). O pano de fundo do longa metragem é a discussão sobre o livre arbítrio, mas também como uma forma de prevenir o crime antes que ele ocorra. A ideia de *compliance* é a mesma.

Pelo *compliance*, busca-se estabelecer regras de comportamento e condutas. Na medida em que se observam esses preceitos, dificulta-se a ocorrência de atos indesejados. Cria-se, na verdade, uma “autorregulação regulada”, de modo que há a correlação entre “as práticas empresariais e os parâmetros de cumprimento normativo ditados pelas autoridades públicas”.<sup>2</sup> Há quem entenda, no entanto, que seria uma fragmentação normativa, porquanto a empresa estaria submetida a uma série de normas internas e externas.<sup>3</sup> De todo modo, um avanço que permite aos *players* maiores condições de atuação em um mercado guiado pela seriedade.

Imagine-se uma empresa com muitos funcionários. Interessa a ela que não sejam cometidos atos indevidos por essa gama de pessoas que atuam em seu nome. Para facilitar esse controle, a empresa estabelece normas de *compliance*, cuja observância se impõe a todos. Estabelece-se, por exemplo, que os funcionários não podem receber presentes de clientes ou, ainda, que estão proibidos de trabalhar quando ingerem bebidas alcóolicas. Ao determinar que essas regras sejam observadas, há um gerenciamento de possíveis riscos, diminuindo a chance de algo inadequado ocorrer.

## 2 AS RAÍZES DO COMPLIANCE E O SEU IMPACTO MUNDIAL

Os Estados Unidos foram o país precursor dessa forma de prevenir ilegalidades. Não apenas internamente – pois criou, para pessoas jurídicas estabelecidas naquele país, uma série de regras de transparência –, mas também nas relações internacionais.

Com a intensificação do processo de globalização, entre as décadas de 70 e 90, e, conseqüentemente, com o crescimento das transações comerciais internacionais, passaram a ser mais frequentes casos de corrupção no âmbito internacional. O de-

1 MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil**. São Paulo: Saint Paul, 2008, p. 15.

2 SUNDFELD, Carlos Ari. **Compliance**: uma Reflexão sobre os Sistemas de Controle nos Setores Público e Privado. In: FGV, Cadernos FGV Projetos, ano 11, n. 28, nov. 2016, p. 93.

3 NASCIMENTO, Victor Hugo Alcade do. **Os desafios do compliance contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1003/2019, p. 51-75.

envolvimento tecnológico faz nascer novos canais de transferência de informações antes não imaginados. Surgem novos riscos. Os americanos perceberam que não era suficiente promover apenas a regulação interna, na medida em que, mesmo as sociedades americanas, quando atuavam no exterior, valiam-se das regras locais “menos cuidadosas”.

Pensando nisso, em 1977, os Estados Unidos promulgaram a “*Foreign Corrupt Practices Act*” – normalmente designada por suas iniciais: FCPA –, como “parte da reação da opinião pública ao escândalo de propinas pagas pela *Aircraft Corporation* para funcionários públicos estrangeiros, de vários países aliados, à época da Guerra Fria”<sup>4</sup>, popularmente conhecido como “escândalo Lockheed”, e, sobretudo, como resposta ao “escândalo Watergate” – um esquema de espionagem na sede do partido democrata em Washington, pelo partido republicano, durante a campanha eleitoral de 1972 –, levando à renúncia o presidente Richard Nixon, sem saída após evidências de que sabia das operações ilegais e tentou atrapalhar as investigações.

A norma visa a dar transparência aos registros de companhias americanas, mesmo que elas atuem, por subsidiárias, no exterior. Em outras palavras, exige-se que subsidiárias de sociedades americanas – ainda que seu controle seja submetido a jurisdições de outros países – apresentem às autoridades americanas seus números e livros, com toda transparência e rigor a que elas estariam sujeitas se fossem sediadas e constituídas na América. Ao fim, a norma tem por objetivo coibir a prática de corrupção entre partes que, de algum modo, se relacionem com os Estados Unidos. Em caso de violação, a FCPA prevê cominação de multa e, em casos extremos, penas privativas de liberdade.

Mais tarde, em 1991, a *United States Sentencing Commission* – uma agência independente do governo dos Estados Unidos responsável por indicar diretrizes para a aplicação de sanções por parte das autoridades norte-americanas – publicou o *Supplementary Report On Sentencing Guidelines for Organizations*, na qual estabelece a base para a implementação de programas de *compliance*, por meio de alguns requisitos que devem ser observados.

Dessa forma, todas as sociedades devem estar, como se diz, em “conformidade”. A partir da experiência norte-americana, surgiram, na comunidade internacional, regras de *compliance*, como reflexo da preocupação da comunidade internacional. São exemplos a Convenção sobre Combate de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 1997; a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, de 1999; e a Convenção Interamericana contra a corrupção,

<sup>4</sup> PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). **Temas anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 42.

da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1996.<sup>5</sup> Desde então, há a promoção internacional – ainda que de forma incipiente – para a adoção de medidas mais consistentes, pelos países signatários, no combate à corrupção, garantindo, inclusive, a cooperação internacional e a recuperação de ativos.

O grande salto, em todo o mundo, em matéria de atenção às regras de *compliance* se deu por conta de um evento histórico. Na manhã de 11 de setembro de 2001, 19 sequestradores tomaram quatro aviões comerciais americanos, dois Boeing 757 e dois Boeing 767, que haviam acabado de decolar dos aeroportos de Newark, Washington D.C. e Boston (deste último, saíram dois aviões). Os sequestradores, numa missão suicida, chocaram duas aeronaves contra as Torres Gêmeas, construção icônica em Nova York, e uma contra o Pentágono, sede do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, em Washington. A quarta aeronave, por conta da rebelião dos passageiros, caiu numa fazenda, na Pensilvânia. Todos os aviões estavam cheios de passageiros. Quase três mil pessoas morreram em decorrência do ataque.

Estarrecido e chocado, o mundo percebeu sua fragilidade. Como seria possível evitar que um grupo fanático se organizasse para cometer atos graves dessa magnitude?

Verificou-se que o atentado fora concebido e executado por um grupo fundamentalista islâmico, que, a partir de então, ganhou fama mundial. As autoridades americanas compreenderam que, para conceber e levar a cabo um plano daquela dimensão, era necessário ter bastante dinheiro. Restava no ar a indagação: como os terroristas circularam com tanto dinheiro dentro dos Estados Unidos, sem que as autoridades americanas tivessem ciência?

Estava clara a necessidade de estabelecer regras mais severas acerca da movimentação de patrimônio. Percebeu-se que havia, no mundo, um poderoso e obscuro canal por onde o dinheiro poderia circular sem qualquer controle.

Muitos países, até na desenvolvida Europa, como a Suíça e Luxemburgo, possuíam um modelo bancário no qual havia pouquíssima fiscalização. Esses “paraísos fiscais”, com o uso disseminado de “empresas de papel”, livres de regulamentação, permitiam que todo tipo de atividade ilegal encontrasse abrigo para depósito e movimentação de valores. Corrupção, terrorismo, tráfico de drogas e armas, ocultação de patrimônio, entre outros desvios. Tudo isso era protegido pela falta de transparência e inspeção. Pelo mesmo canal, circulava toda a riqueza oriunda de atividades ilegais ocorridas no planeta.

Depois do atentado de 11 de setembro, os Estados Unidos decidiram tomar

5 Todos ratificados pelo Brasil, sendo incorporados ao ordenamento jurídico interno pelos respectivos Decretos: Decreto nº 3.678, de 30.11.2000; Decreto nº 5.687, de 31.01.2006 e Decreto nº 4.410, de 07.10.2002.

providências a fim de tornar mais difícil a sobrevivência de pessoas que se valessem desses “buracos negros” de contabilidade. As pessoas deveriam demonstrar que estavam “em conformidade” com os padrões, sob pena de não negociarem com os americanos. Era necessário demonstrar a origem lícita do dinheiro e os propósitos dos negócios.

Essa iniciativa desencadeou colossais mudanças. O mundo inteiro passa a se preocupar com o dinheiro “frio”, aquele sem origem comprovada.<sup>6</sup> Esse cuidado acabava por dificultar todo tipo de negócio ilícito. Países como a Suíça, um importante centro bancário mundial, alteraram radicalmente a sua política, exigindo transparência no seu sistema financeiro, como única forma de garantir sua sobrevivência no comércio internacional.<sup>7</sup> Instituições financeiras ao redor do globo passaram a exigir precisas informações de seus clientes, para se assegurar de que não guardavam dinheiro “sujo”, sob pena de encerrar as contas.

Um grande aliado desse desejo de controlar e conhecer a atividade das pessoas foi a extraordinária revolução da transferência de informações, decorrente dos avanços tecnológicos, que vivemos na atualidade.

A tecnologia permitiu que fossem identificados, com facilidade e rapidez, transferências de dinheiro, nos mais distantes cantos do planeta. Atualmente, é muito difícil que uma operação financeira, independentemente de onde ela ocorra, não seja identificada, tendo em vista que as transferências bancárias se dão por meio virtual e, de alguma forma, esse dado fica armazenado. O avanço tecnológico, na prática, permitiu que se descobrissem contas não declaradas e transferências sem explicação.

No Brasil recente, o reconhecimento de contas bancárias no exterior, cuja fonte era ilícita, garantiu que se pudesse avançar em investigações, como a “Operação Lava-Jato”, levada adiante pelo Ministério Público, a fim de desbaratar esquemas de corrupção, recuperando enormes quantias aos cofres públicos.

Dessa forma, a tradicional visão no ambiente corporativo do “*too big to fail*”, “*too big to jail*” ou ainda, segundo Andrew Bailey<sup>8</sup>, “*too big to prosecute*” – segundo a qual empresas com muita influência política e econômica estariam cobertas por um “manto” que as tornaria ilesas de eventuais fracassos (*v.g.* falência), imunes a qualquer punição e livres de processos judiciais – encontra-se superada. Aos poucos, porém de forma irreversível, no âmbito do comércio internacional, a atenção às regras de *compliance* passou a ser não apenas recomendável, porém mandatória. Muitas empresas, para celebrar negócios, exigem que a contraparte apresente provas de que se vale de

6 Indo ao encontro com essa preocupação global de ajuste de condutas corporativas, a Organização das Nações Unidas editou, em 2003, a “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção” – ratificada pelo Brasil em 2005 (Decreto Legislativo nº 348).

7 Em 2014, a Suíça se uniu ao processo de troca automática de informações financeiras e fiscais da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), contribuindo para o término do sigilo bancário que vigia naquele país.

8 O então chefe do órgão regulador britânico *Prudential Regulation Authority* à época da multa bilionária aplicada ao HSBC por lavagem de dinheiro vinculada a tráfico de drogas ilícitas.

regras de conformidade, tudo a fim de se proteger de eventuais alegações de conivência ou coparticipação em condutas ilícitas.

### 3 O COMPLIANCE NO BRASIL: *QUAE SERA TAMEN*

No Brasil, infelizmente, estamos, na maior parte das vezes, atrasados. Nosso legislador age, não raro, de forma reflexiva. Desde o período colonial, o Brasil assistiu casos de corrupção ou de práticas “menos cuidadosas”, para dizer o mínimo. Até a liberdade, como apontado pelos inconfidentes, chegou tardiamente. A influência do *compliance* internacional para o impulsionamento de uma regulamentação pelo Brasil foi significativa. Em um primeiro momento, as empresas multinacionais sediadas aqui, habituadas ao modelo de *compliance* dos seus respectivos países, introduzem em suas filiais brasileiras regulamentos internos de alinhamento de conduta. Não havia, porém, qualquer dever em sua adoção.

Vestígios tardios do *compliance* em “terras tupiniquins” surgem no âmbito das instituições financeiras, com a Resolução nº 2.554 do Banco Central do Brasil (BACEN), de 24.09.1998, a qual prevê “a implantação e a implementação de controles internos voltados para as atividades por elas desenvolvidas, seus sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais e o cumprimento das normas legais e regulamentares a elas aplicáveis”. A Resolução nº 2.554/98 é um reflexo das regras importadas do Comitê Basileia para Supervisão Bancária de 1975 e da SEC (“*Securities and Exchange Commission*”), órgão norte-americano responsável pela regulação do mercado de capitais.

Em 1998, mais um passo é dado na legislação brasileira de combate à corrupção, com a promulgação da Lei nº 9.613/98 – alterada pela Lei nº 12.683/12 –, popularmente conhecida como “Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro”. Já era possível identificar mecanismos de *compliance*, como a identificação de clientes e manutenção periódica de cadastro (art. 10, I); o registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro (art. 10, II); a criação de políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações (art. 10, III); e a comunicação – independentemente de requisição por parte do órgão competente – sobre operações suspeitas (art. 11).

Mesmo diante dos escândalos históricos de corrupção no Brasil, foi apenas após a promulgação da Lei nº 12.846/13, regulamentada pelo Decreto nº 840/15, que o mecanismo do *compliance* é positivado de forma expressa pelo legislador brasileiro, como método a ser considerado na aplicação de sanções. A partir de então, o *compliance* passa a ser pauta frequente nas empresas, como meio de gerenciamento de riscos e,

por consequência, um requisito fundamental para o “perfil limpo” da empresa perante o mercado.

#### 4 A LEI ANTICORRUPÇÃO: UMA NOVA PERSPECTIVA DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS “EM CONFORMIDADE”

Foi apenas em 01.08.2013 que entrou em vigor a Lei nº 12.846, também chamada de “Lei da Empresa Limpa” ou “Lei Anticorrupção”, dispondo sobre “a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Evidentemente, como trata o artigo 3º da regra,<sup>9</sup> essa responsabilização em nada afeta a situação individual dos dirigentes e administradores dessas pessoas, que seguem sujeitos a sanções.

A Lei “inclui outros atos lesivos contra a Administração Pública, como, por exemplo, fraudar uma licitação, perturbar a realização de um procedimento licitatório público, afastar licitamente por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo e manipular o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração”.<sup>10</sup>

Além de estabelecer padrões de conduta e indicar os atos lesivos à administração pública, notadamente a corrupção e a simulação, a Lei indica severas sanções aos infratores, com multas elevadas, que comprometem a própria vida da pessoa jurídica:

“Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa”

O artigo 7º da Lei nº 12.846/13, ao fornecer os elementos que devem ser levados em consideração para fins de aplicar as sanções previstas na lei, trata do *compliance*. Diz a regra:

“Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;”

Como se vê, a norma legal ressalva que a existência de procedimentos internos de controle funciona para se reduzir as sanções previstas na Lei. Contudo, não foi introduzida a possibilidade de isenção total da responsabilidade da pessoa jurídica diante da existência de mecanismos e de procedimentos adequados de *compliance*, que

<sup>9</sup> “Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade”.

<sup>10</sup> BLOK, Marcela. **A nova lei anticorrupção e o compliance**. São Paulo: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 65/2014, p. 263-318. C

acabaram por fracassar (“*failure to prevent bribery*”), tal como o prevê o *UK Bribery Act*.<sup>11</sup>

O legislador certamente levou em consideração que a pessoa jurídica que adotou esse cuidado, preocupada em não cometer irregularidades, não tinha interesse em agir ilicitamente. Se um de seus funcionários ou representantes, sem o consentimento da pessoa jurídica, agiu mal, ela responde, até mesmo por culpa *in elegendo*, porém com a sanção atenuada.

Pouco depois da promulgação da Lei nº 12.846/13, verificou-se a necessidade de se editar um decreto a fim de especificar quais os programas de *compliance* que deveriam ser considerados como atenuantes da sanção prevista em lei. Isso porque, evidentemente, não era razoável admitir que a mera existência de um programa de integridade, mesmo pobre e malfeito, pudesse funcionar como fator de redução. Era preciso indicar qual o conteúdo deles. Diante disso, adveio o Decreto nº 840, de 18.03.2015, com vistas a tratar do tema.

“Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.”

Em seguida, houve, ainda, a publicação da Portaria Controladoria Geral da União nº 909, de 07.04.2015, que, da mesma forma, tinha o propósito de estabelecer os critérios e parâmetros a serem seguidos pelas pessoas jurídicas, a fim de que os procedimentos de *compliance* fossem considerados como sérios e consistentes, à semelhança do *Sentencing Guidelines for Organizations*.

No entanto, seguir os ditames de *compliance* não é mandatório. Em regra, as empresas não estão obrigadas a editar regulamentos internos a fim de instaurar programas de integridade. Há, todavia, importantes exceções. Além das instituições financeiras,<sup>12</sup> as companhias abertas “emissoras da categoria A” estão sujeitas ao *compliance*, a partir de mecanismos e procedimentos internos de integridade adotados pelo emissor para prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos, nos termos da Instrução nº 480 da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

O movimento de seguir a conformidade, no Brasil, apesar de tardio, foi forte. As sociedades estruturadas, notadamente aquelas com ações negociadas em bolsa,

<sup>11</sup> *UK Bribery Act*, de 01.07.2011, é a Lei Anticorrupção do Reino Unido que regulamenta a responsabilização das pessoas jurídicas com sede no Reino Unido por atos de corrupção, assim como daqueles que realizarem negócios com essas pessoas jurídicas. Para muitos, trata-se do mais rigoroso sistema legal contra a corrupção.

<sup>12</sup> O Banco Central do Brasil editou a Resolução nº 4.595, de 28.08.2017, na qual “dispõe sobre a política de conformidade (*compliance*) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil”, sujeitando às instituições financeiras às regras de *compliance*.

adotaram, sem exceção, programas de conformidade. O mercado se reorganizou.

Em função disso, atualmente, há uma exigência, em maior ou menor grau, de que as pessoas jurídicas sejam “limpas”. Não se quer celebrar negócios com quem esteja relacionado a alguma irregularidade ou ofereça riscos de burlar a lei. Esse cuidado, portanto, ocorre, até mesmo, por questões comerciais. A honestidade passou a ser um ativo importante e um elemento considerado ao escolher com quem contratar. Diante dessa realidade, deixar de seguir métodos e procedimentos internos de integridade tornou-se a exceção.

Nesse contexto, as partes passaram a adotar o conceito de conhecer melhor a contraparte, numa prática que os americanos alcunharam de “*know your client*” ou “*know your customer*” (ou, ainda, simplesmente KYC).

Esse modelo foi, num primeiro momento, abraçado por instituições financeiras, que buscavam evitar que elas servissem como “lavanderia”, isto é, como forma de transformar o dinheiro de origem suja em algo lícito – daí a metáfora, pois se “limparia” o dinheiro. Os bancos passaram a procurar compreender a origem do dinheiro que neles era depositado e qual o destino. Não se admitia que clientes deixassem quantias em dinheiro apenas por pouco tempo nos bancos, desaparecendo em seguida, pois isso era uma forma de esconder patrimônio. Exigiu-se dos possíveis clientes uma série de informações.

Esse cuidado revelava-se pertinente. Afinal, a instituição financeira, em última análise, poderia ser conivente e, em alguma medida, cúmplice do ato irregular. Imagine-se, para dar um exemplo singelo, que uma pessoa usasse sua conta no banco para comprar grande quantidade de drogas ilícitas. A instituição financeira que fizesse isso teria uma vantagem financeira se cobrasse alguma forma de comissão, pois promoveu a operação (de certa forma, embora involuntariamente, a instituição auxiliou o negócio ilícito). Assim, diante do risco de se envolver em atos ilegais, bancos, ao redor do mundo, passaram a adotar regras mais restritas para conhecer seus clientes.

Embora muitas pessoas ainda entendam como invasiva essa política de exposição ao potencial contratante, trata-se de modelo hoje dominante em diversos setores e representa um sinal dos tempos.

Rapidamente, outros ramos de negócios passaram a se valer desses mesmos resguardos. Até mesmo a advocacia, uma atividade na qual se é contratado para defender os interesses de uma pessoa (eventualmente com algum problema ou dificuldade), o cuidado em conhecer o cliente e saber a origem do dinheiro que remunerava o profissional do direito passou a ser um fator considerado.

Pode haver um exagero nesses cuidados? Vale refletir sobre o risco de nego-

ciar com a pessoa “suja”. O que aumenta se ela não segue ou esteja em desconformidade com as boas regras de governança?

Não raro, antes de celebrar um negócio, uma parte solicita a outra que preencha uma declaração, na qual registre suas boas práticas. Comumente, contratantes assinam o que os americanos designaram como “*Representations and Warranties*”, pois há referências de determinadas situações (como, por exemplo, a de que a parte não está envolvida em nenhuma atividade ilegal e não pratica corrupção) e, em seguida, oferecem-se garantias de que as “representações” correspondem a verdade.

No caso de se violar essas “*Reps and Warranties*”, haverá um inadimplemento contratual que pode ensejar, até mesmo, a rescisão do contrato, na forma do artigo 475 do Código Civil,<sup>13</sup> arcando a parte culpada com as perdas e danos. Evidentemente, a consequência para o contrato do descumprimento da “representação” dependerá de uma análise do caso concreto, caso as partes não tenham previsto expressamente no instrumento os efeitos dessa violação.

De toda sorte, mesmo que as partes de um negócio não tenham oferecido, entre si, referências de um comportamento honesto, há, acima disso, a regra geral de boa-fé, que impõe a todos uma conduta leal e transparente. Diante disso, se uma das partes enfrenta uma situação “complexa”, que pode constranger ou prejudicar a contraparte, cabe a ela esclarecer o fato, antes de celebrar o contrato.

Permita-se ilustrar com um exemplo. Um investidor pretende contratar certa empreiteira, para, então, participar de uma licitação. Ocorre que essa empreiteira responde a um processo porque foi acusada de não gerir adequadamente o dinheiro público, em um outro caso, desconhecido pelo investidor. Deve a empreiteira noticiar o fato – a existência do processo judicial no qual sua idoneidade é questionada – ao investidor, mesmo que essa informação não tenha sido solicitada. A existência do processo pode maleficar a pretensão negocial do investidor, de forma que o silêncio da empreiteira, a sua omissão, tem a possibilidade de gerar danos.

O dever de prestar informações dessa natureza existe pelo simples fato de o ordenamento jurídico demandar que as partes atuem de boa-fé, na forma do artigo 422 do Código Civil.<sup>14-15</sup>

Mais especificamente, sobre esse tema de negociar com pessoas que não atentam para regras de conformidade ou mesmo “sujas”, na medida em que respondem por atos ilícitos dessa natureza (como, por exemplo, corrupção), cumpre responder a

<sup>13</sup> “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

<sup>14</sup> “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>15</sup> Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 218-227.

seguinte pergunta: Judas está proibido de contratar? Em outras palavras, uma pessoa que cometeu ou mesmo que esteja cometendo uma irregularidade se encontra proibida de contratar?

Permita-se um exemplo: um empresário corruptor, assim reconhecido pela Justiça, tenta contratar um músico para tocar na festa de casamento de sua filha. Esse músico está proibido de aceitar a oferta de contratar?

Para responder a essa indagação, cumpre, preliminarmente, identificar a diferença entre o mundo jurídico e o mundo comercial. Do ponto de vista jurídico, a pessoa que não segue regras de *compliance* (e mesmo o corruptor) não está incapacitado para os atos da vida civil. Contudo, comercialmente, pode não ser interesse do músico – ou de qualquer outra pessoa – ver-se envolvido com alguém “sujo”. Isso pode criar uma rejeição social, com consequências indefinidas.

Mais especificamente, deve-se promover a análise da natureza e peculiaridade do contrato oferecido pela pessoa “suja”. Essa apreciação passa, inclusive, pela remuneração. Era razoável que a parte soubesse ou desconfiasse que se contribuía para algo “errado”, pois, afinal, estaria “limpando o dinheiro”?

Imagine-se o joalheiro que seja abordado por um político, com a proposta de compra de joias caríssimas, em valor astronômico e incompatível com a remuneração de um político. Para piorar, o político oferece fazer o pagamento em dinheiro vivo e exige que não haja qualquer registro do negócio, ocultando a operação da receita federal. O joalheiro, claramente, contribuiu para que se desse a ocultação de patrimônio. A hipótese, inclusive, se encontra prevista na Lei nº 9.613/98, alterada pela Lei nº 12.683/12:

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.”

O joalheiro do exemplo se protegeria caso declarasse à Receita Federal o negócio com o político. Ficaria mais seguro se exigisse que o pagamento se desse por meio de uma transferência bancária, para uma conta evidentemente declarada e não em dinheiro em espécie. Por fim, para ficar no campo da absoluta segurança, o tal joalheiro poderia optar por não realizar o negócio de vulto com uma pessoa pública, que possivelmente não teria patrimônio ou ganhos compatíveis com o vulto do negócio.

Imagine-se, por fim, a situação de um despachante que prometa conseguir rapidamente uma certidão pública, escapando da demora normal para obtenção des-

ses documentos. Os honorários cobrados são exorbitantes. Parece justo imaginar que parte da remuneração cobrada será destinada a arcar com a propina do funcionário público que cobrou ilicitamente para prestar rapidamente seu serviço? A mera suspeita desse fato, no sentido de que se estaria cometendo um ilícito, pode servir para que se desista de contratar o tal despachante.

Há, pois, uma fronteira entre a mera realização de um negócio e a cumplicidade. Se existe uma justificada preocupação com a origem do dinheiro, natural que se atente também ao seu destino.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS: A EXCEÇÃO SE TORNOU A REGRA

O mundo sempre estará mudando. Práticas antigas são, com o tempo, proscritas. Outros modelos passam a vigorar, não raro com um vigor irresistível. Como no icônico e visionário romance de George Orwell, *1984* – escrito em 1949, quando a Europa ainda catava os cacos da Segunda Grande Guerra –, estamos, hoje, sujeitos a uma vida supervisionada pelo Grande Irmão. Quem não estiver em conformidade com os padrões de governança, perde as oportunidades de se colocar nas relações comerciais e sociais.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BLOK, Marcela. **A nova lei anticorrupção e o compliance**. São Paulo: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 65/2014;

BOTTI, Flávia Bomtempo; RESENDE, Marta Elizabeth de Souza Mendes. **A gestão do compliance como tecnologia promissora para concretização do princípio da eficiência no setor público brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1002/2019;

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz (*et. al.*). **Lei anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013**. São Paulo: Contracorrente, 2019;

DIAS, Ronaldo Mayrnk de Castro Garcia. **Comentários sobre a lei anticorrupção**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016;

FERREIRA, Fábila Duarte. **A prática do compliance como um instrumento empresarial anticorrupção para preservação de empresas**. São Paulo: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 81/2018;

FERREIRA, Luciano Vaz. **Corrupção e negócios internacionais**. São Paulo: Paco Editorial, 2016;

FULLER, Greice Patrícia. **Compliance empresarial e tutela penal na sociedade da informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 996/2018;

MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil**. São Paulo: Saint Paul, 2008;

MARINELA, Fernanda. **Lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015;

MARTINEZ, Maria Beatriz. **Programas de compliance e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil**. São Paulo: Revista do IBRAC, v. 12/2005;

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015;

NASCIMENTO, Victor Hugo Alcade do. **Os desafios do compliance contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1003/2019;

NASCIMENTO, Melillo Dinis do (org.). **Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014;

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). **Temas anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013;

PESTANA, Marcio. **Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013**. Barueri: Manole, 2016;

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei de anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017;

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 988/2018;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Compliance: uma Reflexão sobre os Sistemas de Controle nos Setores Público e Privado**. In: FGV, Cadernos FGV Projetos, ano 11, n. 28, nov. 2016;

TONIN, Alexandre Baraldi. **Compliance: uma visão do compliance como forma de mitigação de responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 983/2017.

# **CAPÍTULO 11**

---

## **A IMPORTÂNCIA DE UM DIREITO PROCESSUAL HERMENEUTICAMENTE ADEQUADO**

Júlia Rodrigues Oliveira Sousa<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.11

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogada. E-mail: julia\_rodriguesos@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

A norma fundamental, para os positivistas, é o fundamento de validade da primeira Constituição e, por conseguinte, de todas as normas posteriormente incorporadas no ordenamento jurídico. Ocorre que essa concepção não é suficiente para contextualizar a Constituição em um Estado Democrático de Direito.

Assim, serão analisadas algumas teorias constitucionais que visam fornecer um conceito da Constituição, nesse contexto, verifica-se que atualmente, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o processo figura como verdadeiro instrumento de concretização dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, fica evidente que em qualquer proposta de fundamentação teórica da Constituição, o processo figura como um direito fundamental inseparável do planejamento constitucional.

A Constituição vigente no Brasil regula uma série de direitos e garantias relacionados a proteção do indivíduo na seara judicial, é o denominado devido processo legal. No Estado de Direito, ensinam Hoffman e Morais<sup>1</sup>, “[...] o modelo processual ganha uma roupagem social(izadora), a partir de um incremento das funções do Direito – do poder judiciário – e de uma crescente ação do intérprete-juiz na consecução do Estado Social”.

Por meio da indispensável efetivação dos direitos fundamentais, o trabalho demonstra a necessidade do processo se afastar do formalismo, e a importância da hermenêutica como matriz a ser utilizada na resolução de cada caso. No Brasil, um país de modernidade tardia, não cabe a discussão sobre a diminuição do Estado intervencionista, pois os direitos individuais ainda não foram assegurados a maior parte da população, desse modo, o Judiciário, principal via que a população busca para materializar seus direitos, e, conseqüentemente, o processo, possuem papel de destaque na contemporaneidade.

O direito processual constitucional, resultado da constitucionalização do direito infraconstitucional no cenário posterior a Segunda Guerra, não se refere apenas ao direito de ação, ou seja, a simples provocação da prestação jurisdicional, mas, especialmente, a jurisdição efetiva, capaz de fornecer uma resposta adequada e precisa a pretensão ou ao litígio existente.

Por fim, será realizada uma análise da hermenêutica como meio de realização dos direitos fundamentais e das garantias fundamentais pertinentes ao direito processual, comprovando que a hermenêutica é essencial na interpretação da linguagem dos

1 HOFFMAN, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolsan de. Fundamentos hermenêuticos para um processo civil constitucionalmente adequado. *Revista da Faculdade de Direito- RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 292, dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rfd.2016.17296>. Acesso em: 25 jul. 2021.

problemas surgidos na sociedade moderna. Como explicam Hoffman e Moraes<sup>2</sup>, no processo jurisdicional “[...] o que se propõe é uma reordenação paradigmático-processual a partir de uma mirada hermenêutica do processo civil contemporâneo”. Nesse diapasão, a hermenêutica possibilita a interpretação da linguagem do processo como meio de fornecer soluções mais adequadas as questões levadas ao Judiciário.

## 2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, A CONSTITUIÇÃO E A TEORIA CONSTITUCIONAL

Primeiramente, antes de abordar o tema dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, é necessário analisar o conceito de Constituição. Nesse sentido, a teoria da constituição visa esclarecer os problemas do direito constitucional, ao estabelecer uma articulação entre direito constitucional vigente e teoria constitucional. A teoria da constituição não se limita a investigar, ou a servir de elemento concretizador da norma fundamental, mas, atende principalmente a função de racionalizar os elementos envolvidos na pré-compressão constitucional<sup>3</sup>.

As constituições, criadas após a Revolução Francesa, no Estado Liberal, foram o resultado da insurreição contra o absolutismo. A principal preocupação das constituições liberais era organizar e limitar o poder político dos governantes afim de evitar a tirania. Jhering e Jellinek estabelecem a teoria da autolimitação do Estado, no século XIX, todavia, o problema não foi resolvido, pois, de acordo com Costa<sup>4</sup>, o próprio Estado é capaz de “[...] revogar suas autolimitações ou não as respeitar agindo com arbitrariedade. Além disso, o Estado que está submetido ao direito não é o Estado em sua totalidade, mas a sua função administrativa.”

Com Hans Kelsen, no século XX, o dilema entre o Estado onipotente e seus representados é resolvido. As constituições se afastam dos ideais liberais e passam a tratar sobre outros assuntos, além da limitação do poder político. Ao jurista é possibilitado o controle de constitucionalidade das leis, ao visualizar a estrutura piramidal do ordenamento jurídico, a Constituição está no ápice do sistema e a lei fundamental hipotética serve como base para criação de todo o ordenamento. Para Kelsen, conclui Costa<sup>5</sup>, o Estado de Direito “[...] significa centralidade da lei e consequente batalha contra a tendência em reivindicar para a administração um papel mais amplo do que de mera executora de orientações pretendidas pela lei”.

O positivismo jurídico de Kelsen é um reflexo do movimento do positivismo lógico, criado no círculo de Viena (no qual seus integrantes foram influenciados pelo

2 HOFFMAN, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolsan de. op. cit. p. 293.

3 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993. p. 132-133.

4 COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 136.

5 COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). op. cit. p. 157.

pensamento de Ludwig Wittgenstein), no século XIX. O positivismo lógico é guiado pelo rigor científico e visa retirar a metafísica da ciência, logo, observam Bittar e Almeida<sup>6</sup>, “[...] identifica que o que não pode ser provado racionalmente não pode ser conhecido”. Kelsen defende a autonomia da ciência jurídica, ao lhe conferir método e objetivo próprio, busca esclarecer o Direito como ele é, e não como ele deveria ser<sup>7</sup>.

O Direito é uma ordem social que possui como base a norma fundamental, esta norma, segundo Kelsen<sup>8</sup>, é uma norma pressuposta, “[...] da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem”. Desse modo, afirmam Bittar e Almeida<sup>9</sup>, “Essa não é a norma constitucional de um Estado (Constituição da Argentina, Constituição da França, Constituição do Brasil), mas um pressuposto lógico do sistema, o cume da pirâmide escalonada de normas jurídicas”.

Nesse contexto, é preciso compreender como a lei fundamental é elaborada, se somente como Constituição, conforme esclarece Coelho<sup>10</sup>, “[...] se devemos considerá-la apenas como Constituição jurídica, simples estatuto organizatório ou mero instrumento” ou como uma Constituição política. Em outras palavras, explica o autor<sup>11</sup>, deve-se determinar se a Constituição deve ser “[...] uma lei do Estado, e só dele, ou o estatuto jurídico do fenômeno político em sua totalidade, ou seja, um *plano normativo global* que não cuide apenas do Estado, mas *também* de toda a sociedade”.

Para chegar a uma resposta Coelho<sup>12</sup>, em alusão a obra de Canotilho, analisa diversas teorias sobre o significado da Constituição, brevemente expostas, a seguir. A primeira teoria a ser estudada é a da Constituição como garantia do *status quo* econômico e social (Ernst Forsthoff), é uma “teoria da constituição em busca do Estado perdido” e de um “Estado de Direito meramente formal”. Devido ao seu indiferentismo, esta teoria não é “constitucionalmente adequada” para compreender o Estado de Direito, pois a Constituição deve ser, primordialmente, democrática e social e não “axiologicamente neutra”.

Teoria da Constituição como instrumento de governo (Hennis), aqui, ensina

6 BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 583. E-book.

7 Para Warat: Kelsen pensava nas condições de possibilidade de uma ciência jurídica em sentido estrito (CJE). Kelsen nunca tentou responder à pergunta: Que é o Direito? Ele formulou a pergunta: Que é uma CJE? e dizer normativa; que tivesse por objeto as normas positivas (desde um ponto de vista estritamente normativo) que puderam interferir na formação de uma CJE. O importante é a determinação das condições sob as que o Direito pode ser pensado cientificamente, desde um ponto de vista estritamente normativo, considerados mediante o princípio de imputação e não de causalidade. Por isso propunha deixar entre parênteses considerações de tipo política, religiosas, sociológicas, ideológicas, histórias, morais, valorativas, etc., que pudessem interferir na formação de uma CJE. A pureza em Kelsen, está na forma de observar não na coisa observada. Kelsen criou uma teoria pura do saber e não uma teoria do Direito puro, isto não quer dizer que não possa existir outros olhares científicos sob o Direito. Faláramos então de ciência política, teologia, história, ética. Não faláramos, neste caso, de uma CJE. WARAT, Luis Alberto. Os quadrinhos puros do Direito. In: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 571-572.

8 Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 21.

9 BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. op. cit. p. 586.

10 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.

11 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 5.

12 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 48.

Coelho<sup>13</sup>, a Constituição “[...] não passa de uma lei processual, em cujo texto apenas se estabelecem competências, regulam-se processos e definem-se limites para a ação política”. O entendimento instrumental da constituição deve ser visto com precaução, porque uma Constituição muito processual ou formal pode se tornar instrumento de domínio dos agentes de certa ideologia. O autor<sup>14</sup> adverte que detrás da neutralidade estatal, prevista no positivismo jurídico, “[...] escondem-se aqueles que lograram posicionar a Lei Fundamental de acordo com as suas ideias, interesses e aspirações”. Diante disso, a dificuldade reside em definir como a Constituição pode ser uma ordem material da sociedade, e, não somente um instrumento do governo<sup>15</sup>.

A Constituição como processo público (Peter Häberle), nesta teoria a Constituição é uma lei necessária, mas “fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação”. A lei constitucional ocorre dos “momentos de diálogo e de conflito, de tese e de antítese”, é uma interpretação feita em uma sociedade “pluralista e aberta” por todos os cidadãos. Desse modo, a Carta Política será, concomitantemente, uma “Constituição aberta” em uma sociedade democrática, e, “ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade”<sup>16</sup>.

O problema desta teoria é a perda do caráter organizador do ordenamento jurídico da norma fundamental, assim, é importante destacar que a norma fundamental, se conceituada como processo apresenta grande escassez normativa, pois a normatividade constitucional será dissolvida na política e na interpretação. Logo, previne Coelho<sup>17</sup>, processualizar a visão do Direito e do Estado pode levar a conclusão “[...] que legislação constituinte e interpretação constitucional são uma só e mesma coisa”.

Constituição como ordem fundamental e programa de ação que identifica uma ordem político-social e o seu processo de realização (Baulin): a Constituição, aponta Coelho<sup>18</sup>, se apresenta como “[...] uma lei superior onde se indicam as mudanças e se definem os processos de conformação do sistema político, das relações sociais e da própria ordem jurídica”. A Constituição é a lei fundamental do Estado e ordenadora da vida social, nela são previstas os principais costumes e regras de determinada sociedade, devido a essas características a Constituição deve ser “ordem fundamental e programa de ação”.

O autor<sup>19</sup> explica, a seguir, a diferença entre a teoria constitucional anterior e

13 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 48.

14 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 49.

15 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente poder e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 89.

16 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 50.

17 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 50.

18 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 50.

19 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira;

a teoria de Baulin:

[...] sob o enfoque de Baulin — embora continue a ser concebida como um programa aberto e carente de concretização na praxis constitucional — a Lei Fundamental deve ser realizada dentro dos seus limites, sem descambar para um pluralismo radical, à moda de direito livre, em cujo âmbito torna-se difícil, talvez impossível, enxergarmos onde termina a realidade constitucional e começam as práticas inconstitucionais.

Constituição como programa de integração e representação nacionais (Kru-ger), a Constituição é apenas a Constituição do Estado, conseqüentemente, todas as matérias que não versem sobre a nação, à comunidade e a integração política devem ser reguladas pelas “subconstituições”, questões referentes ao trabalho, a direitos sociais e a economia, por exemplo, por estarem submetidas ao constante dinamismo da sociedade, não podem constar na Constituição do Estado. Canotilho<sup>20</sup> discorda desta teoria, porque ela sofre com os defeitos do “integracionismo”, ademais não considera os problemas contemporâneos existentes em um Estado Democrático de Direito.

Constituição como legitimação do poder soberano, segundo a ideia de Direito (Georges Burdeau), traz a concepção de “Constituição como estatuto do poder” e vincula o conceito de Constituição com o Estado de Direito, desta forma, se identifica como pressuposto tanto aos governantes (ao limitar seu poder político) quanto ao próprio poder, que é judicializado e organizado pela Constituição. A Constituição é tida como criadora do Estado de Direito, pois a partir dela o poder (antes resultado das circunstâncias sociais) torna-se “poder de Direito”<sup>21</sup>.

Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de determinada comunidade (Hesse), nesta teoria Konrad Hesse formula um conceito sintetizador de Constituição, a partir das teorias constitucionais existentes. Para o jurista<sup>22</sup> a Constituição pode ser conceituada como “[...] a ordem jurídica fundamental da Comunidade. A Constituição estabelece os princípios orientadores segundo os quais a unidade política deve ser formada e assumir as tarefas do estado” (tradução nossa). Essa concepção só se torna plausível porque a norma fundamental, sustenta Coelho<sup>23</sup>, estabelece os princípios “[...]diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e desenvolver as tarefas estatais; define os procedimentos para a solução dos conflitos no interior da comunidade”, e, cria os fundamentos e os princípios reguladores do ordenamento jurídico.

A Constituição como decisão política fundamental (Carl Schmitt), Constitui-

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 51.

20 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente poder e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. op. cit. p. 112.

21 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op.cit. p. 52.

22 No original: La Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 16.

23 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 53.

ção e leis constitucionais (a Constituição escrita) não são sinônimos, esta pode contar várias matérias não constitucionais em seu texto, por outro lado, a Constituição é, segundo Souza Neto e Sarmiento<sup>24</sup>, “[...] a manifestação concreta do poder político, que toma a decisão fundamental, pondo fim ao conflito antes existente e definindo as bases do novo regime: uma democracia ou uma ditadura, um Estado capitalista ou socialista etc”. A Constituição, portanto, provém de um ato de vontade do poder político, do soberano capaz de regular a ordem social, jurídica e política.

No entendimento de Luhmann<sup>25</sup>, a Constituição ao contrário do que parece à primeira vista “[...] é uma reação à diferenciação entre direto e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles” (tradução nossa). A Constituição regula tanto o sistema político, quanto o sistema jurídico, mas de formas diferentes, na interpretação jurídica a Constituição serve como elemento fundamentador das suas normas, já para a política a Constituição é o meio de legitimar a vontade soberana. Luhmann<sup>26</sup> defende que a “Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política” (tradução nossa).

Para Lassalle<sup>27</sup> a Constituição real é formada pelos fatores reais de poder predominantes na vida social de um país, os problemas constitucionais não são de direito, mas de poder. Além destas, existem diversas teorias constitucionais, porém, não há um conceito genérico, capaz de incorporar a totalidade ou a maioria das Constituições, porque um conceito tão amplo acaba por retirar o conteúdo normativo das cartas políticas. Por outro lado, se o conceito formulado for muito denso, não será considerado um conceito, pois irá se identificar apenas com a experiência constitucional sobre a qual foi formulado<sup>28</sup>.

Diante dessa realidade, a doutrina constitucional argumenta que a teoria da Constituição, para ser eficiente à metodologia do direito, deve se apresentar, ensina Coelho<sup>29</sup>, como uma teoria “[...] constitucionalmente adequada, o que só se conseguirá explorando, corretamente, um novo círculo hermenêutico, consistente na interação e na interdependência entre a teoria da Constituição e a experiência constitucional”. A última fornece o conhecimento prático para dar fundamentação a teoria constitucional; e, a teoria da Constituição proporciona a criação de soluções jurídicas constitu-

24 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 100.

25 No original: La mia tesi sarà che il concetto di costituzione, contrariamente a quanto appare a prima vista, è una reazione alla differenziazione di diritto e politica, anzi, con ancora più enfasi, alla totale separazione di entrambi i sistemi di funzione e al conseguente bisogno di un loro riaccoppiamento. LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (coords.). **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. p. 87.

26 LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (coords.). op. cit. p. 87.

27 LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 10-11.

28 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 54.

29 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 54.

nais aos casos concretos.

De acordo com Silva<sup>30</sup>, um dos constitucionalistas mais renomados do Brasil, a Constituição do Estado:

[...] considerada sua lei fundamental, seria, então; a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Segundo Canotilho<sup>31</sup>, a Constituição, na sociedade moderna, é um estatuto que por meio de “[...] certos procedimentos, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos”. No cenário do pós-Segunda Guerra Mundial o constitucionalismo sofre uma transformação e se reaproxima do jusnaturalismo, ao abandonar a concepção puramente formalista de Kelsen.

Houve um fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais das pessoas (inclusive as garantias de um devido processo legal), os problemas relacionados ao desrespeito ou violação desses direitos pelo legislador foram resolvidos por meio da criação de cláusulas imutáveis na Constituição (no Brasil as cláusulas pétreas são previstas no artigo 60, §4º, da Constituição). A Constituição, elucida Picó i Junoy<sup>32</sup>, aparece como “[...] instrumento idôneo para instaurar uma nova ordem política e social e para dar uma resposta válida para as perguntas agonizantes do momento histórico do pós-guerra” (tradução nossa).

Após a Segunda Guerra o constitucionalismo adota como base de sua fundamentação a pessoa humana, a democracia e o direito, todavia, surgem novas tensões a serem enfrentadas pelo Estado de Direito, pois ao disponibilizar uma solução ao poder absoluto do legislador, estimula o intervencionismo que gera a inflação do Estado de Direito Social<sup>33</sup>.

Nesse contexto, é preciso efetuar uma conexão entre teoria constitucional e metodologia do direito, assim, é necessário estudar os direitos fundamentais e as garantias do processo, pois o processo é ferramenta imprescindível para consolidação dos direitos fundamentais e para a proteção da democracia. As garantias processuais são inerentes ao Estado de Direito, pois para a proteção dos direitos fundamentais ser efetiva, destaca Canotilho<sup>34</sup>, “[...] a exigência de um procedimento justo e adequado de

30 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 39-40.

31 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. op. cit. p. 14.

32 No original: La Constitución aparece como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la post-guerra. PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Bosch, 1997. p. 18.

33 COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo(orgs.). op. cit. p. 187-195.

34 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 1941.

acesso ao direito e de realização do direito” é condição essencial.

Como o direito material é consolidado pelo processo, a Constituição prevê as garantias gerais de procedimento e de processo, é a garantia do devido processo legal, prevista no artigo 5º, LIV, da Constituição<sup>35</sup>: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É importante destacar também que aplicar corretamente as garantias fundamentais do processo representa elemento fundamental para realizar a dignidade humana<sup>36</sup> dos cidadãos, porque, como observa Mendes<sup>37</sup>, ao se fazer “[...] imputações vagas ou denúncias infundadas, dando ensejo à persecução criminal injusta, está-se a violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no art. 1º, III, da Constituição”.

### 3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E SEU REFLEXO NO DIREITO PROCESSUAL

A Constituição instaura as diretrizes do direito processual ao fixar a estrutura do Judiciário, conceber os órgãos jurisdicionais, asseverar as garantias dos magistrados, e fixar os princípios, conforme destacam Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>38</sup>, “[...] que consubstanciam o acesso à justiça (direito de ação e de defesa) e a garantia do devido processo legal”. O direito processual visa a realização dos direitos por meio da resolução dos litígios, por isso o direito processual possui uma conexão instrumental com todos os demais ramos do direito.

O direito de ação não configura apenas o direito a solução do litígio ou do mérito do processo, mas, também o direito de aquisição a tutela efetiva do direito material, como elucida Marinoni<sup>39</sup>, o direito fundamental de ação “[...]o garante a preor-

p. 274.

35 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 jul. 2021.

36 De acordo com Sarlet: Sem entrarmos, ainda, no significado (ou nos significados), que se pode hoje atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a ideia do valor da pessoa humana encontra suas raízes já no pensamento clássico e na ideologia cristã. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou Instrumento. No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. [...] Da concepção jusnaturalista remanesce, sem dúvida, a constatação de que uma Constituição que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana justamente parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição biológica humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado. [...] Além disso, a doutrina e a jurisprudência cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer os contornos básicos do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar em uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita. Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. Há que reconhecer, portanto, que também o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana (a exemplo de inúmeros outros preceitos de contornos vagos e abertos) carece de uma delimitação pela praxis constitucional, tarefa que incumbe a todos os órgãos estatais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 76-77. E-book.

37 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 538.

38 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 56.

39 MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 96, out./nov. 2009. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/4413/artigo-5-revisado.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

denação das técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção da tutela do direito material. Não é por outra razão, aliás, que a ação não pode se exaurir na sentença condenatória transitada em julgado”. Logo, o direito de ação possui relação com a execução idônea da ação.

As garantias do devido processo legal, consagradas na Constituição, asseguraram as partes a instauração de um processo, anteriormente a qualquer restrição de direito e, também, regulam as características indispensáveis para o correto exercício da jurisdição. Assim, o contraditório, que para Picó i Junoy<sup>40</sup> se caracteriza como a vedação ou limitação: “[...] do direito de defesa, que se produz em virtude dos atos dos órgãos jurisdicionais, uma redução ou privação do direito de alegar ou provar, contraditoriamente, e em uma situação de igualdade”, e a ampla defesa, caracterizada pelo autor<sup>41</sup> como um direito capaz de assegurar as partes a “[...] possibilidade de argumentar suas respectivas pretensões e rebater os fundamentos que a parte contrária tenha formulado, mas sem que seja necessário a ocorrência de uma efetiva controvérsia argumental entre os litigantes” (tradução nossa), são direitos assegurados em todos os processos.

Ademais, procura-se materializar a igualdade processual decorrente do princípio da isonomia, regulado no artigo 5º, *caput*, da Constituição e seu inciso I<sup>42</sup>. Este princípio, ensina Cruz e Tucci<sup>43</sup>, determina “[...] o tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo durante todos os atos e termos do respectivo procedimento”. As garantias de publicidade do processo e do dever de motivação juiz ao proferir a sentença também estão consagradas, na sociedade moderna, como garantias fundamentais.

A respeito do assunto, discorre Aarnio<sup>44</sup>, a seguir:

Como mencionado, o tomador de decisão não pode mais depender de uma mera autoridade formal. Em uma sociedade moderna, as pessoas exigem não apenas decisões dotadas de autoridade, mas podem motivos. Isso também se aplica a administração da Justiça. A responsabilidade do juiz converteu-se cada vez mais na responsabilidade de justificar suas decisões. A base para uso de poder por parte do

40 No original: [...] la prohibición o limitación del derecho de defensa, que se produce em virtud de actos de los órganos jurisdiccionales que suponen una mengua o privación del derecho de alegar o probar, contradictoriamente, y em situación de igualdad. PICÓ I JUNOY, Joan. op. cit. p. 95.

41 No original: La vigencia del derecho a la defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que de facto tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes. PICÓ I JUNOY, Joan. op. cit. p. 102.

42 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 jul. 2021.

43 CRUZ E TUCCI, José Rogério. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário de 30 anos da Constituição Federal. **Migalhas**, [s.l.], jan. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/271737/as-garantias-constitucionais-do-processo-civil-no-aniversario-dos-30-anos-da-constituicao-federal>. Acesso em: 26 jul. 2021.

44 No original: Como se ha mencionado, el decisor ya no puede apoyarse, en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad. AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29.

juiz reside na aceitabilidade de suas decisões e não na posição formal de poder que ele possa ter. Nesse sentido, a responsabilidade de fornecer justificações é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão. Assim, a apresentação da justificação é sempre, também, um meio de garantir, em bases racionais, a existência de segurança jurídica na sociedade (tradução nossa).

Na atualidade, outro princípio de destaque no ordenamento jurídico é o da boa-fé. A boa-fé sai do campo subjetivo e passa a integrar os atos e práticas das partes, torna-se objetiva. A boa-fé dispersou-se por todos os capítulos do Código Civil, o Código de Processo Civil também consagra o princípio da boa-fé objetiva em suas normas, a título de exemplo, tem-se o artigo 5º: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.<sup>45</sup> Nesse sentido, destaca Ribeiro<sup>46</sup>, “Quando se exige da parte no processo que sua conduta esteja calcada na boa-fé, isto equivale dizer que a mesma deve agir em juízo com lealdade processual, com retidão e de maneira proba”.

Neste diapasão, a boa-fé processual, conclui Cruz e Tucci<sup>47</sup>, se desdobra nos deveres “[...]de veracidade, de transparência e de lealdade na realização dos atos processuais. O descumprimento destes deveres caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça e litigância de má-fé”, cuja sanções constam nos artigos 77, 80, 81, 100, parágrafo único, 334, §8º, 536, §3º e 702, §10 e 11, todos do Código de Processo Civil. O processo, no Estado de Direito, é condição de possibilidade para efetivar direitos conforme um perfil democrático e constitucional, nele são proporcionadas as partes direitas fundamentais capazes de protegê-las de decisões arbitrárias.

A atual fase de constitucionalização do direito teve como precedente o movimento de aproximação com a democracia, a força normativa da Constituição e a propagação da jurisdição constitucional<sup>48</sup>. Esta constitucionalização envolve, de acordo com Souza Neto e Sarmiento<sup>49</sup>, dois fenômenos diferentes o “[...] constitucionalização-inclusão e a constitucionalização-releitura. A constitucionalização-inclusão consiste no tratamento pela Constituição de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados”. Por outro lado, a constitucionalização-releitura, para os autores<sup>50</sup>, “[...] liga-se à impregnação de todo o ordenamento pelos valores constitucionais. Trata-se de uma consequência da propensão dos princípios constitucionais de projetarem uma eficácia irradiante, passando a nortear a interpretação da totalidade da ordem jurídica”. Consequentemente, todas as normas do ordenamento jurídico passam a ser interpretadas conforme a Constituição.

45 MAIA, Lauro Augusto Moreira. **Novos paradigmas**: do direito civil. Curitiba: Juará, 2007. p. 31.

46 RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. **GENESIS Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 32, p. 240, abr./jun. 2004.

47 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Migalhas**, [s.l.], maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327182/etica-e-lealdade-no-processo-arbitral>. Acesso em: 26 jul. 2021.

48 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 33.

49 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 21.

50 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 21.

A concepção de constitucionalização aqui analisada está associada a constitucionalização-releitura, ao efeito irradiante das normas constitucionais. Desse modo, como observa Barroso<sup>51</sup>, “Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”. A constitucionalização tem efeitos, concomitantemente, na atuação de todos os poderes e na relação entre os particulares.

Nesse cenário, a Constituição em um Estado Democrático de Direito, elucida Barroso<sup>52</sup>, possui duas funções primordiais.

Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias ocasionais políticas. Esses consensos elementares, embora possam variar país, em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização constituídos dos Poderes e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico.

As mudanças sociais advindas da constitucionalização do direito e a judicialização da política provocaram a maior atuação do Poder Judiciário. As questões polêmicas e importantes na sociedade estão sendo decididas, com frequência cada vez maior, pelos juízes. Portanto, se faz cada vez mais necessário a observação das garantias do devido processo legal.

A constitucionalização, de acordo com Canotilho<sup>53</sup>, designa-se pela “[...] incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”. No pensamento de Pico i Junoy<sup>54</sup> “A finalidade do fenômeno de constitucionalização das garantias processuais não é outra que alcançar a tão pretendida Justiça” (tradução nossa).

O processualista moderno possui a compreensão de que o processo, como instrumento da ordem constitucional, precisa espelhar as bases da democracia. A tutela constitucional do processo visa garantir aos sujeitos dos institutos processuais os princípios constitucionais, no processo civil, tem-se a inafastabilidade da tutela jurisdicio-

51 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). op. cit. p. 32.

52 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110. E-book.

53 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. p. 498.

54 No original: La finalidad última del fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales no es otro que lograr la tan pretendida Justicia. PICO I JUNOY, Joan. op. cit. p. 21.

nal, já no processo penal, a garantia do processo antes da estipulação da pena (*nulla poena sine lege*)<sup>55</sup>. Como observam Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>56</sup>: “A própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”.

Por meio da constitucionalização, verifica-se a aproximação do direito material e processual, o processo interpretado conforme as garantias constitucionais passa a oferecer respostas mais efetivas aos problemas/casos enfrentados pelas democracias modernas e contribui para a criação de uma sociedade mais igualitária e justa. A respeito do assunto, esclarecem Streck, Raatz e Dietrich<sup>57</sup>, “Os diversos mecanismos previstos no Código de Processo Civil tendentes a romper com o artificialismo processo-direito material devem ser lidos a partir de um perfil democrático de processo”.

A interpretação constitucional do processo reconhece a concepção axiológica do processo, nela, orienta Bedaque<sup>58</sup> “[...] a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõe valores éticos de liberdade e de justiça. Os princípios gerais do direito processual sofrem nítida influência do ‘clima’ institucional e político do país”.

O debate sobre o que é justiça (sem considerar a justiça como sinônimo do Poder Judiciário) é antigo, e ainda não chegou a um consenso. A sociedade é, geralmente, marcada pelo conflito de interesses, desse modo, questões cotidianas requerem tomadas de decisão, e as soluções desses conflitos são essenciais para finalizar as discussões e promover o avanço social.

Rawls apresenta sua teoria da justiça como equidade, na sua concepção todos os indivíduos encontram-se em uma posição social de igualdade, correspondente ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original é puramente hipotética, nela, ninguém conhece seu lugar na sociedade, ou sua classe social, as partes são racionais, mas não possuem interesses específicos. Assim, explica Rawls<sup>59</sup>: “Os princípios da justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância. Isso garante que ninguém tenha vantagens ou desvantagens na escolha dos princípios [...]” (tradução nossa).

As pessoas na posição original irão escolher dois diferentes princípios: o primeiro requer igualdade na distribuição de direitos e deveres básicos. O segundo sus-

55 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 27.

56 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 89.

57 STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem?. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 332, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p317-335>. Acesso em: 28 jul. 2021.

58 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 19.

59 No original: The principles of justice are chosen behind a veil of ignorance. This ensures that no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances. RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge; Massachutes: The Belknap press of Harvard University press, 1971. p. 35

tenta que a partir do princípio da diferença as desigualdades sociais e econômicas são compensadas, particularmente para os indivíduos menos favorecidos. Esses princípios garantem, assim, oportunidades iguais para todos<sup>60</sup>. Ao desenvolver sua teoria Rawls<sup>61</sup> preocupou-se com a distribuição igual dos bens primários essenciais, considerados por ele como sendo: “[...] direitos, liberdade, oportunidades, a renda, a riqueza, e o autorrespeito”, a distribuição desigual desses valores só poderá ser feita se for para o benefício de todos os indivíduos. Para Rawls<sup>62</sup>, “[...] não há injustiça nos maiores benefícios obtidos por alguns contanto que a situação das pessoas menos afortunadas seja o resultado de uma melhoria” (tradução nossa), logo, a injustiça ocorre quando a desigualdade não serve para o proveito de todos.

Embora a teoria da justiça de Rawls não tenha desenvolvido uma resposta mais ampla e aprofundada sobre a forma de distribuição dos recursos de forma justa, ela destaca a necessidade de se reduzir as desigualdades sociais, mediante a aplicação prática do princípio da diferença. A teoria de Rawls serviu como fundamento para diversas ações políticas e sociais, nesse sentido, destaca Paranhos<sup>63</sup>, “As ações afirmativas no campo da educação, por meio da instituição de cotas, é um grande exemplo, já que cria uma igualdade, mediante a correção de uma desigualdade anterior”.

Por outro lado, Sandel, no decorrer de sua obra, analisa três teorias da justiça diferentes, a de Kant (o que importa é o motivo), a de Rawls (o caso da igualdade), e a de Aristóteles (quem merece o que?). Para Kant a justiça está ligada a liberdade de escolha, de acordo com ele liberdade não é a ausência de obstáculos para fazermos o que queremos. Destarte, elucida Sandel<sup>64</sup>, na teoria de Kant, “Agir livremente não é escolher os melhores meios para um determinado fim; é escolher o próprio fim, por si mesmo - uma escolha que os seres humanos podem fazer e as bolas de bilhar (e a maioria dos animais) não”. (tradução nossa).

Segundo Aristóteles a justiça não pode ser neutra, deve envolver debates a respeito da “[...] honra, virtude e a natureza de uma vida boa”<sup>65</sup>, justiça significa “dar as pessoas o que elas merecem, dar a cada pessoa o que lhe é devido”<sup>66</sup> (tradução nossa). O autor é adepto desta teoria na qual, conforme explica Sandel<sup>67</sup>, a “[...] justiça envolve

60 RAWLS, John. op. cit. p. 37.

61 No original: For simplicity, assume that the chief primary goods at the disposition of society are rights, liberties, and opportunities, and income and wealth. (Later on in Part Three the primary good of self-respect has a central place). RAWLS, John. op. cit. p. 78.

62 No original: But there is no injustice in the greater benefits earned by a few provided that the situation of persons not so fortunate is the result of being improved. RAWLS, John. op. cit. p. 37.

63 PARANHOS, Denise Gonçalves de Araújo Mello *et al.* As teorias da justiça de John Rawls e Norman Daniels, aplicadas à saúde. *Saúde Debate*, v. 42, n. 119, p. 1006, out./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-1104201811917>. Acesso em: 27 jul. 2021.

64 No original: To act freely is not to choose the best means to a given end; it is to choose the end itself, for its own sake – a choice that human beings can make and billiard balls (and most animals) cannot. SANDEL, Michael J. *Justice what's the right thing to do?*. New York: Farrar Straus Giroux, 2010. p. 60. *E-book*.

65 No original: He believes that debates about justice are, unavoidably, debates about honor, virtue, and the nature of the good life. SANDEL, Michael J. op. cit. p. 99.

66 No original: For Aristotle, justice means giving people what they deserve, giving each person his or her due. SANDEL, Michael J. op. cit. p. 99.

67 No original: [...] justice involves cultivating virtue and reasoning about the common good. SANDEL, Michael J. op. cit. p. 135.

o cultivo da virtude e o raciocínio lógico sobre o bem comum”.

Sandel<sup>68</sup> conclui seu raciocínio sobre sua teoria da justiça a seguir:

Uma sociedade justa não pode ser alcançada simplesmente maximizando a utilidade ou garantindo a liberdade de escolha. Para alcançar uma sociedade justa, temos que raciocinar juntos sobre o significado da boa vida, e criar uma cultura pública hospitaleira para as divergências que inevitavelmente surgirão. É tentador buscar um princípio ou procedimento que justifique, de uma vez por todas, qualquer distribuição de renda ou poder ou oportunidade. Tal princípio, se pudéssemos encontrá-lo, nos permitiria para evitar o tumulto e as discórdias que as discussões sobre a vida boa invariavelmente provocam (tradução nossa).

Já Habermas não apresenta um conceito exato sobre justiça, para ele a justiça não possui uma definição precisa, contudo, ela é guiada pela vida social. Para o autor<sup>69</sup>, a norma “[...] só é justa quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações semelhantes”, logo, a justiça demanda participação deliberativa de todos os interessados. E é este o entendimento adotado pelo trabalho sobre o que é justiça.

No entendimento de Habermas<sup>70</sup>:

Questões de justiça referem-se a pretensões contestadas em conflitos interpessoais, que nós podemos julgar imparcialmente a partir de normas válidas. Essas normas, por sua vez, têm que passar por um teste de generalização que examina o que é igualmente bom para todos. Assim como ‘verdadeiro’ é predicado para a validade de proposições assertóricas, ‘justo’ é um predicado para a validade das proposições normativas gerais que se expressam por mandamentos morais. Por isso, a justiça não é um valor entre outros valores. Valores concorrem sempre com outros valores. Eles se exprimem quais bens determinadas pessoas ou coletividades ambicionam ou preferem em determinadas circunstâncias. Somente na perspectiva delas os valores podem ser trazidos para uma ordem transitiva. Por conseguinte, a pretensão de validade da justiça é absoluta, como a dos valores: mandamentos morais pretendem validade para todos e cada um em particular.

Além disso, na busca pela concretização dos direitos é preciso haver uma reconstrução democrática e participativa. O cenário político contemporâneo evidencia a crise da democracia representativa, ao salientar a crise de confiança existente entre representantes e representados, já que o Estado não consegue atender as demandas da população. Esta situação leva aos fenômenos do ativismo (Poder Judiciário) e do populismo (Poder Executivo), fenômenos que rompem com o papel destes poderes pela Constituição, sob a justificativa de “proteger” a democracia.

As pessoas, tendo consciência dos seus direitos, ao se depararem com a ineficiência do Estado em atender suas necessidades, recorrem ao judiciário para exigirem sua efetivação e isso gera o quadro atual da crise democrática representativa. Nesse

68 No original: A just society can't be achieved simply by maximizing utility or by securing freedom of choice. To achieve a just society we have to reason together about the meaning of the good life, and to create a public culture hospitable to the disagreements that will inevitably arise. It is tempting to seek a principle or procedure that could justify, once and for all, whatever distribution of income or power or opportunity from it. Such a principle, if we could find it, would enable us to avoid the tumult and contention that arguments about the good life invariably arouse. SANDEL, Michael J. op. cit. p. 135.

69 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 193.

70 HABERMAS, Jürgen. op. cit. p. 193.

diapasão, discorre Santos<sup>71</sup>, o aumento “[...] das desigualdades sociais e da consciência social de sua injustiça, levam a população a cada vez mais reclamar, individual e coletivamente, seus direitos e a se organizar para resistir”.

A nova consciência dos direitos e a consequente exigência de sua materialização coloca o processo em destaque, a partir de sua interpretação constitucional, se verifica a função social do processo, prevista no artigo 6º, do Código de Processo Civil. Para concluir este tópico, esse processo jurisdicionalmente constitucionalizado, marcado pelos valores e princípios de um Estado Democrático de Direito, nas palavras de Hoffman e Moraes<sup>72</sup>, é temporalmente mundano, jurisdicionalmente democrático, decisoramente fático e, sobretudo, ordenado pelo acontecer do social”.

#### 4 A INDISPENSABILIDADE DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NO PROCESSO

A palavra hermenêutica deriva do verbo grego *hermeneutike*, e significa, segundo Coreth<sup>73</sup>, “declarar, anunciar, interpretar ou esclarecer e, por último, traduzir”, possui uma variedade de acepções, as quais, sempre “coincidem em significar que alguma coisa é tornada compreensível ou levada à compreensão”. Ao Deus grego Hermes, mensageiro dos deuses, foi atribuída a descoberta da linguagem e da escrita, ele era o mediador entre os deuses e os humanos. Assim, a origem da palavra hermenêutica, na Grécia antiga, provavelmente estaria ligada à Hermes, pois ele é o responsável por tornar compreensível a linguagem divina aos homens<sup>74</sup>.

Em Roma, tem-se a palavra *interpretatio*, correspondente à hermenêutica dos gregos, aqui também a palavra possui origem religiosa. Como esclarece Brochado<sup>75</sup>, “Especula-se que a atividade do áugure, espécie de intérprete que tinha por missão revelar a vontade dos deuses aos homens, especialmente do governo romano, tenha sido referência para a palavra interpretação”.

A interpretação visa possibilitar a compreensão, em outras palavras, o entendimento de um pensamento já construído por outra mente com o qual o intérprete estabelece contato por meio de sua exteriorização no mundo, ou seja, linguagem. A finalidade da interpretação é possibilitar a compreensão, a forma através da qual nos apropriamos da ideia posta por outro indivíduo que nos é apresentada por meio da linguagem<sup>76</sup>.

71 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 8-9.

72 HOFFMAN, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolsan de. Fundamentos hermenêuticos para um processo civil constitucionalmente adequado. **Revista da Faculdade de Direito- RFD-UERJ**, Rio de Janeiro, n. 30, p. 283, dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rfd.2016.17296>. Acesso em: 25 jul. 2021.

73 CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: EPU, Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 1.

74 PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 24.

75 BROCHADO, Mariá. Apontamentos sobre hermenêutica jurídica. **Revista Jurídica da Presidência, Brasília**, v. 13, n. 100, p. 229, jul./set. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2011v13e100-155>. Acesso em: 30 jul. 2021.

76 BROCHADO, Mariá. op. cit. p. 230.

Este processo de compreensão, elucida Palmer<sup>77</sup>, “[...] do significado de uma obra, é o ponto central da hermenêutica. A hermenêutica é o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender textos”. Todos os juristas tem de realizar uma interpretação jurídica no caso concreto afim de determinar o sentido das normas ao resolver o litígio, desse modo, surge a hermenêutica jurídica, um método que objetiva melhor compreensão do sentido dos textos normativos.

A hermenêutica jurídica pretende estipular padrões de justificação racional para as interpretações das normas e do fato colocados em relação em um caso concreto. Para Brochado<sup>78</sup> a hermenêutica jurídica “É o caminho de ingresso no interior do significado da lei por um terceiro intermediário que aproxime, compreenda e concilie as partes, pondo fim ao conflito de modo justo”.

A interpretação jurídica busca descobrir o sentido e o alcance das leis, conforme ensina Engisch<sup>79</sup>, a seguir:

[...] a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos. A indicação do conteúdo é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais [...]. A indicação do alcance (extensão) é feita pela apresentação de grupos de casos e casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico.

Interpretar é decifrar o sentido, como a lei pode conter vários sentidos, o intérprete deverá escolher um deles, porque somente um pode ser aplicado no caso concreto. Qual interpretação escolher para melhor aplicar a lei é um dos primeiros problemas que a interpretação jurídica objetiva responder. Brochado<sup>80</sup> compreende essa aplicação como a subsunção dos fatos às disposições normativas, através “[...] de uma atividade complexa que correlaciona aspectos normativos, fáticos e valorativos (coordenação axiológica de fato à norma), de que resulta a qualificação jurídica da conduta”.

A interpretação pode ser estrita (restritiva) ou extensiva, dependendo de como o sentido dilata ou contrai. A interpretação estrita refere-se à fixação de um sentido mais preciso, mais rigoroso, por outro lado, a interpretação extensiva ocorre quando o conteúdo (sentido) da lei é ampliado para além de sua letra. A primeira interpretação se adstringe mais ao sentido literal das palavras, já a segunda se atém menos a esse sentido linguístico<sup>81</sup>.

Feita esta breve introdução a respeito da importância da interpretação e da hermenêutica jurídica, vamos analisar agora a necessidade da hermenêutica processual para assegurar os princípios e garantias fundamentais do processo previstos na Constituição. Atualmente, a sociedade global passa por uma forte onda neoliberal que

77 PALMER, Richard E. op. cit. p. 19.

78 BROCHADO, Mariá. op. cit. p. 231.

79 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972. p. 251.

80 BROCHADO, Mariá. op. cit. p. 233.

81 ENGISCH, Karl. op. cit. p. 189.

defende um estado mínimo e a redução do estado intervencionista, desse modo, é fundamental discutir a função do Estado e do direito, bem como, as circunstâncias de efetivação dos direitos fundamentais e da democracia.

No Brasil, um país de modernidade tardia, a maioria das promessas do Estado Intervencionista ainda não foram cumpridas, aqui os direitos fundamentais sociais, até este momento, não foram assegurados para a maior parte da população. O Brasil, um país em desenvolvimento, não pode integrar em seu ordenamento teorias advindas de países ricos. Nesse contexto, afirma Limberger<sup>82</sup>, “O debate europeu sobre a redução dos direitos conquistados durante o Estado Social não pode ser transferido, porque o Estado Providência nunca foi efetivado plenamente”.

O constitucionalismo moderno evidencia a importância das normas programáticas na construção de uma sociedade mais justa e sem tantas desigualdades. Entretanto, o direito brasileiro e sua dogmática jurídica estão baseados em um paradigma liberal, não prevalece a concepção do direito como método de implantar as promessas da modernidade, ocorre um desvio de função do direito e das instituições incumbidas de aplicar a lei.

Isso ocorre porque, segundo Streck<sup>83</sup>:

Não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo-liberal-individualista-normativista de produção de direito. [...] pode-se dizer que no Brasil predomina/prevalece (ainda) o modo de produção de Direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais [...].

Nessa realidade, tem-se uma sociedade carente de materialização dos direitos e, de outro, tem-se a Constituição de 1988 que desde seu preâmbulo consagra a criação de um Estado Democrático de Direito, por sua vez, os artigos 1º e 3º regulam os fundamentos e objetivos do Estado. Como destaca Silva<sup>84</sup>: “É a Constituição Cidadã, [...], porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”.

Nessa perspectiva, é imprescindível a valorização dos valores constitucionais e a discussão do papel do Judiciário no Estado de Direito, pois, explica Streck<sup>85</sup>, o processo judicial “[...] que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional – [...] – torna-se um instrumento permanente da cidadania”. O Estado Democrático de Direi-

82 LIMBERGER, Têmis. Revisitando o dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes para a efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Sousa. (orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 157. E-book.

83 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 31-33.

84 SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 92.

85 STRECK, Lenio Luiz. op. cit. p. 37.

to exige a implementação dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas, assim, o administrador deve pautar sua atividade em conformidade com os direitos humanos e com a democracia (valores essenciais do Estado de Direito).

Contudo, diante da carência de políticas públicas, o Judiciário passou a ser a principal via para sanar a deficiência entre a Constituição e a realidade social. Nesse cenário, o processo e a interpretação das normas ganham papel de destaque, o Poder Judiciário não deve assumir uma postura absenteísta inerente ao modelo neoliberal. Negar a possibilidade de proteção judicial aos direitos fundamentais é uma conduta inaceitável, pois seria um verdadeiro retrocesso no direito brasileiro que finalmente reconheceu a força normativa desses direitos<sup>86</sup>.

No paradigma do Estado Democrático de Direito o Judiciário deve tomar decisões que, concomitantemente, estejam justificadas nos textos normativos em vigência, e, de acordo com Carvalho Netto<sup>87</sup>, satisfaçam a exigência de “[...] de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto”. Destarte, é essencial ao intérprete da lei compreender a composição estrutural do ordenamento jurídico atual, mais complexa do que a forma hierarquizada, defendida pelo positivismo jurídico. Além disso, é fundamental o conhecimento das peculiaridades de cada caso para a hermenêutica jurídica ser capaz de contribuir na resolução dos conflitos.

No entendimento de Thamay<sup>88</sup>, a dogmática jurídica encontra-se em uma crise decorrente da complexidade das modernas relações sociais:

Talvez fosse relevante observar a linguagem que é empregada e que, por vezes, acaba fazendo ocorrer as diversas problemáticas, visto que a linguagem do direito e dos juristas são, em alguns pontos, até distintas e, quase sempre, totalmente dispares do estilo de linguagem socialmente empregada. Esse é um dos pontos que causa ainda maiores dificuldades aos juristas para conseguirem entender uns aos outros e, assim, interpretar de forma coerente o texto superando as diversas incompreensões existente.

A finalidade da jurisdição é a pacificação social, mas para o processo ser utilizado de forma mais eficiente é fundamental a realização de uma interpretação diferente da atual, uma interpretação adequada as necessidades da sociedade, obtida através da utilização da hermenêutica<sup>89</sup>. Nossas leis e procedimentos ainda não estão focadas

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 240.

<sup>87</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 38.

<sup>88</sup> THAMAY, Rennan Faria. A hermenêutica como forma de superação da crise do direito processual civil. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 15, n. 21, p. 03. Disponível em: <https://doi.org/10.22171/rej.v15i21.340>. Acesso em: 05 ago. 2021.

<sup>89</sup> Sobre o assunto Streck comenta: “[...] no Brasil predomina/prevalece (ainda) o modo de produção de Direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais, ou, como se pode perceber nos manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício, onde Caio é o agente/autor e Tício é o réu/vítima. Assim, se Caio invadir/ocupar a propriedade de Tício, ou Caio furtar um botijão de gás ou o automóvel de Tício, é fácil para o operador do Direito resolver o problema. [...] Mas, quando Caio e milhares de pessoas sem teto ou sem-terra invadem/ocupam a propriedade de Tício, ou quando Caio participa de uma ‘quebradeira’ de bancos,

na resolução dos problemas transindividuais presentes na sociedade moderna.

Para compreender como o processo pode contribuir para a solução dos litígios se faz necessário observar a correta forma daquilo que, segundo Thamay<sup>90</sup>, “[...] a norma ou os julgados querem realisticamente ‘dizer’, ou seja, saber o intérprete repassar aos demais qual a vontade da norma, sabendo e traduzindo, para quem não compreenda”.

A boa utilização da hermenêutica possibilita a melhor compreensão dos fatos aos operadores do Direito e os ajuda a melhor direcionar o processo, a hermenêutica ajuda na compreensão da linguagem dos textos normativos. A compreensão da interpretação da linguagem é essencial, pois faz a hermenêutica não ser empregada de forma arbitrária, para realizar os interesses de determinadas pessoas, como destaca Thamay<sup>91</sup>, “Deixe-se claro, a hermenêutica não se presta a isso, interpretar por interpretar, mas, sim, a dizer e revelar, a quem não compreenda o texto, aquilo que efetivamente a sua essência traduz, aquilo que o intérprete pode colher com seriedade do texto averiguado”.

A hermenêutica jurídica processual buscar evitar a produção de injustiças no ordenamento jurídico, além de contribuir com a resolução eficiente dos complexos problemas existentes na dinâmica sociedade contemporânea, impregnada de valores transnacionais, soluções capazes de materializar as garantias e os princípios fundamentais tutelados pela lei.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo demonstrou como o sistema constitucional sofreu modificações através do tempo, e como essas alterações influenciaram todos os ramos do Direito, inclusive o direito processual.

A Constituição regula uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais que devem ser observadas por todo o ordenamento jurídico brasileiro, dentre essas garantias fundamentais temos o devido processo legal, orientado, principalmente, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da boa-fé. Consequentemente, se infere dessa situação uma conexão inseparável entre direito constitucional e direito processual, visto que os valores constitucionais se irradiam para todos os textos normativos, criando um direito processual constitucional.

Para fornecer soluções mais efetivas aos conflitos modernos, o direito processual deve se distanciar do rígido formalismo positivista, por meio da hermenêutica

causando desfalque de milhões de dólares, os juristas só conseguem ‘pensar o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito. STRECK, Lenio Luiz. op. cit. p. 33-34.

90 THAMAY, Rennan Faria. op. cit. p. 03.

91 THAMAY, Rennan Faria. op. cit. p. 13.

jurídica, os operadores do direito devem interpretar a lei sem se orientarem pelos valores neoliberais, a fim de possibilitar a concretização dos direitos e garantias fundamentais. Para viabilizar a implementação das promessas da modernidade, ainda não concretizadas no Brasil.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 jul. 2021.

BROCHADO, Mariá. Apontamentos sobre hermenêutica jurídica. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 100, p. 227-261, jul./set. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2011v13e100-155>. Acesso em: 30 jul. 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente poder e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 1941.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: EPU, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário de 30 anos da Constituição Federal. **Migalhas**, [s.l], jan. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/271737/as-garantias-constitucionais-do-processo-civil-no-aniversario-dos-30-anos-da-constituicao-federal>. Acesso em: 26 jul. 2021.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Migalhas**, [s.l], maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327182/etica-e-lealdade-no-processo-arbitral>. Acesso em: 26 jul. 2021.

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

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOFFMAN, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolsan de. Fundamentos hermenêuticos para um processo civil constitucionalmente adequado. **Revista da Faculdade de Direito- RFD-UERJ**, Rio de Janeiro, n. 30, p. 266-296, dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rfd.2016.17296>. Acesso em: 25 jul. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

MAIA, Lauro Augusto Moreira. **Novos paradigmas**: do direito civil. Curitiba: Juará, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 82-97, out./nov. 2009. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/4413/artigo-5-revisado.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1997.

PARANHOS, Denise Gonçalves de Araújo Mello *et al.* As teorias da justiça de John Rawls e Norman Daniels, aplicadas à saúde. **Saúde Debate**, v. 42, n. 119, p. 1002-1011,

out./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-1104201811917>. Acesso em: 27 jul. 2021.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Bosch, 1997.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge; Massachutes: The Belknap press of Harvard University press, 1971.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. **GENESIS Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 32, p.217-432, abr./jun. 2004.

SANDEL, Michael J. **Justice what's the right thing to do?**. New York: Farrar Straus Giroux, 2010. *E-book*.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem?. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 317-335, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p317-335>. Acesso em: 28 jul. 2021.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Sousa. (orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. *E-book*.

THAMAY, Rennan Faria. A hermenêutica como forma de superação da crise do direito processual civil. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 15, n. 21, p. 01-31. Disponível em: <https://doi.org/10.22171/rej.v15i21.340>. Acesso em: 05 ago. 2021.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (coords.). **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.



# **CAPÍTULO 12**

---

## **DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E PROCESSO: UM ESTUDO DAS FERRAMENTAS DIGITAIS COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA**

Juliana Paganini<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.12

---

<sup>1</sup> Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROEX/CAPES. Professora da Escola Superior de Criciúma (ESUCRI). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Grupo Cibertransparência (UNISINOS). E-mail: julianaapaganini@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 1º, parágrafo único, duas formas de exercício da soberania popular, sendo elas a democracia participativa e a representativa, visando assegurar com isso a ampliação da atuação do cidadão nos assuntos que permeiam a sua realidade.

Por outro lado, muito se tem discutido acerca da inserção das ferramentas digitais no âmbito da democracia, em especial da democracia participativa, isso porque a participação possui um caráter dinâmico, possibilitando a ampliação da atuação social na vida pública, facilitando a mobilização e articulação dos cidadãos.

No que diz respeito ao processo, ele se desenvolve a partir da ação humana e por isso, deve seguir uma série de atos predeterminados pela lei, nas quais todos os operadores do direito que o permeiam devem seguir, almejando se alcançar a decisão satisfatória ao ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, embora dentro do processo exista princípios dentre os quais se pode citar o contraditório, ampla defesa, devido processo legal, publicidade e boa-fé, o acesso à justiça é ainda um direito muito mitigado, sendo um dos fatores que fortalecem essa restrição é a morosidade da decisão judicial.

Por esse motivo, a pesquisa intitulada “Democracia participativa e processo: um estudo das ferramentas digitais como garantia de acesso à justiça” gira em torno do seguinte problema: o aperfeiçoamento da democracia participativa, através das ferramentas digitais no âmbito do processo, poderia contribuir para a democratização do acesso à justiça?

Para responder esta problemática, o capítulo se desenvolverá em três partes.

A primeira abordará a crise do paradigma representativo, destacando elementos para se alcançar uma democracia participativa, pautada no respeito, na empatia, bem como no protagonismo social, no entanto, jamais se esquecendo do direito ao voto enquanto conquista democrática.

A segunda parte descreverá o acesso à justiça no Brasil, levantando as principais dificuldades, que vão além do acesso ao Poder Judiciário, tendo como base a Constituição Federal de 1988, o reconhecimento deste direito enquanto fundamental, bem como o alerta para a necessidade de seu respeito e efetividade.

Por fim, analisará de que maneira o aperfeiçoamento da democracia participativa digital poderá interferir no processo judicial, garantindo assim o acesso à justiça.

## 2 CRISE DO PARADIGMA REPRESENTATIVO: A CAMINHO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

No Brasil o paradigma da representação está em crise. No entanto, para refletir acerca desta afirmação, torna-se necessário compreender a concepção de paradigma, trazendo com isso uma sustentação para adentrar no trajeto até a democracia participativa.

Para Kunh<sup>1</sup>, os paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

No entanto, a definição de paradigma pode ser utilizada ainda enquanto uma série de determinações preestabelecidas e não discutidas, ou seja, um modelo ou exemplo que deve ser seguido sem maiores questionamentos<sup>2 3</sup>.

Apesar de não ser objeto deste trabalho o desenvolvimento aprofundado da categoria paradigma, em alguns momentos ela será utilizada em relação à crise da representação política como única maneira de exercício da cidadania, com o propósito de sua superação a partir de novo modelo, amplo, participativo e democrático.

No Brasil, embora a Constituição Federal de 1988 contemple três formas de exercício da soberania popular, sendo elas a democracia direta (art. 1º, § único), semi-direta (art. 14, I, II e III) e indireta (art.14, caput)<sup>4</sup>, existe uma predominância quanto à utilização desta última, não restando muito espaço para as demais.

Segundo Bastos<sup>5</sup>, a democracia representativa se dá através da vontade do povo exteriorizada por meio de representantes, ou seja, não existe nesse modelo a participação direta, mas intermediada por outras pessoas eleitas para atuarem de tal modo.

A vontade popular então é encarada como algo forte, já que é ela quem escolhe tanto os membros do Congresso Nacional (poder legislativo), quanto os membros do poder executivo<sup>6</sup>, havendo um respeito pela vontade das pessoas independente de sua condição na sociedade.

Ocorre que existe uma certa confusão na relação entre a cidadania e a repre-

1 KUNH, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 3. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1992, p.13.

2 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **A noção de paradigma jurídico e o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Disponível em <https://www.univali.br/pos/mestrado/mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/cadernos-de-pesquisa/Documents/caderno-pesquisa-13-2.pdf>. Acesso em 13 dez. 2021.

3 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. Ed. São Paulo: Martins Pontes, 2007.

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 dez. 2021.

5 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.139.

6 VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde**, 2013. 540 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013, p.140.

sentação, onde se reproduz a ideia de que ao cidadão cabe tão somente votar no candidato de seu agrado, muitas vezes sem se preocupar com questões ideológicas, e ir para a casa aguardar que este resolva todas as mazelas da sociedade<sup>7 8 9</sup>.

Essa postura pode ser explicada por meio da divisão público/privado adquirida com a modernidade. No setor privado se concentram as relações individuais e particulares, sendo as pessoas responsáveis apenas pelo direito ao voto. No âmbito público existe uma responsabilização pela administração da coisa pública por meio da “autorização” que é outorgada aos representantes. E no coletivo, quem deve atuar?<sup>10</sup>

O espaço coletivo acaba muitas vezes não encontrando voz, resultando numa cultura reducionista que gera reflexos negativos, tais como o descompasso entre os anseios da sociedade e as ações dos representantes eleitos, a insatisfação e descrédito no que se refere à política, o distanciamento das ações dos governantes em relação aos problemas sociais, entre tantos outros.

#### Quanto a democracia representativa

em todos os países em que vigora, tem necessidade de renovação, por se defrontar com problemas crescentes de desinteresse da população pela política, elevados índices de absenteísmo e, o que é mais grave, hostilidade dos eleitores em relação aos políticos profissionais, sobretudo pela corrupção crônica, que parece minar a classe política, principalmente nos países emergentes, colocando em profundo descrédito as instituições<sup>11</sup>.

Além disso, a dicotomia público/privado seleciona também àqueles responsáveis pela elaboração das normas, considerando somente os operadores do Estado enquanto legitimados para esta tarefa, resumindo o sistema jurídico ao que Wolkmer<sup>12</sup> denomina de “monismo”, ou seja, o Estado concentra o poder em suas mãos, de maneira que nenhum outro ator fora dele possa cumprir com essa função.

Por essa razão que se afirma que o paradigma da democracia representativa está em crise, ou seja, existe de um lado, conforme já mencionado, uma insatisfação generalizada por parte da sociedade quanto às decisões dos representantes, porém, por outro lado não se consegue pensar em algo que fortaleça o Estado Democrático de Direito.

#### Para Morin<sup>13</sup>,

numa primeira abordagem, a crise se manifesta não somente como perturbação num sistema até então aparentemente estável, mas também como crescimento das eventualidades, isto é, das incertezas. [...] Em toda a parte, por tudo, as incertezas

7 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania**: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

8 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

9 SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o cânone democrático**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

10 VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**: (a regulação jurídica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

11 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O Processo jurisdicional como um locus de democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito-vol.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.188.

12 WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p.171.

13 MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p.23.

progrediram. Significa dizer que se os profetas podem profetizar, se os videntes podem ver, os diagnosticadores não podem mais ver direito, os prognosticadores não podem mais predizer.

A crise é visualizada a partir do momento que se reconhece o caráter heterogêneo das demandas sociais, não sendo possível que algumas pessoas eleitas possam satisfazer todos os anseios de uma sociedade. Por esse motivo que se faz necessário pensar em outros instrumentos que possibilitem a participação.

Quando existe um modelo que não consegue mais responder às expectativas sociais, permanecendo preso a suas próprias concepções, estando distante da realidade cotidiana da sociedade, emerge a necessidade de uma transição de paradigma<sup>14 15</sup>.

Portanto, torna-se necessário um novo paradigma que reconheça os problemas sociais, se abra para a participação popular, legitime o cidadão acerca de suas decisões, ou seja, um cenário que consiga oportunizar a concretização das diretrizes participativas que a Constituição Federal de 1988 dispõe.

Isso porque, para Morin e Le Moigne<sup>16</sup>,

[...] estamos numa época de mudança de paradigma: os paradigmas são os princípios dos princípios, algumas noções mestras que controlam os espíritos, que comandam as teorias, sem que estejamos conscientes de nós mesmos. Creio estarmos numa época em que temos um velho paradigma, um velho princípio que nos obriga a disjuntar, a simplificar, a reduzir, a formalizar sem poder comunicar aquilo que está disjunto e sem poder conceber os conjuntos ou a complexidade do real.

É preciso refletir acerca de outras ferramentas que possam atuar junto com a democracia representativa, isto porque não se almeja uma substituição, mas pelo contrário, os instrumentos participativos devem atuar de modo a complementar as formas democráticas já existentes.

Embora haja esse anseio pelo reconhecimento de novos mecanismos participativos, está fora de cogitação descartar a conquista do direito do voto, bem como da expansão dos direitos políticos, sociais e econômicos, mas o que se almeja é o compartilhamento de espaços<sup>17 18 19</sup>.

Esse novo olhar busca inserir o elemento coletivo junto com o público e privado, ou seja, as questões individuais ficariam nas mãos do particular, o Estado se responsabilizaria com o público e a sociedade atuaria no âmbito coletivo, nos assuntos que pertencem a todos, “mas dos quais não se pode dispor individualmente, só coletivamente”<sup>20</sup>.

14 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

15 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

16 MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. **A inteligência da complexidade**. 3. ed. São Paulo: Petrópolis, 2000.

17 PILATI, José Isaac. **A dimensão filosófica da Pós-Modernidade jurídica**: ponto de partida de uma reconstrução paradigmática. Sequência, Florianópolis, n. 63, p. 291-317, dez. 2011.

18 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

19 FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 34. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

20 PILATI, José Isaac. **A dimensão filosófica da Pós-Modernidade jurídica**: ponto de partida de uma reconstrução paradigmática. Sequência, Florianópolis, n. 63, p. 291-317, dez. 2011, p.310.

O caminho que a sociedade deve percorrer para alcançar uma democracia participativa, levará em consideração aspectos relacionados a conscientização popular, fortalecendo um processo de preenchimento dos espaços coletivos com ideias e iniciativas de engajamento social, oportunizando assim o alargamento da gestão democrática<sup>21</sup>.

Dessa forma, a democracia participativa que se traz para reflexão enquanto ferramenta de ampliação do espaço de exercício da soberania popular, não se relaciona com o exercício direto conforme modelo grego, mas na construção diária de elementos que proporcionam o engajamento e comprometimento da sociedade nos assuntos de interesse comum.

Pensar num cenário cuja democracia participativa compartilhe espaço junto com a representativa e semidireta, significa que as pessoas irão se envolver nos acontecimentos públicos, irão decidir conforme aquilo que entendem ser a melhor solução para a realidade em que vivem, se tornando protagonistas de suas histórias, uma vez que a participação de todos em todas as esferas de decisões acabaria se tornando uma proposta insensata<sup>22</sup>.

Segundo Lyra<sup>23</sup>, a democracia participativa se manifesta,

[...] mais precisamente, sempre que houver formas de o cidadão participar, decidindo e (ou) opinando, diretamente, ou de forma indireta, por meio de entidades que integram, a respeito de uma gama diversificada de instituições, no âmbito da sociedade (família, empresas, mídia, clubes, escolas, etc.) ou na esfera pública (orçamento participativo, conselhos, ouvidorias, etc.).

Por isso, um Estado Democrático de Direito que consegue equilibrar suas formas de exercício da soberania popular, acaba respeitando os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e as demandas advindas de todos os setores, inclusive da coletividade.

“A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo, o cidadão-governante, o cidadão-nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo”<sup>24</sup>.

Nesse contexto, a cidadania participativa foi uma conquista para o Estado Democrático de Direito, pois “para além do estabelecimento de regras de participação política e ampliação do reconhecimento dos direitos humanos/fundamentais”<sup>25</sup> a

21 KRÜGER, Tânia Regina. **Participação da comunidade**: 20 anos de diretriz constitucional. Emancipação, Ponta Grossa, v. 8, n. 2, p. 75-90, 2008.

22 BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

23 LYRA, Rubens Pinto. Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 140, out./dez. 1998, p.12.

24 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.34.

25 VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na república participativa**: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde, 2013. 540 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013, p.187.

Constituição Federal de 1988 garantiu que este instrumento tivesse como protagonista a própria sociedade.

No entanto, cabe lembrar que essa participação precisa ser conquistada, justamente porque ela não se configura como algo estático, definitivo, acabado, mas se realiza na dinâmica, no processo contínuo de caminhada, construção e expansão, tanto no campo da conquista de direitos quanto na luta do dia a dia<sup>26</sup>.

Portanto, a cidadania participativa se dá através de um exercício diário, ou seja, por meio do engajamento, da mobilização, da conscientização, e em especial do sentimento de fazer parte enquanto ator social, onde ao cultivar tal espírito, se colherá uma sociedade mais humana e conseqüentemente um Estado mais voltado para o bem comum.

### 3 O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Ao estudar o acesso à justiça, deve-se ficar atento para as generalizações, que na maioria das vezes acabam esvaziando o termo e desvirtuando seu real significado.

Isso porque sua definição abarca certa dificuldade, tendo em vista as diversas concepções e olhares sob diferentes aspectos, sendo o conceito modificável conforme o contexto econômico, político e social.

Segundo Cappelletti e Garth<sup>27</sup>

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico- o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Essa dificuldade acaba fazendo com que este direito seja utilizado como sinônimo de tantos outros direitos ou princípios, tais como o que ocorre com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, gerando certa confusão acerca de algumas particularidades.

Nesse sentido, não é equivocado encarar o princípio da inafastabilidade da jurisdição como um dos pilares do acesso à justiça, ou seja, enquanto premissa que oportuniza qualquer pessoa de ter seu litígio apreciado pelo Estado, sendo um desafio neste cenário, identificar instrumentos que possibilitem a sociedade acessar o Poder Judiciário<sup>28 29</sup>.

No Brasil, o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 contempla tal

26 DEMO, Pedro. **Participação é conquista**: noções de política social participativa. São Paulo: Cortez, 2001.

27 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988, p.03.

28 ROQUE, Nathaly Campitelli. **O que quer dizer “Acesso à Justiça”?** Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/06/15/o-que-quer-dizer-acesso-justica/>. Acesso em 14 dez. 2021.

29 SÁLLES, Bruno Makowiecky; ABREU, Pedro Manoel. Concepções e conceito de acesso à justiça. **Revista de ciências jurídicas e sociais da UNIPAR**. umuarama. v. 23, n. 2, p. 245-262, jul./dez. 2020.

princípio ao aduzir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito<sup>30</sup>”, isso significa que o Estado não pode se negar a solucionar qualquer conflito envolvendo seus cidadãos.

No entanto, o acesso à justiça não está relacionado apenas ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, como também, conforme o dispositivo citado acima, ele se coloca enquanto direito fundamental, na qual remete à ideia de que a violação do acesso à justiça vai além da impossibilidade de acessar o Poder Judiciário<sup>31</sup>.

Portanto, é preciso facilitar o acesso à justiça (e à ordem jurídica justa) não só aos carentes econômicos, como também aos juridicamente necessitados, dentre os quais avultam na sociedade moderna os carentes organizacionais, mais vulneráveis em face das relações socioeconômicas (os titulares de pequenos conflitos, os consumidores, os partícipes de contratos de adesão, os usuários de serviços públicos, os pequenos investidores no mercado mobiliário, os segurados da Previdência Social, etc.)<sup>32</sup>.

Encarar o acesso à justiça enquanto um direito fundamental, significa exigir que este seja respeitado e preservado, uma vez que os direitos fundamentais são àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera constitucional de determinado Estado, ou seja, eles nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados<sup>33</sup>.

Um outro olhar do acesso à justiça diz respeito ao acesso ao direito,

que compreende o estudo de medidas preventivas de conflitos, baseadas no conhecimento dos direitos pela população em seu grau mais abrangente (direito de acesso a informações relevante a suas decisões particulares e de ser informado sobre seus direitos); o direito de participar das decisões do Estado em relação à implementação de tais direitos, por via direta ou por representantes (o que pode ter caráter preventivo ou repressivo, conforme o direito posto em causa) e o reconhecimento do direito de buscar solução para os conflitos existentes por meios não estatais (por exemplo, por mediação, arbitragem ou técnicas psicológicas, como a constelação familiar)<sup>34</sup>.

Como se pode perceber, este pilar do acesso à justiça é mais abrangente, na medida que coloca a sociedade enquanto protagonista da relação jurídica, não limitando apenas a questões relacionadas ao Poder Judiciário, inclusive trazendo a participação social no âmbito do poder Legislativo e Executivo.

Este alargamento do acesso à justiça é exteriorizado inclusive no artigo 3º do Código de Processo Civil que, seguindo as diretrizes constitucionais, repetiu o disposto do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, mencionando ainda em seus

30 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 dez. 2021.

31 ROQUE, Nathaly Campitelli. **O que quer dizer “Acesso à Justiça”?** Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/06/15/o-que-quer-dizer-acesso-justica/>. Acesso em 14 dez. 2021.

32 GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual brasileiro. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223>. Acesso em 04 abril 2022.

33 SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Ed. Livraria do advogado. 2018.

34 ROQUE, Nathaly Campitelli. **O que quer dizer “Acesso à Justiça”?** Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/06/15/o-que-quer-dizer-acesso-justica/>. Acesso em 14 dez. 2021, p.06.

parágrafos a permissão da arbitragem e a solução consensual de conflitos como algo a ser estimulado pelo Estado, por seus diversos atores e pelos advogados<sup>35</sup>.

O direito brasileiro, então, reconhece e estimula a arbitragem, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos. A chamada justiça multiportas, introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, que inclui métodos de solução heterocompositiva (jurisdição e a arbitragem) e autocompositiva (conciliação e mediação)<sup>36</sup>, que apontaria para essa intenção do legislador de fazer valer a ideia de ampliação do conceito de acesso à justiça.

Para Mitidiero<sup>37</sup>, “o pressuposto que alimenta o ideal de justiça multiportas é a inadequação da previsão de um único tipo de resposta para os mais diferentes conflitos”, que muitas vezes exigem abordagens e perseguem objetivos diferentes, ou seja, torna-se necessário ampliar a concepção de que o acesso à justiça estaria relacionado apenas ao ingresso de ação perante o Poder Judiciário.

Segundo Nunes<sup>38</sup>, percebe-se no processo uma estrutura normativa de implementação de uma participação cidadã que acaba despertando a tomada de consciência e a busca de direitos em um espaço onde deve imperar a ampla possibilidade de influência na formação de decisões, no âmbito de uma ordem isonômica, ou seja, com a adoção de um contraditório em sentido forte.

Essa postura que concebe o acesso à justiça enquanto espaço amplo, responsável pela discussão e resolução de conflitos por meio do contraditório, reconhece também o papel da sociedade no que diz respeito a oportunidade de participação, para que as decisões não se concentrem nas mãos do Estado, mas atinjam os variados atores sociais.

Portanto, democratizar o acesso à Justiça,

não significa apenas franquear à população o acesso aos tribunais. Como sabemos, a questão é mais abrangente. A democratização traz em seu bojo, pelo menos, três elementos necessários: o atendimento da vontade popular, a não distinção deletéria entre quem quer que seja e a realização de medidas de interesse geral. É possível, por exemplo, democratizar o acesso à Justiça pela transparência e pela informação; pelo aperfeiçoamento da prestação jurisdicional; pela celeridade processual; pelas tutelas de urgência; pela linguagem mais clara; pela eficiência administrativa; pela instalação de serviços públicos também nas regiões necessitadas ou longínquas do País [...] <sup>39</sup>.

A partir do momento que o alargamento da definição de acesso à justiça alcan-

35 BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 14 dez. 2021.

36 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **O CPC (Lei 13.105/2015) e a Lei de Mediação (13.140/2015) no sistema multiportas de acesso à Justiça**. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2020/09/30/cpc-mediacao-sistema-multiportas/>. Acesso em 15 dez. 2021.

37 MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. Revista dos Tribunais, 2021, p. 94-95.

38 NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**- edição especial, 2008.

39 MARTINS, Humberto Eustáquio Soares. **Democratizando o acesso à justiça**. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. (Org.) **Democratizando o acesso à justiça**. Brasília: CNJ, 2020, p.13.

ça os diferentes extratos sociais, se consegue pensar numa conscientização acerca do papel da sociedade na resolução de seus próprios conflitos, mas não somente isso. O simples vocabulário utilizado para se comunicar com as pessoas é fator preponderante para se garantir ou não o acesso à justiça.

Esta preocupação pela garantia do acesso à justiça, se deve ao fato de que historicamente o Estado não reconhecia as mais variadas concepções acima pontuadas, uma vez que, em especial nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, as soluções dos litígios civis ficavam alheios a responsabilidade estatal<sup>40</sup>.

Por outro lado, na passagem para as sociedades modernas, as ações e relacionamentos acabaram assumindo um caráter mais coletivo e intervencionista, ou seja, foi nesse momento que se passou a reconhecer uma postura mais ativa dos Estados<sup>41</sup>.

Nesse sentido, muitas são as razões que obstaculizam o acesso à justiça e deixam às pessoas à margem de qualquer proteção estatal, estando dentre elas o próprio conhecimento acerca deste direito, ainda que alguns segmentos sociais desenvolvam trabalhos nesse sentido<sup>42</sup>.

No entanto, outras barreiras de acesso são encontradas nos sistemas jurídicos, que acabam gerando diariamente a violação deste direito, fazendo com que as pessoas descreditem e até menosprezem a sua efetivação.

Segundo Mendes<sup>43</sup> dentre os inúmeros fatores que restringem o acesso à justiça no Brasil pode-se citar a morosidade da decisão judicial, o alto custo da prestação jurisdicional, número exagerado de processos, falta de estrutura, escassez de operadores do direito, além da desinformação e desconhecimento dos próprios direitos por parte dos cidadãos.

Para Cappelletti e Garth<sup>44</sup>, a busca pelo rompimento dos obstáculos do acesso à justiça é permanente, onde a primeira solução,

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

Esta articulação envolve inclusive trabalhos direcionados para a conscientização do acesso à justiça pela sociedade, buscando elaborar estratégias que minimizem todos os demais problemas que norteiam este direito.

40 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

41 CENCI, Natalia Ferreira Lehmkuhl; SILVA, Thaís Fernanda. O acesso à justiça como direito fundamental e a sua efetivação jurisdicional. Revista âmbito jurídico. 2020.

42 MADERS, Angelita Maria. Acesso à justiça no brasil: pra quem? Revista direito em debate. ano x iii nº 23, jan./jun. 2005, p.10.

43 MENDES, Josefa Rosângela de Carvalho. **As dificuldades do acesso à Justiça**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/27396/as-dificuldades-do-acesso-a-justica>. Acesso em 15 dez. 2021.

44 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988, p.12.

Tais estratégias poderiam ser pensadas utilizando as ferramentas digitais, para que assim se consiga perceber se a utilização destes instrumentos no âmbito do processo, poderia (ou não) alcançar a democratização do acesso à justiça, razão pela qual este será o objeto do próximo item do artigo.

#### 4 AS FERRAMENTAS DIGITAIS NO ÂMBITO DO PROCESSO: DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA

Não é novidade que as relações sociais mudam constantemente, pois isso, é uma característica natural do ser humano: a constante mudança. Não é diferente na área tecnológica que evoluiu muito nas últimas décadas, trazendo invenções e frutos que facilitaram muito a vida das pessoas.

As mudanças que foram ocorrendo no mundo, trouxeram uma forma de interação de comunicação rápida de informações, sendo que a criação de novas tecnologias, fizeram com que indivíduos, governos e instituições se adequassem a essa nova estrutura<sup>45</sup>.

Segundo Vieira<sup>46</sup>, as ferramentas digitais são importantes aliadas na caminhada pela legitimação da cidadania no âmbito da democracia participativa. Isto porque a internet pode contribuir para a concretização do acesso à justiça, de modo inclusive conscientizador dos direitos inerentes a pessoa humana.

Nesse sentido, há uma mudança na sociedade

a partir do advento da internet e das novas tecnologias: A Internet é o tecido de nossas vidas. Se a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial, em nossa época a Internet poderia ser equiparada tanto a uma rede elétrica quanto ao motor elétrico, em razão de sua capacidade de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana. Ademais, à medida que novas tecnologias de geração e distribuição de energia tornaram possível a fábrica e a grande corporação como os fundamentos organizacionais da sociedade industrial, a Internet passou a ser a base tecnológica para a forma organizacional da Era da Informação: a rede<sup>47</sup>.

Em que pese as dificuldades de acesso à tecnologia, inerentes a toda sociedade brasileira, a internet pode se constituir em importante ferramenta de resolução ou pelo menos redução dos obstáculos de acesso à justiça, já que tal acesso, conforme visto, não se limita somente ao ingresso no Poder Judiciário.

Isso porque, acesso à justiça no atual panorama brasileiro garante muito mais

45 TAKANO, Camila Cardoso; SILVA, Lucas Gonçalves. O Constitucionalismo Digital e as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). São Paulo: **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/6392/pdf>. Acesso em 16 dez. 2021.

46 VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na república participativa**: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde, 2013. 540 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

47 CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**, Reflexões sobre a Internet, os Negócios e a Sociedade. São Paulo: Zahar, 2003. Disponível em: [file:///C:/Users/Acer/Desktop/Bibliografia%20tc/A Galaxia da Internet Manuel Castells.pdf](file:///C:/Users/Acer/Desktop/Bibliografia%20tc/A%20Galaxia%20da%20Internet%20Manuel%20Castells.pdf). Acesso em 16 dez. 2021, p.07.

do que o mero ingresso em juízo e a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário ao jurisdicionado, garante, porém, o direito a uma tutela justa, adequada ao plano material<sup>48</sup>.

Quando se trata do termo “tecnologia”, é necessário entender que por trás desse fenômeno existe uma associação ao conhecimento humano, ou seja, tecnologia não é algo natural, ela foi criada e inventada a partir de muito conhecimento e tentativas frustradas, que dependeram de esforços, habilidades, métodos e técnicas para criar algo inovador<sup>49</sup>.

Nesse sentido, “a internet é uma experiência tecnológica, mas o uso que dela é feito, opera-se pela mão humana, por isto, não é boa nem ruim, depende da sua utilização”<sup>50</sup>, ou seja, ter acesso a internet, não significa que o acesso à justiça se dará automaticamente de maneira democrática.

No que diz respeito a democratização do acesso à justiça, algumas ferramentas digitais foram inseridas no processo, de modo a reduzir a violação deste direito, cabendo antes de tratar sobre elas, tecer algumas considerações sobre o processo em si.

Para Grinover<sup>51</sup>, historicamente o processo era examinado numa concepção interna, visto como instrumento técnico para realização do direito material, no entanto, com o passar dos anos, ele começa a ser examinado numa conotação relacionada a vida prática, pela justiça que é capaz de produzir, onde o processualista, do mesmo modo, teve que se moldar a essa nova realidade, passando a ver o processo num ângulo externo, ou seja, nos reflexos que ele traz junto aos consumidores da justiça.

Ao tratar da dialética do processo e do contraditório, Calamandrei<sup>52</sup> aduz que no processo dialético, a sentença é a consequência, incerta até o fim, do andamento do processo, já no processo totalitário, o andamento do processo é a consequência da sentença já definida desde o começo.

Assim sendo, o atual modelo constitucional de processo é, sem dúvida, democrático e a democracia aí exercida é a democracia direta. A decisão estatal parte aqui do juiz e as partes participam diretamente da formação dessa vontade por meio da prática dos mais diversos atos processuais. O princípio do contraditório, visto aqui como participação das partes e do juiz no processo, é o forte guardião desse “ser” tão sensível a intempéries, chamado “democracia”<sup>53</sup>.

48 MÖLLER, Guilherme Christen. **Métodos adequados de solução de conflitos: panaceia para a crise do poder judiciário?** 2017. Disponível em: [https://www.academia.edu/41584570/M%C3%A9todos\\_adequados\\_de\\_solu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_conflitos\\_Panaceia\\_para\\_a\\_crise\\_do\\_Poder\\_Judici%C3%A1rio](https://www.academia.edu/41584570/M%C3%A9todos_adequados_de_solu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_Panaceia_para_a_crise_do_Poder_Judici%C3%A1rio). Acesso em 04 abril 2022.

49 HAYNE, Luiz Augusto; WYSE, Angela Terezinha de Souza. Análise da evolução da tecnologia: uma contribuição para o ensino da ciência e tecnologia. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Ensino de Ciência e Tecnologia**, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/Acer/Downloads/5947-32922-4-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/5947-32922-4-PB%20(3).pdf). Acesso em 16 dez. 2021.

50 LIMBERGER, Têmis. Direitos humanos na era tecnológica. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 2, n. 2, jul. dez/2013, p.348.

51 GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual brasileiro. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223>. Acesso em 04 abril 2022.

52 CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

53 WOLKART, Erick Navarro. **Mecanismos de objetivação do processo**, 2011. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -

Portanto, este princípio é uma garantia fundamental da justiça, com guarida constitucional na maioria dos países, sendo integrante do Estado de Direito, contemplado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal<sup>54</sup>, e replicado no Código de Processo Civil<sup>55</sup>, nos artigos 7º, 9º e 10º.

Ribeiro<sup>56</sup>, identifica três fases marcantes da evolução do princípio do contraditório através dos tempos: a primeira, que denomina formal, identificada com a necessidade de informar; a segunda, material, que se caracteriza pela possibilidade de participação e a terceira, constitucional, identificada pelo direito de influenciar, ou melhor, direito de ser ouvido.

Para Abreu<sup>57</sup>, este aspecto dialogal do princípio do contraditório é fundamental para se pensar a democratização do processo, pois através do rompimento de ritos e formas que se autojustificam, é possível se partir para um cenário que se encontra em constante movimento.

Logo, a mão que conduz todo o processo refere-se ao contraditório, onde as partes e o juiz dialogam, buscando encontrar a melhor solução para o caso concreto, respeitando direitos e garantias fundamentais, baseando-se no respeito e na empatia mútua.

#### Segundo Calamandrei<sup>58</sup>

O processo é uma operação conduzida segundo um método de raciocínio, preestabelecido e ordenado pela lei, que os juízes e as partes devem seguir, etapa por etapa, segundo certa sucessão prescrita e coordenação dialética, para obter, ao final, uma sentença justa.

Nesse sentido, quando uma pessoa se utiliza de um processo, ela deve se assegurar de que ele irá caminhar de acordo com o ordenamento jurídico, seguindo os princípios e as normas, sendo que ao final, será garantida uma decisão.

Portanto, o processo não é algo natural, ou seja, não é possível que ele seja plantado, cultivado e, posteriormente colhido, ou ainda, meramente encontrado na natureza, mas pelo contrário, ele é, senão, desenvolvido pelo e para o ser humano<sup>59</sup>.

Passos<sup>60</sup> encara o processo de uma maneira mais ampla, criticando alguns juristas que associam processo ao processo jurisdicional, ou perante o magistrado para a solução de um conflito. Para o autor<sup>61</sup>, “cumpre relacionar processo ao fenômeno

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

54 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 dez. 2021.

55 BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 14 dez. 2021.

56 RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro: presente e futuro**. Londrina: THOTH, 2020.

57 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O Processo jurisdicional como um locus de democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito-vol.3**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

58 CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.23.

59 RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. J.M. Bosch editor, 2004.

60 PASSOS, José Joaquim Calmon. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

61 PASSOS, José Joaquim Calmon. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999,

da produção de normas jurídicas, técnicas de elaboração do Direito, que isto é o que parece que ele seja”.

Pois bem, mas no âmbito do processo, as ferramentas digitais poderiam democratizar o acesso à justiça?

Para se chegar à resposta desta problemática, cabe mencionar que o princípio democrático participativo está ligado à jurisdição e ao processo. Isso porque tem-se de um lado, a participação na administração da justiça (que responde às exigências de legitimação democrática do exercício da jurisdição, pode fazer-se por meio da intervenção popular direta ou indireta) e, do outro, a participação mediante a justiça (utiliza o próprio instrumento “processo” para permitir o acesso das pessoas e das causas à justiça e à ordem jurídica justa, ligando-se à questão da universalidade da tutela jurisdicional). O próprio processo é então utilizado como veículo de participação democrática de acesso à justiça<sup>62</sup>.

Sobre esta participação democrática, Ribeiro e Scalabrin<sup>63</sup> trazem uma reflexão relevante acerca do povo, classificando-o em povo-ativo, como sendo aquele destinatário dos direitos políticos e que por isso, pode alterar seus representantes através do processo eleitoral e o povo-ícone, que é invocado, mas que nunca se vê, cuja legitimidade não se faz presente no sistema. Se traduz naquela imagem de povo que é verbalizada pelos seus representantes e cujas decisões não são atribuíveis ao próprio povo em termos de direito vigente, mas, tão somente, como palavra vã de falsa legitimidade.

Dentro do processo, para que haja o acesso à justiça, torna-se necessário o afastamento da ideia de povo-ícone, pois neste contexto, o povo tem voz e dialoga junto com os demais envolvidos, no entanto, para que essa relação de horizontalidade ocorra, torna-se necessário o conhecimento acerca deste direito.

Por isso, no âmbito do processo, o alcance do acesso à justiça se depara com muitos obstáculos que precisam ser superados, estando dentre eles a falta de informação e transparência, demora processual, bem como a falta de linguagem clara.

Acerca desses óbices, duas pontuações merecem atenção. A primeira gira em torno da democracia digital, que, resgatando o que foi discutido no primeiro capítulo deste artigo, coloca a democracia participativa em destaque, por meio da utilização de ferramentas digitais para que desse modo a sociedade tenha acesso à justiça.

Para se pensar numa democracia digital no âmbito do processo, se faz necessário entender sua definição, sendo ela

p.76.

62 GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual brasileiro. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223>. Acesso em 04 abril 2022.

63 RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista Scientia iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.

qualquer forma de emprego de dispositivos (computadores, celulares), aplicativos (programas) e ferramentas (fóruns, sites, redes sociais) de tecnologias digitais de comunicação para suplementar, reforçar ou corrigir aspectos das práticas políticas e sociais do Estado e dos cidadãos, em benefício do teor democrático da comunidade política<sup>64</sup>.

Nessa primeira tentativa de gerar o acesso à justiça, a sociedade utilizaria a seu favor as ferramentas digitais para se informar acerca de seus direitos, reivindicar pela efetivação deles, atuar junto ao Estado na proposição e elaboração de políticas públicas, dentre tantas outras formas de atuação.

A segunda pontuação foca nas ferramentas digitais no âmbito do processo no Poder Judiciário, em especial na celeridade processual, que para alcançar o acesso à justiça conta com a ajuda da chamada Inteligência Artificial (IA).

Quando se fala em Inteligência Artificial (IA), pensa-se em possibilidade de robôs realizarem tarefas cotidianas e profissionais de forma inteligente, que anteriormente eram realizadas somente por seres humanos<sup>65</sup>.

Com o advento da Inteligência Artificial (IA) no Direito, máquinas estão sendo elaboradas para contribuir na celeridade dos seguimentos que adotaram esse avanço tecnológico, para trazer resultados eficientes, melhores do que se espera de um profissional humano. Assim, a Inteligência Artificial (IA) atua como um assistente jurídico com fonte inesgotável, facilitando o trabalho do profissional jurídico, com rapidez e eficiência<sup>66</sup>.

Nota-se que a aquisição da tecnologia na esfera do direito, fez uma grande mudança para a área profissional, visto que, trouxe rapidez, eficiência e celeridade para o serviço prestado pelos profissionais jurídicos, pois a Inteligência Artificial (IA) opera como fonte abundante de conhecimento que auxilia para uma prestação de serviço mais eficaz.

Percebe-se com isso, que eficiência e simplicidade foram proporcionadas ao Poder Judiciário por esses sistemas inteligentes, através da criação de plataformas digitais para hospedagem dos processos judiciais, o qual anteriormente se dava pela enxurrada de pastas de processos por conta da quantidade de documento que se utiliza no trâmite processual, logo, o processo eletrônico modernizou o trabalho dos profissionais do direito, trazendo benefícios de aperfeiçoamento e fortalecimento do trabalho<sup>67</sup>.

64 GOMES, Wilson. Participação política online: questões e hipóteses de trabalho. In: MAIA, Rousiley Celi Moreira; GOMES, Wilson; MARQUES, Francisco Paulo Almeida (Orgs.). **Internet e participação política no Brasil**. Porto Alegre: Sulina, 2011, p.46.  
65 CANTALI, Fernanda Borghetti. Inteligência Artificial e Direito de Autor: Tecnologia Disruptiva Exigindo Reconfiguração de Categorias Jurídicas. Porto Alegre: **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/Acer/Downloads/INTELIGENCIA ARTIFICIAL E DIREITO DE AUTOR TECNOLO%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL%20E%20DIREITO%20DE%20AUTOR%20TECNOLOGIA%20E%20CONCORRENCIA.pdf). Acesso em 16 dez. 2021.

66 COSTA, Suzana Rita. **A contribuição da Inteligência Artificial na Celeridade dos Trabalhos Repetitivos no Sistema Jurídico**. Bauru: Mestrado Profissional em Mídia e Tecnologia, 2020. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/193188/costa\\_sr\\_me\\_bauru.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/193188/costa_sr_me_bauru.pdf?sequence=3&isAllowed=y). Acesso em 16 dez. 2021.

67 GALVÃO, Everaldo. Advocacia, Tecnologia e Sociedade. Rio de Janeiro, **Diálogos sobre Direito e Tecnologia**, 2020. Disponível em: [https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/08/LIVRO\\_DIALOGOS SOBRE TECNOLOGIA E DIREITO.pdf](https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/08/LIVRO_DIALOGOS SOBRE TECNOLOGIA E DIREITO.pdf). Acesso em 16 dez. 2021.

Os próprios Tribunais, concentram grande quantidade de dados dispersos, onde não conseguem armazenar, ou tratá-los de modo produtivo, com isso, os sistemas desenvolvidos sob a ótica tecnológica, conseguem atingir resultados propostos com objetividade e rapidez, o que confere elevado grau de segurança e certeza as soluções<sup>68</sup>.

Além disso, o chamado Big Data pode ajudar e muito no setor jurídico que, com sua rapidez em processamento, possibilita a análise do processo de modo mais completo e complexo, pois o grande volume que é gerado de informações agiliza o trabalho da utilização de Inteligência Artificial (IA) em plataformas de jurimetria, que é a aplicação de métodos quantitativos e qualitativos, específicos no direito<sup>69</sup>.

Outra ferramenta digital que foi fundada no ano de 2011, em benefício do Sistema Judiciário, para solução de conflitos, é a Justto, que é especializada em serviços eletrônicos para arbitragem e conciliação extrajudicial, assim, sem a existência de Tribunais, o processo é inteiramente conduzido por meio da internet<sup>70</sup>.

De acordo com Filho e Junquilha<sup>71</sup>, o Supremo Tribunal Federal, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), também desenvolveu um projeto denominado Victor, o qual homenageia o ex-ministro Victor Nunes Leal, o projeto é utilizado o modelo aprendizado de máquina (Machine Learning), aprendizado computacional através da Inteligência Artificial (IA).

Percebe-se o quanto a Inteligência Artificial (IA) representa para a esfera jurídica, pois a criação do robô Victor é algo realmente inovador, e positivo para o STF, ajudando a identificar os recursos extraordinários que tenham repercussão geral, o que aumenta a eficiência e a velocidade no julgamento do processo pelo Supremo Tribunal Federal.

Por meio dessas duas pontuações é possível trazer a reflexão de que as ferramentas digitais no âmbito do processo seriam capazes de democratizar o acesso à justiça. Visto que, por um lado resgata a democracia participativa e o protagonismo social, contribuindo para a informação da sociedade acerca de seus direitos, oportunizando por isso sua participação, e por outro lado, por meio da Inteligência Artificial (IA) oferece aos operadores do direito mecanismos céleres, capazes de auxiliar no de-

68 CURY, César. *Direito e tecnologia: aspectos teóricos da solução de conflitos por sistemas inteligentes*. Rio de Janeiro: *Diálogos sobre Tecnologia e Direito*, 2020. Disponível em: [https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/08/LIVRO\\_DIALOGOS SOBRE TECNOLOGIA E DIREITO.pdf](https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/08/LIVRO_DIALOGOS SOBRE TECNOLOGIA E DIREITO.pdf). Acesso em 16 dez. 2021.

69 GALVAO, Everaldo. *Advocacia, Tecnologia e Sociedade*. Rio de Janeiro, *Diálogos sobre Direito e Tecnologia*, 2020. Disponível em: [https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/08/LIVRO\\_DIALOGOS SOBRE TECNOLOGIA E DIREITO.pdf](https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/08/LIVRO_DIALOGOS SOBRE TECNOLOGIA E DIREITO.pdf). Acesso em 16 dez. 2021.

70 SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. *Desafios da Inteligência Artificial para a Profissão Jurídica*. São Paulo: Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo (FGV Direito SP), 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23977/Disserta%3%a7%c3%a3o%20Henrique%20Sperandio%20%20May%202018.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 16 dez. 2021.

71 FILHO, Mamede Said Maia; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: Perspectiva da Inteligência Artificial ao Direito. Vitória: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/Acer/Downloads/1587-Texto%20do%20artigo-4937-1-10-20190211%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/1587-Texto%20do%20artigo-4937-1-10-20190211%20(1).pdf). Acesso em 16 dez. 2021.

envolvimento de tarefas extensas, contribuindo para o acesso à justiça.

Por isso, a verdadeira práxis democrática, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo, sendo que esses direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação dos mais altos desígnios da verdadeira democracia<sup>72</sup>.

No entanto, muitos desafios precisam ser enfrentados, pois ainda resta um longo caminho para a consolidação da democratização do acesso à justiça no Brasil. De todo modo, torna-se necessário um trabalho com a sociedade, em torno da conscientização de seus direitos, como também das vantagens e desvantagens que a Inteligência Artificial (IA) pode trazer para o Sistema Jurídico, sem deixar de lado a realidade da falta de acesso aos meios digitais e os problemas estruturais que permeiam toda sociedade, mas esses são desafios que demandam tempo, vontade e muito aprendizado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o reconhecimento da democracia participativa enquanto forma de exercício da soberania popular ao lado da representativa e semidireta, significou uma preocupação e respeito com as maneiras da sociedade atuar no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Isso possibilitou inclusive, a criação de ferramentas participativas digitais para garantir a efetivação do acesso à justiça, tendo em vista que este direito envolve questões relacionadas a informação, conscientização do papel social, vocabulário de fácil entendimento, aplicação do princípio do contraditório num viés dialógico, bem como a celeridade processual, número suficiente de operadores que trabalham junto as demandas judiciais, dentre outras questões.

No que diz respeito ao processo especificamente, este envolve a produção de normas jurídicas, ou seja, ele ultrapassa o conjunto de atos pré-ordenados, sendo que este alargamento conceitual somado ao rápido e crescente desenvolvimento das ferramentas digitais em todos os setores, inclusive no direito, pode contribuir para a democratização do acesso à justiça.

Se por um lado as ferramentas digitais podem colaborar para o aperfeiçoamento da democracia participativa, garantindo o acesso das pessoas a seus direitos,

<sup>72</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista Scientia iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.

por outro, ela pode ajudar no trabalho junto ao Poder Judiciário, orientando o julgamento do número exacerbado de demandas, agilizando o retorno dessas decisões para a sociedade através da Inteligência Artificial (IA).

Portanto, muitos desafios precisam ser enfrentados, a começar pela elaboração de políticas de inclusão para àqueles que não tem acesso às tecnologias, e posteriormente através de um trabalho de conscientização quanto a importância do uso da Inteligência Artificial (IA) no sistema jurídico.

Por isso que a utilização das ferramentas digitais no âmbito do processo, ainda é um caminho em construção, que somente poderá cumprir seu papel de democratização do acesso à justiça através da reinvenção quotidiana dos espaços de democracia participativa.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. Ed. São Paulo: Martins Pontes, 2007.

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O Processo jurisdicional como um locus de democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito-vol.3*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 14 dez. 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Inteligência Artificial e Direito de Autor: Tecnologia Disruptiva Exigindo Reconfiguração de Categorias Jurídicas*. Porto Alegre: **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, 2018.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**, Reflexões sobre a Internet, os Negócios e a Sociedade. São Paulo: Zahar, 2003.
- CENCI, Natalia Ferreira Lehmkuhl; SILVA, Thaís Fernanda. O acesso à justiça como direito fundamental e a sua efetivação jurisdicional. *Revista âmbito jurídico*. 2020.
- COSTA, Suzana Rita. **A contribuição da Inteligência Artificial na Celeridade dos Trabalhos Repetitivos no Sistema Jurídico**. Bauru: Mestrado Profissional em Mídia e Tecnologia, 2020.
- CURY, César. Direito e tecnologia: aspectos teóricos da solução de conflitos por sistemas inteligentes. Rio de Janeiro: **Diálogos sobre Tecnologia e Direito**, 2020.
- DEMO, Pedro. **Participação é conquista**: noções de política social participativa. São Paulo: Cortez, 2001.
- FILHO, Mamede Said Maia; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: Perspectiva da Inteligência Artificial ao Direito. Vitória: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 2018.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 34. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.
- GALVÃO, Everaldo. Advocacia, Tecnologia e Sociedade. Rio de Janeiro, **Diálogos sobre Direito e Tecnologia**, 2020.
- GOMES, Wilson. Participação política online: questões e hipóteses de trabalho. In: MAIA, Rousiley Celi Moreira; GOMES, Wilson; MARQUES, Francisco Paulo Almeida (Orgs.). **Internet e participação política no Brasil**. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual brasileiro. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo.
- HAYNE, Luiz Augusto; WYSE, Angela Terezinha de Souza. Análise da evolução da tecnologia: uma contribuição para o ensino da ciência e tecnologia. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Ensino de Ciência e Tecnologia**, 2018.
- KRÜGER, Tânia Regina. **Participação da comunidade**: 20 anos de diretriz constitucional. Emancipação, Ponta Grossa, v. 8, n. 2, p. 75-90, 2008.
- KUNH, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 3. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- LIMBERGER, Têmis. Direitos humanos na era tecnológica. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 2, n. 2, jul.dez/2013.
- LYRA, Rubens Pinto. Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 140, out./dez. 1998.

MADERS, Angelita Maria. Acesso à justiça no brasil: pra quem? Revista direito em debate. ano XIII nº 23, jan./jun. 2005.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **A noção de paradigma jurídico e o paradigma do Estado Democrático de Direito.** Disponível em <https://www.univali.br/pos/mestrado/mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/cadernos-de-pesquisa/Documents/caderno-pesquisa-13-2.pdf>. Acesso em 13 dez. 2021.

MARTINS, Humberto Eustáquio Soares. Democratizando o acesso à justiça. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. (Org.) **Democratizando o acesso à justiça.** Brasília: CNJ, 2020.

MENDES, Josefa Rosângela de Carvalho. **As dificuldades do acesso à Justiça.** Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/27396/as-dificuldades-do-acesso-a-justica>. Acesso em 15 dez. 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil.** Revista dos Tribunais, 2021.

MÖLLER, Guilherme Christen. **Métodos adequados de solução de conflitos:** panaceia para a crise do poder judiciário? Disponível em: [https://www.academia.edu/41584570/M%C3%A9todos\\_adequados\\_de\\_solu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_conflitos\\_Panaceia\\_para\\_a\\_crise\\_do\\_Poder\\_Judici%C3%A1rio](https://www.academia.edu/41584570/M%C3%A9todos_adequados_de_solu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_Panaceia_para_a_crise_do_Poder_Judici%C3%A1rio). Acesso em 04 abril 2022.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência.** 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. **A inteligência da complexidade.** 3. ed. São Paulo: Petrópolis, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**-edição especial, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PILATI, José Isaac. **A dimensão filosófica da Pós-Modernidade jurídica:** ponto de partida de uma reconstrução paradigmática. Sequência, Florianópolis, n. 63, p. 291-317, dez. 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro:** presente e futuro. Londrina: THOTH, 2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães. La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho. J.M. Bosch editor, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Scientia iuris**, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.

ROQUE, Nathaly Campitelli. **O que quer dizer “Acesso à Justiça”?** Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/06/15/o-que-quer-dizer-acesso-justica/>. Acesso em 14 dez. 2021.

SALLES, Bruno Makowiecky; ABREU, Pedro Manoel. Concepções e conceito de acesso à justiça. Revista de ciências jurídicas e sociais da UNIPAR. Umuarama. v. 23, n. 2, p. 245-262, jul./dez. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o cânone democrático.** In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social.** São Paulo: Boitempo, 2007.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Ed. Livraria do advogado. 2018.

SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. **Desafios da Inteligência Artificial para a Profissão Jurídica.** São Paulo: Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo (FGV Direito SP), 2018.

TAKANO, Camila Cardoso; SILVA, Lucas Gonçalves. O Constitucionalismo Digital e as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). São Paulo: **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, 2020.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma:** para compreender o mundo de hoje. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **O CPC (Lei 13.105/2015) e a Lei de Mediação (13.140/2015) no sistema multiportas de acesso à Justiça.** Disponível em <http://gen-juridico.com.br/2020/09/30/cpc-mediacao-sistema-multiportas/>. Acesso em 15 dez. 2021.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado:** (a regulação jurídica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na república participativa:** pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde, 2013. 540 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

WOLKART, Erick Navarro. **Mecanismos de objetivação do processo**, 2011. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.



# **CAPÍTULO 13**

---

## **UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE JURISDIÇÃO À LUZ DA TEORIA DO DIREITO SUBJETIVO MEDIATO E IMEDIATO**

Mario Di Stefano Filho<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.13

---

<sup>1</sup> Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da CAPES. Mestre pelo programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), com bolsa CAPES/PROSUC. Especialista em Direito Tributário e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas.) Professor da Faculdade de Direito da PUC-Campinas. E-mail: mariodsfilho.adv@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

A concepção de Estado moderno atribui uma responsabilidade intrínseca de perseguir o bem-comum ao seu povo, no sentido amplo da expressão. Por consequência, deve o ente estatal solucionar os conflitos de interesse que ocorram dentro de seu território, do qual usará o direito como ferramenta.

O direito, dessa forma, é um instrumento criado pelo homem, que dispõe de duas facetas, a legislação e a jurisdição. A legislação institui as normas abstratas, enquanto a jurisdição vai aplicar tais normas nos casos concretos, encerrando assim os conflitos de interesse.

Desde já, é estabelecido dois tipos de direito, o objetivo e o subjetivo. O direito objetivo busca hierarquizar os interesses da sociedade mediante o estabelecimento das normas abstratas tendo a função psicológica, inibidora de comportamentos violadores, e a função judicial, a solução dos conflitos por meio da atuação do juiz. Por outro lado, o direito subjetivo é um status jurídico do qual uma das partes pode usufruir de uma garantia baseada em uma norma jurídica.

O direito subjetivo, no entanto, é questionável, devendo ser confirmado por sentença do magistrado. Ocorre que, há direitos indisponíveis que não podem aguardar sentença e diante disso, foi criada as modalidades de direito subjetivo mediato e direito subjetivo imediato.

Nessa linha, o trabalho tem como objetivo promover uma análise crítica acerca da aplicação da teoria dualista e monista, de Chiovenda e Carnelutti respectivamente, frente ao direito subjetivo mediato e imediato.

O método empregado no presente trabalho foi o dedutivo. Ademais, fez-se uso da pesquisa bibliográfica como método de pesquisa, no qual utilizou-se livros e artigos qualificados pertinentes ao tema.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em três partes. A primeira parte versou sobre a origem da teoria processual, investigando a gênese do direito, bem como o do seu criador, o homem.

Já na segunda parte, a partir dos pensamentos de Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Francisco Ramos Mendez e Ovídio Araújo Baptista da Silva, aprofundou-se sobre as teorias processuais de jurisdição e suas respectivas críticas, em especial as dualistas e monistas.

Por fim, examinou-se o direito subjetivo e seus primórdios com Guilherme de Ockham, e sua aplicação às teorias estudadas no item anterior em especial ao caso HC 82.424/RS. Além disso, analisou-se a teoria do direito subjetivo mediato e imediato,

fruto dos estudos do Professor Doutor Darci Guimarães Ribeiro.

## 2 ESBOÇO DA ORIGEM DA TEORIA PROCESSUAL

Uma análise mais profunda do direito deve sempre, como ponto de partida, emanar de sua gênese. Levantando-se, assim, o seguinte questionamento: de onde surge o direito?

O direito não se manifesta na natureza, não demonstra possuir estados físicos (sólido, líquido ou gasoso), nem organização molecular ou anatômica, portanto, ele não pertence ao reino animal. A partir disso, pode-se afirmar que o direito é um produto criado pelo homem para ser utilizado pelo próprio homem<sup>1</sup>.

### 2.1 O Homem como usuário do direito

Inicia-se, então, o exame do direito sob uma análise acerca de seu criador, o homem. O homem é um ser vivo racional que possui dois conjuntos de necessidades. Primeiramente, as físicas, comuns a todos os seres vivos, como alimentação, sono, fisiológicas (defecar e urinar), se reproduzir entre outras. Além dessas, existem as necessidades pessoais, presente apenas nos animais racionais, variando de intensidade, qualidade e quantidade, de indivíduo para indivíduo, sendo considerada um estado afetivo, de caráter subjetivo e pessoal<sup>2</sup>.

As necessidades, tanto física quanto pessoal, nessa linha, podem ser definidas como uma ruptura de um equilíbrio, dentro do estado afetivo do homem. Assim, um homem sem necessidade, logo, está em perfeito equilíbrio<sup>3</sup>.

Diante dessa ruptura, deve o homem buscar o restabelecimento do estado de equilíbrio, através da completa satisfação dessa necessidade. Por conseguinte, a satisfação da necessidade vai gerar ao homem um estado de prazer a partir da completa eliminação de suas necessidades.

A atividade humana vai gerar, consequentemente, o prazer, se a ação for direcionada a satisfação de uma necessidade, ou a dor, se a ação não for direcionada para a satisfação de uma necessidade.

Todavia, quando se cita termos como “prazer” e “dor” é necessário mencionar que tais estados anímicos são completamente subjetivos. Assim, não há como medir prazer e dor para pessoas diferentes, são estados totalmente variáveis de pessoa para pessoa. Cada uma, então, elencará determinados objetos ou ações para alcançar o pra-

<sup>1</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 61.

<sup>2</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 63.

<sup>3</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 64.

zer que não poderá ser usado de referência para outra pessoa.<sup>4</sup>

Como mencionado anteriormente, as necessidades físicas podem ser medidas entre pessoas, como alimentação necessária para uma condição saudável, horas de sono indispensáveis para uma funcionalidade normal do corpo, entre outras. Em sentido oposto, as necessidades particulares não são passíveis de medição.

Diante desse cenário, elenca-se o “bem material” como o método pela qual a satisfação da necessidade pessoal dos indivíduos se dará. A partir disso, conceitua-se o “bem” como qualquer coisa, no sentido amplo do termo, incluindo até outra pessoa, que seja capaz de satisfazer alguma necessidade humana. Seja esse bem do mundo exterior (objetos e pessoas) ou do mundo interior (sentimentos e ideias).<sup>5</sup>

Com tudo, a necessidade humana é específica, por isso um bem genérico não vai ser capaz de satisfazer necessidade determinadas. Precisa-se, assim, de bens específicos diante de uma necessidade concreta, a partir de uma análise sobre a utilidade do bem, frente a necessidade. Essa análise será denominada de juízo de valoração.

O juízo de valoração é subjetivo, de acordo com a necessidade subjetiva de cada indivíduo, e avaliará a aptidão que o bem possui para satisfazer a necessidade do homem. Como consequência disso, o juízo de valoração pode resultar em duas conclusões: a primeira delas é de que o bem não é útil, não se ajustando à necessidade concreta; e a segunda: o bem é útil, e adequa-se a necessidade do homem.<sup>6</sup>

Ao entrar em contato com um bem que satisfaz sua necessidade, o homem sente atração por esse bem. Essa atração é classificada como interesse pelo bem.

A partir de tudo isso, denomina-se tanto o interesse, como o juízo de valoração, como a própria necessidade como pessoal e subjetivo.

Isto posto, constata-se que as necessidades particulares dos seres humanos são ilimitadas. Assim, sua variação encontra a mesma barreira da capacidade do limite da mente humana. Entretanto, os bens do mundo exterior, isto é, os bens materiais que suprem essas necessidades são limitados.

Ora, se diante de necessidades ilimitadas enxerga-se bens limitados, logo conclui-se pela existência de conflito de interesses<sup>7</sup>. Assim, no momento que existir uma multiplicidade de pessoas (a partir de duas) interessadas pelo mesmo bem, considerar-se-á um conflito de interesses. Cabe dizer, no entanto, que o direito processual não se preocupa com os bens ilimitados, pois sobre eles não haverá conflito de interesse.

4 RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 65.

5 RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 66.

6 RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 67.

7 RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 70.

Ao contrário de que alguns defendem, o surgimento de conflitos de interesse dentro de uma sociedade é um fenômeno completamente normal e natural, uma vez que é considerado inevitável.<sup>8</sup>

A partir disso, reconhece-se o conflito inerente à sociedade. Assim, destaca-se que a importância do conflito na sociedade é justamente para provocar mudanças sociais, através de desenvolvimentos individuais que gerarão evolução social.<sup>9</sup>

Ainda que a presença de conflitos seja normal para o funcionamento social, sua perpetuação não é. Deve a sociedade, então, criar mecanismos para que esses conflitos sejam solucionados, visto que o prolongamento desses traz malefícios à sociedade.<sup>10</sup>

A busca por esse mecanismo, assim, vai desafiar a sociedade e fazê-la evoluir de diversas maneiras. Tal mecanismo, habitualmente usado para a busca dessas soluções é o Direito.

Primeiramente, estuda-se o Direito Objetivo, que parte de uma exigência social para a solução de conflitos. Ribeiro<sup>11</sup> leciona:

Desta forma é o direito objetivo a base da exigência social na solução e ordenação dos conflitos de interesse, conseqüentemente todo conflito só pode ser composto, uma vez observado, as regras contidas no ordenamento jurídico, pois a finalidade principal deste é hierarquizar os interesses da sociedade, e não criar direitos.

Assim, de acordo com o exposto, o Direito Objetivo, ao hierarquizar os interesses da sociedade, cumpre um papel organizacional para o povo na solução de conflitos. Ainda, tal direito cumpre duas funções dentro da sociedade, são elas: a função psicológica e a função judicial.

A função psicológica é simplesmente coibir indivíduos de concretizarem ações ou comportamentos que violem os interesses hierarquizados da sociedade. Desse modo, por meio de uma ameaça de sanções, para que todos os membros da sociedade se adequem aos seus valores, ocorre a “adesão espontânea” de cumprimento da norma.<sup>12</sup>

Em contrapartida, a função judicial ocorre no campo jurídica de uma disputa de conflito de interesses. Dessa maneira, o juiz utilizará a hierarquia de interesses da sociedade para direcionar suas decisões, aplicando, assim, os valores da sociedade.<sup>13</sup>

Desse modo, os conflitos de interesse serão depositados a encargo do Estado-

<sup>8</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 72.

<sup>9</sup> CARACIOLA, Andrea Boari; SILVA, Priscilla Nascimento. Jurisdição contemporânea, meios alternativos de solução de conflitos e propriedade intelectual. *Revista MERITUM*, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, Jul./Dez. 2018, pp. 445-457. p. 446.

<sup>10</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 72.

<sup>11</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 73.

<sup>12</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 74.

<sup>13</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008. p. 80.

-Juiz para que promova uma “pacificação social” mediante a solução do caso concreto.<sup>14</sup>.

Apresenta-se, então, a função jurisdicional do Estado. Ovídio Baptista da Silva<sup>15</sup> a define como a atividade praticada pela autoridade estatal, a ser realizada por um juiz de direito, como um terceiro imparcial em relação ao interesse das partes.

## 2.2 A superação do papel do homem como medida de todas as coisas

Diante do exposto acima, pode-se constatar que o “homem” é o protagonista das relações jurídicas. Sobre o assunto, Protágoras faz uma afirmação categórica no sentido de que “o homem é a medida de todas as coisas”<sup>16</sup>. Logo, tal afirmação coloca o homem como essência, parâmetro, objeto e finalidade do direito.

Cabe citar, contudo, que hodiernamente há uma transição em progresso, que retira o homem desse posto e coloca a sociedade como um todo em seu lugar.

Durante a Idade Média, a função jurisdicional era exercida pelo soberano. Por esse motivo, tal fenômeno era denominado jurisdição senhorial, baseado na decisão de reis e senhores feudais.<sup>17</sup>

Já em momento posterior, o misticismo religioso corroborou para que a cúria adquirisse grande, sendo comum, inclusive, a decisão de várias questões pela própria igreja. A chamada jurisdição eclesiástica durou até ela ser substituída pelo mercado.<sup>18</sup>

Apenas no Iluminismo, fruto de suas ideologias impulsionadas pelo movimento, houve a teoria da separação. A partir daí, então, concebeu-se a crença de jurisdição ser a atuação do juiz manifestando o desejo da lei “boca da lei”, que por sua vez cobre prever toda e qualquer situação.<sup>19</sup>

Como consequência disso, a sociedade assume para si o papel central nas relações em detrimento ao homem. O problema, no entanto, não se encontra na substituição em si, mas em eventos constantes e sucessivos que vêm diminuindo a preocupação com o ser humano na esfera privada e focando toda a atenção na sociedade como um todo.

Fica evidente tal ponto ao analisarmos como no sistema brasileiro o Estado

14 JUNIOR, Albino Gabriel Turbay; DE SOUZA, Ana Cláudia do Nascimento; BALAN, Thaís Nakaoka. O processo como instrumento para o conhecimento da realidade dos fatos e efetivação de direitos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 41, mai./ago. 2020, pp. 173-191. p. 173.

15 DA SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1*. 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 77/78.

16 KANEYASU, Brenno Kenji. A dupla face da tradição humanista: o homem como a medida de todas as coisas. *Disputatio Philosophical Research Bulletin*, Salamanca (Espanha), 8, n. 10, pp. 95-102, 2019. Acesso em 15 Jan. 2022. p. 95.

17 GUIMARÃES, Filipe. A função tutelar da jurisdição. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 8, 2011, pp. 352-366. p. 354.

18 GUIMARÃES, Filipe. A função tutelar da jurisdição. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 8, 2011, pp. 352-366. p. 354/355.

19 GUIMARÃES, Filipe. A função tutelar da jurisdição. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 8, 2011, pp. 352-366. p. 355.

desconsidera de maneira insensível o papel da vítima. Dessa forma, a lei penal descreve punições decorrentes de alguma ofensa social descrita no Código Penal, não de uma violação que a vítima sofreu.

O ser-humano, desse modo, serve apenas de gatilho para que a sociedade possa punir. Nascendo, então, o modelo prisional atual como estratégia da burguesia contra a criminalidade patrimonial, que atrapalhava o desenvolvimento da sociedade.<sup>20</sup>

Além disso, salienta-se que o grande número de processos passa a dessensibilizar o papel do homem, e torna-se outro fator que contribui para que a sociedade se coloque como a nova medida de todas as coisas.

A respeito disso, destacam-se alguns dados que corroboram para a afirmação. Durante o ano de 2010, cerca de 11,4 milhões de processos tramitavam justiça federal, sendo 3,3 milhões deles ingressante do respectivo ano. Registrou-se, também, 476 mil decisões de segundo grau e 902 mil sentenças de primeira instância no referido período.<sup>21</sup>

Durante o mesmo lapso temporal, a Justiça Estadual do Estado do Rio Grande do Sul apresentava 3 milhões de processos em tramitação no segundo grau, desses, 1,78 milhões ingressantes naquele ano, com 1,67 milhão de decisões. Já na primeira instância, registravam-se 61 milhões de processos em tramitação, com respectivas 13,7 milhões de sentenças. Assim, o Rio Grande do Sul, em 2010 chegou a exigir de seus magistrados uma atuação anual em aproximadamente 6 mil processos, número bem abaixo em relação a outros estados, como o Rio de Janeiro por exemplo, que designa ao magistrado cerca de 18 mil processos anuais.<sup>22</sup>

A partir disso, constata-se uma crise na jurisdição, gerada pela alta demanda de trabalho. Consequentemente, o número elevado de decisões faz com que a qualidade das mesmas caia, gerando um descrédito do cidadão pela justiça.<sup>23</sup>

Tal afirmação fica mais evidente ao analisarmos dados que demonstram uma relativa piora desse cenário ao longo do tempo. No ano de 2016, cerca de 29,4 milhões de processos foram propostos perante a justiça, representando uma média de 14,3 processos para cada 100 habitantes. Calculou-se, ainda, uma “taxa de congestionamento” com o percentual de 73% no referido período, demonstrando que de todos os processos que tramitaram no ano, apenas 27% foram solucionados<sup>24</sup>

20 REBOUÇAS, Gabriela Maia; CAROSO NETO, Vilobaldo; QUEIROZ FONTES, Isabela de. Constelações sistêmicas e justiça restaurativa: intersecções possíveis? *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 59, p. 2-26, set./dez. 2019. p. 4/5.

21 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O tempo processual brasileiro: causa ou consequência da crise da jurisdição? *Revista NOMOS*, Fortaleza, v. 33.2, jul./dez. 2013, pp. 103-122. p. 107.

22 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O tempo processual brasileiro: causa ou consequência da crise da jurisdição? *Revista NOMOS*, Fortaleza, v. 33.2, jul./dez. 2013, pp. 103-122. p. 112.

23 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O tempo processual brasileiro: causa ou consequência da crise da jurisdição? *Revista NOMOS*, Fortaleza, v. 33.2, jul./dez. 2013, pp. 103-122. p. 120.

24 CARACIOLA, Andrea Boari; SILVA, Priscilla Nascimento. Jurisdição contemporânea, meios alternativos de solução de conflitos e propriedade intelectual. *Revista MERITUM*, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, Jul./Dez. 2018, pp. 445-457. p. 448.

Ademais, as despesas totais de manutenção do judiciário em 2016 somaram a monta de cerca de R\$ 84,9 bilhões de reais, correspondendo a 1,4% do respectivo Produto Interno Bruto (PIB) daquele ano. Um enorme investimento orçamentário para uma taxa de efetivação de 27%.<sup>25</sup>

A partir disso, o presente trabalho demonstra que a jurisdição no Brasil apresenta uma grave crise, antes mesmo de se debruçar sobre seu conceito, função tutelar, fundamentos constitucionais e teorias.

### 3 A JURISDIÇÃO DIANTE DE UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

Inicia-se o estudo sobre a jurisdição com o reconhecimento dela ser uma das três funções do Estado, ao lado das funções legislativa e executiva. A função legislativa tem como objetivo a criação de normas que ditarão as condutas gerais e abstratas hierarquizadas da sociedade.<sup>26</sup>

Por outro lado, as funções da administração e da jurisdição baseia-se na aplicação dessas normas nos casos concretos, o que leva a crer que ambas possuem uma proposta funcional similar. Contudo, há distinções importantes acerca dessas duas funções, exploradas de maneira mais efetiva por Giuseppe Chiovenda.

#### 3.1 Crítica à jurisdição apresentada por chiovenda

Os estudos, do autor italiano, sobre jurisdição são marcados pelo desenvolvimento de sua teoria, denominada como dualista. Chiovenda considerava, dessa maneira, que apenas o Estado poderia cumprir a função essencial de administração da justiça, sendo o único a aplicar a norma ao caso concreto, partindo de uma concepção de que o direito e a lei são sinônimos.<sup>27</sup>

Chama-se, pois, de teoria dualista, pela existência de dois pilares no ordenamento jurídico, o direito material e direito processual. O primeiro é o corpo de normas jurídicas abstratas, enquanto o segundo é o exercício de jurisdição do Estado, realizado pela figura do juiz de direito<sup>28</sup>.

Chiovenda conceitua, assim, a jurisdição da seguinte maneira:

Parece-nos que o que é característica da função jurisdicional seja a substituição por uma atividade pública de uma atividade privada ou outrem. Essa substituição tem

25 CARACIOLA, Andrea Boari; SILVA, Priscilla Nascimento. Jurisdição contemporânea, meios alternativos de solução de conflitos e propriedade intelectual. *Revista MERITUM*, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, Jul./Dez. 2018, pp. 445-457. p. 449.

26 IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Em busca de um novo conceito de jurisdição. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, Vol. 16, Jul-Dez, 2015, pp. 112-132. p. 113.

27 MÖLLER, Guilherme Christen. Jurisdição e art. 3o do CPC: Notas sobre o sistema de gerenciamento de conflitos hodierno da justiça civil brasileira. In: *Pesquisa Científica e Concretização de Direito*. Org: Gustavo Vinícius Ben, Larissa de Oliveira Elsner e Vitória Volcato da Costa. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 159.

28 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28a Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 48/49.

lugar de dois modos, referentes a dois estágios no processo, a cognição e a execução.<sup>29</sup>

Portanto, a jurisdição, segundo o processualista italiano, baseia-se na substituição de um ente particular, pelo Estado, frente a violação de direitos. À vista disso, diante de um conflito de interesses, uma das partes acionaria o Estado, que o substituiria e alcançaria o patrimônio da parte contrária, caso a ação fosse procedente.<sup>30</sup>

Isto posto, Chiovenda afirma que sem a referida substituição não há jurisdição, sendo critério essencial para a presunção da existência de um conflito. No entanto, o caráter de “substitutividade” exclui determinadas situações em que a jurisdição não concretiza uma substituição.<sup>31</sup>

Considera-se, para fins acadêmicos, casos em que a Jurisdição não efetua a substituição sobre a vontade das partes e que não poderiam ter chegado ao resultado alcançado sem a respectiva decisão do Poder Judiciário. Toma-se como exemplo imposição de penas resultante da prática de crimes, anulação de casamento e direito sucessório presente na partilha de bens.<sup>32</sup>

À luz disso, questiona-se a pertinência do termo “substitutividade” como critério crucial para a caracterização de Jurisdição. A esse respeito, a possibilidade, ou não, de um terceiro imparcial substituir a atuação das partes, é tratado por Humberto Theodoro Júnior<sup>33</sup> como “terceiridade”, o que parece ser mais adequado.

Além disso, o caráter de “substitutividade” também é criticado por Galeano Lacerda, visto que ele se mostra insatisfatório ao ser inaplicável à valores indisponíveis, como a vida, liberdade religiosa, liberdade de expressão entre outros. Assim, quando um cidadão aciona o judiciário sobre a alegação de algum direito fundamental de primeira geração não se observa a substitutividade.<sup>34</sup>

Sob outro aspecto, a participação dos juízes fica restrita à aplicação da vontade abstrata da lei ao caso concreto<sup>35</sup>. Assim, destacam-se, para Chiovenda, as duas funções jurisdicionais, a cognição e a execução.

A cognição diz respeito ao processo de conhecimento, nas modalidades declaratória, constitutiva ou condenatória, em que o juiz vai realizar uma atividade intelectual, almejando identificar a vontade da lei abstrata no caso concreto. Por outro lado, a

29 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1.** 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

30 CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile: Le azioni, il processo di cognizione.** Napoli: N. Jovene, 1923. p. 296.

31 IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Em busca de um novo conceito de jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, Vol. 16, Jul-Dez, 2015, pp. 112-132. p. 114.

32 IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Em busca de um novo conceito de jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, Vol. 16, Jul-Dez, 2015, pp. 112-132. p. 114.

33 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1, 56a Ed. São Paulo: Forense, 2015. p. 40/41.

34 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1.** 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 28.

35 MÖLLER, Guilherme Christen. Jurisdição e art. 3o do CPC: Notas sobre o sistema de gerenciamento de conflitos hodierno da justiça civil brasileira. In: **Pesquisa Científica e Concretização de Direito**. Org: Gustavo Vinícius Ben, Larissa de Oliveira Elsner e Vitória Volcato da Costa. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 158.

execução vai materializar essa vontade, já tendo sido reconhecida por sentença.<sup>36</sup>

Nessa linha, a lei abstrata é redigida pelo legislador, chamado pelo autor de “administrador”. Existindo, desse modo, dois momentos na relação legal, o ato de legislar e posteriormente o ato de aplicar a lei. Piero Calamandrei<sup>37</sup> distingue a atuação do Juiz e do Administrador simplesmente analisando a relação desses com a lei, enquanto o primeiro vai utilizar a norma para traçar comportamento alheio, o segundo vai utilizar a norma para traçar seu próprio comportamento.

Com base no exposto, diferencia-se as funções de legislação e jurisdição de maneira prática. Enquanto para o juiz a lei é seu fim, para o administrador a lei é o limite, atuando de acordo com o direito objetivo, buscando o bem comum e promovendo atividade pública, como políticas públicas por exemplo.

Concluindo-se, por conseguinte, que a legislação é atividade primária, enquanto a jurisdição é atividade secundária<sup>38</sup>. Diz-se que a jurisdição é atividade secundária, pois ela vai realizar, de maneira coletiva, uma ação que já deveria ter sido exercida de maneira espontânea pelos próprios cidadãos.<sup>39</sup>

Chiovenda, em consequência disso, pressupôs que o único papel do juiz é aplicar a lei, sendo absolutamente incompatível qualquer pretensão de inovar no ordenamento jurídico, visto que o legislador tem a função específica de legislar.<sup>40</sup>

O caráter de “substitutividade” e a impossibilidade de inovar no ordenamento jurídico renderam muitas críticas à teoria de Chiovenda.

Com o tempo, novas correntes surgiram com a compreensão de que a legislação é apenas uma normatização genérica, sendo, então, responsabilidade do juiz de converter essa norma abstrata em norma concreta. Implicando, assim, em uma criação de direito.<sup>41</sup>

Diante dessa conjuntura, mais movimentos doutrinários foram emergindo e apontando para uma superação do chamado dualismo.

A esse respeito, Francisco Ramos Mendez leciona:

*La solución no podía intentarse por otro camino que no fuese un replanteamiento del problema “ab ovo”. Las teorías dualistas, en su dirección, habían llegado hasta el extremo posible y en un cierto momento puede decirse que estaban poco menos que en un punto muerto. La vía*

36 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1.** 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

37 SILVA JARDIM, Afrânio. **Notas sobre a Teoria da Jurisdição** in Direito Processual Penal, 10a Ed., São Paulo: Forense, 2001. p. 6.

38 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1.** 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

39 IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Em busca de um novo conceito de jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, Vol. 16, Jul-Dez, 2015, pp. 112-132. p. 117.

40 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1.** 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

41 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1.** 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

*útil para la renovación era volver al punto de partida. Así surgen las teorías monistas de la acción.*<sup>42</sup>

Ademais, o autor espanhol afirma:

*En fin, todos estos motivos parciales confluyen en uno: la superación del dualismo acción-de-recho, que no fue más que una construcción que inició la ciencia pandectística y que hizo fortuna en los primeros tiempos de emancipación de derecho procesal, pero que en la actualidad es totalmente injustificado y además no se corresponde con la realidad.*<sup>43</sup>

Em consideração a isso, é apontado por Mendez que os avanços no estudo do processo civil alcançado através do desenvolvimento da teoria dualista foi fruto de conjunturas históricas específicas, que garantiam uma autonomia do direito processual frente ao sistema de direito privado. Contudo, com isso criou-se, também, um dualismo radical. Isto é, qualquer tentativa de separação dos termos era fortemente criticada pela doutrina clássica.

Por consequência, então, buscou-se repensar as teorias dualistas, visto que acadêmicos a enxergavam em um “ponto morto”. Assim, esse pessimismo estimulou o surgimento de teorias monistas, embasando-se, principalmente, em quatro causas.

A primeira causa para a necessidade de superação da teoria dualista era a tradição romanista da primazia da ação sobre o direito subjetivo. Em sentido contrário, a teoria dualista consente acerca da existência de direito subjetivo anterior à sentença de mérito.<sup>44</sup>

Já a segunda causa é a denominada “via morta” que chegaram as teorias dualistas frente às tentativas legítimas de separação. Tal insatisfação também pode ser explicado como um efeito natural da autonomia da ciência processual, visto que a teoria monista é o toque de atenção que desperta a letargia e explica o desenvolvimento e êxitos da teoria dualista.<sup>45</sup>

Por outro lado, a terceira causa era que o monismo é a reação lógica contra a excessiva publicação do processo. A insegurança de perda da autonomia do direito processual sempre foi explícita e as teses monistas clamam por uma maior atenção ao indivíduo frente a grande absorção da atividade estatal, conforme Protágoras.<sup>46</sup>

Finalmente, a quarta causa possui motivo de índole filosófica. Pois, teses monistas se conectam a teses filosóficas de corte realista como “direito como vontade constante”, experiência jurídica e criação judicial com a influência de Hans Kelsen.<sup>47</sup>

Assim, a partir das causas expostas, a superação do dualismo era necessária. Nascendo, então, a Teoria Monista, muito influenciada pelos pensamentos de Fran-

42 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 97.

43 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 98.

44 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 97.

45 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 98.

46 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 98.

47 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 98.

cesco Carnelutti, apesar disso, o processualista italiano nunca aderiu oficialmente ao monismo.

### 3.2 Crítica à jurisdição apresentada por Canelutti

Para Carnelutti era improvável que as normas abstratas, ou o direito objetivo, fossem capazes de antecipar e regular todo tipo de conflito de interesse. Sendo, assim, indispensável o processo para a devida complementação da norma, e criando, portanto, o direito subjetivo<sup>48</sup>. Isto posto, a lei e o direito deixaram de serem vistos como sinônimos.<sup>49</sup>

Destarte, a jurisdição consiste em uma justa composição de conflito de interesse, mediante sentença de natureza declarativa, sendo a concepção legal insuficiente para a solução de controvérsias.<sup>50</sup> Assim, jurisdição presume um conflito de interesse, baseado na pretensão de um e resistência de outro.<sup>51</sup>

A pretensão, dessa maneira, é uma exigência do qual um interesse alheio está subordinado à um interesse de quem pretende. Pretender, desse modo, consiste em afirmar a titularidade de um direito, sendo uma expectativa a ser futuramente reconhecida por sentença.<sup>52</sup>

À vista disso, Carnelutti considerava que a lide era o objeto central da jurisdição, sendo papel do Estado pacificar os conflitos de interesse.<sup>53</sup>

Todavia, tal noção se encontra equivocada, pois o Estado não pacifica os litigantes, uma vez que estes têm ampla liberdade na formulação dos pedidos. Além disso, decidir matéria não vai necessariamente apaziguar, uma vez que a parte preterida pode enxergar sua divergência ainda mais acentuada.<sup>54</sup>

Também, cabe destacar que a convenção de arbitragem não viola o princípio da inafastabilidade, expressa no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Visto que, a área de proteção do princípio baseia-se na ideia de que todos têm garantia de acesso ao judiciário, mas deixando permitido a livre escolha das partes de submeterem o litígio à um árbitro, sendo a arbitragem um instituto jurisdicional reconhecido.<sup>55</sup>

48 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28a Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 48.

49 MÖLLER, Guilherme Christen. A obra “o novo processo civil brasileiro: presente e futuro” de Darci Guimarães Ribeiro. **Revista Jurídica Acadêmica Novos Horizontes**, Blumenau, p. 1-7, n. 1, jun./ago. 2021. p. 3.

50 GUIMARÃES, Filipe. A função tutelar da jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 8, 2011, pp. 352-366. p. 358/359.

51 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1**. 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

52 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1**. 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 33/34.

53 GUIMARÃES, Filipe. A função tutelar da jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 8, 2011, pp. 352-366. p. 358.

54 GUIMARÃES, Filipe. A função tutelar da jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 8, 2011, pp. 352-366. p. 360.

55 BATISTA, Alexandre Jamal; ALENCAR, Eduardo Fornazari. Fundamentos constitucionais da jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Ano 10, vol. 17, n. 1, Jan-Jun, 2016, pp. 7-26. p. 13.

Ademais, cabe destacar que a crítica mais relevante à teoria é baseada na exclusão dos casos de jurisdição em que não há lide, os chamados “jurisdição voluntária”, como no caso da homologação de divórcio e separação consensual. Nesses casos, a atuação do juiz é restringida como um mero gestor e não julgador. Cristiane Rodrigues Iwakura<sup>56</sup>, faz uma outra provocação ao tema em enxergar que há uma corrente que consideram não haver lide no Processo Penal, mas sim interesses convergentes.

Acerca do tema jurisdição voluntária, há correntes que entendem essa modalidade de jurisdição como atividade administrativa e não jurisdição. No entanto, Ovídio Baptista da Silva<sup>57</sup> rebate dizendo que a jurisdição voluntária é jurisdição sim, uma vez que a lide não é elemento essencial da jurisdição, mas sim acidental.

O direito brasileiro reconhece a existência da pretensão ou não. Já Carnelutti, enxerga a pretensão infundada, pretensão contestada, no processo de conhecimento, e a pretensão insatisfeita, no processo de execução.<sup>58</sup>

Ademais, assevera que a única função da jurisdição é a solução de conflitos, mesmo havendo outros meios para solucioná-los. Assim, quando o juiz realiza diversos atos durante o processo não estaria exercendo a atividade jurisdicional, mas agindo como administrador, atividade jurisdicional apenas na sentença declaratória ou ato de julgamento. Nem durante a audiência estaria o juiz exercendo atos jurisdicionais, pois lá ele nada decide.<sup>59</sup>

Inevitavelmente, os estudos de Chiovenda e Carnelutti auxiliaram demasiadamente no avanço do estudo processual. Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>60</sup> asseveram sobre jurisdição:

Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na jurisdição, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a se assegurar a prevalência do direito positivo no país.

A posição, desse modo, parece uma junção de Chiovenda e Carnelutti.<sup>61</sup> Demonstrando, assim, as grandes contribuições dos processualistas italianos.

56 IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Em busca de um novo conceito de jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Vol. 16, Jul-Dez, 2015, pp. 112-132. p. 114.

57 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1.** 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-41.

58 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1.** 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

59 DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1.** 6a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

60 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 28a Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 47.

61 MÖLLER, Guilherme Christen. Jurisdição e art. 3o do CPC: Notas sobre o sistema de gerenciamento de conflitos hodierno da justiça civil brasileira. In: **Pesquisa Científica e Concretização de Direito.** Org: Gustavo Vinícius Ben, Larissa de Oliveira Elsner e Vitória Volcato da Costa. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 159.

## 4 DIREITO SUBJETIVO DIANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A partir do explanado até aqui, constatou-se que as necessidades por bens finitos e limitados gera, conseqüentemente, conflitos entre pessoas. O Direito Objetivo, assim, prevê a hierarquização dos interesses da sociedade mediante suas funções psicológica e judicial.

Contudo, há também a solução nos conflitos de interesse baseada no direito subjetivo. Teses exploradas pelas teorias dualistas e monistas de Chiovenda e Carnelutti, e passará a ser abordada no presente trabalho.

### 4.1 O direito subjetivo frente à divergência doutrinária

A palavra “direito” surge na Roma Antiga através da expressão “*ius*”. Ulpiano<sup>62</sup> define o direito como “a arte do bem e do justo”.

No entanto essa noção de “justo e bom” sofreu alterações na Idade Média, quando os franciscanos, pelo voto de pobreza, discordaram a igreja, que deseja que eles fossem os legítimos proprietários de terras.

Guilherme de Ockham interveio a favor dos franciscanos e chegou à conclusão de que o *ius* não é o bem em si, mas o poder que se tem de usufruir o bem. Criando, assim, o direito subjetivo.<sup>63</sup>

A esse respeito, Ribeiro<sup>64</sup> leciona:

a) primeira, que poder concebido pela ordem jurídica (direito subjetivo), da fazer valer ou não um preceito que estabelece um determinado comportamento, depende única e exclusivamente, salvo raras exceções, tais como a representação legal dos incapazes e a figura do substituto processual, da vontade do titular desse poder. b) A segunda, e a mais importante para o nosso estudo, é a de que o direito subjetivo é um *status jurídico* que goza o titular do poder, não implicando necessariamente a ideia de exercício deste poder que se refere à pretensão ou a ação material, como se verá mais adiante [...].

Assim, tem-se a noção de que o direito subjetivo é o *status jurídico* do qual determinado indivíduo goza, devido sua relação particular com uma ação. Desse modo, a relação denomina-se *intrasubjetiva*. Se a relação fosse entre sujeito e objeto a relação seria *extrasubjetiva*.

No entanto, não se confunde as duas. O direito subjetivo vai ocasionar uma relação *intrasubjetiva* (sujeito e ação), que exercendo tal direito, aí sim haverá uma relação *extrasubjetiva* (sujeito e material).

62 RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectiva epistemológicas do direito subjetivo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Lisboa, Ano 2 (2013), n. 3, p. 2295-2335. p. 2299.

63 RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectiva epistemológicas do direito subjetivo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Lisboa, Ano 2 (2013), n. 3, p. 2295-2335. p. 2301.

64 RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectiva epistemológicas do direito subjetivo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Lisboa, Ano 2 (2013), n. 3, p. 2295-2335. p. 2307.

Assim, Ribeiro<sup>65</sup> afirma:

Para ter mais clara a ideia de que o direito subjetivo é somente um estado jurídico, uma vantagem objetiva concedida pela ordem jurídica de que goza o titular do poder, não confundindo-a com a ideia de pretensão material, nem ação material [...].

A partir disso, um severo debate reside em responder a seguinte pergunta: Existe direito subjetivo sem que haja para o titular uma real possibilidade de exigir seu direito? A resposta é motivo de divergência entre as teorias dualista e monista, se não vejamos:

Imagina-se que Homero em determinada data compra uma passagem aérea de determinada companhia aérea, que se compromete a transportá-lo para um país tropical e paradisíaco em determinado mês do ano. Assim, Homero tem um direito subjetivo de ser transportado e não mera expectativa de direito. Agora, imagine-se que na data da viagem a companhia aérea não transporte Homero por causa interna a quem o passageiro não deu causa, e nem condições da natureza. A partir daí inicia-se o prazo pelo qual Homero poderá exigir passagem ou compensação financeira da companhia. Entretanto, se o prazo prescricional decorrer Homero ainda terá o direito subjetivo, mesmo sendo incapaz de exigir judicialmente, que só perderá este pela decadência. Ele pode pedir o cumprimento, não pode exigir, isso seria o direito material.

Assim, o direito subjetivo é um instrumento utilizado pelo legislador para dar efeito ao enunciado da norma.

Ocorre que, as grandes teorias de jurisdição, sendo o dualismo de Chiovenda e o Monismo de Carnelutti, divergem especificamente sobre o direito subjetivo e o direito de ação.

Carnelutti foi fundamental para a aprimoração do estudo acerca do direito subjetivo ao reconhecer a incapacidade de o direito objetivo resolver todo e qualquer cenário. Contudo, sua visão de jurisdição elencava a lide como papel central da função jurisdicional, colocando ao juiz o papel fundamental de resolução de controvérsia.

Fazendo, desse modo, que previamente a sentença, as teorias monistas não identificassem direito subjetivo algum, sendo sempre necessário o reconhecimento pelo Estado-juiz. Além disso, como visto anteriormente, a tradição romana sob a primazia da sentença teve papel destacado nas críticas à teoria dualista.

Entretanto, havia situações em que não havia a oposição de duas partes, mas sim a violação dos direitos de uma, inexistindo uma lide *per se*. Logo, passíveis de reconhecimento do direito subjetivo antes da sentença, uma vez que existem casos nos quais o bem a ser protegido é muito precioso para esperar a resposta oficial do Estado.

<sup>65</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectiva epistemológicas do direito subjetivo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Lisboa, Ano 2 (2013), n. 3, p. 2295-2335, p. 2309.

Por outro lado, o dualismo reconhece o direito subjetivo anterior a sentença.<sup>66</sup> Apesar disso, há uma discussão acerca da possível “substitutividade” em casos relacionados à direitos de primeira geração.

Para elucidar tal ideia, recorda-se do caso emblemático HC 82.424/RS. No referido episódio, o gaúcho Siegfried Ellwanger publicava trabalhos, nacionais e estrangeiros, de cunho nazista. Após uma denúncia do “Movimento Judeu de Porto Alegre” a Coordenadoria das Promotorias Criminais iniciou a judicialização do caso. Por fim, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela censura baseando-se na limitação da liberdade de expressão, uma vez que o livro seria apenas um instrumento pelo qual o discurso de intolerância poderia ser disseminado.<sup>67</sup>

O caso referido tem como conteúdo o direito subjetivo da liberdade de expressão e apresenta problemas de adequação com as duas teorias. Ora, se para Chioven-da a jurisdição depende da “substitutividade”, esta fica difícil de identificar quando o próprio Estado judicializa contra os direitos de primeira geração. Ademais, para Carnelutti a lide é imprescindível para a atividade jurisdicional, nos moldes que ela é fundamentada na pretensão de um pela resistência do outro, aguardando a devida pacificação pelo juiz, diferente do caso em questão.

A partir dessas divergências, surge uma nova classificação, denominada de teoria do direito subjetivo mediato e imediato a ser explorada a seguir.

## 4.2 As categorias “mediato” e “imediato” dentro do direito subjetivo

Nessa linha de raciocínio, Darci Guimarães Ribeiro<sup>68</sup>, dessa maneira, propõe novas classificações aos direitos subjetivos, o direito subjetivo mediato e o direito subjetivo imediato.

O direito subjetivo mediato é simplesmente a vantagem objetiva, favorecendo uma pessoa ao invés da outra, por meio da hierarquização dos interesses da sociedade. Denomina-se essa vantagem como objetiva, pois está prevista na norma jurídica. Assim o direito existe para ser realizado, mas antes da sentença não existe direito subjetivo mediato, pois sua realidade é questionável e depende de sentença, mecanismo coercitivo do Estado para concretizar direito.

Assim, um direito subjetivo mediato sem sentença é um fantasma do direito, pois não há nenhum mecanismo que o obrigue a ser realizado.

Cabe citar que a finalidade da lei é criar regras para assegurar o conflito criado

66 MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho y Proceso*. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 97.

67 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 82.424/RS, Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 19 de Março de 2004. p. 525.

68 RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectiva epistemológicas do direito subjetivo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Lisboa, Ano 2 (2013), n. 3, p. 2295-2335. p. 2314.

entre as pessoas, assim, o direito subjetivo mediato apresenta essa característica nos conflitos entre pessoas.

Todavia, o direito subjetivo imediato não opõe dois lados, não coloca ninguém contra ninguém, mas sim o indivíduo contra o Estado. Por isso, não há a necessidade de uma sentença para “violar” a esfera jurídica de um particular. Como ocorre com os direitos de eles remetem ao status negativo da relação entre o cidadão e o Estado, isto é, descrevem os direitos que dependem exclusivamente de uma não-interferência estatal repressiva, pois o próprio indivíduo consegue concretizá-los sozinho.

Dessa maneira, os referidos direitos são classificados como de primeira geração, liberdades individuais como previamente mencionados direitos à liberdade de expressão, direito à liberdade religiosa ou mesmo o direito à vida.<sup>69</sup>

Apesar disso, esses referidos direitos vão além de uma omissão consciente do Estado, uma vez que o ente estatal precisa, além de não se intrometer, impossibilitar que outros interfiram, além de reverter e sancionar as interferências concretizadas por terceiros particulares. Isto posto, deve o Estado garantir uma estrutura eficiente de fiscalização policial, além de uma estrutura judiciária, visando a proteção desses tipos de direito.<sup>70</sup>

Assim, o caso citado do *Habeas Corpus* 82.424/RS versou sobre o direito subjetivo imediato. Desse modo, até a sentença ou decisão final pela Suprema Corte de fato realizar seu julgamento, pode-se considerar a existência do direito subjetivo da liberdade de expressão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição, criada pelo homem, será externalizada pelo Estado, de acordo com sua utilidade para o homem, a medida de todas as coisas, buscando a solução dos conflitos de interesse baseada na hierarquização sociais desses.

Chiovenda e Carnelutti são os autores que influenciaram a academia de estudos sobre o instituto da jurisdição, sendo suas teorias cruciais para a devida compreensão dela até hoje. Contudo, as mesmas teorias são motivos de questionamento, devido à evidente superação de determinados pontos delas.

A respeito da presença obrigatória de conflito, ou lide, viu-se que tal argumento não se sustenta. A jurisdição, dessa maneira, não se restringe à solução de conflitos visando apaziguar as partes, uma vez que os moldes da lide dados por Carnelutti eram embasados em pretensões claras e específicas contra parte contrária.

69 RODRIGUES, Hugo Thamir; OLIVEIRA, Antonio Furtado. A tributação e o orçamento público na perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n. 1, pp. 51-71, Jan.-Abr. 2018. p. 54.

70 LIMA, Renata Albuquerque; MARTINS, Osmar Álefe Farias. Os deveres fundamentais e a constituição de 88: Formação precípua do estado democrático de direito. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 226-242, 2021. p. 239.

Já a teoria dualista de Chiovenda, apesar de importante teve muitos pontos criticados. Além da não distinção entre lei e direito e a impossibilidade de o juiz inovar no sistema jurídico a “substitutividade” como característica essencial foi constantemente questionada.

Por fim, apesar das duas teorias serem de grande valia na história do estudo do direito processual, mostram dificuldades em se enquadrar em casos específicos de direitos fundamentais de primeira geração como o HC 82.424/RS de 2004, em que se debateu a liberdade de expressão.

Contudo, os estudiosos sobre processo civil avançam constantemente sobre essas questões, baseadas nos alicerces traçados pelos autores clássicos. Como é o caso da teoria do Direito Subjetivo Mediato e Imediato de Darci Guimarães Ribeiro.

Concluiu-se, por conseguinte, pelo reconhecimento de direito subjetivo, na modalidade imediato, ou seja, anterior à uma sentença, na teoria dualista. Ao passo que, a teoria monista, embora desenvolvida com maior repertório e sendo uma resposta às inquietações sobre a teoria dualista, não reconhece direito subjetivo sem sentença, sendo admitida apenas a modalidade mediata.

Portanto, ambas as teorias são imprescindíveis para o estudo do direito processual, se complementando. Apesar disso, elas não cessam o assunto, sendo crucial o avanço constante da academia.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Alexandre Jamal; ALENCAR, Eduardo Fornazari. Fundamentos constitucionais da jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, Ano 10, vol. 17, n. 1, Jan-Jun, 2016, pp. 7-26.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 82.424/RS**, Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 19 de Março de 2004.

CARACIOLA, Andrea Boari; SILVA, Priscilla Nascimento. Jurisdição contemporânea, meios alternativos de solução de conflitos e propriedade intelectual. **Revista MERITUM**, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, Jul./Dez. 2018, pp. 445-457.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile v.1 Funzione e composizione del processo**. Padova: Cedam, 1936.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile: Le azioni, il processo di cognizione**. Napoli: N. Jovene, 1923. 1328 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 398 p.

DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil Volume 1: Processo de conhecimento Vol. 1.** 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 541 p.

GUIMARÃES, Filipe. A função tutelar da jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 8, 2011, pp. 352-366..

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Em busca de um novo conceito de jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Vol. 16, Jul-Dez, 2015, pp. 112-132.

JUNIOR, Albino Gabriel Turbay; DE SOUZA, Ana Cláudia do Nascimento; BALAN, Thaís Nakaoka. O processo como instrumento para o conhecimento da realidade dos fatos e efetivação de direitos. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 41, mai./ago. 2020, pp. 173-191.

KANEYASU, Brenno Kenji. A dupla face da tradição humanista: o homem como a medida de todas as coisas. **Disputatio Philosophical Research Bulletin**, Salamanca (Espanha), 8, n. 10, pp. 95-102, 2019. Acesso em 15 Jan. 2022.

LIMA, Renata Albuquerque; MARTINS, Osmar Álefe Farias. Os deveres fundamentais e a constituição de 88: Formação precípua do estado democrático de direito. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 226-242, 2021.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. 101 p.

MÖLLER, Guilherme Christen. A obra “o novo processo civil brasileiro: presente e futuro” de Darci Guimarães Ribeiro. **Revista Jurídica Acadêmica Novos Horizontes**, Blumenau, p. 1-7, n. 1, jun./ago. 2021.

MÖLLER, Guilherme Christen. A formação do direito processual civil brasileiro contemporâneo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2o quadrimestre de 2018.

MÖLLER, Guilherme Christen. Jurisdição e art. 3º do CPC: Notas sobre o sistema de gerenciamento de conflitos hodierno da justiça civil brasileira. *In: Pesquisa Científica e Concretização de Direito*. Org: Gustavo Vinícius Ben, Larissa de Oliveira Elsner e Vitória Volcato da Costa. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

REBOUÇAS, Gabriela Maia; CAROSO NETO, Vilobaldo; QUEIROZ FONTES, Isabela de. Constelações sistêmicas e justiça restaurativa: intersecções possíveis? **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 59, p. 2-26, set./dez. 2019.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXXV, n. 111 p. 61-80, Setembro de 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectiva epistemológicas do direito subjetivo. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, Lisboa, Ano 2 (2013), n. 3, p. 2295-2335.

RODRIGUES, Hugo Thamir; OLIVEIRA, Antonio Furtado. A tributação e o orçamento público na perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 1, pp. 51-71, Jan.-Abr. 2018.

SILVA JARDIM, Afrânio. **Notas sobre a Teoria da Jurisdição** in Direito Processual Penal, 10<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Forense, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O tempo processual brasileiro: causa ou consequência da crise da jurisdição? **Revista NOMOS**, Fortaleza, v. 33.2, jul./dez. 2013, pp. 103-122.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1, 56<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Forense, 2015. 1226 p.

# CAPÍTULO 14

---

## PROCESSO E DEMOCRACIA

Mônica de Oliveira Casartelli<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.14

---

<sup>1</sup> Advogada da União. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2002). Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2019). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2008). Foi Consultora Jurídica do Ministério do Trabalho e Emprego e Consultora Jurídica do Ministério das Cidades, em Brasília. Foi Consultora Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/RS. Atualmente é Advogada da União na Consultoria Jurídica da União junto ao Ministério da Infraestrutura.

## 1 INTRODUÇÃO

Modernamente, o processo revigora-se na renovação do conceito de procedimento, mas não aquele dos ritos e das formas que se autojustificam, porém, um procedimento realizado em contraditório.<sup>1</sup>

De consenso entre os processualistas, se extrai a ideia de processo como movimento para um resultado, dotado de temporalidade, um procedimento em contraditório que visa a prestação da tutela jurisdicional efetiva, com ênfase para o seu aspecto dialogal.

No Processo do Estado Constitucional verifica-se que esse movimento está voltado para um fim, que se traduz na concretização de valores constitucionais.

A expressão Estado de Direito tem uma carga valorativa porque traduz um compromisso ao evidenciar um Estado que tem no direito, no seu ordenamento jurídico e especialmente na Constituição, o seu fundamento, e ao mesmo tempo, sua limitação. Esse Estado de Direito tem componentes formais para a ação estatal, e, também materiais, como as garantias de liberdade e igualdade, ademais, enriquecidas pela ideia de Estado Social e pela missão precípua de realizar a justiça social, de criar condições reais de desenvolvimento da personalidade e de concretização de igualdade de oportunidades para todos.<sup>2</sup>

Defendem Ribeiro e Möller, que é possível verificar uma crise de legitimidade do sistema representativo. Nessa senda, para estes autores, é possível pensar que o processo, quando libertado das suas amarras reducionistas de sentido, possibilita a efetiva participação dos sujeitos titulares dos direitos e pode ser tomado como uma das únicas saídas para essa crise social de representatividade. Trata-se de abandonar o reducionismo de sentido, um determinado jogo binário, que só admite uma conclusão, e de fazer uma crítica à concepção de jurisdição de Chiovenda e ao paradigma racionalista de Descartes. Seria também o caso de compreender que pelas peculiaridades de cada conflito, haverá uma forma mais adequada de resolvê-los.<sup>3</sup>

Assim, a ideia que se desenvolve neste artigo é de que o processo ocupa posição central para a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito e dos valores e garantias previstos na Constituição, sendo um verdadeiro *locus* de cidadania inclusiva, desde que observados elementos fundamentais ao Devido Processo Legal, mormente o contraditório e o dever de fundamentação das decisões que lhe é inerente.

1 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* de democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. v. 3, p. 519.

2 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* de democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011, v. 3, p. 483.

3 RIBEIRO, Darci Guimarães; MÖLLER, Guilherme. Processo e democracia na obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva e sua influência no processo civil moderno. In: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; JOBIM, Marco Félix (org). **Teorias do processo**: dos clássicos aos contemporâneos; Londrina: Thoth, 2020, v. 2, p. 98 et seq.

É a importância do processo para efetivação dos valores constitucionais e de uma cidadania realmente inclusiva, a temática que será abordada neste artigo, passando pela necessidade de uma ruptura de paradigmas que não mais atendem aos anseios sociais por um processo efetivo, e por um olhar mais atento ao Princípio do Contraditório, pilar central do processo democrático do Estado Constitucional.

A chamada Justiça Multiportas, introduzida pelo CPC de 2015, que inclui métodos de solução heterocompositiva (jurisdição e a arbitragem) e autocompositiva (conciliação e mediação), também aponta para essa intenção do legislador de fazer valer a ideia de democracia participativa no processo e de exercício da cidadania inclusiva.

## 2 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, CIDADANIA INCLUSIVA E PROCESSO

Na democracia Liberal, o processo revestiu-se de caráter constitucional, impondo limites ao agir do Estado. O processo transformou-se em instrumento do cidadão contra o poder público e contra os particulares tonando-se um direito público subjetivo à atividade do Estado-juiz.

Para Calmon de Passos, estaríamos marchando para uma democracia participativa, sendo que a liberal e a social, não permitiram um poder de controle pela sociedade, salvo pelo voto e pela pressão da opinião pública, revelados insuficientes e insatisfatórios.<sup>4</sup>

A democracia participativa, para Pedro Manoel Abreu, seria um estágio marcado pelo signo da liberdade, calçado na igualdade substantiva e no espírito de solidariedade, inspirando a sociedade civil para o exercício da cidadania ativa e inclusiva, para a efetivação de direitos declarados e não adimplidos na Constituição. O Estado democrático de Direito tem em seu conteúdo princípios da justiça social e do Pluralismo.<sup>5</sup>

Para além da democracia participativa no campo das escolhas legislativas realizadas por meio de representantes, Darci Ribeiro e Felipe Scalabrin, alertam que devemos concebê-la em seu aspecto verdadeiro: aquela visão de democracia em que o indivíduo está concretamente engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes. É ele, e somente ele, que sabe o que é melhor para si e, conseqüentemente, para os outros. Não há transferência de legitimidade

4 PASSOS, J.J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABÊ, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 92- 94.

5 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* de democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011, v. 3, p. 357.

a outros, pois só transfere legitimidade, num regime verdadeiramente democrático, quando não se é capaz de, por si só, concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesta perspectiva, o Judiciário estaria em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade.<sup>6</sup>

A legitimidade democrática do Judiciário é explicada por Ribeiro da seguinte forma:

Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado.<sup>7</sup>

A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia.<sup>8</sup>

Para Friedrich Müller,

os cidadãos revelam ser sujeitos práticos justamente pela práxis: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade. Ela é uma oficina permanente, um canteiro de obras. E quando as instituições encarregadas não zelam suficientemente pelo cumprimento de sua tarefa de supervisão da construção ou chegam mesmo a violar a planta de construção, a constituição, os cidadãos vêm defender-se: resistência democrática por meio da sociedade civil.<sup>9</sup>

Nessa perspectiva é que surgem também as ações coletivas, ações civis públicas, como instrumento para que o cidadão possa fazer valer aquelas prestações positivas que não lhe podem ser negadas, acionando o Poder Judiciário para tanto.

Enfatizando a importância do costume e da prática para o processo, Calamandrei afirma que “em realidade, o que dá forma ao processo, o que lhe dá fisionomia típica não é a lei processual, mas é o costume de quem lhe coloca em prática. Também o processo não é senão um aspecto da vida, e as leis processuais não são outra coisa que uma frágil rede, em cujas malhas pressiona e, às vezes, desborda a realidade social.”<sup>10</sup>

6 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *SCIENTIA IURIS*, Londrina, v. 13, p. 155-168, 2009, p. 164-165.

7 RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63-64.

8 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *SCIENTIA IURIS*, Londrina, v. 13, p. 155-168, 2009, p. 166.

9 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 127.

10 CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional

A observação de Calamandrei caminha no sentido de enfatizar a humanização do processo, que é criado pelo e para os homens, compreensão essencial para que seja transformado em um instrumento a serviço dos direitos e garantias fundamentais das pessoas.

É nesse sentido que Pedro Manoel Abreu propõe um conceito de jurisdição constitucional aberta, ou seja, uma jurisdição aberta e institucional e operacionalmente aos argumentos e à participação democrática, constituindo-se um *locus* privilegiado de exercício da cidadania, o que conferiria maior legitimidade democrática às suas decisões, num sentido republicano.<sup>11</sup>

Isso reforça, portanto, a ideia de processo realizado pelos homens, na prática judiciária, que não é exatamente aquele que o legislador previu em abstrato. Revela que as normas não vão prever tudo, o que no passado acreditavam alguns processualistas que seria possível.

## **2.1 Da necessidade de ruptura com o paradigma racionalista para concretização dos valores constitucionais por meio do processo**

Chiovenda acreditava que o juiz atuava a vontade do direito e que o direito nada mais era do que a lei. Supunha que o ordenamento era completo e coerente, concebendo o juiz como mero aplicador da lei. Uma antiga fórmula conhecida em que a norma geral traduzia-se na premissa maior, e em que os fatos traduziam-se na premissa menor, resumindo-se a tarefa do juiz em realizar a subsunção dos fatos à norma, num atuar quase mecânico.

Já Carnelutti, afirmava que a função do juiz era compor a lide. Aceitava a criação de norma individual pelo juiz para o caso concreto. A sentença ou a norma individual fariam concreta a norma geral, passando a integrar o ordenamento jurídico.

A questão é que na contemporaneidade, não há dúvida de que o juiz tem que atribuir sentido, interpretar, compreender, diante do caso concreto e isso está longe de ser uma atividade mecânica. Eis a necessidade de se atribuir ao processo um caráter hermenêutico, que incentiva a participação e se faz realmente democrático.

Sobre o paradigma racionalista que dominou a visão de processo, desembocando em uma redução de sentidos capaz de comprometer sua efetividade, Calamandrei e Pedro Manoel Abreu teceram críticas de relevo.

Disse Calamandrei que perigo do qual a democracia deve se cuidar é precisamente esta adoração iluminista da razão abstrata, considerada em si como capaz de

Autônoma do México. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 32-35.

11 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* de democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011, v. 3, p. 509.

reger, por força própria, os destinos dos homens. Para viver em uma democracia não basta uma razão codificada nas normas de uma Constituição Democrática. É necessário por trás dela um costume que deseje e saiba traduzí-la em uma concreta realidade.<sup>12</sup>

Também trata do problema do paradigma racionalista, Pedro Manoel Abreu, para quem essa visão racionalista criou um fosso entre a realidade constitucional e a realidade jurisdicional e uma dissonância entre a sua teoria científica e a complexidade da vida social, comprometendo a efetivação das garantias e da própria cidadania, com sua visão inquietante de verdade e de certeza, verdadeiro contraponto ao desenvolvimento filosófico, político e jurídico contemporâneo.<sup>13</sup>

Pedro Manoel Abreu refere que, ao contrário do que as filosofias liberais procuram insinuar, o sonho racionalista possui um componente autoritário, correspondendo a um modelo político muito mais opressivo do que o democrático porque imprimindo à lei um sentido unívoco, dispensa sua compreensão hermenêutica. A proposição legislativa afigura-se a expressão da vontade do legislador, portanto, a vontade do poder constituído, ou seja, a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus consumidores.<sup>14</sup>

E no mesmo sentido, Darci Ribeiro de Diego Galle, após discorrer sobre o referido paradigma e suas consequências para o desenvolvimento da ciência processual e para os escopos do Estado Democrático de Direito asseveraram que “para que o processo consiga atingir a efetividade da tutela jurisdicional, cumprindo com o papel de instrumento para a satisfação dos direitos que lhe foi atribuído pelo Estado Democrático de Direito, se faz necessária, nos termos de Thomas Kuhn, uma verdadeira revolução científica. Apenas através da superação do paradigma racionalista que privilegia demasiadamente os valores da certeza e da segurança será possível concretizar o direito à tutela jurisdicional efetiva, libertando o processo da ordinariedade e da severa restrição dos poderes dos magistrados, obstáculos a satisfação do direito material.”<sup>15</sup>

## 2.2 Princípio do contraditório e motivação das decisões judiciais

O Código de Processo Civil de 2015 veio para permitir uma maior harmonia, uma verdadeira sintonia das normas processuais com a Constituição Federal.

O Código de Processo Civil de 2015 traz inúmeros dispositivos que demonstram a relevância de uma democracia participativa. O direito à participação e influên-

12 CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 34-35.

13 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* de democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011, v. 3.

14 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* de democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011, v. 3, p. 514.

15 RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-germânica. **Revista eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 3, 3º quadrimestre de 2008. p. 301-302.

cia no CPC de 2015, (contraditório), “o acesso à justiça”, que remete à disposição constitucional, e a regulamentação de novas formas de solução de conflitos, reforçam a ideia de um processo necessariamente democrático.

A democracia reclama participação. A participação no poder é da essência da democracia e legitima o exercício desse poder. Daí ser o princípio do contraditório fundamental para a compreensão de um processo democrático.

O Princípio do contraditório é um pilar central do processo civil, que na sua concepção constitucional e atual, abandona uma concepção estática para assumir uma concepção dinâmica, passando a ser identificado como o direito de influenciar e de ser ouvido pelo juiz. E desse direito ao contraditório, mais especificamente de ser ouvido, exsurge o dever de fundamentação pelo juiz, tal como apresentado no art. 489, § 1º, inc. IV do CPC.<sup>16</sup>

Esse princípio é uma garantia fundamental da justiça, com guarida constitucional na maioria dos Países, sendo um Princípio do Estado de Direito. No Brasil, está previsto no art. 5º, no inc. LV da CF, e replicado no CPC, nos arts. 7º, 9º e 10º.

Também a necessidade de motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, encontra guarida no art. 11 do CPC e art. 93, incisos IX e X da Constituição Federal e é essencial para o Estado Democrático de Direito, representando uma forma de contenção de eventual arbítrio do juiz. Ao motivar as decisões o juiz exporá as razões que levaram ao seu convencimento demonstrando como valorou as provas dos autos.

Para Calamandrei, a motivação é, antes de tudo, a justificação que pretende ser persuasiva da bondade da sentença. Se constitui naquela parte racional da sentença que serve para demonstrar que a sentença é justa e porque é justa; e, também, para persuadir a parte sucumbente que sua condenação foi um necessário ponto de chegada de um mediato raciocínio, em lugar de ser fruto improvisado de arbítrio e opressão. Serve também para possibilitar que as partes verifiquem as razões que conduziram o juiz a decidir em certo sentido, permitindo a impugnação.<sup>17</sup>

O Prof. Darci Ribeiro identifica três fases marcantes da evolução desse princípio do Contraditório através dos tempos: a primeira, que denomina formal, identificada com a necessidade de informar; a segunda, material, que se caracteriza pela possibilidade de participação e a terceira, constitucional, identificada pelo direito de influenciar, ou melhor, direito de ser ouvido.<sup>18</sup>

Para o Prof. Darci Ribeiro, as partes não possuem somente o direito de poderem influenciar o juiz, elas conquistaram mais do que isso com a constitucionalização

16 RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro: presente e futuro**. Londrina: THOTH, 2020, p. 17-23.

17 CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 67-68

18 RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro: presente e futuro**. Londrina: THOTH, 2020, p. 17.

do contraditório. Adquiriram o direito de serem ouvidas em juízo, pois a possibilidade de influenciar não garante às partes, concretamente, que estão sendo escutadas no processo. Nesse sentido, para o autor, de nada adiantaria assegurar às partes a possibilidade de elas influenciarem o juiz se não se lhes garantisse a concreta participação, e por isso, o art. 9º do CPC, teria previsto que “não se preferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.<sup>19</sup>

Darci Ribeiro nos lembra que o Princípio do Contraditório se caracteriza pelo fato de que o Juiz, tendo o dever de ser imparcial, não pode julgar a demanda sem que tenha ouvido autor e réu, devendo conceder às partes a possibilidade de exporem suas razões, mediante a prova e conforme o seu direito. A importância desse Princípio estaria relacionada à dialética do processo e ao conceito de lide, tratando-se de um processo de partes, onde há uma tese trazida pelo autor, uma antítese produzida pelo réu e uma síntese traduzida na sentença judicial. Extremamente relevante compreender a importância das partes para a dialética do processo, e que o contraditório tem razão de existir apenas se houver conflito de interesses.<sup>20</sup>

Pode-se afirmar que o direito ao contraditório é um direito fundamental. Por isso, ao passo que a doutrina, em geral, admite que os princípios processuais possam ser relativizados, ou em outras palavras, possam admitir exceções, tal relativização é negada em relação ao contraditório. Assim, o desrespeito ao contraditório gera a nulidade do processo, nos termos do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Nos parece que, efetivamente, no Estado Constitucional, não é possível identificar o contraditório como uma garantia formal. A efetividade do processo depende, principalmente, da realização do contraditório.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni leciona que a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e que essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não sendo possível entender como legítimo ou democrático o processo que prive alguém, por exemplo, de participar por razões econômicas ou sociais. Dessa forma, a legitimidade do processo dependeria de uma possibilidade real de participação e não formal.<sup>21</sup>

A maioria da doutrina converge para fato de que o contraditório pode ser realizado de três formas diversas. Daniel Mitidiero explica que a regra é o contraditório prévio, *audiator et altera pars*, em que primeiro o juiz ouve ambas as partes para depois decidir, podendo ocorrer que ouça uma das partes primeiro, decida, e depois ouça a outra. Nesse segundo caso, o contraditório fica postergado, diferido, para um momento posterior dentro do processo. A urgência no provimento pode ensejar essa forma. E,

19 RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro**: presente e futuro. Londrina: THOTH, 2020, p. 22.

20 RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro**: presente e futuro. Londrina: THOTH, 2020, p. 13-15.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 417.

por fim, o contraditório pode ser eventual, caso em que o contraditório se realiza em outro processo, na eventualidade de a parte interessada propor demanda para ampliar ou exaurir o debate.<sup>22</sup>

Em qualquer caso, em qualquer das modalidades acima mencionadas, não se trata de relativizar ou violar o contraditório, mas apenas de realizar o procedimento no momento mais adequado, em prol da efetividade da tutela jurisdicional, levando em consideração a urgência no provimento, por exemplo.

O contraditório e a fundamentação das decisões, dessa forma, asseguram a ideia de processo democrático, de construção de uma Justiça Civil que atende aos anseios de um processo efetivo próprio do Estado Constitucional, ancorado, portanto, na Constituição Federal.

O contraditório e fundamentação das decisões, portanto, estão interligados porque, em suma, do direito da parte de ser ouvida pelo juiz, exsurge a obrigação do juiz de se manifestar.

Ao tratar da dialética do processo e do contraditório, Calamandrei diz que no processo dialético, a sentença é a consequência, incerta até o fim, do andamento do processo. No processo totalitário, o andamento do processo é a consequência da sentença já definida desde o começo.<sup>23</sup>

Essa dialética, esse caráter dialogal, cada vez mais valorizada no processo, é importante para conter qualquer arbítrio no exercício da judicatura e é garantia de um processo democrático.

Cumprir registrar, ainda, que o contraditório é fundamental para a formação da coisa julgada material, que está relacionada à cognição ampla e exauriente.

O contraditório deve ser visto também sob a perspectiva da igualdade de tratamento, concretizada não apenas na igualdade perante a lei, mas na igualdade perante o direito, já que as decisões judiciais deveriam dispensar tratamento igualitário aos que se encontram em idêntica situação. Nesse sentido, pode-se afirmar um dever do juiz de zelar pelo efetivo contraditório.

Um processo efetivamente democrático tem como pressuposto a concretização dessa igualdade substancial a exigir do juiz uma postura diligente. O juiz deve atuar para que a participação das partes seja igualitária.

Quanto à aplicação do princípio "*iura novit curia*", tema que exsurge quando o debate é o contraditório, permanece existindo no Código de Processo Civil de 2015, embora tenha tido sua aplicação mitigada. Nesse sentido, leciona o Prof. Darci Ribeiro

<sup>22</sup> MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 121.

<sup>23</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 86.

que tal princípio, por determinação do art. 3º da LINDB, pode ser aplicado “*ex officio*” pelo juiz, no entanto, antes de aplicá-lo, deverá observar certos requisitos; como não alterar o direito material, dar oportunidade para que a parte, antes, possa influenciá-lo, e, ouvir a parte através da fundamentação. O Contraditório deve ser observado inclusive quando da aplicação de um precedente vinculante.<sup>24</sup>

Para o processo democrático importam as normas de direito processual garantidoras da participação das partes no processo, e participação no sentido da possibilidade de influenciar o juiz, e, mais profundamente, de serem ouvidas de forma efetiva pelo juiz.

Importa para o processo democrático a igualdade substancial de tratamento conferida às partes pelo juiz e as garantias de amplo acesso à justiça e de concretização de um procedimento adequado às necessidades do direito material.

### 2.3 Acesso à justiça e justiça multiportas

Um dos grandes dilemas de países em desenvolvimento é a questão da inclusão social, do exercício efetivo da cidadania. Nesse contexto o acesso à justiça torna-se uma questão central, e evidentemente, de democratização do processo.

Para Capeletti e Garth, o acesso à justiça sofreu importantes transformações com o passar do tempo:

Afastar a pobreza do sentido legal – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições, não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens do *Laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.<sup>25</sup>

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que se pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.<sup>26</sup>

O art. 3º, caput, do CPC repete o art. 5º, XXXV da CF, no sentido de não se excluir da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. E em seus parágrafos, menciona a permissão da arbitragem e a solução consensual de conflitos como algo a ser estimulado pelo Estado, por seus diversos atores, e pelos advogados.

<sup>24</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro: presente e futuro**. Londrina: THOTH, 2020, p. 31.

<sup>25</sup> CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

<sup>26</sup> CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-12.

O Direito Brasileiro reconhece a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos. A chamada Justiça Multiportas, introduzida pelo CPC de 2015, que inclui métodos de solução heterocompositiva (jurisdição e a arbitragem) e autocompositiva (conciliação e mediação), que apontaria para essa intenção do legislador de fazer valer a ideia de democracia participativa no processo.

Para Daniel Mitidiero, o pressuposto que alimenta o ideal da Justiça Multiportas é a inadequação da previsão de um único tipo de resposta para os mais diferentes conflitos – que muitas vezes exigem abordagens e perseguem objetivos diferentes.<sup>27</sup>

A crescente judicialização originada em grande parte pela ineficiência do Estado em atender as necessidades da sociedade gerou uma demanda por maior celeridade e eficácia na atuação do Poder Judiciário. É nesse contexto que, consabidamente, surgem o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei de Mediação, também de 2015.

Algumas demandas apresentam uma vocação maior para a autocomposição, o que parece ser o caso daquelas que envolvem, por exemplo, as políticas públicas e prestações positivas de responsabilidade do Estado. Tais demandas estão ligadas diretamente ao tema da concretização de direitos e garantias fundamentais e ao exercício da cidadania, posto que compete ao Estado exercer um papel de garantidor do bem-estar das pessoas e do interesse público, entendido como o interesse da sociedade, da coletividade.

Nesse sentido, o legislador preconizou a criação de Câmaras de Mediação e de Conciliação na Administração Pública, tanto pelo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, quanto pela Lei de Mediação, Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, assim como foram editadas leis específicas em âmbito federal, nos Estados e nos Municípios, as quais representam uma janela de oportunidades para a solução consensual de conflitos entre os entes públicos e o particular.

Neste campo das políticas públicas os métodos autocompositivos nos parecem bastante auspiciosos, como forma de viabilizar a realização de prestações essenciais ao cidadão, sem a necessidade de se aguardar o tempo de uma demanda judicial, o que por vezes significa o próprio perecimento do direito que se busca. Para tanto, será sempre necessário compatibilizar os princípios do direito administrativo com aqueles próprios da mediação e da conciliação.<sup>28</sup>

Contudo, na esteira do que neste artigo já se afirmou, cada conflito pode apresentar uma forma de solução mais adequada, não havendo uma fórmula pronta e acabada, sendo necessário avaliar o caso concreto, diante das possibilidades existentes. O

27 MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 94-95.

28 Sobre o tema da compatibilização de princípios *vide* COSTA, José Ricardo Caetano; CASARTELLI, Mônica de Oliveira. As possibilidades da Administração Pública autocompor: a necessária compatibilização entre os princípios de direito administrativo e a resolução autocompositiva de conflitos em matéria previdenciária. *Juris Plenum Previdenciária*, v. 6. n. 23, p. 157-172, ago. 2018.

importante é que o sistema jurídico esteja aberto para essa diversidade, para a construção de um processo democrático, capaz de fazer frente aos anseios da sociedade por efetividade e realização de valores constitucionais. Um processo aberto para o efetivo exercício da cidadania que se constrói com práticas éticas, com inclusão e com a observância dos princípios constitucionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo sustentamos que o processo ocupa posição central para a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito e dos valores e garantias previstos na Constituição, sendo um *locus* de cidadania inclusiva.

Que a crise vivenciada pelo sistema representativo, que perde a cada dia sua capacidade de satisfazer os anseios da sociedade por justiça social e realização de valores constitucionais, acaba, na prática, por transferir para o Poder Judiciário esta tarefa, tornando a sua função ainda mais relevante para a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito. Para a efetivação dessas garantias pelos cidadãos surgem mecanismos como as ações coletivas, as ações civis públicas.

Enfatizamos que é preciso uma ruptura com o paradigma racionalista que privilegia conceitos calcados em certeza e verdade, o que compromete a efetividade do processo pela redução de sentidos que promove. Da mesma forma, é necessário conceber que a atividade do juiz não se reduz a aplicar a lei, que o juiz tem que atribuir sentido, interpretar e compreender a lei, diante do caso concreto e isso está longe de ser uma atividade mecânica. Eis a necessidade de se atribuir ao processo um caráter hermenêutico, que incentiva a participação e se faz realmente democrático.

Ressaltamos que um processo verdadeiramente democrático é criado pelos homens e para os homens, na prática, devendo ser humanizado e que o princípio do contraditório é seu pilar central.

Modernamente, o referido Princípio deve ser compreendido a partir de uma concepção dinâmica, passando a ser identificado como o direito de influenciar e, de forma mais precisa, de ser ouvido pelo juiz. E desse direito ao contraditório, mais especificamente de ser ouvido, exsurge o dever de fundamentação pelo juiz, garantias essenciais à existência de um processo democrático.

Por fim, salientamos a importância da inserção no Direito Brasileiro da conciliação, da mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, que apontaria para uma intenção do legislador de fazer valer a ideia de democracia participativa no processo, sem descuidar da necessidade de se avaliar a melhor solução para cada caso concreto, compatibilizar princípios, mirando a efetividade do processo e da res-

posta alcançada.

A cidadania inclusiva é algo que se constrói com a prática, com a participação, com ética, a partir de um processo democrático e com resultados efetivos em prol da realização dos valores consagrados na Constituição como fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* de democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011, v. 3.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, José Ricardo Caetano; CASARTELLI, Mônica de Oliveira. As possibilidades da Administração Pública autocompor: a necessária compatibilização entre os princípios de direito administrativo e a resolução autocompositiva de conflitos em matéria previdenciária. **Juris Plenum Previdenciária**, v. 6. n. 23, p. 157-172, ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PASSOS, J.J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro**: presente e futuro. Londrina: THOTH, 2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**: hacia una teoría procesal de derecho. Barcelona: Bosch, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-germânica. **Revista eletrônica Di-**

**reito e Política**, Itajaí, v. 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em : [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 2021.

RIBEIRO, Darci Guimarães; MOLLER, Guilherme. Processo e democracia na obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva e sua influência no processo civil moderno. *In*: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; JOBIM, Marco Félix (org). **Teorias do processo**: dos clássicos aos contemporâneos; Londrina: Thoth, 2020. v. 2.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **SCIENTIA IURIS**, Londrina, v. 13, p. 155-168, 2009

# **CAPÍTULO 15**

---

## **O ACESSO GRATUITO À JUSTIÇA DO TRABALHO COMO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA**

Rafael Selicani Teixeira<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.15

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela FMP. Graduado em Direito pela UEM. Membro do Grupo de pesquisa Trabalho e Capital da UFRGS e do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH). Analista Judiciário no TRT4 e professor de Direito Processual do Trabalho e Prática Processual Trabalhista na UNIFIN. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0964047420167332>. Email: rafa\_texa@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado dos estudos desenvolvidos no Seminário Teoria Crítica do Processo, do curso de doutorado do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS, ministrado pelo professor Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Neste seminário, os doutorandos debateram diversos tópicos relacionados com as origens do processo, a relação entre o processo e a democracia, as perspectivas da jurisdição no século XXI e a relação entre inteligência artificial e processo judicial, bem como leram, diversos autores e teorias que tratam dos tópicos referidos. Ao final, houve aprofundamento dos conceitos da Teoria Crítica do Processo e das garantias constitucionais do processo.

O tema escolhido para essa pesquisa é a relação entre a democracia brasileira e o processo judicial, com foco no processo judicial trabalhista. Para tanto, adotou-se diversos autores processuais brasileiros, como base para analisar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.766, que julgou inconstitucionais os artigos 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º da CLT, e constitucional o artigo 844, § 2º da CLT, todos introduzidos pela lei 13.467/17. Sendo assim, o objetivo geral é analisar os referidos dispositivos legais introduzidos pela lei 13.467/17 e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou sua (in)constitucionalidade, a fim de responder o seguinte problema de pesquisa: em que medida a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.766 garantiu participação democrática aos trabalhadores brasileiros?

A hipótese que se apresenta à problemática é a de que as exigências de pagamento de honorários periciais e de honorários advocatícios sucumbenciais das partes, mesmo se beneficiárias da justiça gratuita, introduzidas pelo artigo 790-B, caput, § 4º, artigo 791-A, § 4º da CLT, bem como da exigência do recolhimento das custas processuais quando da propositura de nova ação trabalhista, na hipótese de anterior arquivamento da ação por ausência à audiência inicial ou de conciliação, introduzida pelo artigo 844, § 2º da CLT, todos inseridos pela lei 13.467/17, limitariam o direito constitucional do acesso à justiça, garantido no artigo 5º, XXXV da Constituição federal. Deste modo, haveria um acentuado déficit democrático na sociedade brasileira, pois muitos trabalhadores seriam impedidos de buscar seus direitos trabalhistas no Poder Judiciário, meramente pela dificuldade de arcar com os valores, caso fossem sucumbentes e, portanto, afastados de um importante espaço de exercício da democracia no Brasil: o processo judicial.

O texto será dividido em dois capítulos: no primeiro, serão abordados conceitos importantes relacionados com a democracia, seu exercício e o processo judicial e suas funções, bem como, as relações que podem ser feitas entres os conceitos e a reali-

dade social, política e econômica brasileira; no segundo capítulo, serão apresentados os dispositivos legais objetos da ADI 5.766, seus fundamentos jurídicos e os motivos apresentados na sua criação.

A metodologia adotada é do tipo qualitativa, utilizando-se dos métodos de pesquisa do tipo revisão de bibliografia, em que se analisarão as principais obras relacionadas ao processo, com foco no acesso à justiça, e documental, visto que dedicar-se-á ao estudo das previsões no ordenamento jurídico da inexigibilidade dos honorários periciais e honorários advocatícios sucumbenciais da parte se beneficiária da justiça gratuita, mormente da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.766.

## 2 PROCESSO E DEMOCRACIA

Este texto se inicia com uma premissa básica: a democracia representativa encontra-se cada vez mais em crise<sup>1</sup>. As pessoas, ao exercer seu direito de voto em cada eleição, de fato participam diretamente da democracia brasileira, seja votando em seus candidatos de preferência, seja anulando o voto ou votando em branco. A participação nas eleições, ainda que obrigatória por lei, é exemplo da participação popular democrática no Brasil, contudo, a realidade demonstra um baixo grau de legitimidade participativa, resultando em uma separação entre o povo e as instituições do governo.<sup>2</sup>

Outras são as formas de participação popular nos rumos da república brasileira, como por exemplo, os projetos de lei de iniciativa popular, ou ainda o plebiscito e o referendo, todas elas previstas no ordenamento jurídico<sup>3</sup>. Em cada um desses momentos, cada brasileiro e brasileira participa de forma ativa da democracia, escolhendo efetivamente um candidato ou ainda se negando a escolher como forma de protesto. De todo modo, a vontade da maioria acaba prevalecendo e os rumos da nação são traçados. Diante de tal contexto, a pergunta que surge é: qual o problema da democracia representativa brasileira?

Ao mesmo tempo, é possível constatar que o Estado, ao exercer sua função jurisdicional, ou seja, ao conceder as pessoas o poder para que o acionem visando a solução dos conflitos sociais, também possibilita o exercício democrático. O exercício democrático se dá no processo judicial na medida em que a parte tem poder de acionar o Estado para que seu conflito social seja resolvido. Assim, como no exercício do voto,

<sup>1</sup> Paulo Bonavides afirma sobre a crise democrática brasileira: “O povo que não é povo, a multidão que não é gente, massa que se deixou domesticar, a classe média que já não tem influência no poder e jaz oprimida, o proletariado que perde cada vez mais a capacidade de luta e é perseguido no salário configuram o retrato social da falsa república onde desde muito não se sobrerrestam senão traços ou vestígios de cidadania”. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 12).

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 26.

<sup>3</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. (BRASIL. **Constituição federal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 dez. 2021.)

quando o cidadão expressa sua vontade perante os candidatos que, posteriormente, o representarão, a parte, ao propor uma ação, também exerce seu poder e assim exercita uma faculdade democrática.

Ada Pellegrini Grinover faz importante diferenciação quanto ao princípio participativo, ligado à jurisdição e ao processo, ao afirmar que o processo é o instrumento utilizado quando se pensa em participação mediante a justiça, pois permite o acesso das pessoas e das causas à Justiça e à ordem jurídica justa, remetendo à questão da universalidade da tutela jurisdicional. Segundo a jurista e professora, “O próprio processo é então utilizado como veículo de participação democrática, e por ele se possibilita a intervenção popular na urdidura do tecido social”<sup>4</sup>.

Seguindo este raciocínio, poder-se-ia perguntar se a participação popular nas eleições seria suficiente para a caracterização de um Estado como democrático? Ou ainda, se a inobservância do devido processo legal seria suficiente para descaracterizar um Estado como democrático? O fato é que para muitas pessoas, principalmente para as mais simples e humildes, distantes dos seus representantes, o termo democracia tem sentido somente nos períodos eleitorais, sendo que, no restante do tempo, essas pessoas pouco ou nada exercitam da soberania popular.

Neste sentido, pode-se afirmar que a

[...] democracia participativa é a verdadeira democracia do Terceiro Milênio, onde o adjetivo participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção da (re)qualificação do povo, para além de mero ícone, catapultando-o, assim, para o cenário democrático como ator principal e não mais como mero coadjuvante, como aquele que está apto de fato a reivindicar sua posição proeminente em uma sociedade livre, solidária e justa.<sup>5</sup>

É importante destacar que não há a ideia de substituição da democracia representativa pela democracia participativa, mas que ambas possam caminhar juntas, de modo que cada pessoa possa participar de formas múltiplas na sociedade, exercendo sua soberania, alargando os espaços de participação<sup>6</sup>. Esse processo de fortalecimento da democracia participativa, devolverá a soberania ao cidadão-povo, ao cidadão-governante, ao cidadão-nação, ao cidadão titular do poder superior, supremo e decisivo para os rumos da sociedade brasileira.<sup>7</sup> O professor Ovídio Baptista esclarece que

Há, todavia, alguns elementos que podem servir de critério para determinar a essência da democracia. Dentre estes, ao menos dois apresentam-se como permanentes. São eles a tolerância, que em seu início fora concebida como tolerância religiosa,

4 GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 273-298, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223>. Acesso em: 14 fev. 2022.

5 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

6 ABREU, Pedro Manoel. *O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva*. Tese (doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2008, p. 213. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91342/263771.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jan. 2022.

7 BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 34.

depois tornada política, e naturalmente também ética, e o consequente pluralismo político que a tolerância determina.<sup>8</sup>

Neste sentido, a realidade brasileira demonstra que, mesmo em um Estado Social, a inclusão do cidadão, que deveria ser progressiva, não tem ocorrido de forma satisfatória. Os direitos políticos têm sido paulatinamente aumentados, sem, contudo, ocorrer o correspondente aumento da representatividade política. “Decisionismos, processos legislativos incoerentes e obscuros, aumento exacerbado das Medidas Provisórias” são alguns exemplos da falência institucional dos Poderes Executivo e Legislativo.<sup>9</sup> O resultado é o evidente afastamento entre o povo e a política nacional.

Neste cenário, o Poder Judiciário tem ganhado força como local de participação democrática, principalmente para os brasileiros mais afastados dos grandes centros de decisão política. Conforme enfatiza Pedro Manoel Abreu, o papel do Judiciário é indeclinável, pois apesar de criado dentro da perspectiva liberal de divisão de funções, na modernidade, tem assumido novos desafios na concretização do patamar civilizatório, principalmente em países ainda em desenvolvimento, como o Brasil. Deste modo, se transforma em um espaço de participação democrática, que o autor denomina de cidadania inclusiva, e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados no processo.<sup>10</sup>

Em outras palavras, as pessoas vivem nas cidades, enquanto que a maior parte das decisões políticas são tomadas na capital federal. É indiscutível que grande parte da população, principalmente os mais pobres, somente tenham contato com o exercício democrático nos períodos eleitorais. Contudo, nos lugares mais distantes do interior do Brasil e nas periferias das grandes metrópoles, o Poder Judiciário se mostra presente, possibilitando que o cidadão possa exercer seus direitos exigindo as promessas constitucionais não realizadas pelos Poderes Legislativo e Executivo<sup>11</sup>. Eis a importância do acesso à justiça ser irrestrito, bastando lesão ou uma simples ameaça para que as portas da Justiça se abram ao povo, de modo que “o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais”.<sup>12</sup>

8 SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 308.

9 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

10 ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2008, p. 230. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91342/263771.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jan. 2022.

11 Neste momento é importante distinguir a pretensão à tutela jurídica, ora apresentada e a pretensão material. Segundo o professor Darci Ribeiro Guimarães, ambas as pretensões correspondem a um poder, que pode nascer ainda sem exigibilidade. A pretensão à tutela jurídica é o poder exercido por meio da ação processual em face do Estado, enquanto que a pretensão material é o poder exercido diretamente e pessoalmente pelo titular em face de outra pessoa. Por fim, esclarece o professor, que a pretensão à tutela jurídica é satisfeita por um ato do Poder Judiciário, a sentença, enquanto que a pretensão material somente poderá ser satisfeita por um ato voluntário do obrigado. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos Tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo ... [et al.]. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 112).

12 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar.

Os diversos conflitos sociais que resultam da interação das pessoas dentro da sociedade exigem do Estado respostas. Assim, o Direito tem como função primordial colocar no espaço das soluções dos conflitos certa ordem e previsibilidade, gerando segurança para os cidadãos e legitimando, assim, o poder político institucionalizado, de modo que seja aceito pela sociedade.<sup>13</sup> Por consequência, é imprescindível para o desenvolvimento de uma democracia participativa que a Justiça seja forte, responsável e politicamente legitimada.<sup>14</sup> Portanto, o constitucionalismo moderno atribuiu ao Poder Judiciário uma nova função no processo de concessão de direitos, de modo que, “o território da incorporação de direitos se requalifica não só com esse novo locus institucional, passando a admitir, igualmente, a linguagem da justiça e não somente do Direito”<sup>15</sup>.

O Poder Judiciário, sendo um dos poderes da república, tem a responsabilidade constitucional de concretizar os objetivos fundamentais previstos na Constituição, em seu artigo 3º, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>16</sup>. Desses objetivos fundamentais, tanto a construção de uma sociedade livre, justa e solidária quanto a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, exigem que o Judiciário conheça dos conflitos sociais e eventuais violações de direitos e responda, de forma satisfatória, com a concretização das promessas constitucionais. Neste sentido, “[...] o Judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade”<sup>17</sup>, que no caso brasileiro, encontram-se previstas na Constituição federal.

A democracia como regime político pressupõe o conflito, que é visto inclusive como uma virtude natural, pois por meio dele há competição, que gera o desenvolvimento e o progresso, duas ideologias fundantes do pensamento moderno<sup>18</sup>. Importante destacar a importância que os juízes assumem de defesa da Constituição e dos direitos ali previstos, que representam de fato o pacto primordial de uma sociedade. Essa função se complementa com a capacidade de atuar e intervir nos processos políticos de

2009.

13 PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 84.

14 SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2.

15 ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2008, p. 247. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91342/263771.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jan.2022

16 BRASIL. **Constituição federal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

17 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

18 SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 305.

modo que a estabilidade e coerência do sistema se mantenha, inclusive para os setores sociais mais distantes e menos integrados. O Judiciário é o último bastião das minorias em face da ditadura da maioria, no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. Neste sentido, é importante frisar que “não há interpretação sem escolha política, contudo, esta deve ser uma política de concreção dos valores inseridos na Constituição”<sup>19</sup>. Portanto, o processo judicial, permite que o povo se aproxime novamente da soberania quando participa ativamente na solução do litígio apresentado. A resposta judicial, ao seguir os parâmetros constitucionais, devolve a soberania ao envolvido, que novamente retoma o poder que estava garantido na Constituição.

Logo, é por meio do processo que os direitos e garantias fundamentais se efetivam. Este instrumento democrático transforma mera abstrações legais previstas nos textos normativos em realidades com efeitos práticos na vida das pessoas, resultando em uma verdadeira prática democrática. O processo se constitui portanto

[...] no mais valoroso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia.<sup>20</sup>

Portanto, é necessário facilitar o acesso à justiça (e à ordem jurídica justa) não só aos carentes de recursos financeiros, mas a todos juridicamente necessitados, dentre os quais aqueles carentes organizacionais, mais vulneráveis em face das relações socioeconômicas<sup>21</sup>, dentre eles os trabalhadores, tendo em vista as condições das relações de trabalho e desemprego estrutural no Brasil. Os trabalhadores precisam participar das diversas decisões públicas, mas, para que isso ocorra, é necessário que eles adquiriram as competências necessárias a uma participação significativa. A forma tradicional e ainda importante de participação política dos trabalhadores se dá por meio de sua organização coletiva em sindicatos e associações, nas quais se discutem os interesses das categorias de trabalhadores a serem reivindicados em face de seus empregadores. Inclusive as entidades sindicais são importantes espaços de deliberação e vivência da democracia participativa, nas quais os trabalhadores podem apresentar ideias e debater-las de forma direta.

No próximo tópico deste artigo, o objeto de análise passa a ser a recente decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.766, que julgou inconstitucionais os artigos 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º da CLT, e constitucional o artigo 844, § 2º da CLT, todos introduzidos pela lei 13.467/17. A pesquisa procura responder em que medida a

19 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual* - RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

20 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual* - RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

21 GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 273-298, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223>. Acesso em: 14 fev. 2022.

decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade manteve amplo e importante espaço de exercício da democracia no Brasil.

### 3 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 5.766

Na primeira parte deste texto, foram abordados alguns conceitos importantes para analisar a relação entre o processo judicial e o exercício da democracia. Neste contexto, percebe-se que a democracia representativa vem cedendo espaço para outras formas de práticas democráticas, como por exemplo a democracia participativa. O Poder Judiciário, então, se mostra um local apropriado para que a participação popular seja efetivada de forma direta, devolvendo ao povo a soberania que antes encontrava-se concentrada nos mandatos políticos. É por meio do exercício da ação e da defesa, durante todo o procedimento e da relação direta com atos de jurisdição, que se constitui “ao mesmo tempo cooperação trazida para o correto exercício desta e participação que não pode ser obstada aos interessados. A participação, portanto, não é do titular do poder (no caso, jurisdição), mas das pessoas sobre quem o poder se exerce.”<sup>22</sup>

Evidentemente que na prática o sistema judicial brasileiro apresenta inúmeros entraves ao acesso à justiça, principalmente da maioria da população carente de recursos e conhecimentos jurídicos. Neste sentido, percebe-se que

A globalização movida pela ideologia do neoliberalismo causa diversos impactos aos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social, potencializando a exclusão social. A sociedade de massa, globalizada, na qual poucos têm acesso à saúde devidamente prestada, à educação de qualidade, ao trabalho digno, a tutelas eficazes de sua honra e intimidade, e todos os demais direitos consagrados como fundamentais pelo ordenamento jurídico, também se mostra incapaz de proporcionar uma possibilidade real e efetiva de Acesso à Justiça.<sup>23</sup>

Carlos Henrique Bezerra Leite define o processo, no Estado Democrático de Direito, como o “direito constitucional aplicado”, reforçando que o acesso à justiça ganha status de direito humano e direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro<sup>24</sup>. O professor e processualista conclui, com relação ao acesso à justiça, que “No sentido restrito, a expressão é utilizada no aspecto dogmático de acesso à tutela jurisdicional, isto é, uma garantia para que todos tenham direito de ajuizar ação perante o Poder Judiciário”<sup>25</sup>.

Recentemente, a legislação trabalhista brasileira sofreu inúmeras alterações, tanto no que se refere a direitos materiais dos trabalhadores, como em aspectos pro-

22 DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 133.

23 RUIZ, Ivan Aparecido; TEIXEIRA, Rafael Selicani. Do acesso à justiça: a garantia fundamental dos direitos humanos. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; DE OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.) **Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica**. São Paulo: Boreal, 2012. p. 231-255.

24 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Ebook, cap. I, item 1.3.0.

25 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Ebook, cap. III, item 1.

cessuais. A Lei 13.467/13, chamada pelos seus defensores de “Reforma Trabalhista”, alterou e introduziu inúmeros dispositivos processuais, dentre os quais os artigos 790-B, caput e § 4º, 791-A, § 4º da CLT e 844, § 2º da CLT, os quais foram, posteriormente, objeto de uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, a ADI 5.766.

O artigo 790-B da CLT, fora introduzido pela lei 10.537/02 e previa em seu caput que “A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita”<sup>26</sup>. Evidentemente que o dispositivo, ao prever a dispensa do pagamento dos honorários periciais pela parte quando beneficiária da justiça gratuita,<sup>27</sup> tinha como fundamento a concretização do acesso gratuito à justiça, garantia prevista no artigo 5º, LXXV da Constituição federal. Na vigência do dispositivo, até 11.11.17, quando entrou em vigor a lei 13.467/17 alterando o texto original, o pagamento dos honorários periciais ficava a cargo da União. Contudo, a partir de 11.11.17, a parte ainda que beneficiária da justiça gratuita passou a ser responsabilizada pelo pagamento dos honorários periciais quando sucumbente no pedido objeto da perícia. Por sua vez, o §4º do artigo 790-B, introduzido pela lei 13.467/13 passou a prever que “Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”.

Em seu relatório, favorável ao Projeto de Lei 6.787, o deputado Rogério Marinho justifica que “é superlativo o número de ações em que a parte requer a realização de perícia sem fundamento, apenas por que não decorrerá, para ela, quaisquer ônus”. Ora, se nem o juiz do trabalho e nem os advogados das partes têm aptidão técnica para aferir a existência ou não de condições insalubres e perigosas, a ponto de ser necessário a designação de perito especialista, como é possível afirmar que a parte requer a realização de perícia sem fundamento? É evidente que o trabalhador é a última pessoa que pode ter condições de apontar o fundamento técnico para a procedência do pedido, de modo que responsabilizá-lo por eventual sucumbência padece de qualquer sentido. O relatório ainda aponta que “o objetivo dessa alteração é o de restringir os pedidos de perícia sem fundamentação” e “contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas”<sup>28</sup>, novamente demonstrando que em nenhum momento a preocupação do legislador é com a tutela jurisdicional efetiva ou entrega do bem da vida

26 BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

27 O artigo que regulamenta a justiça gratuita no processo do trabalho é o artigo 790 da CLT, mais especificadamente os parágrafo 3º e 4º. O parágrafo 3º prevê que “É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. O parágrafo 4º por sua vez prevê que “O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

28 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.787, de 2016**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016). Acesso em: 30 jan. 2022.

a quem de direito. A responsabilização do trabalhador pelos honorários periciais em caso de sucumbência tem como fundamento explícito a limitação do acesso à justiça, ou em outras palavras, a redução das ações judiciais.

O artigo 791-A, § 4º passou a prever, quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais que, uma vez vencida a parte a quem tivesse sido concedido o benefício da justiça gratuita, desde que não tivesse obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficariam sob condição suspensiva de exigibilidade. Deste modo, somente poderiam ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrasse que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário<sup>29</sup>.

Segundo o relatório apresentado no PL 6.787, a justificativa para as alterações relacionadas aos honorários advocatícios de sucumbência foi:

A ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutiva de recursos e na perda de eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias. A entrega da tutela jurisdicional consiste em dever do Estado, do qual decorre o direito de ação. Todavia trata-se de dever a ser equilibrado contra o impulso da demanda temerária.<sup>30</sup>

O relatório ainda afirma que o objetivo das alterações seria “inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes”<sup>31</sup>, sem a apresentação de qualquer pesquisa empírica que corroborasse tal conclusão. O argumento continua no sentido de que “Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho”<sup>32</sup>, agora apondo um argumento economicista, como se a Justiça do Trabalho fosse uma empresa privada e que a redução de custos fosse um objetivo a ser atingido. A resolução de conflitos é um poder-dever do Estado e, portanto, verdadeiro serviço público que deve ser prestado independente de razões econômicas. Ao final, o relatório conclui que o estabelecimento da sucumbência supostamente tiraria o processo do trabalho da sua ultrapassada posição administrativista, aproximando-o dos demais ramos processuais, “onde vigora a teoria clássica da causalidade, segundo a qual quem é sucumbente deu causa ao processo indevidamente e deve arcar com os custos de tal conduta”. Esqueceu-se o relator de mencionar que a assistência judiciária gratuita é garantia constitu-

29 BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

30 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.787, de 2016**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016). Acesso em: 30 jan. 2022.

31 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.787, de 2016**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016). Acesso em: 30 jan. 2022.

32 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.787, de 2016**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016). Acesso em: 30 jan. 2022.

cional incidente em todos os ramos processuais. Portanto, as alterações legislativas do PL 6.787 resultariam em um impedimento ainda maior para o trabalhador ou desempregado em ver seus conflitos trabalhistas resolvidos do que com relação aos demais litigantes, que estariam protegidos dos efeitos da sucumbência, caso beneficiados com a assistência judiciária gratuita.

Por fim, o artigo 844, § 2º da CLT, passou a prever que na hipótese de ausência do reclamante na audiência inicial, este será condenado ao pagamento das custas, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável<sup>33</sup>. Neste particular, consta como justificativa no relatório do Projeto de Lei 6.787 apenas o desestímulo à “litigância descompromissada”<sup>34</sup>, novamente sem qualquer aprofundamento empírico ou dados que corroborassem a conclusão de que referida alteração surtiria o efeito desejado. A ausência do reclamante em audiência pode decorrer de inúmeros fatores, ainda que não legalmente previstos. A legislação sequer aponta quais seriam os motivos legalmente justificados, deixando para o intérprete tal enquadramento.

Analisando os três dispositivos mencionados acima, fica evidente que a chamada “Reforma Trabalhista”, alterou de forma significativa a compreensão sobre o instituto da assistência judiciária, mormente no que diz respeito à responsabilização pelo pagamento das custas processuais e pelo pagamento dos honorários periciais e advocatícios sucumbenciais. A cobrança de ambas as espécies de honorários (advocatícios sucumbenciais e periciais) da parte beneficiária da justiça gratuita “faz parte de uma estratégia ardilosa engendrada pela Reforma Trabalhista que visa promover uma ruptura relevante no acesso à justiça do trabalhador brasileiro, acirrando sua subalternidade econômica e jurídica”<sup>35</sup>.

A Procuradoria Geral da República, no mês de agosto de 2018, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766<sup>36</sup>, tendo como objeto específico a declaração de inconstitucionalidade da cobrança da parte beneficiária da gratuidade judiciária dos honorários periciais (artigo 790-B, caput e § 4º), de honorários advocatícios sucumbenciais (artigo 791-A, § 4º) e de custas por arquivamento injustificado (artigo 844, § 2º). Os fundamentos alegados pela PGR para a declaração da inconstitucionalidade são ofensas à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); valor social do trabalho (art. 1º, IV); construção de sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); erradicação da pobreza

33 BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

34 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.787, de 2016**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016). Acesso em: 30 jan. 2022.

35 TEODORO, Maria Cecília Máximo; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. A gratuidade na justiça do trabalho e a ADI 5766: o efeito backlash e a transmutação das custas em punição ao trabalhador. In: DÜTRA, Renata; MACHADO, Sidnei (Orgs.). **O Supremo e a Reforma Trabalhista**: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021, p. 465.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 01 fev. 2022

e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III); a garantia à jurisdição estatal por lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV); e prestação, por parte do Estado, de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, LXXIV)<sup>37</sup>.

Os novos dispositivos relacionados com a gratuidade da justiça trazidos pela lei 13.467/17 se mostra discriminatório e incoerente, pois prevê tratamento dirigido à parte mais vulnerável do processo do trabalho menos benéfico do que o tratamento dado aos sujeitos “comuns” (inclusive os não vulneráveis) do processo civil, o que viola inclusive o princípio da isonomia do tratamento do tema entre Justiça do Trabalho e os Juizados Especiais Cíveis. A garantia de ingresso em juízo, também denominado por parte da doutrina de “direito de demandar”, consiste exatamente em “assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, só lhes podendo ser negado o exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição)”<sup>38</sup>. Portanto, não há motivo que justifique o tratamento menos benéfico dado aos trabalhadores.

Importante constatar também que a restrição dos trabalhadores ao acesso à justiça, resulta inclusive na própria limitação da concretização de direitos sociais, constitucionalmente previstos. A assistência jurídica integral e gratuita, tendo sido prevista no artigo 5º, LXXIV da Constituição federal<sup>39</sup> há de ser cumprida, em todas as Justiças especializadas no território brasileiro, inclusive, e principalmente, na Justiça do Trabalho, de modo que nenhum trabalhador seja privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos materiais. Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover conclui que “[...] é preciso eliminar, antes de mais nada, os óbices econômicos que impeçam ou desestimulem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada”<sup>40</sup>. Portanto, novamente, é possível perceber que a nova legislação veio na contramão da efetivação do acesso à justiça.

Helena Kugel Lazzarin, em profunda análise da “Reforma Trabalhista” à luz do direito à igualdade e à não discriminação, conclui que há evidente discriminação dos trabalhadores, pela imposição de restrições à garantia de amplo acesso à jurisdição e à assistência judiciária integral aos necessitados. Segundo a pesquisadora, é possível constatar um movimento na contramão da evolução democrática que consolidaram

37 Além desses fundamentos, a PGR também invocou tratados de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem; o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), os quais preveem o direito de demandar o Judiciário, de modo que eventuais punições econômicas à parte pobre que ajuíza ações representa restrição notória do acesso à justiça.

38 DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 359.

39 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. (BRASIL. **Constituição federal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 maio 2021).

40 GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 273-298, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223>. Acesso em: 14 fev. 2022.

essas garantias de amplo e igualitário acesso à justiça<sup>41</sup>, a ponto de produzir-se uma contraditória “justiça gratuita onerosa”<sup>42</sup>.

É importante que se destaque que a assistência jurídica compreende não somente o direito de propor uma ação ou de se defender, mas abrange “a informação, a tomada de consciência e o encaminhamento aos canais processuais ou alternativos adequados –, passando pela assistência judiciária e culminando com a abertura dos esquemas da legitimação para a causa”<sup>43</sup>, de modo que permite o acesso de parte da população mais vulnerável e carente juridicamente. Em outras palavras, o acesso à justiça

[...] é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação.<sup>44</sup>

Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal, em 20 de outubro de 2021, julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela PGR na ADI 5.766, declarando inconstitucionais os artigos 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. O SFT, contudo, julgou improcedente a ação, também por maioria, no tocante ao artigo 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Infelizmente, até a conclusão deste texto, o acórdão que será redigido pelo Ministro Alexandre de Moraes, não havia sido publicado. De todo modo, tendo em vista o efeito *erga omnes* da decisão, o entendimento que deve prevalecer é o de que uma vez beneficiária da justiça gratuita, a parte poderá litigar sem a preocupação de uma eventual sucumbência, seja quanto aos honorários periciais, seja com relação aos honorários advocatícios sucumbenciais. A participação da parte, ainda que economicamente vulnerável é assim reestabelecida, de modo que a própria democracia é fortalecida. A pesquisadora Mariana Hernandez Crespo enfatiza a importância da participação dos cidadãos na resolução dos conflitos sociais e conclui que

Ao dar aos cidadãos a capacidade de se envolverem, com participação significativa, no processo de resolução de conflitos na esfera privada, eles terão a possibilidade de adquirir as competências necessárias para participar tanto da resolução de conflitos na área privada quanto na área pública. Além disso, ao trazer os cidadãos para um contato mais próximo e mais significativo com o processo judicial, a postura desses

41 LAZZARIN, Helena Kugel. **A reforma trabalhista e o princípio da proteção**: uma análise à luz do direito à igualdade e à não discriminação. Porto Alegre: HS Editora, 2021, p. 222.

42 LAZZARIN, Helena Kugel. **A reforma trabalhista e o princípio da proteção**: uma análise à luz do direito à igualdade e à não discriminação. Porto Alegre: HS Editora, 2021, p. 220.

43 GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 273-298, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223>. Acesso em: 14 fev. 2022.

44 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 40.

cidadãos em relação à lei poderá passar de uma atitude depreciativa para uma atitude de apoio.<sup>45</sup>

Fica evidente que o entendimento do STF, se mantém, ao menos parcialmente, no sentido de que imputar à parte beneficiária da justiça gratuita o pagamento de honorários periciais e advocatícios sucumbenciais, reduz a amplitude do acesso à justiça e, conseqüentemente, impede a participação popular nesse importante local democrático que é o processo trabalhista. A decisão inclusive corrobora a ideia de que as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de ajuizarem ações ou ainda que dificultem o oferecimento de defesa adequada precisam ser eliminadas. A oferta constitucional de assistência jurídica integral e gratuita, em qualquer dos âmbitos judiciais, é a garantia de que ninguém fique privado de ser adequadamente ouvido pelo juiz, por falta de recursos. “A justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos”<sup>46</sup>.

Portanto, as alterações inseridas pela lei 13.467/17, principalmente com relação aos artigos 790-B, caput e § 4º, 791-A, § 4º da CLT e 844, § 2º da CLT, comprometeram sobremaneira o exercício democrático no âmbito do Poder Judiciário, de modo que a atuação do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.766, ao declarar a inconstitucionalidade dos artigos 790-B, caput e § 4º, 791-A, § 4º da CLT, devolveu ao trabalhador a oportunidade de participação na solução dos conflitos sociais, favorecendo o desenvolvimento da democracia participativa dentro do processo judicial trabalhista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente texto abordou-se, inicialmente, a relação entre democracia, seu exercício e o processo judicial e suas funções, bem como, as suas relações com a realidade social, política e econômica brasileira, principalmente no que diz respeito ao enfraquecimento da democracia representativa. Neste sentido, constatou-se que a democracia representativa tem se enfraquecido quando vista na perspectiva do seu real exercício pelas camadas mais humildes da população, de modo que a democracia participativa tem ganhado espaço, como por exemplo, quando exercida no processo judicial.

Na sequência passou-se a análise crítica das alterações dos artigos 790-B, caput e § 4º, 791-A, § 4º da CLT e 844, § 2º da CLT, feitas pela lei 13.467/17 e que, posteriormente, se tornaram objetos da ADI 5.766, seus fundamentos jurídicos e os motivos econômicos e políticos que resultaram na sua criação. Buscou-se de forma crítica, apontar

45 CRESPO, Mariana Hernandez. A construção da América Latina que queremos: complementando as democracias representativas através da construção de consenso. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (orgs). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 45-6.

46 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 40.

inconsistências nos discursos e fundamentos das alterações, demonstrando a incoerência entre seus fundamentos.

A conclusão que se chegou foi no sentido de que a decisão proferida na ADI 5.766, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, se mostrou apta a restaurar um importante espaço de exercício democrático no Brasil, pois vista na perspectiva da democracia participativa, o processo trabalhista é um importante espaço de participação e exercício de poder pelos trabalhadores brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91342/263771.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jan.2022.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.787, de 2016**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016). Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição federal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766**.

Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 01 fev. 2022.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CRESPO, Mariana Hernandez. A construção da América Latina que queremos: complementando as democracias representativas através da construção de consenso. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (orgs). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 273-298, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223>. Acesso em: 14 fev. 2022.

LAZZARIN, Helena Kugel. **A reforma trabalhista e o princípio da proteção**: uma análise à luz do direito à igualdade e à não discriminação. Porto Alegre: HS Editora, 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Ebook.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos Tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo ... [et al.]. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

RUIZ, Ivan Aparecido; TEIXEIRA, Rafael Selicani. Do acesso à justiça: a garantia fundamental dos direitos humanos. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; DE OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.) **Acesso à justiça**: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. São Paulo: Boreal, 2012. p. 231-255.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. A gratuidade na justiça do trabalho e a ADI 5766: o efeito backlash e a transmutação das custas em punição ao trabalhador. In: DUTRA, Renata; MACHADO, Sidnei (Orgs.). **O Supremo e a Reforma Trabalhista**: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

# **CAPÍTULO 16**

---

## **EL PROCESO MONITORIO COMO HERRAMIENTA ESENCIAL PARA LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL**

Santiago Pereira Campos<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.16

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Procesal, Director de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación y Director del Postgrado en Derecho Procesal Aplicado, en la Universidad de Montevideo. Socio fundador de la firma Rueda Abadi Pereira, donde lidera el Departamento de Litigación y Arbitraje @SantiagoPCampos spereira@rap.com.uy.

## 1 EL PROCESO MONITORIO COMO HERRAMIENTA ESENCIAL DEL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL

El proceso monitorio constituye un instrumento de particular eficiencia en los sistemas de Justicia que lo han adoptado, y ha significado importantes avances en casi todos los países latinoamericanos en los que se ha implementado. También ha ganado en el derecho comparado y comunitario europeo un rol protagónico<sup>1</sup>.

Acompañado de un adecuado diseño del proceso ordinario por audiencias, el proceso monitorio es su principal aliado, porque permite resolver de modo sumario un número de litigios muy elevado con escasa intervención del juez, permitiendo a este concentrarse en los procesos por audiencias.

Por ello, si hubiera que mencionar una herramienta altamente efectiva y de implementación exitosa en los procesos de reforma de los últimos 30 años, esa sería precisamente el proceso monitorio. Atendiendo a la carga de trabajo de los tribunales y a los limitados recursos financieros de los poderes judiciales, sin la incorporación del proceso monitorio adecuadamente regulado, es prácticamente imposible lograr que el proceso ordinario por audiencias pueda implementarse con éxito.

El proceso monitorio tiene por finalidad la rápida creación de un título de ejecución (llamado también “título ejecutivo” en algunos países), considerando la baja probabilidad de oposición del demandado. Para ello, se resuelve inicialmente sobre la pretensión del actor (o se intima el cumplimiento de la obligación del requerido, según los sistemas), dándose luego al demandado la oportunidad de oponerse. Si el demandado no se opone, la decisión inicial puede ejecutarse (título de ejecución). Si el demandado se opone, se abre el debate con pleno cumplimiento del derecho de defensa.

Para la regulación del proceso monitorio, se requiere partir de una cuestión esencial: debe aplicarse a pretensiones en las cuales la probabilidad de oposición del demandado sea bajas. Si esa regla probabilística no se cumple en la práctica, se habrá fracasado en el diseño. Así, por ejemplo, señala Lösing<sup>2</sup> que cada año se inician en Alemania más de 7 millones de procedimientos monitorios y solo en un 11% de los casos se interpone oposición por parte del deudor.

Quienes diseñan los sistemas de justicia tienen en el proceso monitorio una

1 El denominado Libro Verde sobre proceso monitorio con su consulta abierta a todos los interesados dentro de la Unión Europea (disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/57e40e93-d701-4a25-b741-fbf37ab73648/language-es>) y luego el Reglamento (CE) No. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12/12/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (disponible en: [http://publications.europa.eu/resource/ellar/a3d5e527-018b-4c1a-9344-8ec113ee19a1.0006.03/DOC\\_1](http://publications.europa.eu/resource/ellar/a3d5e527-018b-4c1a-9344-8ec113ee19a1.0006.03/DOC_1)), constituyen piezas relevantes para el diseño de propuestas de regulación del proceso monitorio. El “Informe Storme” confeccionado en 1992 por encargo de la Comisión Europea, valora el proceso monitorio como una de las instituciones cuya extensión a aquellos países que aún no lo habían incorporado a sus cuerpos normativos podía contribuir a paliar la disparidad entre los ordenamientos jurídicos y el consiguiente perjuicio para el mercado intercomunitario (ARMENTA DEU, T., “El juicio y la técnica monitorio como medio de proteger el derecho de crédito y sus límites (España y la Unión Europea)”, en LANDONISOSA, A. y PEREIRA CAMPOS, S. (coord.), *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a E. Couture*, Tomo II, Montevideo, La Ley, 2017, ps. 1127 y 1133).

2 LÖSING, Norbert, “El código procesal civil alemán (ZPO) en el curso de las reformas”, en FANDIÑO, M. (director), “Estudios comparados sobre reformas al sistema de justicia civil: Alemania - España - Uruguay”, CEJA, Santiago, Chile, 2017, p. 75.

técnica procesal suficientemente probada que permite avances significativos con relación a países que no contaban con esta técnica o en que la misma no se había implementado adecuadamente. Se trata de un instrumento que bien regulado, como señala Bonet<sup>3</sup>, es potencialmente capaz de ampliar el espectro material objeto de tutela, a la casi totalidad de los créditos que cumplan ciertas cualidades de verosimilitud y eficacia inmediata, pudiendo también ampliarse a muchas otras pretensiones.

Asimismo permite facilitar el acceso a justicia y reducir sus costes en cuanto es posible excluir con carácter general la necesidad de postulación o asistencia letrada (otra cosa es la conveniencia técnica); permite asegurar las garantías del demandado cuando formula oposición, al sustanciarse la misma por estructuras con oralidad e intermediación (sea la estructura ordinaria, sumaria o especial del monitorio, según los sistemas); y permite eliminar todos los trámites que resulten innecesarios, atendida la conducta que en concreto adopte el requerido en el procedimiento.

## 2 ENCUADRE CONCEPTUAL

### 2.1 Elementos caracterizantes del proceso monitorio y variedad de sistemas

Como señala Pérez Ragone<sup>4</sup>, dar una definición de proceso o procedimiento monitorio no es fácil por la variedad de formas existentes.

Históricamente y en el derecho comparado europeo actual existen y coexisten variedades de formas monitorias que van desde los modelos generalmente considerados como bases del sistema monitorio (Alemania e Italia) hasta modelos con procesos similares que tienen función monitoria (países escandinavos, Gran Bretaña, Holanda). De allí que, en sentido amplio, conviene mejor hablar de “formas monitorias” o de “estructuras monitorias” o utilización de la “técnica monitoria”, expresiones que permiten una mejor descripción de la estructura, técnica y objetivos de lo “monitorio”.

La primera precisión por realizar es entonces distinguir el proceso monitorio como tal de la existencia de elementos estructurales monitorios en otro tipo de procesos. Por ejemplo, en América Latina es frecuente que el proceso de ejecución presente elementos estructurales monitorios sin ser el proceso monitorio, ya que este se suele regular aparte, en un capítulo especial, como proceso de conocimiento (así ocurre, por ejemplo, en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y ha sido seguido por varios países, como es el caso de Uruguay).

3 BONET, José, “Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica” en en PEREIRA CAMPOS, S. (coordinador) y otros, “Modernización de la Justicia Civil”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2011, p. 511.

4 PÉREZ RAGONE, Álvaro J., “En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales”, *Rev. derecho (Valdivia)* [online], 2006, vol.19, n.1 [citado 2021-06-17], pp. 205-235. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000100009&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100009&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100009>.

Existen distintas concepciones de proceso monitorio<sup>5</sup> pero generalmente tienen en común tratarse de un proceso acelerado, sumario, simplificado, que se caracteriza por una especial estructura, principalmente en su fase inicial.

La idea central es la siguiente: presentada por el actor la solicitud, petición o demanda, el juez dispone que el requerido o demandado cumpla con lo solicitado. La decisión inicial la emite el órgano jurisdiccional<sup>6</sup> sin oír al requerido o demandado. El acto de requerimiento o resolución inicial constituye la pieza clave del procedimiento o proceso monitorio, por cuanto el demandado o requerido tiene que optar entre, por un lado, cumplir lo requerido o la decisión sobre la pretensión del actor (según los sistemas) y, por otro, formular oposición. También puede, lógicamente, no comparecer al proceso. De su inactividad surge el derecho del actor a solicitar la ejecución (queda formado el título de ejecución). En caso de que el demandado se oponga, se habilita una etapa de conocimiento y probatoria del mérito, generalmente amplia<sup>7</sup>.

En opinión de Viera<sup>8</sup>, lo que distingue radicalmente al monitorio de los demás procesos de cognición, sean ordinarios o sumarios, es esa peculiar ordenación de sus actos, por la cual el principio del contradictorio se cumple, mediante la citación o emplazamiento al demandado para que se oponga a la pretensión del actor, no antes de la decisión, como en los demás procesos, sino después que esta se ha dictado en sentido favorable a aquella.

Cuando se debate acerca del carácter que define el proceso monitorio, se han formulado diversas teorías<sup>9</sup>: la falta de contradictorio, el desplazamiento de la iniciativa del contradictorio del actor al demandado, la eventualidad del contradictorio, el contradictorio de impugnación, o la inversión del principio del contradictorio. Optar por una u otra de estas características como elemento identificador, no solo depende de la concepción de cada autor sobre el proceso monitorio y de en qué parte de este se pone foco, sino también de la regulación que el mismo tiene en cada sistema.

Señala Armenta<sup>10</sup> que la especial estructura de este proceso, la gran diversidad de configuraciones en las diferentes etapas históricas en que ha sido objeto de regulación, así como los numerosos países cuyo ordenamiento jurídico lo contiene, ha conducido a un alto número de teorías sobre su naturaleza jurídica. En una primera

5 Seguimos con algunos mínimos ajustes la definición que Pérez Ragone realiza en base a profusa doctrina (PÉREZ RAGONE, Álvaro J., "En torno al procedimiento monitorio..." cit.). Ver también PÉREZ RAGONE, Á., "Nuevas y viejas tendencias en el diseño del proceso monitorio: propuestas desde la experiencia comparada para un procedimiento monitorio en Argentina", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 37, julio-diciembre 2019, ps. 283-314, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n37.11>

6 En algunos sistemas puede existir una intervención administrativa, notarial o hasta de inteligencia artificial en lugar de la decisión judicial, pero en tales casos es más apropiado referir a estructuras o modelos monitorios, pero no a verdaderos procesos monitorios.

7 En algunos casos específicos la ley limita el alcance de las defensas admisibles, como ocurre con el juicio ejecutivo cambiario o tributario en Uruguay, que es especialmente diseñado como proceso monitorio.

8 VIERA, Luis Alberto, "Teoría General del Proceso Monitorio", en "Curso de Derecho Procesal", T. V, V. I, FCU, Montevideo, 1988, p. 10.

9 VIERA, Luis Alberto, "Teoría General..." cit., ps. 15 a 18.

10 ARMENTA DEU, T., "El juicio y la técnica monitorio..." cit., ps. 1129 y 1130.

aproximación y atendiendo esencialmente a la falta de audiencia del deudor previa a la decisión inicial, pueden agruparse en tres grupos:

- a) Teorías que sostienen el carácter de jurisdicción voluntaria o incluso administrativo del juicio monitorio: se fundamentan en la ausencia de contradicción en el momento inicial; la falta de intervención del órgano jurisdiccional más allá de la mera comprobación formal; y la conversión en contencioso únicamente en el supuesto de formularse oposición; de manera, que de no ser así, el procedimiento se desarrolla en su totalidad unilateralmente. Incluso en países donde el mandamiento de pago se despacha por un auxiliar de la justicia o por medios tecnológicos, se le atribuye naturaleza administrativa y no jurisdiccional. Esta concepción que se ha defendido en Francia o Austria resulta en la actualidad claramente minoritaria.
- b) Teorías que postulan el carácter jurisdiccional del proceso monitorio: se apoyan de manera específica en el ejercicio de auténticas facultades cognoscitivas por parte del juez, incluso en la fase inicial del proceso monitorio; y en que el contradictorio no se ve eliminado sino simplemente desplazado en su iniciativa. Esta es la posición que predomina en Latinoamérica.
- c) Se han postulado también algunas teorías mixtas o *sui generis*.

En Uruguay, para Barrios de Ángel<sup>11</sup> la nota más característica del monitorio es su contradictorio de impugnación. Señala que se trata de una estructura que pone al demandado en el trance de oponerse a la pretensión del actor y, al mismo tiempo, impugnar la decisión judicial en su contra, pidiendo su revocación.

En opinión de Viera<sup>12</sup>, esta teoría es insuficiente porque refiere solo a una de las etapas del proceso monitorio, y la tesis que quiera poner en evidencia qué es lo típico del monitorio, debe tener en cuenta todas sus fases (no sólo la del contradictorio, sino también la inicial, aquella que nace sin contradictorio y que -en opinión de Viera- Barrios de Ángelis deja de lado). Tomada la estructura monitoria en su integridad resulta claro -según Viera- que si la oposición del demandado aparece como una impugnación de la decisión del juez, es porque esa decisión se dictó con privación para aquel de la oportunidad de oponerse con anterioridad a ella. En otras palabras -señala- el “contradictorio de impugnación” no es sino la consecuencia de esta estructura invertida del principio del contradictorio que lo singulariza y lo hace radicalmente diferente a los demás procedimientos de cognición. Por otra parte, afirma que es pagar demasiado tributo a la mera apariencia, centrar como característica primordial de la oposición del demandado, el ser una impugnación de la decisión. Por cierto, no puede darse sino de ese modo, dada la peculiar estructura del procedimiento. Pero -se pregunta- ¿constituye esa oposición, en la mayor parte de los casos, una verdadera impugnación de la decisión?. Una real impugnación ocurre cuando se opone como excepción la falta de título idóneo, según la ley, que habilita este procedimiento especial o se hace valer la ostensible ausencia de un presupuesto procesal que sólo por error no fue advertida. En los demás casos, los más frecuentes, la oposición se funda en un hecho impeditivo, extintivo o modificativo de la pretensión del actor, excepción en sentido estricto, o sea

<sup>11</sup> BARRIOS DE ÁNGELIS, D., Teoría del Proceso, Editorial BdeF, Montevideo, 2005, p. 262.

<sup>12</sup> VIERA, Luis Alberto, “Teoría General...” cit., p. 17.

la misma oposición que el demandado hubiera formulado a la pretensión del actor si se le hubiera dado la oportunidad de formularla antes y no después de la decisión en su contra. Por eso, según Viera, el legislador uruguayo calificó correctamente la oposición del demandado como “oposición de excepciones” que no implica un simple cambio de nombre en relación con la impugnación por recurso, sino una vía bien diferente como lo dice el hecho de que, la del recurso, es la del real contralor de la sentencia dada en un proceso en el que se le dio al demandado la oportunidad de contradecir la pretensión del actor y probar sus excepciones. La oposición de excepciones o defensas es la vía estructuralmente adecuada a un procedimiento como el del monitorio en que la decisión cuya revocación se reclama, nació sin darle al impugnante posibilidad de oponerse antes y de probar sus descargos.

La posición de Viera<sup>13</sup> es que lo característico del monitorio es la inversión del principio del contradictorio, ya que es la única que da una explicación completa a esta estructura. Parte de la simple observación empírica de que, en esta especial técnica procesal, la oportunidad dada al demandado de oponerse a la pretensión del actor se articula mediante la correspondiente citación, después y no antes de la decisión; o sea que muestra invertido el principio del contradictorio. Inversión del principio del contradictorio que funda un modo especial de ser del procedimiento, esto es, una estructura y que nada tiene que ver con ningún desplazamiento de la iniciativa del contradictorio del actor hacia el demandado. Viera, señala que el Profesor Jaime Teitelbaum siguió también esta posición.

Por lo expuesto, en principio, las estructuras monitorias pertenecen a los procesos de conocimiento (y no de ejecución)<sup>14</sup>, simplificados, que tienen por objetivo la formación de un título de ejecución (“ejecutivo” en otros países) judicial (providencia o sentencia monitoria<sup>15</sup>) en forma rápida, económica y con escasa participación del órgano jurisdiccional. Ello se obtiene mediante una resolución judicial que ordena o intima el pago y contra la cual el requerido no ofrece oposición oportuna y suficiente.

La variedad de sistemas es inmensa y escapa su análisis al objeto de este trabajo. Los modelos monitorios han presentado, históricamente diferencias importantes entre ellos (por ejemplo: Alemania, Austria, Italia y Francia han desarrollado sistemas monitorios, pero con marcadas variaciones).

En algunos casos, no es necesario presentar prueba alguna de la pretensión (generalmente crédito) que se demanda, pero, a su vez, la mera oposición hace caer el mandamiento de pago que sólo vale como citación a juicio por la vía ordinaria.

13 VIERA, Luis Alberto, “Teoría General...” cit., p. 18.

14 Hay muchas imprecisiones conceptuales sobre ello en las regulaciones de los diversos países.

15 De acuerdo a la forma que asume la resolución en caso de inactividad del requerido, el proceso monitorio puede concluir ya por providencia, ya por sentencia definitiva. Esta distinción no tiene mucha utilidad si en realidad se parte de la base de que lo único relevante es permitir el acceso directo a la ejecución si el demandado o requerido no plantea oposición.

En otros casos, se requiere prueba escrita de la pretensión (generalmente crédito), existiendo también aquí muchos matices, que van desde la exigencia de prueba muy severa en algunos casos a extremadamente benigna en otros; con amplia variedad de sistemas intermedios<sup>16</sup>.

En cuanto a la oposición del demandado y eventual planteo de defensas, los sistemas han presentado históricamente grandes diferencias.

En algunos casos, la oposición debe basarse en pruebas, pero no hace caer el mandato inicial, sino que lo deja en suspenso hasta que se decida sobre el mérito de estas en el mismo proceso.

En otros casos, no basta con la oposición para que quede en suspenso la orden inicial, sino que el oponente debe promover proceso de declaración negativa de la certeza del crédito del promotor, en el cual, por ser actor, la carga de la prueba gravita sobre él.

Pero por encima de estas diferencias, todos estos procedimientos presentan un rasgo común<sup>17</sup> que los distingue radicalmente de cualquier otro modo de proceder cual es que, presentada la demanda o solicitud, si ella reúne los requisitos que en cada caso prescribe la ley, sin oír al demandado, se resuelve de modo favorable a la pretensión del actor, supeditándose su ejecutoriedad a que no medie oposición en el plazo dado al demandado para cumplir.

Cabe señalar que, en algunos sistemas (Uruguay, por ejemplo<sup>18</sup>), la resolución inicial es una sentencia definitiva con su eficacia condicionada a la no oposición por el demandado o al menos no requiere el dictado de una nueva resolución en caso de no oposición del demandado (Brasil, por ejemplo). La oposición del demandado es el medio impugnativo de la providencia o sentencia inicial que, de verificarse, deja sin efecto la sentencia inicial y se abre el contradictorio.

Ante la no oposición del demandado, la resolución inicial pasa automáticamente en autoridad de cosa juzgada y se torna ejecutable, pudiendo el actor o requirente iniciar el proceso de ejecución (este es, por ejemplo, el sistema del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que sigue Uruguay). Se habla en este caso de variante monofásica del proceso monitorio.

En otros sistemas (Colombia, por ejemplo), la resolución inicial es una providencia que intima el pago o cumplimiento de la alegada obligación del requerido. La no oposición habilita el dictado de la sentencia monitoria, la que, a su vez, puede ser en muchos sistemas, nuevamente sujeta a impugnación. Ello determina la variante

<sup>16</sup> VIERA, Luis Alberto, "Teoría General...", cit., p. 14.

<sup>17</sup> VIERA, Luis Alberto, "Teoría General..." cit., p. 14.

<sup>18</sup> También así lo prevé el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina), arts. 446 y ss.

bifásica del modelo monitorio.

En caso de oposición del requerido, se genera automáticamente o a instancia del requirente (según los sistemas<sup>19</sup>), el proceso contradictorio de conocimiento, cuya estructura, según los sistemas, podrá ser la del proceso ordinario, la del proceso abreviado o sumario, o una propia del proceso monitorio (como es el caso de Uruguay).

En definitiva, siguiendo a Bonet<sup>20</sup>, la técnica monitoria, con el juego de eventualidades que implica, se presenta como una estructura procedimental especial en la cual tan monitorio es el requerimiento de cumplimiento (resolución inicial) como la eventual fase de oposición que se genere (sea que se sustancie por los trámites ordinarios o se siga una estructura sumaria). Se trata de alcanzar la máxima eficiencia y eficacia, y ello se logra a través precisamente del juego de las eventualidades. Solamente si es necesaria se abre la fase de oposición, como la de ejecución. En caso de que el requerido haga lo que estadísticamente ha venido haciendo tradicionalmente (adoptar una actitud pasiva), no se origina la oposición, de modo que se permite, sin pérdida alguna de tiempo, iniciar la fase de ejecución. La técnica monitoria implica eventualidad, y de ese modo se permite alcanzar su máxima eficiencia: en caso de oposición, sin merma de garantías; en caso de pasividad, sin pérdidas de tiempo ni esfuerzos declarativos adicionales.

## 2.2 Proceso monitorio puro y proceso monitorio documental

Dependiendo de los distintos ordenamientos jurídicos, se exige o no una acreditación más o menos sumaria de la pretensión que se hace valer por el actor o requirente en el proceso monitorio. Ello responde a que tradicionalmente se han distinguido dos tipos de proceso o procedimiento monitorio:

- a) El proceso monitorio puro<sup>21</sup>: el requerimiento de cumplimiento o resolución inicial se dispone sobre la base de la mera manifestación unilateral del actor o solicitante, sin necesidad de acreditar la pretensión siquiera sumariamente. Ello implica generalmente que la pretensión no queda sujeta a una cognición de fundabilidad y suelen ser más flexibles los controles de admisibilidad.
- b) El proceso monitorio documental<sup>22</sup>: se exige que, junto a la petición o demanda que realiza el actor o requirente, se aporte una acreditación documental de la pretensión reclamada. Dependiendo de los sistemas, la exigencia documental puede ser vista ya como requisito de admisibilidad de la petición o demanda monitoria, ya como prueba para una cognición más o menos sumaria (fundabilidad).

Como señala Pérez Ragone<sup>23</sup>, ambas alternativas tienen sus pros y contras. El

19 Pérez Ragone distingue el proceso monitorio de conocimiento como etapa introductoria del contradictorio o independiente y autosuficiente (PÉREZ RAGONE, Álvaro J., "En torno al procedimiento monitorio..." cit., ps. 205-235).

20 BONET, José, "Eficiente implementación..." cit., p. 509.

21 Se han dado estos modelos en países como Bélgica, Holanda, Portugal, Finlandia y Alemania. En Uruguay existe algún ejemplo excepcional de esta modalidad, pero de regla es documental.

22 Es el sistema del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica al que se han plegado casi todos los países latinoamericanos (Uruguay, El Salvador, Venezuela, Brasil, algunas provincias argentinas, entre otros) y existe también en países como Austria y Alemania (paralelamente al monitorio puro) para determinados supuestos. Es también documental el proceso monitorio propuesto en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

23 PÉREZ RAGONE, Álvaro J., "En torno al procedimiento monitorio..." cit., ps. 205-235.

proceso monitorio documental representa un obstáculo para acceder a esta vía simplificada cuando no se tiene el documento, debiendo generalmente recurrirse al proceso ordinario. En caso de tenerlo puede entorpecer la rapidez del proceso, si se le suma además la necesidad de una cognición más o menos sumaria de fundabilidad. Suele ser más compleja en esta modalidad la informatización del proceso y la litigación en línea.

Por su lado, el proceso monitorio puro, al no estar respaldado por alguna evidencia o documentada puede prestarse al uso abusivo o incluso extorsivo o especulativo del proceso.

Una solución intermedia es la combinación de ambos: siendo mayor el monto, exigir prueba documental.

Existen también algunos modelos mixtos, donde si bien se requiere que el actor acredite la pretensión sumariamente, puede ello hacerse a través de otros medios de prueba distintos a los documentos<sup>24</sup>.

Barrios de Ángelis<sup>25</sup> propone otra clasificación de procesos monitorios que, en su opinión, se ajusta más a la realidad uruguaya y puede ser aplicable también a otros países:

- 1) Procesos monitorios “plenos”: cuando se exige plena prueba del derecho del actor para habilitar el procedimiento. 2) Procesos monitorios “presuncionales”: cuando están basados en la presunción legal de la improbabilidad de la contradicción

Viera<sup>26</sup> señala que, en la realidad, no siempre, para dar luz verde al monitorio, se requiere plena prueba, ni tampoco en todos los casos se habilita esta vía excepcional sobre la presunción de la no oposición del demandado.

## 2.3 Relación entre proceso monitorio, proceso ejecutivo y proceso de ejecución

Otra cuestión que genera confusiones conceptuales derivadas de la diversa terminología empleada en los códigos procesales o de los diversos significados que se le da a los términos en doctrina, es la relación entre proceso monitorio, proceso ejecutivo y proceso de ejecución<sup>27</sup>.

24 El Código General del Proceso de Colombia podría entrar en esta categoría ya que en el caso en que el demandante no disponga de un documento porque no existe, permite substituirlo por una declaración jurada (art. 420.6 CGP).

25 BARRIOS DE ÁNGELIS, D., “Teoría del Proceso”, cit., p. 261.

26 VIERA, Luis Alberto, “Teoría General...” cit., p. 15.

27 En Uruguay Viera explica esta cuestión señalando que es opinión generalizada, sobre todo en la doctrina extranjera, que el monitorio sirve para la formación, del modo más acelerado posible, cuando no hay oposición del demandado, de un título ejecutivo. Advierte que en este punto conviene hacer una precisión que, de no tenerse en cuenta, puede inducir a error: la expresión “título ejecutivo” no tiene, en muchos de los países del continente europeo el mismo significado que presenta en los países de Iberoamérica que se han mantenido fieles a la figura del “juicio ejecutivo”. En los primeros, título ejecutivo significa un instrumento auténtico que acredita la existencia de una obligación de pagar una suma de dinero líquida y exigible y que abre la vía de la ejecución forzada sin necesidad de ninguna etapa previa de cognición, ni siquiera sumaria. No es necesario ninguna declaración judicial de la idoneidad del título para dar lugar a la ejecución. Ella resulta de la cláusula ejecutiva puesta al pie del título. Por eso es posible que la ejecución se realice, para determinados bienes (muebles o créditos del ejecutado contra terceros) incluso ante órganos administrativos sin ninguna intervención judicial. Por el contrario, en los países de Iberoamérica que han permanecido fieles al proceso ejecutivo de raíz románica-canónica, título ejecutivo significa un instrumento que habilita a obtener,

En muchos países se utilizan con idéntico o similar significado los términos “proceso ejecutivo” y “proceso de ejecución” (ambos siempre vinculados a la ejecución) y suelen verse como sinónimos los términos “título ejecutivo” y “título de ejecución”<sup>28</sup>.

En cambio, en otros sistemas, como es el caso de Uruguay, se distinguen claramente ambos conceptos.

El proceso ejecutivo se define como un proceso de conocimiento que generalmente presupone un título ejecutivo (títulos valores, documentos o contratos de los que surja la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible, entre otros) y tiene por objeto la obtención de una sentencia de condena (generalmente a pagar dinero).

El proceso de ejecución, en cambio, abarca las formas de hacer cumplir un mandato jurisdiccional previo (o en algunos supuestos otros documentos a los que la ley le atribuye fuerza de ejecución) y por ello presupone un título de ejecución (generalmente las sentencias, laudos arbitrales, transacciones aprobadas judicialmente, etc.)<sup>29</sup>.

Cabe señalar, además que en algunos sistemas se incluyen dentro de los procesos ejecutivos (de conocimiento), el procedimiento ejecutivo propiamente dicho y el proceso monitorio (Ecuador, por ejemplo). En otros se distingue el proceso monitorio del proceso ejecutivo como dos categorías diferentes (Colombia, por ejemplo). Finalmente, en otros países, el proceso ejecutivo se considera mayoritariamente un proceso de conocimiento dentro de los procesos monitorios (Uruguay, por ejemplo, siguiendo el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica)<sup>30</sup>.

No obstante, más allá de las variadas tendencias conceptuales, es frecuente en los distintos modelos que, tanto el proceso ejecutivo como el proceso de ejecución, incluyan elementos estructurales monitorios.

---

tramitada una fase sumaria de conocimiento, una sentencia que condena y manda llevar adelante la ejecución, la que constituye el verdadero título de ejecución. Por eso, en Uruguay, se ha acuñado la expresión “título ejecutorio” o “título de ejecución” para aquellos que, junto con la sentencia con autoridad de cosa juzgada y por excepción habilitan al inmediato ingreso a la vía de apremio sin necesidad de una fase procedimental previa de cognición (transacción homologada judicialmente, laudo arbitral, etc.). Título ejecutorio o de ejecución, en países como Uruguay, equivale, pues, a título ejecutivo en varios países del continente europeo. Por eso, en Uruguay, el proceso monitorio solo es apto para obtener un título ejecutorio, no así, para lograr un título ejecutivo en la acepción especial que en nuestro medio tiene el término. La razón es obvia: sería duplicar innecesariamente la oportunidad dada al deudor para oponerse a la ejecución (VIERA, Luis Alberto, “Teoría General...” cit., p. 18).

28 Así, se trata el proceso ejecutivo como un proceso de ejecución en el CGP de Colombia -arts. 422 y ss.- y en el Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil de Perú -art. 658- al regular en el proceso de ejecución los títulos ejecutivos extrajudiciales, donde se incluyen, por ejemplo, los títulos valores.

29 Este enfoque conceptual se presenta en Ecuador y Uruguay, entre otros países, y es el sistema adoptado por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

30 Se ha discutido en la doctrina europea y latinoamericana, si el proceso monitorio es de ejecución o de conocimiento; cuestión de relativa importancia práctica, si consideramos que todo proceso contiene elementos de conocimiento y de ejecución. En Uruguay, a pesar de regularse el monitorio en el CGP como un proceso de conocimiento (declarativo), Barrios de Angelis, critica tal solución con carácter general; señala que la evolución del proceso monitorio en el país ha llevado a que pueda constituir, según la especie, proceso de conocimiento o proceso de ejecución. Si la pretensión que se plantea es de condena, tendremos proceso de ejecución; si es de otra especie (meramente declarativa o constitutiva), tendremos proceso de conocimiento (BARRIOS DE ANGELIS, D., El Proceso Civil. Código General del Proceso, Editorial Idea, Montevideo, 1989, p. 273). Por su parte señala Teitelbaum, en similares términos, que en el régimen procesal uruguayo coexisten monitorios de ejecución y de conocimiento. Dentro de los primeros podría englobarse -en su opinión- el juicio ejecutivo y el de entrega de la cosa, y entre los segundos, la resolución de una promesa de enajenación, la acción de rebaja de alquiler, etc. (TEITELBAUM, Jaime, “Proceso Monitorio y Ejecutivo”, en “Curso sobre el Código General del Proceso”, T. II, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, 1990, p. 130).

## 2.4 Proceso monitorio y cumplimiento del debido proceso

Muchas veces la resistencias a la implementación del proceso monitorio en las reformas a la justicia en Latinoamérica han estado focalizadas en un erróneo entendimiento del instituto, atribuyéndosele debilidades desde la perspectiva del estándar del debido proceso.

Sin embargo, un adecuado diseño del proceso monitorio no infringe los principios fundamentales del debido proceso. No vulnera el debido proceso permitir que, ante el requerimiento, resolución inicial o sentencia monitoria (orden de pago o de cumplimiento de alguna otra obligación, o condena, según los sistemas) y el silencio del requerido, se habilite a que el actor solicite el inicio del proceso de ejecución inmediatamente o luego de una nueva resolución judicial (según las variantes monofásicas o bifásicas del modelo monitorio).

El debido proceso implica conferir al demandado la oportunidad de controvertir la tesis del actor y probar sus afirmaciones y de ello no se priva al requerido o demandado que, si plantea oposición en plazo, tendrá oportunidad de hacerlo, sea en el mismo proceso monitorio (modelo del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica seguido por Uruguay) o en otro proceso ordinario o sumario (mayoría de los demás modelos). La producción de prueba supone hechos controvertidos y ellos no se verifican en el proceso monitorio si el requerido o demandado deja transcurrir el plazo de la oposición sin ejercerla.

Prueba y contraprueba pueden ser ofrecidas y producidas en el mismo o en otro tipo de proceso (según los modelos) y para ello el requerido puede simplemente oponerse a la sentencia o resolución inicial, fundando la oposición (modelo del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que sigue Uruguay) o incluso - como ocurre en muchos de los ordenamientos en la Unión Europea- sin fundar su oposición.

Como explica Pérez Ragone<sup>31</sup>, la técnica monitoria debe respetar determinados parámetros para que se salvaguarde el debido proceso: principalmente la notificación fehaciente -comunicación adecuada- al requerido, advirtiéndole sobre las consecuencias de su inacción en determinado plazo previsto para la oposición, y facilitarle la eventual realización del acto de oposición. El derecho de defensa se garantiza brindándole oportunidad al requerido para ser oído y oponerse.

La resolución judicial inicial intimando (en algunos sistemas) o incluso condenando (en otros sistemas) al pago (o al cumplimiento de otra obligación), adoptada sin previa noticia del demandado, no afecta el debido proceso porque dicha resolución es notificada de inmediato al demandado o requerido y no será jamás ejecutada si el

31 PÉREZ RAGONE, Álvaro J., "En torno al procedimiento monitorio..." cit., ps. 205-235.

demandado o requerido se opone dentro del plazo previsto para ello.

Por los fundamentos expuestos, los cuestionamientos a la constitucionalidad del proceso monitorio que se han planteado en algunos países, han sido desestimados.

En Uruguay, la Suprema Corte de Justicia ha rechazado sistemáticamente todas las pretensiones de declarar inconstitucional el proceso monitorio. Así, por ejemplo, en sentencia 1.910/2017 señaló la Suprema Corte de Justicia de Uruguay que la objeción de constitucionalidad formulada es carente de fundamento, en tanto el procedimiento monitorio ni afecta la igualdad ante la ley ni, menos aún, el debido proceso ya que, indudablemente, no se le quita al demandado la eventualidad de plantear su defensa. Dicho de otro modo: tiene su 'día ante el tribunal' en la medida que la providencia inicial que se dicta, está condicionada a la no oposición de excepciones. Por ende, lo que se ha cambiado es la oportunidad de la defensa, pero no la defensa misma; ya que, si el demandado no guarda silencio – hipótesis esta última en que sí la providencia inicial queda firme –, y se opone, la misma pierde sus efectos propios y naturales. Hay una inversión en la estructura del proceso. Aunque no por ello, el proceso deja de ser el debido. En tal sentido ya se había expresado la Corte uruguaya en Sentencia No. 249/2001, señalando que la Constitución no tutela una forma concreta y única de proceso o de procedimiento, sino que vela para que el justiciable tenga "su día en el tribunal" y disponga, de esa manera, de oportunidad para ser oído, ejercitar su defensa y rendir prueba (Ver también sentencias Nos. 22/89 y 57/92 de la Corporación).

También en Sentencia No. 261/2018 la el máximo tribunal uruguayo señaló que la objeción de inconstitucionalidad del proceso monitorio es carente de fundamento, reiterando la argumentación expuesta en anteriores fallos. Refiere a que el tema se ha planteado también en Argentina (Luis A. Viera, "Teoría general del proceso monitorio", en "Curso de Derecho Procesal", t. 5, vol. 1, pág. 23). Indica que el debate puede plantearse, por no verse con claridad que, en verdad, no hay una condena sin previo juicio. Desde luego que el proceso monitorio implica que el juez, sin oír al demandado -inaudita altera parte-, siempre que la demanda cumpla con los requisitos que la ley en cada caso exige, dicta una resolución favorable al actor, pero la misma está "supeditada a que el demandado, citado en forma, no se oponga dentro del plazo que a tales efectos se le asigna" (Viera, op. cit., pág. 10). El contradictorio nace si el demandado comparece y lo plantea, es decir, es un "contradictorio posterior a la decisión .... y que puede denominarse de impugnación" (Dante Barrios de Angelis, "Apuntes de Derecho Procesal 2o. Curso", pág. 46 y en "La reforma del proceso civil uruguayo", en Rev. D.J.A., t. 63, pág. 58). Si bien existen ciertas cortapisas al principio de contradicción, las mismas no lo quebrantan en absoluto, pues son -como se afirma-,

“meras restricciones temporales a su vigencia” (Jorge W. Peyrano, “El proceso civil”, pág. 155), que aparecen impuestas, por la simplicidad del objeto, la existencia de un título habilitante con una fuerte presunción de verosimilitud, o porque es normal o poco probable la oposición. Pero en el que, indudablemente, no se le quita al demandado la eventualidad de plantear su defensa. Las formas del procedimiento, en definitiva, no están impuestas por la Constitución, que las somete a la ley, como lo proclamara el fallo No. 54/90 de la Corte” (además, sentencia No. 80/93). Tampoco se advierte vulnerado el principio consagrado en el art. 8 de la Constitución, esto es, la igualdad de las personas ante la ley, en tanto el sentido de la referida disposición “...es evitar privilegios discriminatorios: impedir el desigual tratamiento de personas que se encuentran en igualdad de condiciones. Lo que no obsta a establecer diferencias entre unos y otros grupos sociales” (sentencias No. 87/70 del 15/6/70 y No. 13/74). Es muy claro que no hay una discriminación perversa en perjuicio de una de las partes, la que de ningún modo, puede verse perjudicada por la ejecución de una sentencia que, por efecto de la oposición, perdió su eficacia (sentencia N° 596/1995). En igual sentido, entre otras, sentencias 260/2018 y 275/2018 de la Suprema Corte.

### 3 ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS

Como ya lo venimos exponiendo, los modelos de proceso monitorio presentan grandes diferencias entre ellos, existiendo también casi tantos matices como países que lo han adoptado. Expondremos brevemente algunos ejemplos.

#### 3.1 Alemania

El procedimiento monitorio en Alemania<sup>32</sup> fue introducido a finales de los años treinta del siglo pasado y es un instrumento eficaz, rápido y económico para proporcionar un título ejecutivo<sup>33</sup> (más precisamente: habilitar la ejecución) a un acreedor con un derecho de cobro no controvertido<sup>34</sup>.

Dentro del proceso monitorio alemán cabe distinguir el monitorio “puro”, que no requiere prueba con la demanda y el “documental” que requiere prueba documental con la demanda.

El monitorio “puro” es un procedimiento escrito, que se inicia mediante un formulario de solicitud de pago, en base a una afirmación unilateral del requirente y sin prueba. Se aplica, en principio, a todas las reclamaciones cuyo objeto sea el pago de

<sup>32</sup> Seguimos aquí a LÖSING, Norbert, “El código procesal civil alemán...” cit., ps. 74 a 76.

<sup>33</sup> Obsérvese que aquí la expresión “título ejecutivo” se utiliza como sinónimo de “título de ejecución”, de modo muy distinto a lo que ocurre en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y en el CGP, donde ambas expresiones tienen, como vimos, significados muy distintos.

<sup>34</sup> Señala Lösing que cada año se inician en Alemania más de 7 millones de procedimientos monitorios y solo en un 11% de los casos se interpone oposición por parte del deudor y se inicia así un procedimiento contradictorio (LÖSING, Norbert, “El código procesal civil alemán...” cit., p. 75).

una suma determinada de dinero en euros<sup>35</sup>. La solicitud de pago es enviada al deudor que puede oponerse dentro de un plazo de dos semanas después de haber recibido la notificación de la solicitud. Si el deudor se opone, se pasa al procedimiento contradictorio y el solicitante debe fundamentar su solicitud ante el tribunal competente, al cual es enviado el expediente. Si el deudor no se opone, el acreedor recibe un mandamiento de pago y puede solicitar dentro del plazo de dos semanas un mandamiento de ejecución, que equivale a una sentencia en rebeldía declarada provisionalmente ejecutable. También, contra el mandamiento de ejecución, el deudor puede interponer una oposición, lo cual no evita la ejecución provisional del mandamiento. Interpuesta oposición contra el mandamiento de ejecución, también se pasa al procedimiento contradictorio, pero al contrario que con la oposición al mandamiento de pago, el acreedor ya tiene un título ejecutable provisionalmente. Sin oposición, el título se convierte en título ejecutable firme.

También existe en Alemania un procedimiento monitorio especial documental, cambiario y de cheques. El concepto del procedimiento documental y cambiario está basado en que la prueba documental es una prueba especialmente confiable. La diferencia frente al procedimiento monitorio común (puro) es que, en caso de oposición del deudor, la cuestión no pasa a un procedimiento contradictorio común, sino que se pasa a un procedimiento documentario y cambiario, con lo cual el acreedor puede hacer uso de las ventajas de dicho procedimiento, aunque inicialmente haya elegido la vía del procedimiento monitorio para perseguir su pretensión.

Destaca Lösing<sup>36</sup> que, en la práctica, el procedimiento monitorio es el camino más rápido y económico para conseguir un título ejecutivo (proceder a la ejecución), siempre y cuando el deudor no se oponga. Se usa fundamentalmente en todas aquellas causas en las cuales el deudor en realidad no tiene nada que alegar contra la solicitud.

### 3.2 Regulaciones modernas del proceso monitorio en América Latina

#### (A) Ecuador

En el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) de Ecuador, se regulan dentro de los “procedimientos ejecutivos”, el “procedimiento ejecutivo” (arts. 347 a 355) y el “procedimiento monitorio” (arts. 356 a 361) que son, al igual que en el Có-

<sup>35</sup> Sin embargo, en los siguientes casos no procede el proceso monitorio: 1) cuando se trate de una reclamación basada en un crédito al consumo cuyo tipo de interés sea 12 puntos superior al tipo de interés básico; 2) cuando se trate de una reclamación cuyo ejercicio dependa de una contraprestación todavía no realizada; 3) cuando para iniciar el proceso monitorio sea necesaria una notificación por edictos porque se desconoce el domicilio del demandado. Con independencia de la cuantía de la pretensión, en el procedimiento monitorio el órgano jurisdiccional exclusivamente competente es el Juzgado Municipal (*Zentrales Mahngericht*), habiéndose creado Juzgados Municipales Monitorios Centrales en los Estados federados (LÖSING, Norbert, “El código procesal civil alemán...” cit., p. 75).

<sup>36</sup> Importante es mencionar que la iniciación del procedimiento monitorio interrumpe la prescripción, y que es un secretario judicial y no un juez quien examina si las exigencias y formalidades necesarias están cumplidas (LÖSING, Norbert, “El código procesal civil alemán...” cit., ps. 74 a 76).

digo Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, procesos de conocimiento; y luego la ejecución (arts. 362 y siguientes) que es el proceso de ejecución.

El procedimiento ejecutivo se inicia cuando existe alguno de los títulos ejecutivos (documentos) previstos en el COGEP, siempre que contengan obligaciones de dar o hacer. La obligación contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. Se prevé la presentación de defensas por el demandado y, en tal caso, una audiencia única en un esquema muy similar al proceso sumario. Si el demandado dentro del respectivo término no cumple la obligación, ni propone excepciones, o si las excepciones propuestas son distintas a las permitidas, el juzgador en forma inmediata pronunciará sentencia mandando que el deudor cumpla con la obligación. Esta resolución no será susceptible de recurso alguno.

El procedimiento monitorio se prevé en Ecuador, con una estructura similar en cuanto a las etapas a la del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, para cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, que no conste en título ejecutivo, cuyo monto no exceda de determinado valor, y que esté establecido en alguno de los supuestos previstos en la ley. Una vez que el juez declare admisible la demanda, concederá el término de quince días para el pago y mandará que se cite al deudor. Si el deudor no comparece dentro del término concedido o si lo hace sin manifestar oposición, el auto interlocutorio inicial quedará en firme, tendrá el efecto de cosa juzgada y se procederá a la ejecución. Si la parte demandada comparece y formula excepciones, el juzgador convocará a audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y, la segunda, de prueba y alegatos y posterior sentencia. La sentencia del procedimiento monitorio es apelable. La ejecución, siguiendo el esquema del Código Modelo, consiste en un conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución (sentencias, laudos, transacciones, y algunos títulos de ejecución especiales).

## **(B) Colombia**

En similares términos, pero con diferencias de matices, el Código General del Proceso (CGP) de Colombia regula el proceso monitorio y el proceso ejecutivo.

Respecto del proceso monitorio (arts. 419 a 421) establece que si la demanda cumple los requisitos, el juez ordenará requerir al deudor para que en el plazo de diez días pague o exponga en la contestación de la demanda las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada.

El auto que contiene el requerimiento de pago no admite recursos y se notifi-

cará personalmente al deudor, con la advertencia de que si no paga o no justifica su renuencia, se dictará sentencia que tampoco admite recursos y constituye cosa juzgada, en la cual se le condenará al pago del monto reclamado, de los intereses causados y de los que se causen hasta la cancelación de la deuda.

Si el deudor satisface la obligación en la forma señalada, se declarará terminado el proceso por pago.

Si el deudor notificado no comparece, se dictará la sentencia y se proseguirá la ejecución. Esta misma sentencia se dictará en caso de oposición parcial, si el demandante solicita que se prosiga la ejecución por la parte no objetada.

Si el demandado contesta con explicación de las razones por las que considera no deber en todo o en parte, para lo cual deberá aportar las pruebas en que se sustenta su oposición, el asunto se resolverá por los trámites del proceso verbal sumario. Como puede apreciarse, en el sistema colombiano, ante la no oposición del demandado, se dicta la sentencia de condena, que constituye el título de ejecución, no siendo suficiente el requerimiento inicial sin oposición.

Respecto del proceso ejecutivo (arts. 422 y ss.), el CGP colombiano trata bajo esa estructura algunas pretensiones que en el Código Modelo tramitan por el proceso ejecutivo (monitorio) y otras por el proceso de ejecución.

Pueden demandarse ejecutivamente en Colombia las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley.

### **(C) Brasil**

En Brasil, el Código de Proceso Civil (CPC) de 2015 (arts. 700 a 702) prevé que la acción monitoria puede ser propuesta por aquel que afirme, con base en prueba escrita sin eficacia de título de ejecución, tener derecho de exigir del deudor el pago de cuantía en dinero, la entrega de cosa fungible o infungible, de bien mueble o inmueble o el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer.

La prueba escrita también puede consistir en prueba oral documentada, producida anticipadamente. Si existe duda en cuanto a la idoneidad de la prueba documental presentada por el demandante, el juez lo intimará para que, si lo desea, enmiende la petición inicial, adaptándola al procedimiento común.

Si es evidente el derecho del demandante, el juez concederá la expedición de mandato de pago, de entrega de cosa o para la ejecución de la obligación de hacer o no hacer. Se constituirá de pleno derecho el título ejecutivo judicial, independientemente de cualquier formalidad, si no fuese realizado el pago y no fuesen presentada la oposición.

La formulación de la oposición suspende la eficacia de la decisión. El demandante dispone de un plazo de 15 días para responder a la oposición.

Como una curiosidad bastante excepcional en derecho comparado, en el proceso monitorio brasileño se admite la reconvencción.

Se regula también la oposición parcial, señalándose que a criterio del juez, la oposición será tramitada por separado, si fuese parcial, constituyéndose de pleno derecho el título ejecutivo judicial en relación a la parte incontrovertida.

Rechazada la oposición, se constituirá de pleno derecho el título ejecutivo (de ejecución) judicial, habilitándose el proceso de ejecución.

Procede apelación contra la sentencia que acoge o rechaza la oposición.

Se regulan asimismo desincentivos a la litigación maliciosa: a) el juez condenará al demandante de la acción monitoria propuesta indebidamente y de mala fe, al pago, en favor del demandado, de una multa de hasta el diez por ciento del valor de la causa; y b) el juez condenará al demandado que de mala fe formule oposición a la acción monitoria al pago de una multa de hasta el diez por ciento del valor atribuido a la causa, en favor del demandante.

## 4 LA NECESARIA CONSIDERACIÓN INTEGRAL DE LA TÉCNICA MONITORIA

Como surge de lo expuesto, son múltiples los modelos y variantes de proceso monitorio en el derecho comparado. Sin perjuicio de ello, como herramienta especialmente estratégica para los sistemas de justicia civil, consideramos el monitorio como un verdadero proceso<sup>37</sup> y no como un conjunto de actos meramente preparatorios de una eventual ejecución y, además, como un proceso principalmente de conocimiento o declarativo y no como un proceso de ejecución<sup>38</sup>.

37 Sin perjuicio de ello, en algunos casos pueden evaluarse estructuras monitorias extrajudiciales, como ocurre en España, donde señala Armenta que el éxito de la técnica monitoria ha sido tal que incluso se ha extendido al ámbito extrajudicial, mediante la posibilidad de acudir al llamado "monitorio notarial", proceso para reclamar deudas no contradichas que resuelven los notarios, conforme a las reglas prescritas en el art. 70 y 71 de la Ley Orgánica del Notariado de 2015 (ARMENTA DEU, T., "El juicio y la técnica monitorio..." cit., p. 1147). **El procedimiento que se sigue es muy semejante al monitorio judicial; se realiza el requerimiento notarial dándose un plazo al deudor para contestar y, si éste no comparece o se opone, el notario cierra el acta y el título pasa a tener fuerza de ejecución, pudiéndose ejecutar judicialmente la deuda.**

38 Señala Bonet que el hecho de que el monitorio se configure como una sucesión de actos más o menos organizados procedimentalmente y preparatorios de la posterior ejecución, o como un verdadero proceso declarativo especial, forma parte de la opción "técnico-política" del legislador. Pero, en su opinión -que comparto-, el modo más consecuente con una perspectiva omnicompreensiva de la tutela que se ofrece al crédito (y a otras pretensiones al que se aplique esta estructura) con la llamada "técnica monitoria" y, sobre todo, con la forma de aprovechar todas las posibilidades que permite el monitorio, pasa por considerarlo y regularlo como mucho más que unos meros actos preparatorios de una eventual ejecución. Para poder obtener toda la eficacia

Compartimos con Bonet<sup>39</sup> que una visualización completa de la técnica monitoria constituida por el núcleo necesario (petición o demanda y requerimiento con apercibimiento para cumplimiento), así como por las eventualidades que derivan de la actitud del requerido (cumplimiento-fin, oposición-sustanciación en vía ordinaria o sumaria, actitud pasiva-ejecución), excluyen la consideración del monitorio como un simple expediente de jurisdicción voluntaria o como una mera sucesión de actos preparatorios de la ejecución. Incluso permiten excluir, sin perjuicio de que pueda integrarse igualmente por algunos actos semejantes a la ejecución (el propio requerimiento para cumplir lo es), su naturaleza de procedimiento atípico o mixto. La tutela monitoria, entendida en toda su dimensión, permite calificar el proceso, por muy especial que sea, como necesariamente jurisdiccional y, además, de declaración (proceso de conocimiento). Ciertamente el legislador, en su libertad de configuración, sin extraerse del ámbito esencial de esta técnica monitoria, tiene la opción de excluir esta naturaleza de proceso o, al menos, restarle aspectos propios del proceso de conocimiento o declaración. Ahora bien, la mejor forma de aprovechar todas las ventajas que ofrece la técnica monitoria -indica el referido autor- pasa precisamente por contemplar el "fenómeno" en su conjunto y dotarlo de naturaleza de verdadero proceso, por tanto jurisdiccional, así como de proceso netamente de declaración. Cualquier otra posibilidad, en incidencia variable, supondrá restarle eficacia.

El proceso monitorio que consideramos más eficiente es aquel que se caracteriza por su estructura inicialmente abreviada y por el hecho de que la resolución o sentencia inicial (también llamada requerimiento o intimación de cumplimiento) se dicta sin escuchar al demandado, pero la ejecución de la misma queda condicionada a que, una vez notificada al demandado, este no la impugne mediante la interposición de excepciones o defensas. La referida resolución inicial no se puede ejecutar (y, por ende, el demandado no está obligado a cumplirla) si plantea excepciones o defensas, que son el medio impugnativo contra la resolución inicial de proceso monitorio<sup>40</sup>.

No cabe duda alguna que estamos frente a una gran herramienta para procesar los asuntos civiles en los que, porque se presume un bajo porcentaje de casos con oposición del demandado, se requiere de una solución técnica especial<sup>41</sup>.

La estructura monitoria garantiza estándares de satisfacción del debido proceso que, eventualmente (no siempre es así) son menores a los que se aplican a los proce-

será conveniente regularlo como un proceso de declaración ("de conocimiento", en la terminología latinoamericana), especial, integrado por un requerimiento y con unos actos que, por muy eventuales que se consideren, cuando se produzcan tengan toda la eficacia. Solamente un proceso de declaración permitirá que el monitorio sea óptimo para resolver eficaz y definitivamente el conflicto, con resoluciones dotadas de cosa juzgada (BONET, José, "Eficiente implementación del procedimiento monitorio..." cit., p. 518). Ver también ARMENTA DEU, T., "El juicio y la técnica monitorio..." cit., ps. 1131 y 1132.

39 BONET, José, "Eficiente implementación del procedimiento monitorio..." cit., p. 508.

40 PEREIRA CAMPOS, S. (director) y otros, "El Sistema de Justicia Civil en Uruguay", investigación realizada para el CEJA, Universidad de Montevideo, 2017, p. 101.

41 Véase BONET, José, "Eficiente implementación del proceso monitorio..." cit., ps. 479 - 500; CHAYER, Héctor M. y RICCI, Milena, "El trámite de los procesos ejecutivos en el Fuero Comercial", Estudios sobre la Administración de Justicia, Año I No 1 Fores, Buenos Aires, Argentina. 2003; VILLADIEGO Carolina, "Estudio Comparativo: cobranzas de deudas y procedimientos de ejecución en Europa", Septiembre 2008, disponible en: [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)

sos ordinarios. Ello porque son cuestiones en las que, con alto grado de probabilidad, el demandado no habrá de plantear contradicción efectiva, dada la claridad probatoria de la demanda. Por lo tanto, en el diseño se permite flexibilizar la conducción de las etapas procesales. En la enorme mayoría de estos procesos, los casos se resuelven acogiendo la pretensión del actor. Por tanto, es oportuno contar con una estructura procesal eficaz y eficiente para resolver este tipo de casos que sea prioritariamente escrita (salvo oposición) y que, como contrapartida, permita a los jueces dedicarse principalmente a dirigir las audiencias de los procesos ordinarios.

En cambio, cuando se efectiviza la oposición del demandado, el diseño debe contemplar mayores estándares de satisfacción del debido proceso, cumpliendo con las reglas del proceso oral, público y contradictorio.

Como señala Bonet<sup>42</sup>, uno de los peligros que corre la eficiente implementación del proceso monitorio deriva de la visualización incompleta de la tutela que dispensa la técnica monitoria. La llamada técnica monitoria se caracteriza principalmente por la concurrencia de un acto necesario: el requerimiento judicial (resolución inicial) tras la petición de parte, y por la concurrencia de tres eventualidades en función de la actitud que adopte el requerido: finalización si hay cumplimiento, sustanciación de la oposición en caso de haberla, o apertura de la ejecución en caso contrario.

En términos generales, el diseño del proceso monitorio debe contemplar los tipos de pretensiones sometidos a su estructura, la forma en la que se constata que efectivamente no existe oposición, las previsiones necesarias en caso de que exista y las etapas procesales.

## 5 TIPOS DE PRETENSIONES A TRAMITAR POR LA ESTRUCTURA MONITORIA

Si bien el proceso monitorio, desde su origen se empleó para la formación, del modo más acelerado posible en caso de falta de oposición del demandado, de un título ejecutorio equivalente a una sentencia de condena con autoridad de cosa juzgada, para las prestaciones de pagar una suma de dinero líquida y exigible, no es menos cierto que, como ya lo reconociera Calamandrei<sup>43</sup> en su célebre obra sobre tal procedimiento, se le puede utilizar también para obligaciones de hacer o no hacer, o para decisiones constitutivas o meramente declarativas.

Señala que, teóricamente hablando, nada impediría adoptar para cualquier especie de acciones (en realidad: pretensiones), esta forma de procedimiento, en el que la iniciativa del contradictorio se desplaza del actor al demandado. Del mismo modo

<sup>42</sup> BONET, José, "Eficiente implementación del procedimiento monitorio..." cit., p. 508.

<sup>43</sup> VIERA, Luis Alberto, "Teoría General...", p. 11, citando la obra de CALAMANDREI, Piero, "El procedimiento monitorio" (traducción de SENTIS MELENDO, S.), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1966.

que se puede tener en nuestro proceso ordinario una sentencia de declaración de mera certeza o una sentencia constitutiva pronunciada en contumacia del demandado, no sería ni lógica ni jurídicamente absurdo pensar que también las pretensiones de declaración de mera certeza y las pretensiones constitutivas puedan ser hechas valer mediante este procedimiento especial y satisfechas mediante decreto del juez, pronunciado sin escuchar al demandado previamente, y destinado a adquirir la eficacia de una verdadera sentencia, en el caso de que el demandado no se valiese de su facultad de provocar un contradictorio una vez notificado.

Eso explica por qué, por ejemplo en Uruguay, el monitorio ha sido empleado para otros menesteres, bien diversos a la obtención de un título de ejecución de cantidad de dinero líquida y exigible; como lo son, por ejemplo, la entrega de la cosa, el desalojo o desahucio y hasta casos especiales de divorcio.

Viera<sup>44</sup> se pregunta si cometió una herejía el legislador uruguayo al servirse del monitorio para finalidades que no son las corrientes en los países en los que este procedimiento se originó y responde que el régimen procesal uruguayo demuestra que lo que Calamandrei consideraba como una posibilidad teórica puede ser llevado a la práctica, tal como mucho después de Uruguay ocurrió con otros países de Latinoamérica.

El diseño de la implantación del monitorio en cada país debe pues definir los asuntos que tramitarán por esta estructura procesal. En términos generales, las pretensiones a tramitar por el proceso monitorio pueden ser todas aquellas respecto de las cuales se presume baja probabilidad de oposición del demandado, con ciertas características.

Dichas características pueden definirse según<sup>45</sup>:

44 VIERA, Luis Alberto, "Teoría General..." cit., p. 20.

45 Pérez Ragone señala que resulta relevante considerar las siguientes características de las pretensiones para la aplicación del proceso monitorio: que sea una pretensión dineraria cierta y líquida; que la obligación sea exigible; y que no dependa del cumplimiento de una contraprestación (PÉREZ RAGONE, Álvaro J., "En torno al procedimiento monitorio..." cit., ps. 205-235). Sin embargo, en mi opinión, puede existir otro elenco amplio de pretensiones que, si reúnen características de "fehacencia" inicial y/o baja probabilidad de oposición por el demandado, pueden quedar comprendidas con eficiencia por el proceso monitorio, como lo demuestra la experiencia uruguaya

(A) el tipo de obligación de la que emana el conflicto (dar, hacer o no hacer)<sup>46</sup>; (B) el monto del asunto, pudiendo establecerse topes o no existir tales limitaciones<sup>47</sup>; (C) si la parte actora debe o no probar al menos sumariamente su pretensión y, en caso afirmativo, la forma en que debe probar tal pretensión; ello depende de si se estructura un proceso monitorio puro o documental (dándose prioridad en el último caso a los supuestos de “fehaciencia” inicial de la pretensión, generalmente mediante prueba documental).

Una limitación en razón de la fuente de la obligación puede eventualmente ser también contemplada. Así, si la pretensión surge de una relación de consumo y el requerido es un consumidor, cabe evaluar si debe limitarse -cuando no excluirse- la aplicabilidad del proceso monitorio por ser altamente peligroso su uso en contra de una parte débil como esta<sup>48</sup> u otorgarle al tribunal ciertos poderes-deberes especiales de contralor de la demanda monitoria.

## 7 DEFINICIÓN DE ASPECTOS ESTRUCTURALES DEL PROCESO MONITORIO: CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

La estructura del proceso monitorio que ha resultado significativamente eficiente es aquella que presenta las siguientes características esenciales:

(A) Aplicación de los principios de celeridad, eficiencia, simplificación, proporcionalidad y concentración. (B) La vía monitoria se fundamenta en la baja probabilidad de oposición del demandado (generalmente por la fundada pretensión del actor, con o sin presentación de prueba, dependiendo de los sistemas) y, dependiendo de los modelos, en la simplicidad del caso<sup>49</sup>. (C) Se trata de un proceso simple, concentra-

46 La posibilidad del monitorio de servir para los más diversos fines, debe tenerse en cuenta al analizar su régimen en Uruguay puesto que éste constituye la más cabal prueba de que ella no es meramente teórica, sino que puede ser llevada a la práctica con fecundos resultados. Y, de hecho, algunas reformas y propuestas de reformas recientes en Latinoamérica han ido ampliando el elenco de pretensiones que tramitan por la vía monitoria.

Así, en España la LEC ha extendido el sistema del juicio monitorio a los juicios de desahucio por falta de pago.

En Brasil, el CPC 2015 (arts. 700 a 702) prevé que la acción monitoria puede ser propuesta por aquel que afirme, con base en prueba escrita sin eficacia de título de ejecución, tener derecho de exigir del deudor el pago de cuantía en dinero, la entrega de cosa fungible o infungible, de bien mueble o inmueble o el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer. La prueba escrita también puede consistir en prueba oral documentada, producida anticipadamente.

En El Salvador el monitorio se aplica para obligaciones dinerarias, de dar, de hacer y de no hacer con topes cuantitativos, exigiéndose prueba documental.

El Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil de Perú regula un proceso monitorio para el cobro de sumas dinerarias hasta cierto monto cuando la obligación sea cierta, expresa y exigible, líquida o liquidable y se encuentre contenida en uno o más documentos que no constituyan título ejecutivo (arts. 815 y ss.), y un proceso monitorio especial para la restitución de la posesión de bienes muebles e inmuebles ciertos y determinados cuando la obligación de restitución conste en documento de fecha cierta que no constituya título ejecutivo (arts. 821 y ss.).

El CGP de Colombia, prevé el proceso monitorio para quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía (art. 419).

En Alemania, el monitorio se aplica, en principio, a todas las reclamaciones cuyo objeto sea el pago de una suma determinada de dinero en euros. Sin embargo, en los siguientes casos no procede el proceso monitorio: 1) cuando se trate de una reclamación basada en un crédito al consumo cuyo tipo de interés sea 12 puntos superior al tipo de interés básico; 2) cuando se trate de una reclamación cuyo ejercicio dependa de una contraprestación todavía no realizada; 3) cuando para iniciar el proceso monitorio haya que hacer una notificación por edictos porque se desconoce el domicilio del demandado (LÖSING, Norbert, “El código procesal civil alemán...” cit., p. 75).

47 Por ejemplo, tienen topes de cuantía el proceso monitorio en Ecuador (art. 356 COGEP), en Colombia (art. 410 del CGP), en El Salvador y el Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil de Perú (art. 815). No tiene tope el proceso monitorio en el CGP uruguayo y en una de las tantas reformas a la LEC española se suprimió el límite cuantitativo para el acceso al procedimiento monitorio, equiparándolo de este modo al proceso monitorio europeo (REVILLA, A., “Estudio sobre el proceso civil en España”, en FANDINO, M. (director), “Estudios comparados sobre reformas al sistema de justicia civil: Alemania - España - Uruguay”, CEJA, Santiago, Chile, 2017, p. 139). Comparto con Bonet la opinión de que estos topes son innecesarios con carácter general si existe un adecuado diseño del proceso monitorio (BONET, José, “Eficiente implementación del procedimiento monitorio...” cit., p. 510). No obstante, puede ser de buena técnica implementar planes piloto con montos topeados en aquellos países donde no hay experiencia en la utilización del proceso monitorio y, gradualmente irlos eliminando a la luz de los resultados de su evaluación y seguimiento.

48 Así, por ejemplo, existen disposiciones al respecto en Austria y Alemania, estableciéndose limitaciones en razón de la tasa de interés pactada.

49 Barrios de Angelis, en Uruguay, señala que lo que explica el monitorio es la simplicidad de su objeto. Esa simplicidad es lo que determina que corrientemente no haya oposición del demandado a la resolución liminar favorable a la pretensión del actor; y esa sencillez puede provenir de que sea necesario para habilitar esta vía excepcional, la prueba plena de la fundabilidad de la pretensión del actor, lo que hace muy improbable la oposición contraria, o que la experiencia indique que lo normal es que no

do, y básicamente escrito. La oralidad con intermediación es eventual, para el caso en que el demandado plantee oposición. (D) El adecuado diseño del proceso monitorio debe asegurar porcentajes de oposición inferiores al 20 % de los casos (el ideal es en el entorno del 10 %). Se evita así el colapso de los sistemas de justicia, al tramitarse y resolverse un elevado número de conflictos sin necesidad de recurrir al escaso y costoso recurso de las audiencias con oralidad e intermediación. De ese modo, la oralidad y la intermediación se reserva a los conflictos que realmente lo requieren (procesos ordinarios, sumarios o a las relativamente escasas oposiciones que se generan en los procesos monitorios). (E) La pretensión (requerimiento) del actor, si pasa los controles iniciales de la oficina judicial (son más o menos intensos, dependiendo del diseño), se acoge en una resolución inicial (providencia o sentencia, según los modelos) que resuelve el conflicto (intima el cumplimiento de la obligación o directamente condena a hacerlo, según los modelos) en forma condicionada a la no oposición del demandado. Los debates que se dieron en casi todos los países con la implementación del proceso monitorio tuvieron, como eje crítico de los opositores, la vulneración del debido proceso, dado que la resolución inicial se emitía sin escuchar al demandado. Como ya lo hemos señalado, ese debate ha quedado superado, dado que esa resolución inicial no puede ejecutarse si el demandado se opone una vez notificado. No obstante, tales críticas generaron cierta sensibilidad al momento de la regulación legislativa, que condujo -en algunos sistemas- a no llamar sentencia a la resolución inicial o incluso a hablar solo de requerimiento o intimación de pago (ello se manifiesta, por ejemplo, en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica). En mi opinión, al menos en los sistemas monofásicos, dado que la resolución inicial es la que se ejecutara (título de ejecución) de no plantear oposición el demandado, tiene todas las características de una sentencia definitiva, como se reconoce ampliamente en la doctrina y jurisprudencia uruguaya<sup>50</sup>. (F) Una vez emitida la resolución inicial, es notificado el demandado en su domicilio, y si no se opone en el plazo de que dispone, la resolución queda firme (cosa juzgada formal o material, según el modo en que se implemente). Esa resolución inicial, en este caso, se transforma en el título de ejecución. Definitivamente preferimos el sistema monofásico, en tanto no creemos necesario que, ante la no oposición del demandado, deba dictarse una nueva resolución que será la que se ejecute, como ocurre en los sistemas bifásicos<sup>51</sup>. (G) Se traslada, por ende, al demandado la carga de generar el debate procesal con su oposición. (H) Cuando hay oposición o contradicción del demandado, el asunto debe pasar a tramitarse a través de una estructura procesal que garantice los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad. Esa estructura puede estar regulada dentro de la propia sistemática del proceso monitorio (como ocurre en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica) o simplemente el proceso monitorio concluye y el asunto se tramita por la estructura del proceso ordinario o sumario, según los sistemas. De este modo, si existe oposición del demandado, se garantizan mayores estándares de satisfacción del debido proceso, publicidad, intermediación y oralidad.

## 7 ¿ESTRUCTURA MONITORIA OBLIGATORIA O FACULTATIVA?

Otra cuestión por definir en el diseño es si tramitar determinada pretensión por la estructura monitoria es obligatorio u opcional (facultativo<sup>52</sup>); es decir, si el demandante puede escoger entre otro proceso (por ejemplo, el ordinario) o el monitorio

haya contradicción (BARRIOS DE ÁNGELIS, D., "Teoría del Proceso", cit., p. 259).

<sup>50</sup> Ver, por ejemplo, ABAL, A., Derecho Procesal, t. IV, FCU, Montevideo, 2007, ps.131 y 132.

<sup>51</sup> En algunos sistemas (modelo bifásico) se requiere el dictado de una nueva resolución constatando el vencimiento del plazo sin oposición del deudor y es esta segunda resolución la que eventualmente se ejecuta. A la luz de las lecciones aprendidas de la implementación del modelo en Latinoamérica, esa segunda resolución no nos parece necesaria. No obstante, en algunos casos, la opción por el sistema bifásico ha sido la forma de convencer a los opositores al proceso monitorio de su implementación; en cuyo caso, bienvenido sea.

<sup>52</sup> Así ocurre, por ejemplo, en Portugal. También se prevé en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina), arts. 446 y ss.

para tramitar el asunto.

Entre monitorio obligatorio y facultativo existe una tercera variante: monitorio de oficio, en el cual el poder deber de dar tramitación a la pretensión, en tanto pretensión monitoria, pesa sobre el órgano jurisdiccional con independencia de la voluntad del requirente.

La decisión que adoptar sobre ese punto debe tener en cuenta dos aspectos:

(A) La estructura monitoria se suele fundamentar en la presunción de no oposición del demandado (baja probabilidad), razón por la cual, es importante la opinión del demandante pues éste puede tener información fiable sobre una posible oposición y decidir que es mejor seguir un proceso no monitorio. (B) Desde las políticas públicas se puede definir una o más categoría de asuntos que usualmente no tienen oposición (cobranza de títulos valores, por ejemplo), y establecer la obligatoriedad de su trámite en proceso monitorio, regulando las debidas garantías si existe oposición.

Asimismo, debe definirse si solo procede esta estructura procesal en los casos taxativamente enumerados en la ley o se establece el poder-deber del juez de disponer la misma cuando lo considere procedente atendiendo a las características del caso, aplicando el principio de proporcionalidad, en el marco de un sistema procesal más flexible<sup>53</sup>. Este enfoque más innovador puede evaluarse en el marco de la gestión del caso (*case management*) y aplicando el principio de proporcionalidad procesal.

En Uruguay los casos en que procede el proceso monitorio están establecidos en la ley, sin perjuicio de que se ha discutido si, dándose los presupuestos del proceso monitorio, puede el actor optar por la estructura del proceso ordinario (estructura de máximas garantías), renunciando al monitorio, o ello no está permitido, en la medida que el art. 24 num. 3) del CGP confiere al tribunal el poder-deber de dar al proceso el trámite que legalmente corresponda, cuando el requerido aparezca equivocado.

## 8 ¿ASISTENCIA LETRADA OBLIGATORIA O FACULTATIVA?

El diseño del proceso monitorio comprende también definir si el patrocinio legal será facultativo o preceptivo, o si ello dependerá de las fases del proceso y/o del monto del asunto.

Es conveniente también contar con servicios estatales de asistencia jurídica que faciliten el litigio.

Si bien son más que conocidos en Latinoamérica (y también en países desarrollados como Canadá, por ejemplo) los problemas que para la tramitación de los

<sup>53</sup> El Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut (Argentina), establece en sus arts. 604 y 606, la potestad del tribunal de reconducir el proceso a través de la estructura monitoria cuando la pretensión entablada encuadre en los supuestos del proceso monitorio y se hubiese propuesto otra vía de procesamiento que resulte menos eficaz o conveniente. Asimismo, se establece que, si no existieren antecedentes suficientes para acoger la demanda en el marco de un proceso monitorio, el juez ordenará que la causa sea sustanciada conforme a las normas del proceso más adecuado a las circunstancias del caso (FANDINO, Marco, GONZÁLEZ, Leonel y SUCUNZA, Matías, "Proceso civil. Un modelo adversarial y colaborativo", Editores del Sur, Buenos Aires, 2020, ps. 440 y 441).

procesos en general plantea la comparecencia de una o ambas partes sin asistencia letrada, puede resultar aconsejable en el diseño del monitorio que, en aquellos países con dificultades de acceso a la abogacía o en los que el valor de los honorarios es elevado o los servicios de asistencia legal gratuitos son ineficientes, la asistencia letrada sea facultativa para presentar la demanda monitoria (al menos hasta cierto monto), promoviéndose arreglos institucionales de apoyo a las personas usuarias del sistema de justicia mediante oficinas de orientación presenciales y/o virtuales, tutoriales en la web, formularios de demanda con instructivos, etc.

Para el caso de la oposición del demandado, parece aconsejable la asistencia letrada obligatoria, así como para ambas partes en la etapa posterior de conocimiento generada por tal oposición.

En Uruguay, conforme al art. 37 del CGP, la asistencia letrada es obligatoria para todas las etapas del proceso monitorio, salvo asuntos de muy bajo monto indicados en la norma<sup>54</sup>.

## 9 ETAPAS DEL PROCESO MONITORIO

El diseño del proceso monitorio debe considerar las diferentes etapas de este, optando por soluciones que habrán de depender de los objetivos buscados y la realidad del país en que se implementará.

Dado que la estructura monitoria se concibe fundamentalmente sobre la idea central de que las probabilidades de que el demandado se oponga son bajas, su trámite puede ser principalmente escrito y satisfacer menores estándares de debido proceso.

No obstante, su diseño debe garantizar<sup>55</sup>: i) que efectivamente no exista oposición en un alto porcentaje de casos ya que, cuando la misma existe, el proceso adquiere una estructura distinta; ii) los mecanismos de defensa y; iii) las herramientas que permitan contradicción cuando esta exista.

### 9.1 Demanda

Dependiendo del modelo de proceso monitorio que se adopte, al acto de proposición inicial se lo denomina solicitud, requisitoria o demanda. Nos parece más adecuado hablar de demanda, siguiendo la terminología del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que adopta Uruguay.

<sup>54</sup> En el Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil de Perú, la asistencia letrada es facultativa (art. 817).

Señala Armenta que, en España, para la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio no será precisa la intervención de abogado y procurador, lo que se justifica por la ausencia de complejidad de esta fase inicial. En el momento en que exista oposición o se despache ejecución, al incrementarse dicha complejidad, se prescribe la necesidad de la intervención de abogado y procurador (ARMENTA DEU, T., *El juicio y la técnica monitorio...* cit., ps. 1123-1170 esp. 1147-1150).

<sup>55</sup> A ello nos hemos referido anteriormente en PEREIRA CAMPOS, S., VILLADIEGO BURBANO, C. y CHAYER, H., "Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe" en Pereira Campos, S. (coordinador) y otros, "Modernización de la Justicia Civil", Universidad de Montevideo, Montevideo, 2011, ps. 97 a 99).

En cuanto a los sujetos que participan en el proceso, la designación puede ser de actor y demandado, requirente y requerido, o peticionario y peticionado. No nos parece que adoptar una u otra denominación cambie la esencia del instituto, pero si creemos que tiene un valor importante entender que estamos ante un proceso judicial y por ello preferimos la expresión tradicional de actor y demandado.

En el diseño de este proceso corresponde definir los requisitos de la demanda. Un asunto fundamental es decidir si esta debe incorporar la prueba que soporta la reclamación (conforme al modelo de monitorio llamado “documental”: fehaciencia inicial generalmente mediante prueba documental), solo algún elemento esencial, o ninguna prueba (como ocurre en el llamado proceso monitorio “puro”). De ello depende la definición de los criterios de inadmisión o admisibilidad de la demanda.

También requiere definir, en los casos en que no se adopta el monitorio puro, cuáles son los medios probatorios permitidos<sup>56</sup> y la posibilidad de utilizar tecnologías de información y comunicación como pruebas o incluso como soporte o mecanismo de litigación.

Como ya lo hemos analizado, el acceso al monitorio impone distinguir si se hará sin necesidad de patrocinio letrado, con formularios simples preestablecidos a completar por el solicitante para facilitar su tarea<sup>57</sup> y a la vez permitir una fácil automatización del procedimiento, o bien mediante un escrito de demanda con requisitos simplificados manteniendo el patrocinio letrado.

## 9.2 Control de la demanda por el tribunal.

Presentada la requisitoria, solicitud o demanda, se suele prever algún control de esta por el tribunal, antes de adoptar la resolución inicial.

De acuerdo al grado de cognición del órgano competente, pueden preverse distintas soluciones:

(A) sólo un control formal de admisibilidad de la demanda; (B) un control formal de admisibilidad de la demanda más un juicio sumario de verosimilitud de la procedencia o plausibilidad de la pretensión; o (C) un control formal de admisibilidad de la demanda más un juicio más o menos amplio de verosimilitud (fundabilidad)<sup>58</sup>.

Señala Pérez Ragone<sup>59</sup> que el grado de cognición determina no solo la ampli-

<sup>56</sup> Generalmente los modelos latinoamericanos exigen que la pretensión de la demanda se funde en prueba documental, muchas veces estableciéndose en la ley cuáles son los títulos que admiten la procedencia del proceso monitorio.

<sup>57</sup> Así, por ejemplo, lo prevén el COGEP de Ecuador (art. 357), el CGP de Colombia (art. 420), el Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil de Perú (art. 817) y el Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut, Argentina (art. 603).

En el procedimiento monitorio alemán, por su parte, es obligatorio usar el formulario previsto para iniciar el proceso. Los abogados incluso deben iniciar el procedimiento en forma digitalizada online mediante una página web puesta a disposición por el Poder Judicial. Para ello no se envía un escrito de demanda, sino que se rellena el formulario previsto de solicitud de pago (LÖSING, Norbert, “El código procesal civil alemán...” cit., p. 75).

<sup>58</sup> Esta es el sistema que sigue Uruguay en el CGP, siguiendo las previsiones del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Presentada la demanda, el tribunal realiza un control de admisibilidad y de fundabilidad de esta, pudiendo hacer lugar a la misma o rechazarla.

<sup>59</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro J., “En torno al procedimiento monitorio...” cit., ps. 205-235.

tud e intensidad del conocimiento del órgano jurisdiccional sobre la pretensión monitoria ejercida por el requirente, sino, además, las diferentes formas de estructuración del proceso. El punto de partida lo constituye la necesidad de un mecanismo procesal rápido y simple. Si la cognición es más intensa con relación a la admisibilidad y verosimilitud de la demanda, se requiere un órgano jurisdiccional calificado, en la mayor parte de los casos necesariamente judicial, y se limita o complejiza la posibilidad de automatizar el proceso en la fase inicial.

En algunos modelos, el control inicial consiste simplemente en evaluar si el objeto de la pretensión monitoria puede razonablemente tener reconocimiento en el ordenamiento jurídico. Se centra en cuestiones de derecho y no de hecho. De ninguna manera permite emitir un juicio sobre la corrección y/o veracidad de la pretensión. Esta cognición superficial puede combinarse con el requisito de presentación de prueba documental<sup>60</sup>.

En otros casos, puede resultar necesario prever un control más profundo de la pretensión monitoria o incluso limitaciones al uso de la estructura en resguardo de eventuales afectaciones a derechos de sujetos vulnerables como son, por ejemplo, los consumidores<sup>61</sup>. En tal sentido, los modelos de protección pueden ir desde la solución drástica de inaplicabilidad del proceso monitorio a los contratos de consumo, pasando por la exclusión del monitorio cuando estamos en presencia de un contrato de consumo con cláusulas abusivas, hasta el control de oficio<sup>62</sup>, en el procedimiento monitorio, de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>63</sup>.

Si bien en la mayoría de los países latinoamericanos, no se ha contemplado la necesidad de protección del consumidor frente a ciertas situaciones de vulnerabilidad que puede generar el proceso monitorio, cabría evaluar su regulación, especialmente si se optara por esquemas de asistencia letrada facultativa o sistemas monitorios puros (estos últimos bastante excepcionales en la región).

Si la petición o demanda fuera declarada indamisible, no seguirá adelante el

60 Agrega Pérez Ragone que el mosaico procesal en Europa con relación al grado de cognición permite la siguiente clasificación: (a) En casos donde hay prueba documental, el órgano jurisdiccional controla la correspondencia del contenido del documento en sujetos y objetos con la pretensión que se hace valer. (b) La otra posibilidad es la completa eliminación de la cognición de plausibilidad. El proceso monitorio puro exige sólo la verificación de admisibilidad. No se requiere prueba documental alguna y permite la completa automatización del proceso. Es el caso de Alemania. No obstante, para evitar el uso inapropiado del proceso con abusos en áreas tan sensibles como los contratos de consumo, el órgano jurisdiccional controla la aplicabilidad material del proceso rechazando por inadmisibile la pretensión monitoria cuando la causa es una relación de este tipo. Precisamente Alemania, luego de incorporar este sistema puro, experimentó los abusos en los contratos a crédito, que llevó a reformar nuevamente el sistema excluyendo a estos contratos en determinados casos de la vía monitoria. En países donde existe control de legalidad de la pretensión o una limitada cognición de plausibilidad, como Italia y Austria, el órgano jurisdiccional en realidad no ejerce en los hechos más que una cognición de derecho. El conocimiento es fácticamente superficial, sin control de la veracidad ni de alguna verosimilitud de la pretensión incoada. (c) La tercera posibilidad, que rige en Inglaterra y Holanda, es la de una cognición sumaria propia de las medidas provisorias y cautelares. (PÉREZ RAGONE, Álvaro J., "En torno al procedimiento monitorio..." cit., ps. 205-235).

61 SUCUNZA, M. y VERBIC, F., (Comp.), *Proceso monitorio. Conceptualización, estructura y algunas propuestas para su implementación*, SJA 2014/04/02-3, JA 2014-II, 18-20.

62 Existen regulaciones al respecto en Portugal y Alemania. Asimismo, en una de las reformas a la LEC española se introdujo la posibilidad de que el juez controle de oficio la eventual existencia de cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la petición o determinación de la cuantía en los procedimientos monitorios, cuando la reclamación de la deuda se funde en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor y usuario. Ello, de conformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012 (REVILLA, A., "Estudio sobre el proceso civil..." cit., p. 143).

63 Ver ARMENTA DEU, T., *El juicio y la técnica monitorio...* cit., ps. 1147-1150.

proceso, debiendo preverse si esa resolución desestimatoria admite o no apelación por parte del requirente o actor. Los sistemas suelen prever algún recurso en favor del actor si el juez no da curso a la demanda monitoria<sup>64</sup>.

En Uruguay, el contralor inicial del tribunal es de admisibilidad y fundabilidad, en el sentido de que el tribunal debe verificar si, a la luz de la prueba documental agregada (título monitorio) a la demanda, la pretensión debe ser acogida inicialmente. La sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva que rechaza la demanda por no reunir los requisitos de admisibilidad y/o fundabilidad pertinentes admite los recursos de aclaración, ampliación, reposición y apelación con efecto suspensivo (art. 360 num. 1) del CGP).

### 9.3 Resolución judicial inicial

Admitida la demanda monitoria, el juez procederá a dictar una resolución por la cual, requerirá (intimará) del deudor el cumplimiento de la obligación (las más frecuente es el pago) o lo condenará a hacerlo, según los modelos.

Se ha discutido la naturaleza de esta resolución inicial, siendo para algunos sistemas una sentencia interlocutoria o auto interlocutorio y para otros una sentencia definitiva condicionada a su no oposición.

El sistema monofásico<sup>65</sup> ha resultado ser eficiente, en tanto determina que esa resolución inicial conlleva el apercibimiento de que la resolución adquirirá automáticamente, frente al silencio del demandado, la calidad de sentencia ejecutoriada que podrá ser ejecutada.

Por ende, el medio de impugnación del demandado, respecto de la resolución inicial, suele ser la oposición de defensas (en algunos sistemas llamadas excepciones; pero que no deben ser confundidas con las excepciones previas del proceso ordinario, aunque puedan referir a las mismas cuestiones).

Analizando la resolución inicial que acoge la demanda monitoria en Uruguay, ha señalado Teitelbaum<sup>66</sup> -en posición que compartimos en el marco de las especiales características del sistema uruguayo-, que se trata de una sentencia definitiva. No es una providencia de trámite, ni una sentencia interlocutoria (auto interlocutorio en otros países), ya que no se limita al examen de los requisitos o presupuestos procesa-

64 Así, en España, señala Armenta que la inadmisibilidad revestirá la forma de auto, por aplicación de las reglas generales y, al ser definitivo éste y poner fin al proceso, cerrando una vía de acceso, será susceptible de apelación. La pretensión inadmitida podrá reclamarse, bien en un nuevo monitorio, si la inadmisión obedeció a la existencia de un defecto subsanable, ya subsanado; bien en el declarativo correspondiente, una vez el auto deviene firme (ARMENTA DEU, T., El juicio y la técnica monitorio... cit., ps. 1137 y 1138). En el sistema del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que sigue el CGP de Uruguay, se prevé también la apelación de esta resolución inicial cuando desestima la demanda monitoria.

65 El modelo bifásico utilizado en algunos sistemas (como el alemán), implica que para que pueda ejecutarse la sentencia, no basta la no oposición del demandado debidamente notificado, sino además, el dictado de una nueva resolución por el tribunal constatando tal falta de oposición.

66 TEITELBAUM, Jaime, "Proceso Monitorio y Ejecutivo", cit., p. 129.

les, sino que analiza el fondo de la pretensión, resuelve lo principal y no una cuestión conexa. Tampoco se trata de una sentencia interlocutoria, la que por falta de oposición se convierte en definitiva, como a veces se ha sostenido; el mero transcurso del plazo no puede modificar la naturaleza de la resolución. Se trata de una sentencia definitiva la dictada inicialmente, y si media oposición, sobrevendrá otra sentencia definitiva luego del contradictorio.

#### **9.4 Emplazamiento y notificación del demandado**

El diseño debe ocuparse del debido emplazamiento al demandado. Se debe decidir si es personal, quién lo realiza, con qué medios, y qué tipo de efectos tiene la indebida notificación. Esto es fundamental, pues de ello depende el derecho de defensa y la validez de la decisión judicial.

Parece razonable que la notificación sea personal, efectuada a través de un sistema altamente confiable que emplee correo certificado, medios electrónicos auditable, u otro mecanismo fehaciente.

También se propone que la indebida notificación genere nulidad del proceso cuando el demandado la alega en un plazo razonable determinado desde que tome conocimiento, siempre que no subsane el defecto.

En Uruguay la sentencia inicial que acoge la demanda monitoria sobre el fondo (y en algunos casos dispone también el embargo del demandado), a su vez cita de excepciones al demandado. Se notifica al demandado a domicilio, abriendo la posibilidad de impugnación de éste a través de las excepciones.

#### **9.5 Derecho de defensa del demandado: oposición (planteo de excepciones)**

El diseño del proceso monitorio debe incorporar herramientas que garanticen el derecho de defensa del demandado. Debe tener en cuenta: i) el conocimiento por el demandado de sus derechos; ii) los requisitos de la oposición; iii) el plazo para su presentación; iv) la posibilidad de patrocinio legal y; v) el sistema de recursos.

En las regulaciones del proceso monitorio no suelen ser viables ni la reconvencción ni el planteo de cuestiones o excepciones previas (aunque en muchos sistemas se utiliza la expresión “excepciones” para referir al medio de oposición a la demanda en el proceso monitorio y, a la vez, a la impugnación de la decisión inicial; pero no se trata de “previas”).

La oposición (simple -generalmente en el monitorio puro- o con fundamentos y prueba -generalmente en el monitorio documental-) debe realizarla el requerido o

demandado en un acto escrito.

Contra la decisión inicial del proceso monitorio, como vimos, no debiera proceder recurso alguno del demandado, ya que la forma de impugnarla es la oposición (o planteo de excepciones en otros sistemas).

Es aconsejable que:

(A) El emplazamiento contenga toda la información necesaria que permita el conocimiento real de los derechos al demandado. (B) El plazo que se fije para la eventual oposición del demandado sea razonable. En la mayor parte de los sistemas el plazo es fijo, pero también podría ser un plazo variable definido caso a caso por el tribunal, conforme a las características del caso concreto<sup>67</sup>. (C) Exista un medio impugnativo que permita invocar la nulidad del proceso cuando el demandado no se oponga dentro del plazo concedido, fundamentalmente en casos de flagrante violación del derecho de defensa, especialmente por indebida o errónea notificación.

Corresponde también definir si se admitirá la oposición parcial del demandado<sup>68</sup>. En caso de admitirse, respecto de la parte que no hay oposición, se podría ir directo a la ejecución, realizándose eventualmente el debate sobre la parte respecto de la que se formule oposición.

Respecto del patrocinio legal en la oposición, ya nos hemos referido anteriormente.

En Uruguay, el monitorio no admite reconvencción. La sentencia definitiva inicial que acoge la demanda se impugna en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el primer día hábil siguiente a la notificación, mediante la oposición por escrito de excepciones (y no mediante recursos) de forma fundada, presentando la prueba documental disponible y ofreciendo los demás medios de prueba (arts. 354 y 355 del CGP). La regla de los procesos monitorios en Uruguay es que se admiten todas las defensas, pero en casos excepcionales -como por ejemplo en los procesos monitorios ejecutivos cambiarios y tributarios- las mismas se limitan (art. 355.2 del CGP).

## 9.6 Consecuencias de la oposición del demandado

Al habilitarse la oposición del demandado deben garantizarse mayores estándares de satisfacción del debido proceso. Si existe oposición, el proceso debiera asegu-

<sup>67</sup> Señala Pérez Ragone que los plazos para oponerse pueden ser fijos o variables. En muchos países el plazo no es mayor a dos semanas en caso de los fijos (Finlandia, Alemania, Grecia, Bélgica, Luxemburgo), 15 días en Portugal, 20 días en España, 4 semanas en Austria, un mes en Francia y en caso de proceso civil comunitario un mes. La otra posibilidad son plazos flexibles que fija el órgano jurisdiccional, así no más de 40 días en Italia, no más de 10 en Suecia pudiendo ser de dos semanas por motivos extraordinarios (PÉREZ RAGONE, Álvaro J., "En torno al procedimiento monitorio..." cit., ps. 205-235). En el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que adopta Uruguay, el plazo de la oposición es de 10 días hábiles.

<sup>68</sup> En Uruguay, en el proceso monitorio ejecutivo, se prevé que el pago parcial no configurará excepción y será considerado en la etapa de liquidación del crédito (art. 355.2 in fine del CGP).

Pérez Ragone releva que puede oponerse el demandado parcialmente en Francia, Italia, Bélgica y Austria; contrariamente ello no es permitido en Luxemburgo y Alemania, donde la oposición en parte es siempre oposición en el todo, debiendo instar el requirente -aun por un monto no impugnado- el correspondiente proceso de conocimiento contradictorio. Ello se fundaría en que no es posible que un proceso contradictorio se trabase sobre una parte y sobre el resto no opuesto haya eventualmente sentencia monitoria. O existe cognición del órgano competente o no y si la hay lo es por el todo no por una parte (PÉREZ RAGONE, Álvaro J., "En torno al procedimiento monitorio..." cit., ps. 205-235). En Latinoamérica, la oposición parcial suele admitirse en los sistemas en los que se prevé ofrecimiento probatorio del demandado al plantear la oposición.

rar la aplicación de los principios de oralidad, inmediación, concentración, congruencia y publicidad.

Realizada la oposición del demandado en tiempo y de modo suficiente (con o sin prueba, dependiendo de los sistemas), los modelos se dividen en dos grandes categorías:

(A) Los que remiten el debate a otra estructura procesal contradictoria de conocimiento más amplio, según competencias establecidas (por ejemplo, el proceso ordinario o el sumario). En este modelo, concluye el proceso monitorio y se reencauza el litigio a un proceso sumario u ordinario (según los casos), donde hay amplitud probatoria para ambas partes<sup>69</sup>. (B) Aquellos en lo que continúa el mismo proceso, pero abriendo una instancia de juicio oral. El propio proceso monitorio prevé una segunda fase de debate y prueba para la eventualidad de la oposición<sup>70</sup>.

En definitiva, como no es imprescindible y ni siquiera conveniente el uso de la oralidad en las primeras etapas del proceso monitorio (demanda o petición, resolución inicial, notificación y emplazamiento y formulación de oposición), todas esas etapas son escritas.

La articulación de la oralidad con inmediación y publicidad se vuelve necesaria luego de la eventual oposición del demandado<sup>71</sup>, cualquiera sea la modalidad en que al demandado que planteó la oposición se le asegure el debate y producción probatoria (en proceso ordinario, sumario o en una estructura propia y especial del proceso monitorio).

Como señala Bonet<sup>72</sup>, del nivel de vinculación entre el monitorio y el procedimiento previsto para sustanciar la oposición, depende también la eficacia del procedimiento monitorio. Si en el diseño que se haga, al demandado no le acarrea ninguna consecuencia relevante la oposición infundada, no tendrá inconveniente alguno para formular oposiciones, puesto que bastará con que la formule, aunque sea sin ningún fundamento, para eventualmente -dependiendo de los sistemas- poner fin al monitorio (y aguardar a la eventual tramitación del proceso de oposición) o que se comience a tramitar la oposición directamente en la estructura monitoria. Ante la perspectiva de inexistencia de consecuencias para quien se opone infundadamente, no resulta difícil imaginar que el requerido en la generalidad de los casos formulará oposición y, de ese modo, empezará para el demandante de nuevo el camino de búsqueda de satisfacción de su pretensión. El monitorio, de ese modo, será tiempo perdido, resultando preferible ir directamente al proceso ordinario. En definitiva, la ausencia de adecuado diseño y de un adecuado sistema de incentivos en la vinculación entre la fase inicial del monitorio y la ulterior eventual etapa de oposición (sea ésta en proceso ordinario, sumario o una fase diseñada en el propio monitorio) conducirá a la ineficiencia del ins-

69 Este es el formato más común en los sistemas monitorios europeos y en varios latinoamericanos.

70 Así lo prevé el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el CGP de Uruguay.

71 BONET, José, "Eficiente implementación del procedimiento monitorio..." cit., p. 509.

72 BONET, José, "Eficiente implementación del procedimiento monitorio..." cit., ps. 519 y 520.

trumento. La eficiente vinculación debe manifestarse en incentivos para impedir que el requerido no torne inútil el monitorio. Si al requerido que se opone infundadamente le sobrevienen consecuencias graves, se evitarán oposiciones gratuitas, pues se verificará solamente la oposición cuando sea estrictamente necesaria. El enlace del procedimiento monitorio con el proceso o fase de debate y prueba producto de la oposición, debe servir no solo para asegurar el debido proceso al demandado monitorio sino también para ofrecer tutela judicial a la pretensión al actor, coherente con el derecho de contradicción, pues en caso contrario la finalización del monitorio se produciría sin darle oportunidad al requirente de formular alegación alguna al respecto.

En Uruguay, planteadas excepciones por el demandado y realizado un contralor inicial de estas, se confiere traslado de las mismas al demandado por el plazo de 6 días hábiles (art. 356 del CGP). Contestadas las excepciones o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal convocará a audiencia, que se realizará conforme a lo previsto para la audiencia preliminar y, en su caso, la audiencia complementaria de prueba (art. 357 del CGP).

## 9.7 Cosa juzgada y sistema de recursos.

Resulta relevante definir cuándo queda firme la decisión que adjudica el conflicto. Para ello se debe decidir: i) el carácter de cosa juzgada de la decisión inicial a la que el demandado no se opuso y de la eventual decisión que resuelve la oposición del demandado; y ii) los casos en que proceden recursos<sup>73</sup>.

Respecto de la decisión inicial resulta aconsejable prever que, si el demandado no se opone dentro del plazo previsto o no cumple con la misma, adquiera el carácter de cosa juzgada y pueda ser ejecutada de inmediato, sin necesidad de nueva resolución (sistema monofásico). Como señala Bonet<sup>74</sup>, el juego de eventualidades de la técnica monitoria bien diseñada no debe impedir, al momento del diseño, que en pos de ahorrar esfuerzos y trámites, se disponga de una resolución, sea explícita o implícita, que esté dotada de eficacia de cosa juzgada y sea título de ejecución. Del mismo modo -agrega- tampoco debería hacernos perder el norte respecto de la necesaria vinculación del eventual proceso de oposición con el objeto del proceso monitorio, por más que la oposición se sustancie procesalmente de modo autónomo (como ocurre en algunos sistemas), pero materialmente vinculada con el monitorio.

Si la decisión inicial desestima la demanda al realizarse por el tribunal el control de admisibilidad o de verosimilitud (según los sistemas), suele ser aconsejable concederle al actor la posibilidad de impugnación.

<sup>73</sup> EL COGEP de Ecuador permite en el proceso monitorio la apelación de la sentencia dictada ante la oposición del demandado, luego de celebrada la audiencia única (art. 359).

<sup>74</sup> BONET, José, "Eficiente implementación del procedimiento monitorio..." cit., ps. 515, 518 y 519.

En caso de oposición del demandado, abierto el contradictorio (en el mismo o en otro proceso, según los sistemas) parece aconsejable -salvo categorías excepcionales- admitir la apelación de la sentencia de primera instancia que resuelva el conflicto. Una vez que la sentencia no admita más recursos, pasará en autoridad de cosa juzgada (desestime o acoja la pretensión del actor) y, si es condenatoria, constituirá título ejecutorio, pudiéndose solicitar de inmediato la ejecución (sin perjuicio de la eventual ejecución anticipada de modo provisional en sistemas que así lo admitan).

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que sigue Uruguay prevé la (reposición y) apelación por el actor de la sentencia inicial que desestima la demanda y, la eventual apelación por las partes, de la sentencia que resuelve el conflicto luego de la oposición del demandado; el demandado -como vimos- no puede apelar la sentencia inicial que solo puede ser impugnada por él mediante la oposición. En caso de que la sentencia inicial no sea impugnada mediante la excepciones, adquiere calidad de cosa juzgada y constituye título de ejecución.

## **9.8 Sistemas de costas y otros incentivos a la litigación de buena fe**

Los incentivos deben articularse mediante un adecuado sistema de condena en costas en el procedimiento monitorio, y en el eventual juicio o etapa de oposición, en caso de que la pretensión absolutoria del requerido se desestime y concluya con sentencia de condena.

El régimen de costas (costas y costos en Uruguay) en el proceso monitorio no suele tener la misma regulación que en el proceso ordinario, ya que debe operar como herramienta eficiente para incentivar el cumplimiento de las obligaciones y evitar la litigación maliciosa y la oposición del demandado sin motivos o fundamentos (deban o no los fundamentos expresarse en la oposición para atacar la resolución inicial, pero en todo caso ponerse de manifiesto en la fase de debate).

Por un lado, se debe motivar al requerido a que cumpla con la obligación y mida las consecuencias ya de su oposición, ya de su silencio. Por otro lado, paralelamente se debe valorar el interés del acreedor y crear incentivos para que recurra a la alternativa del proceso monitorio (fundamentalmente en los sistemas en los que la vía monitoria es opcional).

Es necesario que la oposición quede reservada a los supuestos en que realmente existan razones fundadas para desestimar la pretensión. Como incentivo para la seriedad de la oposición habrá de preverse alguna consecuencia negativa para el requerido que formule oposición y esta no sea estimada en la fase de debate. De lo contrario, el requerido se verá tentado de formular oposición sin considerar las circunstancias

que impongan o favorezcan que la misma tenga alguna correspondencia con la realidad, fundamento o acreditación. Y si tal acontecimiento ocurre, la instrumentación de oposiciones gratuitas y sin sanción hará que el monitorio se torne ineficiente por errores de diseño<sup>75</sup>.

Asimismo, es interesante evaluar la posible aplicación de multas como incentivo adicional, tal como lo prevén algunos ordenamientos. Así, por ejemplo, la imposición de una multa al demandado, correspondiente a un porcentaje de la deuda en favor del demandante, cuando la oposición fuera infundada. O, en favor del demandado, al demandante que propuso indebidamente o de mala fe la pretensión monitoria<sup>76</sup>.

En Uruguay, el régimen de costas y costos del proceso monitorio, depende de las pretensiones que se ejercen (arts. 56.2, 354.1 y 358.4 del CGP).

## 10 PROCESO MONITORIO AUTOMATIZADO

El proceso monitorio, por sus especiales características estructurales, se presenta como especialmente apto para la automatización total o parcial.

En el caso del proceso monitorio puro, es relativamente sencillo diseñar su tramitación electrónica en toda la fase inicial, sin necesidad de intervención del tribunal o con muy bajo contralor. En efecto, la demanda o solicitud se puede realizar mediante un formulario digital y, al no existir examen de verosimilitud ni de fundabilidad de la pretensión, nada obsta a que desde el inicio hasta la emisión de la requisitoria, intimación o sentencia monitoria, sea todo automatizado. Solo deben hacerse controles de los contenidos esenciales de la petición monitoria y el hecho de la falta de oposición en determinado plazo<sup>77</sup>.

En el caso del proceso monitorio documental, en el cual se deben realizar controles de verosimilitud o incluso fundabilidad primaria, la situación es más compleja, pero la inteligencia artificial ya está demostrando idoneidad para procesar los documentos presentados con la demanda y adoptar la decisión inicial sin intervención humana, sin perjuicio del adecuado contrator posterior. Sobre ello se avanzará rápidamente en los próximos años.

En definitiva, en el marco de la digitalización plena del proceso y la ayuda de la inteligencia artificial, podría concebirse un proceso monitorio incluso sin patrocinio letrado, con la solicitud diseñada como un simple formulario digital, para casos espe-

<sup>75</sup> BONET, José, "Eficiente implementación del procedimiento monitorio..." cit., ps. 519 y 520.

<sup>76</sup> Así, por ejemplo, el ordenamiento colombiano prevé una multa equivalente al 10% del valor de la deuda en favor del demandante cuando la oposición fue infundada (art. 421 CGP). De esta forma se incorpora un incentivo negativo para evitar la oposición infundada o dilatoria. También en Brasil se prevén multas como desincentivos a la litigación maliciosa: a) El juez condenará al demandante de la acción monitoria propuesta indebidamente y de mala fe, al pago, en favor del demandado, de una multa de hasta el diez por ciento del valor de la causa; y b) El juez condenará al demandado que de mala fe formule oposición a la acción monitoria al pago de una multa de hasta el diez por ciento del valor atribuido a la causa, en favor del demandante.

<sup>77</sup> En Alemania se utilizan formularios predeterminados. En Portugal se pueden presentar las demandas por vía electrónica desde cualquier lugar del país y el seguimiento del procedimiento puede realizarse on line.

cíficos donde sea baja la probabilidad de oposición del demandado (sea por el sistema de incentivos o por el alto porcentaje de fiabilidad de la pretensión del actor, dependiendo de sistemas puros o documentales). Ello, en el contexto latinoamericano de escasez de personas dedicadas a la judicatura -y en algunos países también de personas dedicadas a la abogacía- permitiría contar con una herramienta eficiente de litigación en línea, que descargaría a juezas y jueces de parte importante de su tarea, pudiendo abocarse a la dirección de las audiencias de los procesos ordinarios y sumarios o a los proporcionalmente pocos casos en que se abra el debate en los procesos monitorios<sup>78</sup>.

## 11 EL PROCESO MONITORIO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA Y LA EXPERIENCIA DE SU APLICACIÓN EN URUGUAY

En ningún país de Latinoamérica el proceso monitorio tiene tanto arraigo, tradición y aplicación práctica como en Uruguay. Hasta finales del siglo XIX, era el único país de Iberoamérica que lo había incorporado<sup>79</sup>.

La introducción del monitorio presenta rasgos propios y originales en Uruguay, en relación con los países del continente europeo en donde nació. La vieja experiencia uruguaya en la materia ha tenido gran influencia en la redacción del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el cual, a su vez, tuvo influencia en varias reformas procesales latinoamericanas, donde el modelo de proceso monitorio propuesto en dicho código, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ha sido tomado como referencia.

El proceso de estructura monitoria se reguló ya en el viejo Código de Procedimiento Civil uruguayo de 1878. Desde siempre, la regulación de esta estructura procesal en Uruguay ha constituido un factor fundamental de agilización de los procesos, fundamentalmente en lo que refiere al cobro de documentos comerciales (vales, cheques, letras de cambio).

El origen del proceso de estructura monitoria en Uruguay se encuentra con diversidad de fines y objetos en el viejo Código de Procedimiento Civil (CPC), vigente desde 1878 hasta 1989. Presentaban dicha estructura el juicio de entrega de la cosa, el juicio de entrega efectiva de la herencia, la fase del concurso necesario destinada a despejar si el deudor se opondrá a la declaración de falencia y el procedimiento previsto para las providencias dictadas con citación. Con posterioridad al CPC, la estructura monitoria fue consagrada por distintas leyes especiales como, por ejemplo, para el desalojo de la finca urbana y del predio rural.

<sup>78</sup> PÉREZ RAGONE, Á., "Nuevas y viejas tendencias en el diseño del proceso monitorio..." cit., ps. 283-314.

<sup>79</sup> VIERA, Luis Alberto, "Teoría General..." cit., p. 9.

El CGP uruguayo vigente desde 1989<sup>80</sup> constituyó una reforma radical del sistema de justicia civil, introduciendo el proceso por audiencias con intermediación plena, complementado acertadamente con una eficiente regulación del proceso monitorio<sup>81</sup>.

Los casos en que procede el proceso monitorio están enumerados taxativamente en la ley<sup>82</sup>: procesos ejecutivos (cobro de cantidad de dinero líquida y exigible que surge de un documento), de desalojo (desahucio), de entrega de la cosa, de entrega efectiva de la herencia, resolución en cumplimiento del pacto comisorio, escrituración forzada cuando se solicita el cumplimiento de una promesa inscripta de enajenación de inmuebles o casa de comercio, divorcio en casos excepcionales, etc.

El sistema uruguayo<sup>83</sup> no se limita a la obtención a través del proceso monitorio de sentencias de condena, únicas pasibles de ejecución, sino que el elenco se ha ampliado a sentencias constitutivas y declarativas.

Según algunas estimaciones, en Uruguay más de la mitad de los asuntos estrictamente civiles y comerciales se tramitan en procesos de estructura monitoria, cuya duración promedio estimada es de poco más de tres meses cuando no se plantean excepciones o defensas, lo que ocurre en más del 80 % de los casos<sup>84</sup>.

En el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (cuyas regulaciones sigue en casi todo el CGP de Uruguay y, en muchos aspectos, otros Códigos y proyectos<sup>85</sup>) el monitorio es un proceso de conocimiento por el cual tramitan diversas pretensiones caracterizadas por la “fehaciencia” inicial (documental) y la baja probabilidad de oposición del demandado. El proceso ejecutivo es una de las especies del proceso monitorio que es el género. A su vez, el proceso de ejecución, si bien no constituye un proceso monitorio, presenta elementos estructurales de este.

En el modelo vigente en Uruguay, las pretensiones que tramitan por la estructura monitoria generalmente presentan alto grado de certeza inicial por la existencia de prueba documental de la que surge fehacientemente la obligación incumplida del deudor y, por ende, se espera baja probabilidad de oposición del demandado (títulos de crédito, desalojo, etc.).

Este instrumento se ha constituido en un excelente complemento del proceso ordinario por audiencias, permitiendo resolver un elevado número de casos sin necesidad de celebrar audiencias, ya que –salvo que el demandado se oponga (lo que ocurre en un porcentaje reducido de casos)– la sentencia que se dicta luego de controlada

80 En 2013, la Ley 19.090 incorporó varias reformas al CGP uruguayo, modificando algunas de las normas del proceso monitorio, pero no sus aspectos estructurales fundamentales.

81 Las normas que rigen actualmente el proceso monitorio en Uruguay adoptan casi en su integralidad las soluciones del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que, a su vez, se vio influenciado en la redacción del capítulo de proceso monitorio por el sistema uruguayo que regía desde 1878 y reformas posteriores.

82 PEREIRA CAMPOS, S. (director) y otros, “El Sistema de Justicia Civil en Uruguay”, cit., p. 101.

83 TEITELBAUM, Jaime, “Proceso Monitorio y Ejecutivo”, cit., p. 130.

84 PEREIRA CAMPOS, S. (director) y otros, “El Sistema de Justicia Civil en Uruguay”, cit., ps. 85 y 191 a 193.

85 Así, por ejemplo, el Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil de Perú.

la demanda por el juez y sin escuchar previamente al demandado, adquiere calidad de cosa juzgada.

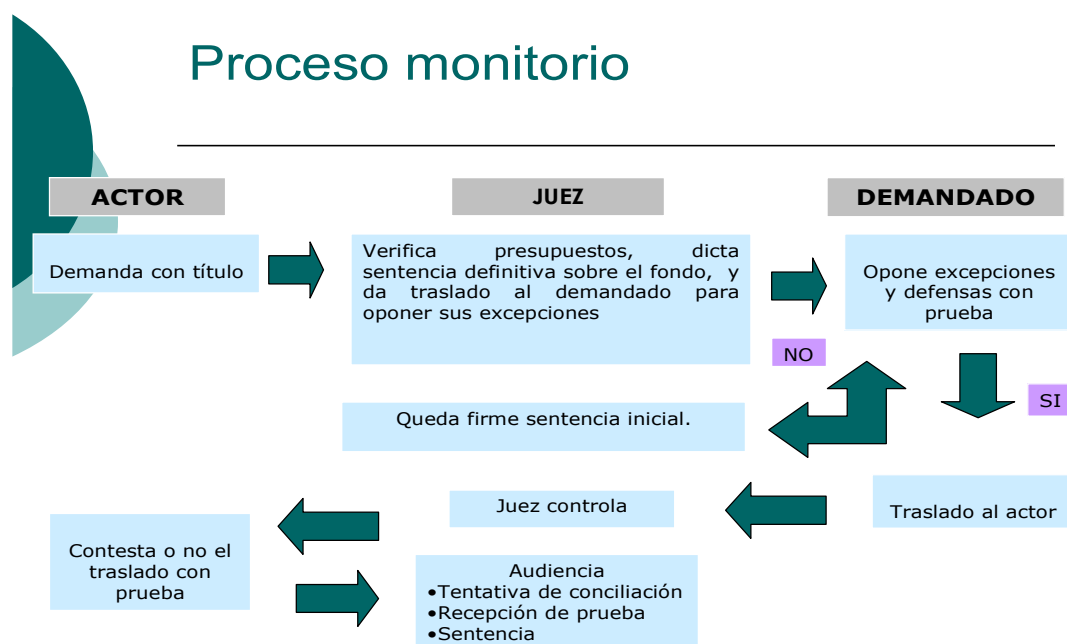
La sentencia inicial dictada frente a la demanda fundada y con prueba documental fehaciente, no se ejecuta a la espera de que el demandado presente sus defensas en el plazo de 10 días hábiles, pero como el demandado no tiene defensas para oponer en un elevadísimo número de casos -debido a la claridad de la pretensión contenida en la demanda del actor-, la resolución queda firme y puede luego ejecutarse si el demandado no la cumple voluntariamente.

El trámite regulado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que sigue en Uruguay el CGP (arts. 351 a 370), puede resumirse en los siguientes términos:

(A) El actor presenta la demanda adjuntando la prueba documental que prueba la pretensión. (B) El juez, una vez recibida la demanda, realiza un control estricto de los requisitos de admisibilidad y un análisis de fundabilidad de la pretensión en el marco de la prueba documental aportada por el actor. (C) Si el juez entiende que la demanda no es admisible y fundada, emite una resolución (interlocutoria con fuerza de definitiva) que desestima la demanda sin notificar al demandado, pudiendo el actor impugnar la misma mediante reposición y apelación con efecto suspensivo. (D) Si el juez entiende que la demanda es admisible y fundada, dicta sentencia sobre el fondo (sentencia definitiva), haciendo lugar a la demanda y citando de excepciones al demandado, notificándole en su domicilio. (E) Si el demandado no interpone defensas (excepciones) en el plazo concedido (10 días hábiles), la sentencia inicial pasa en autoridad de cosa juzgada y es susceptible de ejecución (a través del correspondiente proceso de ejecución). (F) Si el demandado opone defensas o excepciones, se instaura el contradictorio y se convoca a audiencia con el contenido previsto para las audiencias del proceso ordinario (con algunas modificaciones menores).

A continuación, se presenta un esquema del proceso monitorio adoptado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que sigue Uruguay.

ESQUEMA DEL PROCESO MONITORIO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA



**Fuente:** Pereira Campos, Santiago.

## BIBLIOGRAFÍA

ABAL, A., Derecho Procesal, t. IV, FCU, Montevideo, 2007.

ARMENTA DEU, T, "El juicio y la técnica monitorio como medio de proteger el derecho de crédito y sus límites (España y la Unión Europea)", en LANDONI SOSA, A. y PEREIRA CAMPOS, S. (coord.), *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a E. Couture*, Tomo II, Montevideo, La Ley, 2017.

BARRIOS DE ÁNGELIS, D., Teoría del Proceso, Editorial BdeF, Montevideo, 2005.

BARRIOS DE ÁNGELIS, D., El Proceso Civil. Código General del Proceso, Editorial Idea, Montevideo, 1989.

BONET, José, "Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica" en en PEREIRA CAMPOS, S. (coordinador) y otros, "Modernización de la Justicia Civil", Universidad de Montevideo, Montevideo, 2011.

CALAMANDREI, Piero, "El procedimiento monitorio" (traducción de SENTIS MELLENDO, S.), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1966.

CHAYER, Héctor M. y RICCI, Milena, "El trámite de los procesos ejecutivos en el Fuero Comercial", Estudios sobre la Administración de Justicia, Año I No 1 Fores, Buenos Aires, Argentina. 2003.

FANDIÑO, Marco, GONZÁLEZ, Leonel y SUCUNZA, Matías, “Proceso civil. Un modelo adversarial y colaborativo”, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.

Libro Verde sobre proceso monitorio con su consulta abierta a todos los interesados - Unión Europea (disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/57e40e93-d701-4a25-b741-fbf37ab73648/language-es>).

LÖSING, Norbert, “El código procesal civil alemán (ZPO) en el curso de las reformas”, en FANDIÑO, M. (director), “Estudios comparados sobre reformas al sistema de justicia civil: Alemania - España - Uruguay”, CEJA, Santiago, Chile, 2017.

PEREIRA CAMPOS, S., VILLADIEGO BURBANO, C. y CHAYER, H., “Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe” en Pereira Campos, S. (coordinador) y otros, “Modernización de la Justicia Civil”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2011.

PEREIRA CAMPOS, S. (director) y otros, “El Sistema de Justicia Civil en Uruguay”, investigación realizada para el CEJA, Universidad de Montevideo, 2017.

PÉREZ RAGONE, Álvaro J., “En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales”, *Rev. derecho (Valdivia)* [online], 2006, vol.19, n.1 [citado 2021-06-17], pp. 205-235. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000100009&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100009&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100009>.

PÉREZ RAGONE, Á., “Nuevas y viejas tendencias en el diseño del proceso monitorio: propuestas desde la experiencia comparada para un procedimiento monitorio en Argentina”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 37, julio-diciembre 2019, ps. 283-314, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n37.11>

Reglamento (CE) No. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12/12/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (disponible en: [http://publications.europa.eu/resource/ellar/a3d5e527-018b-4c1a-9344-8ec113ee19a1.0006.03/DOC\\_1](http://publications.europa.eu/resource/ellar/a3d5e527-018b-4c1a-9344-8ec113ee19a1.0006.03/DOC_1)).

REVILLA, A., “Estudio sobre el proceso civil en España”, en FANDIÑO, M. (director), “Estudios comparados sobre reformas al sistema de justicia civil: Alemania - España - Uruguay”, CEJA, Santiago, Chile, 2017.

SUCUNZA, M. y VERBIC, F., (Comp.), *Proceso monitorio. Conceptualización, estructura y algunas propuestas para su implementación*, SJA 2014/04/02-3, JA 2014-II.

TEITELBAUM, Jaime, “Proceso Monitorio y Ejecutivo”, en “Curso sobre el Código General del Proceso”, T. II, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, 1990.

VIERA, Luis Alberto, “Teoría General del Proceso Monitorio”, en “Curso de Derecho Procesal”, T. V, V. I, FCU, Montevideo, 1988.

VILLADIEGO Carolina, “Estudio Comparativo: cobranzas de deudas y procedimientos de ejecución en Europa”, Septiembre 2008, disponible en: [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)



# **CAPÍTULO 17**

---

## **A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA PARA O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES DELINEADO PELO CPC/15**

Taiane Borges de Oliveira Santos<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.17

---

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Legale-SP (2021). Bacharel em Direito pela Faculdade Projeção-DF (2017). E-mail taianeborgesoliveirasantos@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8970896387975774>.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente com o avanço tecnológico estamos entrando na pós-modernidade e vivenciando uma revolução silenciosa. Quando se fala das criações tecnológicas construídas pelo ser humano ao longo da sua história, a inteligência artificial (IA) surge como uma das áreas de conquistas mais importantes alcançadas pela humanidade.

As mudanças decorrentes da atual época de transformações e inovações advindas da inteligência artificial também atingiu os Tribunais. Essa nova perspectiva promete contribuir para melhorar o sistema judiciário com o intuito de trazer rapidez e eficiência na prestação dos serviços e melhor aplicação dos precedentes judiciais.

Sob este prisma, buscou-se na história compreender como desenvolveu a inteligência artificial e sua trajetória ao longo do tempo. Apesar de não haver consenso sobre o significado de inteligência artificial a análise da palavra foi realizada sob a ótica de vários autores nacionais e internacionais.

No campo do poder judiciário buscou-se entender como os tribunais vem explorando a tecnologia de softwares e ainda como os robôs podem efetivamente contribuir com o desenvolvimento do “sistema” de precedentes delineado pelo CPC/15.

Assim, a pesquisa visa a apresentar como a tecnologia vem interferindo na vida do ser humano e no direito, em especial com a ascensão da inteligência artificial (IA), bem como, sua história, como difundiu seu conceito, e explicar seu funcionamento, para então defender sua aplicação judiciário, colaborando com a solução da dificuldade de aplicação dos precedentes.

## 2 HISTÓRIA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O sonho do ser humano de construir algo que simulem a inteligência humana existe desde a antiguidade. A história da inteligência artificial está representada em diversas narrativas mitológicas, como o mito grego de Prometeu e o mito hebraico de Golem<sup>1</sup>. Está presente nas invenções de Arquimedes, e até mesmo na literatura grega<sup>2</sup>.

No século XVII, Leibniz, Thomas Hobbes e Descartes propõem a hipóteses dos símbolos formais, que anos depois foram utilizados para iniciar os estudos sobre a inteligência artificial. No início do século XIX Charles Babbage iniciou um projeto de

1 BARBOSA, Xênia de Castro; BEZERRA, Ruth Ferreira. **Breve Introdução À História Da Inteligência Artificial**. v. 4, n. 2, Jamaxi, UFAC, 2020, p. 93.

2 La historia de la inteligencia Artificial es tan antigua como la historia de la humanidad. Desde que apareció sobre la faz de la tierra esa criatura egoísta, soberbia, pero absolutamente fascinante que se autodenomina el homo Sapiens, desde ese momento arranca también la historia de la inteligencia artificial, desde los pueblos primitivos, desde sus relaciones mágicas con los objetos, con los poderes, desde el intento de extender las facultades físicas, pero especialmente las facultades intelectuales. MUNERA, Luis Eduardo. **Inteligencia Artificial Y Sistemas Expertos**. Revista ICESI, Colombia, v. 38, p.09-28, out. 2011 disponível em: [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/publicaciones\\_icesi/article/view/870/870](https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/publicaciones_icesi/article/view/870/870). Acesso em: 12.ago.2021

computador mecanicamente programável, mas não conseguiu concluir a invenção<sup>3</sup>.

Em meados do século XX, Uma Investigação das Leis do Pensamento, trouxe grandes avanços no estudo da lógica matemática. Em 1936, de acordo com a tese de Church-Turing todos os algoritmos poderiam ser executados usando uma máquina de Turing. Esta tese é conhecida como um dos fundamentos da ciência da computação<sup>4</sup>.

Nos anos 40, no Instituto Tecnológico de Massachusetts MIT por cientistas, pertencentes ao grupo de Norbert Wiener, das áreas de fisiologistas, médicos, físicos, matemáticos, engenheiros deram origem a ciência conhecida por cibernética precursora da inteligência artificial (I.A.)<sup>5</sup>.

O fundador da cibernética foi Norbert Wiener este cientista era matemático estadunidense. Foi o primeiro a visualizar que a informação como uma quantidade era tão importante quanto a energia ou a matéria. Trabalhou para o governo americano no desenvolvimento de sistemas de mira automática<sup>6</sup>.

Entre os anos de 1942-1943 apareceram os trabalhos de McCulloch e Pitts. Um era médico da Universidade de Illinois e o outro um matemático. Eles se reuniram para fazer, um modelo do cérebro. Construíram uma estrutura de raciocínio artificial em forma de modelo matemático que imitaram o sistema nervoso humano<sup>7</sup>.

Em 1950 Alan Turing um matemático inglês, considerado pai da Inteligência Artificial propôs o famoso teste de Turing neste experimento uma máquina poderia ser considerada inteligente se fosse capaz de realizar uma conversa sem ser identificada por um interrogador humano como uma máquina. Em 1954 o americano George Devol projetou o primeiro robô programável do mundo<sup>8</sup>.

No verão de 1956, o Dartmouth College em New Hampshire (USA) realizou a

3 CUI, Yadong. **Artificial Intelligence and Judicial Modernization**. China edition Shanghai People's Publishing House 2020. p. 7.

4 it. In the 20th century, an Investigation of the Laws of Thought written by George Boole, Begriffsschrift written by Gottlob Frege, Principia Mathematica written by Bertrand Russell and Whitehead made great breakthroughs in the study of mathematical logic, heralding the emergence of artificial intelligence. In 1936, according to the Church-Turing thesis put forward by mathematician Alonzo Church and Alan Turing, all calculations or algorithms can be performed using Turing machine. This thesis is known as one of the foundations of computer science. CUI, Yadong. **Artificial Intelligence and Judicial Modernization**. China edition Shanghai People's Publishing House 2020. p. 7.

MUNERA, Luis Eduardo. Inteligencia Artificial Y Sistemas Expertos. Revista ICESI, Colombia, v. 38, p.09-28, out. 2011 disponível em: [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/publicaciones\\_icesi/article/view/870/870](https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/publicaciones_icesi/article/view/870/870). Acesso em: 12.ago.2021.

MUNERA, Luis Eduardo. **Inteligencia Artificial Y Sistemas Expertos**. <https://core.ac.uk/download/pdf/229158562.pdf> Publicaciones ICESI\_No\_38\_Ene-Mar\_1991.pdf

BARBOSA, Xênia de Castro; BEZERRA, Ruth Ferreira. **Breve Introdução À História Da Inteligência Artificial**, Jamaxi, UFAC, ISSN 2594-5173, v. 4, n. 2, 2020, p. 93.

CUI, Yadong. **Artificial Intelligence and Judicial Modernization**. China edition Shanghai People's Publishing House 2020. p. 7. El nacimiento oficial de la IA suele situarse en el verano de 1956 en la pequeña ciudad universitaria de Hannover. New Hampshire (EE.UU), donde se encontraba el Dartmouth College. En la Conferencia de Dartmouth se reunieron alrededor de una docena de científicos representantes de diferentes disciplinas, matemáticas, neurología, psicología e ingeniería eléctrica. CUI, Yadong. **Artificial Intelligence and Judicial Modernization**. China edition Shanghai People's Publishing House 2020. p. 7.

5 MUNERA, Luis Eduardo. Inteligencia Artificial Y Sistemas Expertos. Revista ICESI, Colombia, v. 38, p.09-28, out. 2011 disponível em: [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/publicaciones\\_icesi/article/view/870/870](https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/publicaciones_icesi/article/view/870/870). Acesso em: 12.ago.2021

6 MUNERA, Luis Eduardo. **Inteligencia Artificial Y Sistemas Expertos**. <https://core.ac.uk/download/pdf/229158562.pdf> Publicaciones ICESI\_No\_38\_Ene-Mar\_1991.pdf

7 BARBOSA, Xênia de Castro; BEZERRA, Ruth Ferreira. **Breve Introdução À História Da Inteligência Artificial**, Jamaxi, UFAC, ISSN 2594-5173, v. 4, n. 2, 2020, p. 93.

8 CUI, Yadong. **Artificial Intelligence and Judicial Modernization**. China edition Shanghai People's Publishing House 2020. p. 7.

primeira conferência de IA na história, que foi considerado o símbolo do nascimento da IA. Na conferência, McCarthy put apresentou o conceito de “inteligência artificial” pela primeira vez, referindo-se a um novo campo do conhecimento<sup>9</sup>.

Em 1964 Joseph Weizenbaum, do laboratório de Inteligência Artificial do MIT criou Elisa o primeiro chatbot da história, que se baseando em palavras-chaves e estrutura sintática conversava de forma automática imitando uma psicanalista.<sup>10</sup>

No início dos anos 70 a inteligência artificial atravessa uma era negra e pesquisadores experimentaram cortes de financiamento. No final da década de 1980, a nova liderança da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa dos EUA (DARPA) acreditava que a IA não era a “próxima onda” e optou por financiar os Sistemas Especializados, pois pareciam mais fáceis para produzir resultados<sup>11</sup>.

Os avanços notáveis da IA chamaram a atenção do mundo quando em uma partida de xadrez jogada entre homem versus máquina, o campeão soviético Garry Kasparov foi derrotado em uma das rodadas pelo computador Deep Blue, da IBM<sup>12</sup>.

A partir de 2008, o processamento de linguagem natural, anteriormente explorado por meio do robô Eliza voltou a ser enfatizado nas pesquisas em torno da IA resultando em novos assistentes virtuais, como a Siri, lançada pela Apple em 2011, a Alexa, da Amazon, a Cortana, da Microsoft e o próprio Google Assistente.<sup>13</sup>

O Watson, um programa de IA desenvolvido pela IBM para responder a perguntas em linguagem natural, competiu em 2011 em uma televisão americana em um concurso de perguntas e respostas contra dois campeões humanos e ganhou o prêmio de \$ 1 milhão<sup>14</sup>.

Em 2015, o Google Open-sourceTensorFlow, uma plataforma de aprendizagem de máquina de segunda geração que treina diretamente computadores para realizar tarefas com grandes quantidades de dados; a Universidade de Cambridge estabeleceu o Institute of Artificial Intelligence<sup>15</sup>.

Depois de mais de 60 anos é possível verificar que a inteligência artificial pas-

9 El nacimiento oficial de la IA suele situarse en el verano de 1956 en la pequeña ciudad universitaria de Hannover. New Hampshire (EE.UU), donde se encontraba el Dartmouth College. En la Conferencia de Dartmouth se reunió alrededor de una docena de científicos representantes de diferentes disciplinas, matemáticas, neurología, psicología e ingeniería eléctrica. M. Delgado. **La Inteligencia Artificial Realidad de un mito moderno**. Discurso de Apertura Universidad de Granada Curso Académico 1996-97, p. 15.

10 BARBOSA, Xênia de Castro; BEZERRA, Ruth Ferreira. Breve Introdução À História Da Inteligência Artificial. v. 4, n. 2, Jamaxi, UFAC, 2020, p. 95.

11 CUI, Yadong. **Artificial Intelligence and Judicial Modernization**. China edition Shanghai People's Publishing House 2020. p. 9.

12 Las causas de los males que históricamente hemos padecido recaerán en la información errónea que nos ha proporcionado la corporeidad. Una información pobre que favorecerá un análisis, también pobre, de la misma. Una capacidad de evaluación que no podrá competir con la que desarrollará la IA, tal y como demostró el programa de ajedrez Deep Blue en 1997 cuando venció a Kasparov; Watson, también de IBM. LASSALLE, Jose María. **Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital**. Editora: Arpa & Alfíl Editores, 2019.

13 BARBOSA, Xênia de Castro; BEZERRA, Ruth Ferreira. Breve Introdução À História Da Inteligência Artificial. v. 4, n. 2, Jamaxi, UFAC, 2020, p. 95.

14 CUI, Yadong. **Artificial Intelligence and Judicial Modernization**. China edition Shanghai People's Publishing House 2020. p. 9.

15 METZ, Cade. **Google Just Open Sourced TensorFlow, Its Artificial Intelligence Engine**. Business. 1.set.2015 Disponível em: <https://www.wired.com/2015/11/google-open-sources-its-artificial-intelligence-engine/>. Acesso em: 18.08.2021

sou por um rápido desenvolvimento, impulsionado conjuntamente por algumas novas teorias e tecnologias, como Internet móvel, big data, supercomputação, redes de sensores e ciência do cérebro. A IA também está sendo aplicada na educação, tratamento médico, serviços de previdência, proteção ambiental, operação urbana, serviços judiciais e afins<sup>16</sup>.

### 3 CONCEITOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A Inteligência Artificial (IA) já é uma realidade em nossas atividades do dia a dia. Consultas inteligentes realizadas em sites de buscas, compras direcionadas e análise de perfil com recomendações baseadas nas interações do cliente, reconhecimento facial, processamento de voz humana e atendimento online por softwares especialistas, os chatbots, com aprendizado de máquina já são uma realidade<sup>17</sup>.

A IA é um ramo de pesquisa da ciência da computação que busca, através de algoritmos e processos estatísticos, construir mecanismos e/ou dispositivos que simulam a capacidade do ser humano de aprender, pensar e resolver problemas, ou seja, de ser inteligente<sup>18</sup>.

Não existe um consenso sobre o significado da palavra inteligência artificial, atualmente a problemática que circunda as pesquisas envolvendo a inteligência artificial é a ausência de uma definição unânime, capaz de satisfazer todas as possibilidades de estudo e aplicação da IA<sup>19</sup>.

O termo Inteligência Artificial (IA), foi mencionado pela primeira vez por John McCarthy em 1956 na conferência de Dartmouth como a área da ciência que pesquisa e visa desenvolver sistemas o mais similar da capacidade humana de decidir, entender, raciocinar e resolver problemas<sup>20</sup>.

Peter Norvig e Russel Stuart apresentam oito definições de inteligência artificial divididas em quatro grandes grupos denominados: pensando como um humano, pensando racionalmente, agindo como seres humanos e agindo racionalmente<sup>21</sup>.

16 After more than 60 years of rapid development, jointly driven by some new theories and technologies such as mobile Internet, big data, supercomputing, sensor networks and brain science, as well as the strong demands for economic and social development, the development of AI has entered a new stage of development, featured by deep learning, cross-border fusion, human-machine collaboration, crowd intelligence and autonomous intelligence. Like the Internet, AI is gradually becoming an indispensable part of human social life, profoundly changing our life and the whole world. CUI, Yadong. **Artificial Intelligence and Judicial Modernization**. China edition Shanghai People's Publishing House 2020. p.10.

17 MELO, Jairo. **Inteligência artificial: uma realidade no Poder Judiciário**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, 2020 Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial>. Acesso em: 20.08.2021

18 MELO, Jairo. **Inteligência artificial: uma realidade no Poder Judiciário**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, 2020 Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial>. Acesso em: 20.08.2021

19 ENGELMANN, Wilson; FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. **Inteligência Artificial Aplicada À Decisão Judicial: O Papel dos Algoritmos no Processo de Tomada de Decisão**. Revista jurídica (furb), Blumenau, v. 24, n. 54, p. 1-27, mai./ago.2020. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/8274/4839>. Acesso em: 21.ago.2021.

20 PAUL, Paulo. **O Direito Do Trabalho A Partir Das Implicações Decorrentes Da Inteligência Artificial**. BRAVO, Alvaro Sanchez. Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales. Editado por Alvaro Sanchez Bravo. 2020. p.355.

21 Las definiciones de la izquierda miden el éxito en términos de la fidelidad en la forma de actuar de los humanos, mientras que las de la derecha toman como referencia un concepto ideal de inteligencia, que llamaremos racionalidad. Un sistema es racional si hace «lo correcto», en función de su conocimiento. A lo largo de la historia se han seguido los cuatro enfoques mencionados. Como es de esperar, existe un enfrentamiento entre los enfoques centrados en los humanos y los centrados en torno a la racionalidad.

Para George F. Luger a inteligência artificial pode ser definida como ramo da ciência da computação que se ocupa da automação do comportamento inteligente<sup>22</sup>. Zaffari e Espíndola define a Inteligência Artificial como uma parte da ciência da computação que possui como objetivo o desenvolvimento de máquinas ou sistemas que possam resolver problemas que requerem inteligência humana<sup>23</sup>.

A inteligência artificial também pode ser classificada de forma histórica e qualitativa. Esta última pode ser explicada segundo a teoria do filósofo Searle que distingue a IA entre forte e fraca. A inteligência artificial será considerada fraca quando os pesquisadores considerarem o computador como uma ferramenta poderosa para o estudo da mente humana<sup>24</sup>.

Já no caso da inteligência artificial forte a máquina poderá realizar as tarefas com ou sem a interferência humana, pois possui a capacidade cognitiva de raciocinar como se realmente fosse um cérebro humano. Um exemplo desse tipo de inteligência utilizado na área jurídica é o Alibi, que diante de um delito esse sistema faz um prognóstico das diferentes explicações que possa ter o comportamento do réu<sup>25</sup>.

## 4 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA NO ÂMBITO DO DIREITO

A inteligência artificial vem sendo utilizada em diversas áreas do conhecimento e está presente no cotidiano das pessoas. Mas apesar da revolução que essa tecnologia vem causando, o uso da inteligência artificial tem gerado preocupações ao redor do mundo pois não existe uma legislação específica regulamentando sobre o assunto<sup>26</sup>.

Devido essa falta de regulamentação em 2019 a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), publicou documento contendo princí-

El enfoque centrado en el comportamiento humano no debe ser una ciencia empírica, que incluya hipótesis y confirmaciones mediante experimentos. El enfoque racional implica una combinación de matemáticas e ingeniería. Cada grupo al mismo tiempo ha ignorado y ha ayudado al otro. A continuación revisaremos cada uno de los cuatro enfoques con más detalle. Sistemas que piensan como humanos «El nuevo y excitante esfuerzo de hacer que los computadores piensen... máquinas con mentes, en el más amplio sentido literal». (Haugeland, 1985) «[La automatización de] actividades que vinculamos con procesos de pensamiento humano, actividades como la toma de decisiones, resolución de problemas, aprendizaje...» (Bellman, 1978). Sistemas que piensan racionalmente «El nuevo y excitante esfuerzo de hacer que los computadores piensen... máquinas con mentes, en el más amplio sentido literal». (Haugeland, 1985) «[La automatización de] actividades que vinculamos con procesos de pensamiento humano, actividades como la toma de decisiones, resolución de problemas, aprendizaje...» (Bellman, 1978) «El estudio de las facultades mentales mediante el uso de modelos computacionales». (Char-niak y McDermott, 1985) «El estudio de los cálculos que hacen posible percibir, razonar y actuar». (Winston, 1992). Sistemas que actúan como humanos «El arte de desarrollar máquinas con capacidad para realizar funciones que cuando son realizadas por personas requieren de inteligencia». (Kurzweil, 1990) «El estudio de cómo lograr que los computadores realicen tareas que, por el momento, los humanos hacen mejor». (Rich y Knight, 1991). Sistemas que actúan racionalmente «La Inteligencia Computacional es el estudio del diseño de agentes inteligentes». (Poole et al., 1998) «IA... está relacionada con conductas inteligentes en artefactos». (Nilsson, 1998). NORVIG, Peter; STUART, Russel. **Inteligencia Artificial Un Enfoque Moderno**. 2ed. PEARSON EDUCACIÓN, S.A., Madrid, 2004. p. 2.

22 LUGER, George F. **Inteligência artificial**. Tradução: Daniel Vieira; revisão técnica Andréa Iabrudi Tavares. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 01.

23 ZAFFARI, Felipe Pozueco; ESPÍNDOLA, Jean Carlo de Borba. **Conceitos: o que é inteligência artificial**. In: BARONE, Dante Augusto Conte; BOESING, Ivan Jorge (Org.). **Inteligência artificial: diálogos entre mentes e máquinas**. Porto Alegre: Age/Evangraf, 2015. p. 119-146.

24 AMORIM, Paula Fernanda Patrício. **A Crítica de John Searle à Inteligência Artificial: uma abordagem em filosofia da mente**, 2014. 99f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Filosofia da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. p. 26.

25 RIBEIRO, Darci Guimarães. **O Novo Código de Processo Civil Presente e Futuro**. Londrina, Thoth, 2020. p.167

26 BLUMER, Marcell Brandenburg. **Um passo para a regulamentação da inteligência artificial no Brasil**. Migalhas, 13 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/350000/um-passo-para-a-regulamentacao-da-inteligencia-artificial-no-brasil> acesso em 17 ago. 2021.

pios que devem ser respeitados no desenvolvimento da tecnologia, assinados por 42 países, dentre os quais, o Brasil<sup>27</sup>.

No Brasil desde essa época, passaram a tramitar na Câmara de Deputados e no Senado Federal diversos Projetos que traziam em seu escopo uma tentativa de regulamentar tal questão, dentre os quais, o Projeto lei 21/20, aprovado para tramitar em regime de urgência pelo órgão no início do mês de agosto de 2021<sup>28</sup>.

A proposta estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, para todos os setores da sociedade. Também estabelece que o uso de IA deve ter como fundamentos o desenvolvimento tecnológico e inovação; a livre iniciativa e livre concorrência; o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos; a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e o respeito aos direitos trabalhistas; e a privacidade e a proteção de dados<sup>29</sup>.

No âmbito do Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça publicou no dia 25 de agosto de 2020 a resolução 332/20, inspirada na Carta Ética Europeia sobre o uso da IA nos sistemas judiciais e seu ambiente, que visa a adoção de medidas reguladoras para um uso ético, controlado e seguro da Inteligência Artificial (IA)<sup>30</sup>.

Com a edição dessa resolução 332/20, o CNJ demonstra que há uma real preocupação de garantir o uso ético, responsável e transparente dessa recente tecnologia, que possui um grande potencial de colaborar com a efetiva e célere prestação jurisdicional<sup>31</sup>.

O uso dessa tecnologia no judiciário iniciou com o intuito de retirar as tarefas meramente burocráticas e repetitivas dos servidores transferindo a máquina essas funções, a fim de possibilitar que as funções que exijam maior grau de cognição sejam realizadas com a devida atenção e cuidado<sup>32</sup>.

No cotidiano forense, verifica-se a aplicação da IA de forma externa como na tramitação e busca de dados, como leis, doutrinas e jurisprudência ou internamente na tomada de decisões. Os Algoritmos vem sendo utilizado a fim de agilizar o fluxo de processos no poder judiciário de forma célere e efetiva<sup>33</sup>.

27 BLUMER, Marceli Brandenburg. Um passo para a regulamentação da inteligência artificial no Brasil. Migalhas, 13.ago.2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/350000/um-passo-para-a-regulamentacao-da-inteligencia-artificial-no-brasil>. Acesso em 17.ago.2021.

28 PORTO, João. **Marco Legal da IA**: intenção é que seja aprovado ainda neste ano, diz relatora. Jota, 11.ago.2021. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/marco-legal-da-ia-relatora-11082021>. Acesso em 18.ago.2021

29 PORTO, João. **Marco Legal da IA**: intenção é que seja aprovado ainda neste ano, diz relatora. Jota, 11.ago.2021. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/marco-legal-da-ia-relatora-11082021>. Acesso em 18.ago.2021

30 CAMPOS, Gabriel Silva; SANTOS, Melissa Ribeiro. **A evolução trazida pelo CNJ na regulamentação do uso da Inteligência Artificial no Poder Judiciário**. Migalhas, 25.set.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333846/a-evolucao-trazida-pelo-cnj-na-regulamentacao-do-uso-da-inteligencia-artificial-no-poder-judiciario>. Acesso em 18.08.2021.

31 CAMPOS, Gabriel Silva; SANTOS, Melissa Ribeiro. **A evolução trazida pelo CNJ na regulamentação do uso da Inteligência Artificial no Poder Judiciário**. Migalhas, 25.set.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333846/a-evolucao-trazida-pelo-cnj-na-regulamentacao-do-uso-da-inteligencia-artificial-no-poder-judiciario>. Acesso em 18.08.2021.

32 RIBEIRO, Darci Guimarães. O Novo Código de Processo Civil Presente e Futuro. Londrina, Thoth, 2020, p.167.

33 “A IA pode ser aplicada externamente ou internamente na atuação jurisdicional. Na primeira hipótese, a encontramos na tramitação e busca de dados, como leis, doutrinas e jurisprudência, enquanto na segunda ela é aplicada na atividade mental que supõe a tomada de decisão”. RIBEIRO, Darci Guimarães. O Novo Código de Processo Civil Presente e Futuro. Londrina, Thoth, 2020, p.167.

Nessa esteira, e sobretudo com a ajuda da inteligência artificial, alguns tribunais já começaram a desenvolver ferramentas para otimizar a atuação e a prestação jurisdicional<sup>34</sup>.

Nos tribunais superiores destacam-se os projetos Victor no STF e Socrates, Athos<sup>35</sup> e e-juris<sup>36</sup> no STJ. O Victor fruto de uma parceria entre o STF e a Universidade de Brasília – UnB, utiliza do mecanismo de aprendizado de máquina a fim de dinamizar a avaliação do enquadramento dos recursos em relação aos principais temas de repercussão geral<sup>37</sup>.

A ferramenta LEIA (Legal Intelligent Advisor) desenvolvida pela empresa Softplan é um sistema que busca correlação semântica matemática do documento e indica aqueles processos que possuem maior nível de significância estatística com o algoritmo, utilizados pelos tribunais do Acre, Alagoas, Amazonas, Ceará e Mato Grosso do Sul para formação de precedentes, que são decisões que tratam sobre uma mesma questão jurídica, podendo servir como diretriz para o julgamento posterior de casos semelhantes<sup>38</sup>.

O sistema intitulado Sinapses do Tribunal de Justiça de Rondônia tem a capacidade de antecipar o que será utilizado no sistema ou texto. O modelo criado pelo tribunal já utilizou 44 mil despachos, sentenças e julgamentos de um magistrado para fazer o treinamento de uma Inteligência Artificial que classifique o tipo de movimento do processo judicial<sup>39</sup>.

O sistema Radar do Tribunal de Justiça de Minas Gerais permite a identificação e o acompanhamento de processos que tem caráter repetitivo. Com a implantação dessa ferramenta permitiu que a 8ª Câmara Cível do TJMG realizasse o julgamento massivo de 280 processos, procedimento até então inédito no Poder Judiciário brasileiro<sup>40</sup>.

34 RIBEIRO, Darci Guimarães; MAZZOLLA, Marcelo. **Processo e novas tecnologias nos tribunais: desafios e perspectivas**. Jota, 14.nov.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/processo-e-novas-tecnologias-nos-tribunais-desafios-e-perspectivas-14112019>. Acesso em: 25.ago.2021.

35 O projeto Socrates no STJ – Superior Tribunal de Justiça já se encontra em sua versão 2.0, entre as funções da ferramenta, está a apontar, de forma automática, o permissivo constitucional invocado para a interposição do recurso, os dispositivos de lei questionados e os paradigmas citados para justificar a divergência. Em relação ao sistema Athos, o objetivo é localizar processos que possam ser submetidos à afetação para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos **Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito**. Judiciário, Superior Tribunal de Justiça STJ, Brasília, 09.mar.2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 28.ago.2021.

36 O sistema e-Juris é utilizado pela Secretaria de Jurisprudência da corte superior na extração das referências legislativas e jurisprudenciais do acórdão, além da indicação dos acórdãos principal e sucessivos sobre um mesmo tema jurídico. **Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito**. Judiciário, Superior Tribunal de Justiça STJ, Brasília, 09.mar.2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 28.ago.2021.

37 MAIA FILHO, M. S.; JUNQUILHO, T. A. **Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, n. 3, p. 218-237, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587>. Acesso em: 26.ago.2021.

38 SILVA, Ricardo Augusto Ferreira; SILVA FILHO, Antônio Isidro. **Inteligência Artificial em Tribunais Brasileiros: Retórica ou Realidade?** Administration of Justice Meeting Enajus, 2020. Disponível em: <http://www.enajus.org.br/anais/assets/papers/2020/sessao-13/2-inteligencia-artificial-em-tribunais-brasileiros-reto-rica-ou-realidade.pdf>. Acesso em: 28.ago.2021.

39 **Primeiro lugar**: Sinapses, sistema criado pelo TJRO, é vencedor do Prêmio Inovação Judiciário Exponencial. Poder Judiciário do Estado de Rondônia Tribunal de Justiça, Rondônia, 14.out.2020. Disponível em: <https://tjro.jus.br/noticias/item/13357-primeiro-lugar-sinapses-sistema-criado-pelo-tjro-e-vencedor-do-premio-inovacao-judiciario-exponencial>. Acesso em: 28.ago.2021.

40 **Julgamento Virtual**. Ações Judiciais Relatório de Gestão, Judiciário, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/hotsites/relatorio-de-gestao-2018-a-2020/julgamento-virtual.htm#YS6deLBKJlU>. Acesso em: 28.ago.2021.

No TJPR o Projeto de Inteligência Artificial e Automação - PIAA teve início em 2019, esse sistema é utilizado para geração das minutas de solicitação judicial junto ao Bacenjud, a IA também está sendo implementada para a identificação de casos de prescrição, permitindo a extração, de forma automática dos dados de certidão de dívida ativa<sup>41</sup>.

Como pode ser visto, o Poder Judiciário tem investido no desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial. Entre fevereiro e agosto de 2020 eram 64 projetos de IA em funcionamento ou em processo de implantação, em 47 tribunais do país, além da Plataforma Sinapses do CNJ. O desenvolvimento dessas tecnologias no judiciário implica em racionalizar recursos, mão de obra e atividades, diante de uma demanda cada vez mais crescente<sup>42</sup>.

## 5 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES DELINEADO PELO CPC//15

As Cortes brasileiras têm enfrentado o desafio de uniformizar sua jurisprudência nos últimos anos, devido excesso de formalismo e entraves burocráticos. Essa preocupação com a segurança jurídica nos tribunais foi tratada, especialmente, a partir do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) que trouxe a ideia de uma teoria de precedentes<sup>43</sup>.

No sistema de precedentes do CPC/2015, não se consideram fundamentadas as decisões contrárias a enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*). Assim, o Código requer padronização e clareza das decisões judiciais em respeito a integridade do ordenamento jurídico<sup>44</sup>.

Dessa forma o Código visa a evitar que decisões judiciais discrepantes sejam proferidas sobre matérias semelhantes, conforme ainda é comum observarmos nos tribunais brasileiros. A seriedade sobre o tema é tamanha que o CPC/2015 poderá considerar como nula a decisão judicial que viole esses princípios. Logo, a partir dessa nova sistemática processual, a obrigação de uniformização da jurisprudência e preservação da sua “estabilidade, integridade e coerência” é clara e urgente<sup>45</sup>.

em: 29.08.2021.

41 TJPR utiliza Inteligência Artificial para acesso a informações do sistema BacenJud. Comunicação, Tribunal de Justiça do Paraná. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/11KI/content/tjpr-utiliza-inteligencia-artificial-para-acesso-a-informacoes-do-sistema-bacenjud/18319](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/tjpr-utiliza-inteligencia-artificial-para-acesso-a-informacoes-do-sistema-bacenjud/18319). Acesso em: 29.08.2021.

42 BANDEIRA, Regina. Pesquisa revela que 47 tribunais já investem em inteligência artificial. Notícias CNJ/Agência CNJ de Notícias, 02.mar.2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-revela-que-47-tribunais-ja-investem-em-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 29.ago.2021.

43 DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do Código de Processo Civil de 2015 – Novos Desafios. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/O-desafio-de-uniformizar-a-jurisprud%C3%Aancia-e-o-novo-cpc-via-final.pdf>. Acesso em: 29.ago.2021.

44 PFEIFENBERG, André Otávio. Uniformização Jurisprudencial: Análise Dos Artigos 926 E 927 Do Código De Processo Civil De 2015. Monografia, Faculdade de Direito, Centro Universitário Univates. Lajeado. 2016.

45 PFEIFENBERG, André Otávio. Uniformização Jurisprudencial: Análise Dos Artigos 926 E 927 Do Código De Processo Civil De 2015. Monografia, Faculdade de Direito, Centro Universitário Univates. Lajeado. 2016.

Entretanto, considerando a infinidade de pronunciamentos judiciais existentes em todo o país, como será possível fazer a compatibilização da jurisprudência de tribunais e cortes superiores? Como harmonizar precedentes que podem ser criados por cortes e por cada tribunal em cada Estado brasileiro, seja em sede recursal ou em outras demandas como IAC (Incidente de Assunção de Competência) e o IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)?

Neste sentido, os robôs podem efetivamente contribuir com o desenvolvimento do sistema de precedentes delineado pelo CPC/15, vários projetos de Inteligência Artificial dentro do Poder Judiciário visam garantir, justamente, essa harmonização da jurisprudência, além de conferir celeridade e redução de custos ao rito processual<sup>46</sup>.

Essa tecnologia pode ser utilizada na justiça brasileira para fornecer estatística seguras para compreensão até mesmo do conceito de jurisprudência dominante, mencionado no Novo Código de Processo Civil<sup>47</sup> e nos Regimentos Interno do Superior Tribunal<sup>48</sup> de Justiça e do Supremo Tribunal Federal<sup>49</sup>.

Segundo Professor Darci Ribeiro é fundamental saber se existe realmente uma jurisprudência dominante “para permitir o julgamento monocrático dos feitos nas cortes superiores, bem como para a edição de enunciados de súmulas e/ou modulação dos efeitos das decisões”<sup>50</sup>.

Evidente que esse gerenciamento do processo deve sempre ser validado pela figura do juiz, atendendo aos princípios da segurança jurídica, da igualdade entre as partes no litígio e da previsibilidade, conforme dispõe o próprio artigo 5º da Constituição Federal. Assim, a tecnologia pode contribuir de forma determinante para oferecer uma perspectiva mais objetiva de como certos temas são julgados pelo Poder Judiciário, possibilitando o aprimoramento da ordem jurídica e a concretização de direitos<sup>51</sup>.

46 MORAIS, Fausto Santos; SILVA, Eduarda Perini. A Aplicação da Jurisprudência via Inteligência Artificial. Disponível em: <https://soac.imed.edu.br/index.php/mic/xiiimic/paper/viewFile/1529/508>. Acesso em: 30.ago.2021.

47 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. (...) § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - Contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março De 2015. Institui Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 31.ago.2021.

48 Art. 34. São atribuições do relator: (...) XVIII - distribuídos os autos: b) negar provimento ao recurso ou pedido que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), regimento Interno. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 01.set.2021

49 Art. 21. São atribuições do Relator: (...) xx - praticar os demais atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e no Regimento. § 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que reputa competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil. BRASIL. Supremo Tribunal de Federal (STF), **regimento Interno**. Disponível em: Art. 21. São atribuições do Relator. Acesso em: 01set.2021

50 RIBEIRO, Darci Guimarães; MAZZOLLA, Marcelo. Processo e novas tecnologias nos tribunais: desafios e perspectivas. Jota, 14.nov.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/processo-e-novas-tecnologias-nos-tribunais-desafios-e-perspectivas-14112019>. Acesso em: 01.set.2021.

51 ALENCAR, Ana Catarina. A Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro: entendendo a nova “Justiça Digital” Turivius 02.dez.2020. Disponível em: <https://turivius.com/porta/inteligencia-artificial-no-poder-judiciario/>. Acesso em: 01.set.2021.

Ressalte-se que hoje as ferramentas de Inteligência artificial já existentes no âmbito do Poder Judiciário atuam neste propósito de garantir estabilidade, uniformidade e coerência à atuação de juízes e tribunais. Este propósito é a escolha do próprio legislador, conforme já consagrado no CPC/2015. Logo, existe fundamento jurídico para que a tecnologia auxilie as atividades jurisdicionais e há alinhamento entre o uso da tecnologia e os princípios constitucionais aplicáveis ao processo<sup>52</sup>.

Assim, no longo prazo, o uso da IA pelo Poder Judiciário levaria a menor subjetividade e decisionismo judicial, organizando o sistema de precedentes que o CPC/2015 busca erigir.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Inteligência Artificial como trazido à baila é um campo em desenvolvimento que está sendo pesquisado e aprimorado em grande escala nos últimos anos. Se trata de um ramo de pesquisa da ciência que busca construir mecanismos e/ou dispositivos que simulem a capacidade do ser humano de aprender, pensar e resolver problemas, ou seja, de ser inteligente.

A utilização dessa tecnologia no judiciário é uma realidade já vivenciada em vários tribunais do país. Atualmente há um investimento massivo com o intuito melhorar o sistema judiciário e trazer rapidez e eficiência na prestação dos serviços e melhor aplicação dos precedentes judiciais.

A criação dos precedentes e as previsões que fomentam sua difusão presentes no CPC/2015, por si só não suprem a necessidade do judiciário em reduzir a demanda existente e aumentar a qualidade de suas decisões.

Na ajuda para solver este problema vemos a possibilidade de os robôs corroborar efetivamente para contribuir com o desenvolvimento do sistema de precedentes delineado pelo CPC/15, compreender o conceito de jurisprudência dominante, bem como, compilar decisões judiciais, fundamentos legais e teses, conferindo uniformidade e eficiência à prestação jurisdicional.

Destarte, a inteligência artificial pode, em sinergia aos precedentes judiciais, trazer mudanças pontuais ao nosso judiciário a fim de que tenha uma nova aparência, de que os precedentes possam ser corretamente aplicados, que as decisões possam ser devidamente fundamentadas, em razão de todo trabalho mecânico e burocrático ser otimizado pela IA.

<sup>52</sup> ALENCAR, Ana Catarina. **A Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro**: entendendo a nova “Justiça Digital” Turivius 02.dez.2020. Disponível em: <https://turivius.com/porta1/inteligencia-artificial-no-poder-judiciario/>. Acesso em: 01.set.2021.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Catarina. A Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro: entendendo a nova “Justiça Digital” Turivius 02.dez.2020. Disponível em: <https://turivius.com/portal/inteligencia-artificial-no-poder-judiciario/>. Acesso em: 01.set.2021.

AMORIM, Paula Fernanda Patrício. A Crítica de John Searle à Inteligencia Artificial: uma abordagem em filosofia da mente, 2014. 99f. Dissertação (Mestrado em Filosofia)- Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Filosofia da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014.

BANDEIRA, Regina. Pesquisa revela que 47 tribunais já investem em inteligência artificial. Notícias CNJ/Agência CNJ de Notícias, 02.mar.2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-revela-que-47-tribunais-ja-investem-em-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 29.ago.2021.

BARBOSA, Xênia de Castro; BEZERRA, Ruth Ferreira. **Breve Introdução À História Da Inteligência Artificial**. v. 4, n. 2, Jamaxi, UFAC, 2020.

BLUMER, Marceli Brandenburg. **Um passo para a regulamentação da inteligência artificial no Brasil**. Migalhas, 13.ago.2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/350000/um-passo-para-a-regulamentacao-da-inteligencia-artificial-no-brasil> acesso em 17.ago.2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março De 2015. **Institui Novo Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da Republica, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 31.ago.2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ), **regimento Interno**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 01.set.2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Federal (STF), **regimento Interno**. Disponível em: Art. 21. São atribuições do Relator. Acesso em: 01set.2021

CAMPOS, Gabriel Silva; SANTOS, Melissa Ribeiro. **A evolução trazida pelo CNJ na regulamentação do uso da Inteligência Artificial no Poder Judiciário**. Migalhas, 25.set.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333846/a-evolucao-trazida-pelo-cnj-na-regulamentacao-do-uso-da-inteligencia-artificial-no-poder-judiciario>. Acesso em 18.ago.2021.

CUI, Yadong. **Artificial Intelligence and Judicial Modernization**. China edition Shanghai People’s Publishing House, 2020.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. **O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do Código de Processo Civil de 2015 – Novos Desafios**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/O-desafio-de-uniformizar-a-jurisprud%C3%Aancia-e-o-novo-cpc-via+final.pdf>. Acesso em: 29.ago.2021.

ENGELMANN, Wilson; FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. **Inteligência Artificial Aplicada À Decisão Judicial: O Papel dos Algoritmos no Processo de Tomada de Decisão**. Revista jurídica (furb), Blumenau, v. 24, n. 54, p. 1-27, mai./ago.2020. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/8274/4839>. Acesso em: 21.ago.2021.

Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito. Judiciário, Superior Tribunal de Justiça -STJ, Brasília, 09.mar.2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 28.ago.2021.

**Julgamento Virtual**. Ações Judiciais Relatório de Gestão, Judiciário, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/hotsites/relatorio-de-gestao-2018-a-2020/julgamento-virtual.htm#.YS6deLBKjIU>. Acesso em: 29.08.2021.

LASSALLE, Jose María. **Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolucion digital**. 1ª edição, Arpa & Alfil Editores, Barcelona, 2019.

LUGER, George F. **Inteligência artificial**. Tradução: Daniel Vieira; revisão técnica Andréa Iabrudi Tavares. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

MAIA FILHO, M. S.; JUNQUILHO, T. A. **Projeto Victor**: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, n. 3, p. 218-237, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587>. Acesso em: 26.ago.2021.

MELO, Jairo. **Inteligência artificial: uma realidade no Poder Judiciário**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, 2020 Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial>. Acesso em: 20.ago.2021

METZ, Cade. **Google Just Open Sourced TensorFlow, Its Artificial Intelligence Engine. Business**. 1.set.2015 Disponível em: <https://www.wired.com/2015/11/google-open-sources-its-artificial-intelligence-engine/>. Acesso em: 18.ago.2021

MORAIS, Fausto Santos; SILVA, Eduarda Perini. **A Aplicação da Jurisprudência via Inteligência Artificial**. Disponível em: <https://soac.imed.edu.br/index.php/mic/xiiimic/paper/viewFile/1529/508>. Acesso em: 30.ago.2021.

MUNERA, Luis Eduardo. **Inteligencia Artificial Y Sistemas Expertos**. Revista ICE-SI, Colombia, v. 38, p.09-28, mar. 1991 disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229158562.pdf>. Acesso em: 12.ago.2021

NORVIG, Peter; STUART, Russel. **Inteligencia Artificial Un Enfoque Moderno**. 2ed. Pearson Educación, S.A., Madrid, 2004.

PAUL, Paulo. **O Direito do Trabalho a partir das Implicações Decorrentes da Inteligência Artificial**. BRAVO, Alvaro Sanchez. Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales. Editado por Alvaro Sanchez Bravo. 2020.

PFEIFENBERG, André Otávio. **Uniformização Jurisprudencial: Análise Dos Artigos 926 E 927 Do Código De Processo Civil De 2015**. Monografia, Faculdade de Direito, Centro Universitário Univates. Lajeado. 2016.

PORTO, João. **Marco Legal da IA**: intenção é que seja aprovado ainda neste ano, diz relatora. Jota, 11.ago.2021. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/marco-legal-da-ia-relatora-11082021>. Acesso em 18.ago.2021.

**Primeiro lugar**: Sinapses, sistema criado pelo TJRO, é vencedor do Prêmio Inovação Judiciário Exponencial. Poder Judiciário do Estado de Rondônia Tribunal de Justiça, Rondônia, 14.out.2020. Disponível em: <https://tjro.jus.br/noticias/item/13357-primeiro-lugar-sinapses-sistema-criado-pelo-tjro-e-vencedor-do-premio-inovacao-judiciario-exponencial>. Acesso em: 28.ago.2021.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **O Novo Código de Processo Civil Presente e Futuro**. Londrina, Thoth, 2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães; MAZZOLLA, Marcelo. Processo e novas tecnologias nos tribunais: desafios e perspectivas. Jota, 14.nov.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/processo-e-novas-tecnologias-nos-tribunais-desafios-e-perspectivas-14112019>. Acesso em: 25.ago.2021.

SILVA, Ricardo Augusto Ferreira; SILVA FILHO, Antônio Isidro. Inteligência Artificial em Tribunais Brasileiros: Retórica ou Realidade?. Administration of Justice Meeting Enajus, 2020. Disponível em: <http://www.enajus.org.br/anais/assets/papers/2020/sessao-13/2-intelige-ncia-artificial-em-tribunais-brasileiros-reto-rica-ou-realidade.pdf>. Acesso em: 25.ago.2021.

TJPR utiliza Inteligência Artificial para acesso a informações do sistema BacenJud. Comunicação, Tribunal de Justiça do Paraná. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/11KI/content/tjpr-utiliza-inteligencia-artificial-para-acesso-a-informacoes-do-sistema-bacenjud/18319](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/tjpr-utiliza-inteligencia-artificial-para-acesso-a-informacoes-do-sistema-bacenjud/18319). Acesso em: 29.08.2021.

ZAFFARI, Felipe Pozueco; ESPÍNDOLA, Jean Carlo de Borba. Conceitos: o que é inteligência artificial. In: BARONE, Dante Augusto Conte; BOESING, Ivan Jorge (Org.). Inteligência artificial: diálogos entre mentes e máquinas. Porto Alegre: Age/Evangraf, 2015

# **CAPÍTULO 18**

---

## **A SIMBIOSE ENTRE O HOMEM E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO PROMOTORA DA CONSTRUÇÃO DO “INÉDITO VIÁVEL” NO DIREITO CONTEMPORÂNEO**

Ulisses Juliano da Silva<sup>1</sup>

DOI: 10.46898/rfb.9786558893172.18

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS; Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Público - IDP; Especializando em Inteligência Artificial e Machine Learning pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF; Professor Titular no Centro Universitário Brasília e nas Faculdades Integradas - União Pioneira de Integração Social - UPIS; Advogado; Pesquisador no Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, sob coordenação da Prof. Dra. Denise Pires Fincato. [uli.mestrado@gmail.com](mailto:uli.mestrado@gmail.com); <http://lattes.cnpq.br/2960013771949383>

## 1 INTRODUÇÃO

Smartphones, sistema de ar-condicionado, aspiradores, relógios, carros autônomos, compras e publicidade online, robôs inteligentes. melhorias neurotecnológicas do cérebro, edição genética, traduções automáticas, cibersegurança, otimização de produtos e modos de venda, agricultura inteligente, robôs usados em fábricas e hospitais, redes sociais com bilhões de usuários conectados, são alguns dos exemplos de como a IA afeta as nossas vidas.

A evidência da mudança dramática está ao nosso redor e está acontecendo em velocidade exponencial. Inegavelmente a Inteligência Artificial (IA) está impactando a sociedade de forma intensa e definitiva. Em razão disso, organizações, empresas, governos e instituições desenvolvem iniciativas para estabelecer princípios éticos para a adoção de IA socialmente benéfica<sup>1</sup>.

Ante esse novel, no dia 30.04.2022, foi instalada a comissão de juristas que irá elaborar um projeto de regulação da IA no Brasil. A relatora, a jurista Laura Schertel, adiantou que experiências de regulação como as existentes na União Europeia serão estudadas como fonte de inspiração para aplicação no Brasil.

Schertel<sup>2</sup>, em seu discurso, destaca que a comissão tratará de contextos econômico-sociais e benefícios da IA; desenvolvimento sustentável e bem-estar; inovação; pesquisa e desenvolvimento da IA (fundos de recursos e parcerias público-privadas); segurança pública; agricultura; indústria; serviços digitais; tecnologia da informação; e robôs de assistência à saúde. Serão levados em consideração os contextos com o uso de dados pessoais e sem o uso de dados pessoais, e questões ligadas à mineração de dados.

Sob este prisma, temos as “situações-limites”, termo cunhado por Paulo Freire ao expor situações nas quais ainda não foram pensadas soluções, portanto, para superá-las era preciso constituir os “inéditos viáveis”.

Por conseguinte, apresenta-se um panorama do impacto da Inteligência Artificial no direito contemporâneo. Através da visão de grandes pensadores, aborda-se o desejo da sociedade em construir um Direito que abarque em seus princípios o interesse dos cidadãos e a pacificação social de forma eficaz.

Por fim, aborda-se os desafios que estão sendo enfrentados para que a relação

1 A Comissão Europeia publicou o “Livro Branco Sobre Inteligência Artificial” em 2020, visando definir opções políticas sobre como alcançar os objetivos de impulsionar o uso da IA e como abordar os riscos relacionados as aplicações desses novos recursos tecnológicos. a Comissão Europeia publicou o “Livro Branco Sobre Inteligência Artificial” em 2020, visando definir opções políticas sobre como alcançar os objetivos de impulsionar o uso da IA e como abordar os riscos relacionados as aplicações desses novos recursos tecnológicos. COMISSÃO EUROPEIA. Livro Branco sobre a inteligência artificial: uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança. Disponível em [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_pt.pdf) Acesso em 22.02.2022.

2 AGÊNCIA SENADO. Brasil poderá ter marco regulatório para a inteligência artificial. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/03/30/brasil-podera-ter-marco-regulatorio-para-a-inteligencia-artificial>. Acesso em 30.03.2022.

entre o homem e a IA seja a mais produtiva possível gerando efeitos positivos na evolução do Direito, bem como em sua aplicabilidade no cotidiano do cidadão comum.

A presente pesquisa visa a problematizar e discutir o impacto da inteligência artificial na construção do direito contemporâneo sob o paradigma da simbiose entre humanos e tecnologias, bem como as implicações sociais, éticas e jurídicas.

A justificativa da relevância temática se traduz na reflexão imperativa sobre a realidade que se descortina com os avanços recentes de inteligência artificial que estão revolucionando o universo jurídico, perscrutando as possibilidades de criação de caminhos alternativos dentro do processo jurisdicional de forma colaborativa, orgânica e inclusiva entre o homem e a máquina, visando a ampliação das habilidades humanas e não sua substituição.

Intenta-se com a presente reflexão praticar o verbo “esperançar” no contexto do educador Paulo Freire, qual seja: *“Esperançar é ser capaz de buscar o que é viável para fazer o inédito. Esperançar significa não se conformar”*.

## 2 SITUAÇÕES-LIMITES E O INÉDITO VIÁVEL NA BUSCA PELO DIREITO

Na contemporaneidade estamos em uma sociedade líquida<sup>3</sup> e hipermoderna<sup>4</sup>, vivenciamos um mundo em um constante processo de autoconstrução e desconstrução, numa mobilidade e mutabilidade de nossos códigos, de nossas consciências, reações e interpretações.

Portanto, é preciso encontrar soluções inovadoras para desafios inéditos. Nessa esteira, temos a inteligência artificial não apenas como uma facilitadora, mas também como uma promotora de novos e infundáveis caminhos para a construção do Direito em uma sociedade em constante ebulição.

A visão histórica da evolução do Direito revela os percalços e descaminhos que o ser humano precisou enfrentar e superar para manifestar suas intenções e estabelecer os princípios basilares necessários para a organização racional de uma sociedade em desenvolvimento, dependente de constante aprimoramento das normas, com o fito na promoção de valores que atendam às necessidades quotidianas dos cidadãos.

Em tempo, iniciemos a caminhada com Paulo Freire<sup>5</sup> para a compreensão do

3 O conceito de modernidade líquida foi desenvolvido pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman e diz respeito a uma nova época em que as relações sociais, econômicas e de produção são frágeis, fugazes e maleáveis, como os líquidos. O conceito opõe-se, na obra de Bauman, ao conceito de modernidade sólida, quando as relações eram solidamente estabelecidas, tendendo a serem mais fortes e duradouras. in BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

4 Hipermodernidade é o termo criado pelo filósofo francês Gilles Lipovetsky para delimitar o momento atual da sociedade humana. O termo “hiper” é utilizado em referência a uma exacerbação dos valores criados na Modernidade, atualmente elevados de forma exponencial. O termo Hipermodernidade como ideia de exacerbação da Modernidade surgiu em meados da década de 1970 e ganhou destaque em 2004 graças ao estudo de autores franceses e ao livro *“Os tempos hipermodernos”* de Lipovetsky com a colaboração de Sébastien Charles.

5 Em nove de suas obras, Paulo Freire aborda o “inédito viável”. Tal conceito não está aprisionado pelas referências teóricas,

inédito viável como conceito chave para a produção de conhecimentos e fomento de transformações, especialmente na construção do Direito.

Para compreender o inédito viável, é imprescindível entender o que vem a ser as “situações-limites”. Freire<sup>6</sup> nos ensina que tais situações se “apresentam aos homens como se fossem determinantes históricas, esmagadores, em face das quais não lhes cabe outra alternativa, senão adaptar-se”.

Tal raciocínio coaduna-se com a conceituação de Freire do termo “consciência”, onde, para o autor, o ser humano, ao assumir-se como sujeito, faz e refaz o mundo.

O pensador esclarece que “a conscientização é o teste de realidade. Quanto mais nos conscientizamos, mais ‘desvelamos’ a realidade, e mais aprofundamos a essência fenomênica do objeto diante do qual nos encontramos, com o intuito de analisá-lo”<sup>7</sup>.

Em outras palavras, a conscientização só existe na *práxis*, e não num ‘estar diante da realidade’. Essa unidade dialética constitui, o modo de ser, ou de transformar o mundo.

Desta forma, o homem não chega a transcender as “situações-limites”, mas além delas e em relação com elas, cria o “inédito viável”. Nesse sentido, Freire<sup>8</sup> postula que no momento em que os homens percebem as “situações-limites” não mais como uma “fronteira entre o ser e o nada, mas como uma fronteira entre o ser e o mais ser, se fazem cada vez mais críticos na sua ação, ligada àquela percepção. Percepção em que está implícito o inédito viável como algo definido, a cuja concretização se dirigirá, sua ação”.

Ana Freire<sup>9</sup>, conceitua o termo como “uma coisa inédita, ainda não claramente conhecida e vivida, mas quando se torna um ‘percebido destacado’ pelos que pensam utopicamente, o problema não é mais um sonho, ele pode se tornar realidade”<sup>10</sup>.

Em epítome, as situações-limites colocam o homem diante do inédito viável, ou seja, em se conscientizando da realidade, o sujeito se movimenta em relação ao objeto de forma propositiva fazendo emergir a criação de novas percepções da realidade, as quais permitem a identificação de ações possíveis, que antes não eram presumidas como soluções.

---

éticas e políticas do autor, mas como um ponto de referência, à mercê da dinâmica dos diferentes contextos em que são lidos.

6 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 60-61.

7 FREIRE, Paulo. *Conscientização*. São Paulo: Cortez, 2016. p. 56-57)

8 FREIRE, P., 1987. p. 60.

9 Trata-se da esposa de Paulo Freire que foi casada com ele desde 1988. Como ela adotou o seu sobrenome e utilizamos algumas de suas produções (ela organizou algumas das obras de Freire, escreveu as notas explicativas de outros, assim como também produziu textos aportando ao trabalho dele).

10 FREIRE, Ana. M. A. Notas explicativas. In: FREIRE, Paulo (Org). *Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. 21ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 273.

Impossível não fazer um liame entre o raciocínio de Freire e o de Von Ihering, no que se refere a conceituação do “homem jurídico”. Para o jurista alemão<sup>11</sup>, o homem jurídico “não se define propriamente na relação de direitos e deveres, mas no ambiente subjetivo das esperanças: as esperanças que não se definem no direito posto, mas no direito pressuposto”.

A saber, o Direito realiza uma evolução involuntária, inconsciente e orgânica, que se processa de dentro para fora, isto é, na assimilação dos anseios dos indivíduos e na tradução destes em normas jurídicas no contexto social.

Neste sentido, a inteligência artificial pode ser identificada como a libertação do indivíduo para um novo mundo, pois desenvolve a assimilação do óbvio e da rotina previsível, a desconstrução de burocracias infundáveis, a inovação do trabalho em equipe, a redefinição da concorrência, entre tantas outras faculdades. Esse caminho é irreversível.

O poder da inteligência artificial não está apenas na automação, mas na liberdade dada ao ser humano para criar e recriar interpretações novas em torno dos casos jurídicos cada vez mais complexos.

Para o professor italiano Eusebi Colàs Neila<sup>12</sup>, precisamos ter a “plena consciência de estarmos vivendo durante uma era de transformação, e não em uma sociedade transformada”.

### 3 DAS MÁQUINAS DE HEFAISTO A MACHINE LEARNING

Para compreender a maneira em que a IA pode contribuir para o desenvolvimento do Direito é necessário revisar sua história. É sabido que os seres humanos já utilizam máquinas inteligentes durante um período entre 2.000 e 3.000 anos. Foram encontradas representações de criações robóticas no Talmude<sup>13</sup>, nos versos da Ilíada<sup>14</sup> e Odisseia<sup>15</sup>, nas visões do Leviatã de Hobbes e nas máquinas de Da Vinci.

A maioria dos analistas situam o nascimento da IA moderna na década de

11 IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. p. 10.

12 Colàs Neila, Eusebi (2011) *Fundamental Rights of workers in the Digital Age: A methodological approach from a case study*. Disponível em: <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Fundamental-Rights-of-workers-in-the-Digital-Age-A-methodological-approach-from-a-case-study-/2346.aspx> Acesso em 15.09.2021.

13 Conjunto de livros sagrados dos judeus, encontram-se as narrativas que restauram a acepção inicial do Golem, de um homem incompleto e inacabado. A maioria das narrativas que segue o esquema do mito de Golem compartilha essas sequências, mesmo que apresentem variações decorrentes do contexto sociocultural. Com base em alguns mitos, um aspecto que diferencia o Golem é a relação entre criador e criatura, em muitas dessas lendas, o Golem é uma espécie de servo fabricado para realizar trabalhos árduos ou proteger o homem. OLIVEIRA, Juliana M. da S., *A vida das máquinas: o imaginário dos autômatos em o método de Edgar Morin*. São Paulo: Editora USP, 2019. p. 80.

14 Nas narrativas míticas, os primeiros autômatos teriam sido fruto do trabalho artesanal de Hefáisto. Porém, pouco se sabe sobre esses artefatos que se moviam por força própria, pois o mito – ou o registro do mito que sobreviveu ao tempo – não fornece detalhes da fabricação, nem das relações que o ferreiro com eles estabelecia. Sabemos apenas que eram “estátuas de ouro que se assemelhavam a moças dotadas de vida”. HOMERO. *Ilíada (em versos)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004a. p. 422, Canto XVIII, versos 417-419.

15 Hefáisto foi ainda o fabricante de Talos, um gigante de bronze, espécie de ciborgue, parte homem, parte robô, que fazia a ronda de Creta três vezes ao dia. Esse autômato impedia que qualquer um se aproximasse da ilha ou dela saísse sem a permissão do rei. No caso de insistência, os intrusos eram apedrejados ou queimados vivos pelo gigante de bronze, que tinha apenas um ponto fraco: uma pequena veia localizada próxima ao pé. HOMERO, *Odisseia*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004b, p. 126 Canto VII, versos 91-94.

1950, relacionando-o com a famosa formulação de prova de Turing (cujo objetivo era distinguir entre o comportamento humano e o da máquina) e com a Conferência de Dartmouth de 1956, quando McCarthy, Minsky, Rochester e Shannon, propuseram o projeto de pesquisa de verão da universidade de Dartmouth sobre Inteligência Artificial<sup>16</sup>, que definiu muitas das direções gerais no campo de IA durante as décadas seguintes.

Quase imediatamente, iniciou-se o debate ético sobre as capacidades e aplicações dos sistemas de IA que trouxeram oportunidade e os riscos para a sociedade. Ainda na década de 1960, Arthur L. Samuel<sup>17</sup> e Norbert Wiener<sup>18</sup>, já apresentavam argumentações sobre a importância de se estabelecer princípios éticos para a implementação de IA antevendo benefícios e riscos sociais.

Nas décadas de 1990 e 2000, o progresso tecnológico se centrou na proliferação de informação por meio de conexões de internet, base de dados e celulares. Isso produziu uma sobrecarga de informação, que na década seguinte derivou a busca de soluções computacionais para dar sentido a imensidão de dados.

Em 2012, Geoffrey Hinton e seus colaboradores surpreenderam o mundo acadêmico demonstrando o poder das redes neurais convolucionais profundas usadas para a classificação de imagens. Estas não se baseavam em sistemas inteligentes alimentados com padrões identificados (conhecimento, gramática, regras de decisões entre outros), mas sim em algoritmos de aprendizagem de máquina (*machine learning*) que descobrem padrões<sup>19</sup>.

Um dos principais objetivos dos modernos sistemas de IA é distinguir e extrair padrões de dados para construir seu próprio conhecimento. Em outras palavras, em contraste com os sistemas inteligentes baseados em conhecimento da década de 1980, os novos sistemas adotaram um enfoque de aprendizagem muito mais parecido com o das crianças, que aprendem por meio de exemplos e não de regras<sup>20</sup>.

Desde a década de 1950, entidades como IBM, o Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT) e a Agência de Investigação de Projetos Avançados de Defesa (DARPA), trabalham na codificação das regras de tradução, de gramática e vocabulário nos

16 MCCARTHY, J., MINSKY, M., ROCHESTER, N., e SHANNON, C. E. *A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence*. August 31, 1955. *AI Magazine* 27. Disponível em <http://raysolomonoff.com/dartmouth/boxa/dart564props.pdf>. Acesso em 14.03.2022.

17 SAMUEL, Arthur L. *Some Moral and Technical Consequences of Automation – A Refutation*. Disponível em <https://www.science.org/doi/10.1126/science.132.3429.741>. Acesso em 20.03.2022.

18 WIENER, Norbert. *Some Moral and Technical Consequences of Automation*. Disponível em <https://www.cs.umd.edu/users/gasarch/BLOGPAPERS/moral.pdf>. Acesso em 20.03.2022.

19 ALLEN, K. (2015), “How a Toronto professor’s research revolutionized artificial intelligence”, *The Star*, Toronto, 17 de abril <https://www.thestar.com/news/world/2015/04/17/how-a-toronto-professors-research-revolutionized-artificial-intelligence.html>.

20 Os sistemas inteligentes se centraram em automatizar os conhecimentos adquiridos pelos humanos e incorporar as regras resultantes no código. Por exemplo, para conhecer um navio, ensinaram as máquinas as regras que definem um navio (formato, tamanho, entre outros). Porém, os cérebros das crianças não aprendem mediante essas regras, mas sim por assimilação de diferentes objetos classificados como navios. Os critérios de classificação resultantes são mais flexíveis e naturais que as regras predefinidas. in HALEVY, A., P. NORVIG Y F. PEREIRA, “*The unreasonable effectiveness of data*”, *IEEE Intelligent Systems*, vol. 24, Nº 2, Piscataway, Instituto de Ingenieros Electricistas y Electrónicos, marzo-abril, (2009).

sistemas de IA. Em 2006, o Google Translate lançou um motor estatístico de tradução baseado na aprendizagem de máquina, que não se aplica regras gramaticais, mas sim que se alimenta com um corpo de texto bilingue de mais de 150 a 200 milhões de palavras e dos corpos monolíngues de mais de 1.000 milhão de palavras cada um<sup>21</sup>. A máquina aprende as relações por si mesmas. Como resultado, o Google Translate admite mais de 100 idiomas em vários níveis e atende a mais de 500 milhões de usuários por dia.

Assim como uma criança aprende a associar palavras a conceitos, se ensina a uma máquina a converter certos fatores em determinados resultados. O detalhe da relação entre fator-produto depende da máquina. Por exemplo, são fornecidas imagens de um indivíduo à IA e a máquina associa as características faciais da pessoa a esse indivíduo<sup>22</sup>.

A cada três anos se dispõe de mais informações novas que as criadas em toda a história<sup>23</sup>. O único modo de gerenciar toda essa informação é por meio do uso de tecnologias digitais. O aumento da capacidade computacional fez com que fosse possível a implementação de algoritmos cada vez mais complexos, potentes e flexíveis. Ao mesmo tempo, a ampla disponibilidade de dados deu lugar a grandes avanços no campo da IA. Os dados estão, por tanto, no centro desta transformação.

Essa capacidade de IA para aprender se conhece como aprendizagem de máquina e permite que os computadores resolvam problemas que requerem certa compreensão do mundo real e tomem decisões circunstanciais e subjetivas. A aprendizagem supõe que as máquinas podem encontrar padrões diferentes dos geralmente assimilados por cérebros humanos<sup>24</sup>.

O doutrinador Darci Guimarães Ribeiro, admoesta que estamos vivendo uma revolução silenciosa ao adentrarmos na pós-humanidade, que é a ideologia da inteligência artificial. Para Ribeiro, “o avanço tecnológico é o único instrumento capaz de satisfazer uma demanda cada vez maior e mais exigente. O problema com o futuro é que ele está se transformando no presente”<sup>25</sup>.

#### 4 A SIMBIOSE ENTRE O HOMEM E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

A cooperação humana é a coisa mais poderosa da história. Cooperar com

21 Och, F. (2005), Statistical machine translation: foundations and recent advances, Documento apresentado na Décima Cumbre de Traducción Automática, Phuket, 12 a 16 de septiembre Disponível em <http://www.mt-archive.info/MTS-2005-Och.pdf>. Acesso em 20.02.2022.

22 CEPAL. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Datos, algoritmos y políticas: la redefinición del mundo digital (LC/MSI.6/4)*, Santiago, 2018. p. 173.

23 CEPAL... 171.

24 CEPAL... p. 169-176.

25 RIBEIRO, Darci G. *O novo processo civil brasileiro: presente e futuro*. Londrina/PR: Toth, 2020. p. 160. e-book

máquinas inteligentes definirá a próxima era da história. Tal colaboração já está tão imbrincada entre o homem e a inteligência artificial, que se dá de modo quase imperceptível a tal ponto, que milhares de profissionais sequer imaginam vivenciar uma realidade.

Usamos o Tinder para encontrar um parceiro. Posteriormente utilizamos o Foursquare para escolhermos o restaurante. Passo seguinte, chamamos um carro pelo UBER que, por sua vez, utiliza o Waze para decidir qual o melhor caminho. As escolhas que fazemos são o resultado das decisões que tomamos em parceria com a máquina e isso só vai aumentar.

Inegavelmente o Direito contemporâneo tem alcançado todas as relações sociais. Neste cenário, a inteligência artificial tem sido utilizada largamente pelos operadores do direito no construto da jurisprudência que determina e impacta o presente e o futuro dos cidadãos. A transição para a era da inteligência artificial já está estabelecida, o que se discute são os limites, riscos e benefícios que advém desta simbiose.

Os executivos Paul Daugherty e H. James<sup>26</sup>, aduzem que “os sistemas de inteligência artificial não estão apenas automatizando muitos processos, tornando-os mais eficientes, eles agora estão permitindo que pessoas e máquinas trabalhem de forma colaborativa de maneiras inovadoras”.

Diante da inevitabilidade do uso de inteligência artificial, o viés regulatório (oportunidade, alcances, capacidade) deve ser visto como um elemento crítico para a otimização de benefícios, freio de riscos e posicionamento estratégico do país.

Atento a essa reinvenção da maneira como estamos construindo o Direito, o Conselho Nacional de Justiça, em 21 de agosto de 2020, por meio da Resolução nº 332<sup>27</sup>, e posteriormente pela Portaria nº 271/2020<sup>28</sup>, estabeleceu os parâmetros pelos quais a IA deve ser aplicada no Poder Judiciário, considerando que a mesma deve contribuir com a agilidade e coerência do processo de tomada de decisão, versando sobre os direitos fundamentais, a publicidade e transparência, bem como a segurança e a responsabilização.

Ademais, diversos sistemas de IA estão sendo utilizados pelo Poder Judiciário Brasileiro, cabe destacar os mais famosos: VICTOR (utilizado no STF para analisar a repercussão geral; BEM-TE-VI, utilizado pelo TST para análise de tempestividade e competência; SÓCRATES, implementado pelo STJ para realizar análises semânticas, triagem de processos e levantamento de dados para a tomada de decisões; ALICE e MÔNICA, sistemas utilizados pelo TCU que analisam editais de licitação, atas de pre-

26 DAUGHERTY, Paul R; WILSON, H. James. *Humano + máquina: reinventando o trabalho na era da IA*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019. p. 13 e 14.

27 CNJ – Resolução nº 332 de 21/08/2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em 20.08.2021.

28 CNJ – Portaria nº 271/2020 de 04/12/2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>. Acesso em 20.08.2021.

ços e até relatórios dos auditores do tribunal.

Além destes, dezenas de sistemas de IA estão sendo implementados nos tribunais pátrios promovendo uma verdadeira revolução na prestação jurisdicional substituindo seres humanos em trabalhos custosos e repetitivos, possibilitando assim a liberdade do homem para trabalhar colaborativamente com os sistemas buscando a efetividade e a razoável duração do processo, traduzindo assim, o anseio da sociedade.

Evidentemente, tal simbiose não ocorre apenas no âmbito do Poder Judiciário, mas também impactam diretamente no exercício da advocacia que utiliza diversos sistemas de inteligência artificial para a efetividade de sua atividade, senão vejamos: ROSS, sistema que compreende demandas apresentadas e apresenta teses e hipóteses; ELI, um assistente personalizado, dedicado a otimizar processos, realizando diversas tarefas; STIVE, cria milhões de estratégias de negociação, bem como histórias coerentes a partir dos dados do processo; ALIBE, oferece teses de defesa; DATA MINING, identifica até 64% das situações/probabilidades para elucidar um crime.

Para o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Fabiano Hartmann Peixoto<sup>29</sup>, são várias as capacidades de sistemas de IA que podem ser úteis para o campo do Direito, tais como reconhecer objetos/pessoas; converter linguagem/imagem em texto; extrair sentido da linguagem e transmitir significado através de sentenças geradas; ordenar informações de uma forma prática; combinar informações para alcançar conclusões; programar uma sequência de ações para cumprir.

Peixoto esclarece que para o Direito, os sistemas de IA podem ser desenvolvidos e utilizados para comodidade e incremento de desempenho. Desde análises e revisões de documentos; reunião e organização de informações estratégicas; pesquisa jurídica e predição de decisões para determinada tese; *compliance* e planejamentos sobre passivos, análise e otimização de diligências; ampliação de canais de comunicação e inserção profissional. São algumas das áreas do Direito que já relatam experiências com o apoio da IA<sup>30</sup>.

Nesse sentido, a IA justifica-se quando observa os princípios estruturantes da jurisdição e do processo, contribuindo com celeridade, qualidade, profundidade e sensibilidade.

Por décadas, os softwares foram tipicamente considerados ferramentas de trabalho, usualmente separados dos trabalhadores humanos, que realizavam tarefas específicas. Para os executivos, essa tarefa específica fazia parte de uma cadeia de trabalho rígida e fixa que geralmente incluía pessoas realizando outras tarefas predefinidas.

Ademais, os softwares de inteligência artificial colaborativos são equipados

<sup>29</sup> PEIXOTO, Fabiano H. *Direito e inteligência artificial: referenciais básicos*. Brasília/DF, Ed. do Autor, 2020. p. 23. e-book

<sup>30</sup> PEIXOTO,.... p. 23-24.

com a capacidade de “sentir o ambiente”, analisar, agir e aprender para contribuir com os humanos produzindo uma vasta e impressionante variedade de teses, precedentes e jurisprudências, bem como apontando soluções propositivas para o processo.

Neste momento, é imperioso definir o conceito de “construção do direito”. Para tanto, aproveitamos o acurado raciocínio do eminente doutrinador Dr. Darci Guimarães Ribeiro<sup>31</sup> que ensina que “a construção do direito se estabelece por meio do processo através da participação da sociedade, reconhecendo a importância do contraditório processual”.

O eminente jurista vai além e assevera que no processo judicial contemporâneo “as partes são protagonistas, juntamente com o juiz, na criação de seu próprio direito. Por isso, as partes colaboram e devem cooperar com o juiz, praticando atos que possam influenciá-lo na construção da decisão”<sup>32</sup>.

Diante deste cenário, a utilização da inteligência artificial de forma colaborativa com o ser humano “contribui para a aplicação de um direito mais célere, adequado e solidário, capaz de libertar os operadores do direito da sufocante massificação dos milhares de processos”<sup>33</sup>.

O sistema jurídico brasileiro sofreu, ao longo das últimas décadas, uma série de rupturas paradigmáticas que induziram a modificações nos fundamentos, propósitos e na própria racionalidade de atuação de profissionais do direito e de suas instituições<sup>34</sup>.

Dentre os diversos exemplos de sucesso da simbiose entre homem e máquina, o eminente jurista Dr. Dierle Nunes, destaca que a atividade de resolução de conflitos em um ambiente virtual, fornece uma imensa oportunidade para prevenção, gestão adequada e resolução de conflitos<sup>35</sup>.

Trata-se de perseguir um uso ético e virtuoso para a tecnologia, direcionada para concretização de direitos fundamentais e não apenas compreendida como lógica (neoliberal) de redução de acervo. Neste caminho, valendo-se do alinhamento entre as técnicas de design de sistema de gestão de disputas (DSD) e dos sistemas de *online dispute resolution* (ODR), acredita-se que o sistema brasileiro de justiça civil pode encontrar um caminho capaz de amplificar o acesso à justiça, dentro de uma ótica de

31 RIBEIRO, Darci G.; SANTOS, Paulo J. T.; MÖLLER, Gabriela Samrsla. *Do debate processual e desenvolvimento do processo: o contraditório como direito fundamental ao justo processo*. 2020. Disponível em [https://www.academia.edu/41468204/Do\\_debate\\_processual\\_e\\_desenvolvimento\\_do\\_Processo\\_o\\_contradit%C3%B3rio\\_como\\_direito\\_fundamental\\_ao\\_Justo\\_Processo](https://www.academia.edu/41468204/Do_debate_processual_e_desenvolvimento_do_Processo_o_contradit%C3%B3rio_como_direito_fundamental_ao_Justo_Processo). Acesso em 11 de setembro de 2021.

32 RIBEIRO, Darci G., 2020. p. 61. *e-book*

33 *Ibidem*. p. 160.

34 Boa parte dessas mudanças foram estimuladas por diretrizes de governança instituídas pelo Banco Mundial, inspiradas pelo Consenso de Washington, que compeliram o Brasil a adotar, desde a década de 1990, um conjunto de medidas político-institucionais. Foram promovidas reformas na estrutura estatal e no sistema público de justiça, com a finalidade de promover “maior desenvolvimento” para atrair financiamentos internacionais para o país.

35 NUNES, Dierle.; et al (Orgs). *Direito Processual e tecnologia: os impactos da virada tecnológica no âmbito mundial*. São Paulo: JusPodivm. 2021. p. 24.

gestão adequada de disputas<sup>36</sup>.

Entre 2017/2019, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para administrar o processo de recuperação judicial da empresa de telecomunicações OI, precisou desenvolver uma DSD (*Dispute System Design*), que consiste em identificar as causas do conflito e a existência de padrões em sua ocorrência com o objetivo de projetar sistemas customizados para sua prevenção, solução e tratamento adequado dos conflitos. Ao final, foram celebrados mais de 42 mil acordos.

Por conseguinte, temos a utilização maciça de sistemas de ODR pelo Governo, empresas e Tribunais, citando exemplos como “consumidor.gov”, “empodera (Mercado Livre)”, “Modria (ebay), que contabilizam milhões de demandas finalizadas por meio de acordos celebrados por meio de tecnologias que permitiram novas interações entre as partes e novas oportunidades de trabalhar com informação.

Para Álvaro Avelino Sánchez Bravo, professor da Universidade de Sevilla, a forma em que se escolhem e utilizam os dados deve levar em conta “os interesses das pessoas em primeiro lugar, conforme os valores, direitos fundamentais e as normas jurídicas próprias de Estados Democráticos de Direito”<sup>37</sup>.

Obviamente, nesse contexto uma pergunta se apresenta: como os humanos e a inteligência artificial podem colaborar para ampliar – e não substituir – as habilidades humanas? A resposta para a provocação perpassa o cenário disruptivo atual que apresenta “situações-limites” que, por sua vez, precisam ser identificadas com o escopo de que os “inéditos viáveis” sejam realizados.

Estamos em uma era de “darwinismo digital”, em que as tecnologias estão evoluindo de forma célere e irreversível. Desta forma, como diria Paulo Freire, estamos diante de “situações-limites”, para as quais se faz necessário repensar nossa realidade por meio de “inéditos viáveis”, ou seja, é necessário construir novas soluções para o desafio dessa era.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a explicitar a busca do homem por uma prestação jurisdicional, eis que o Direito faz parte do cotidiano de todo cidadão, pois, dele se extrai os interesses de um povo, de uma nação e se efetiva a democracia.

Daí surge a necessidade de entender a relação simbiótica que se estabelece entre o homem e a inteligência artificial. Ao contrário das previsões mais fantásticas para a inteligência artificial, em livros de ficção científica, filmes, séries e na imprensa,

<sup>36</sup> NUNES,... p. 25.

<sup>37</sup> BRAVO, Álvaro A. S., *Marco Europeo para una inteligencia artificial basada en las personas*. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 65-78, jan./abr. 2020.

o Painel de Estudos<sup>38</sup> realizados pela Stanford University, não encontrou motivo para preocupação de que a inteligência artificial seja uma ameaça iminente para a humanidade. Nenhuma máquina com objetivos e intenções de longo prazo autossustentáveis foi desenvolvida, nem é provável que sejam desenvolvidas em um futuro próximo.

A dialética entre a participação ativa entre o homem e a inteligência artificial é o catalisador para a construção de soluções criativas na mudança da visão do Poder Judiciário. Nessa relação, o homem tem ao seu dispor as possibilidades ilimitadas da inteligência artificial na realização de atividades repetitivas e análise de grande quantidade de dados, além de elaboração de diversos procedimentos, análises e relatórios que serão utilizados no exercício jurisdicional.

Destarte, o que se busca é a potencialização da capacidade humana no que se refere a resolução de informações ambíguas, elaboração de teses com a concatenação de dados complexos, bem como o auxílio imprescindível para o exercício da jurisdição, promovendo a celeridade e economicidade processual e, por consequência a satisfação dos jurisdicionados.

Como se observa no presente trabalho, aplicações cada vez mais úteis de inteligência artificial, com impactos positivos potencialmente profundos em nossa sociedade estão sendo produzidas. Ficou explícito que a figura dos operadores do direito tradicionais está historicamente superada por pesquisadores, intelectuais e desenvolvedores de softwares que estão criando “inéditos viáveis” para superar a realidade que se impõe, formulando mecanismos para garantir que os benefícios para o Direito de forma geral, sejam amplamente compartilhados e experimentados pela sociedade.

Em suma, cabe ressaltar, que para a construção do direito contemporâneo a sociedade precisa abordar a IA sem medo, mas como Paulo Freire falava, como “inéditos viáveis” como ponte para o futuro, pois, com uma mentalidade aberta ao novo, ao inédito, as tecnologias emergentes podem transformar profundamente a sociedade para melhor nas próximas décadas.

Em derradeiro, cabe colacionar o pensamento do doutrinador Darci Guimarães Ribeiro, quando esclarece que atualmente estamos vinculados a literalidade do texto da lei, estamos mecanizados. Para o Doutrinador, “não somos mais críticos, no verdadeiro sentido da palavra, vale dizer, analisar com critérios. Hoje nos desumanizamos e nos tornamos mecânicos em nosso trabalho. Por isso, perdemos para máquina”<sup>39</sup>.

Neste sentido, continua o doutrinador, a inteligência artificial irá nos auxiliar a recuperar nossa essência criativa, o que culmina na ruptura do pensamento jurídico

<sup>38</sup> STANFORD UNIVERSITY. *Artificial Intelligence and Life in 2030: one hundred year study on artificial intelligence*. Elaborado em 09.2016. Disponível em [https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj9861/f/ai\\_100\\_report\\_0831fml.pdf](https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj9861/f/ai_100_report_0831fml.pdf)

<sup>39</sup> RIBEIRO, ... p. 181.

tradicional e abre alas para o pensamento jurídico moderno.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Brasil poderá ter marco regulatório para a inteligência artificial. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/03/30/brasil-podera-ter-marco-regulatorio-para-a-inteligencia-artificial>.

ALLEN, K. (2015), "How a Toronto professor's research revolutionized artificial intelligence", The Star, Toronto, 17 de abril <https://www.thestar.com/news/world/2015/04/17/how-a-toronto-professors-research-revolutionized-artificial-intelligence.html>.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BRAVO, Álvaro A. S., *Marco Europeo para uma inteligência artificial basada em las personas*. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 65-78, jan./abr. 2020.

CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Datos, algoritmos y políticas: la redefinición del mundo digital (LC/CMSI.6/4), Santiago, 2018.

COLÀS NEILA, Eusebi (2011) Fundamental Rights of workers in the Digital Age: A methodological approach from a case study. Disponível em: <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Fundamental-Rights-of-workers-in-the-Digital-Age-A-methodological-approach-from-a-case-study-/2346.aspx>

COMISSÃO EUROPEIA. Livro Branco sobre a inteligência artificial: uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança. Disponível em [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_pt.pdf)

DAUGHERTY, Paul R; WILSON, H. James. *Humano + máquina: reinventando o trabalho na era da IA*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.

FREIRE, Ana. M. A. Notas explicativas. In: FREIRE, Paulo (Org). *Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. 21ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FREIRE, Paulo. *Conscientização*. São Paulo: Cortez, 2016.

\_\_\_\_\_. *Pedagogia do oprimido*. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

HALEVY, A., P. NORVIG Y F. PEREIRA, "The unreasonable effectiveness of data", IEEE Intelligent Systems, vol. 24, N° 2, Piscataway, Instituto de Ingenieros Electricistas y Electrónicos, marzo-abril, (2009).

HOMERO. *Ilíada (em versos)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004a.

HOMERO, *Odisseia*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004b.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998.

LIPOVETSKY, Gilles., CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Edições 70, 2011. *e-book*.

MCCARTHY, J., MINSKY, ML, ROCHESTER, N., e SHANNON, C. E.. A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence. August 31, 1955. *AI Magazine* 27. Disponível em <http://raysolomonoff.com/dartmouth/boxa/dart564props.pdf>.

NUNES, Dierle.; et al (Orgs). *Direito Processual e tecnologia: os impactos da virada tecnológica no âmbito mundial*. São Paulo: JusPodivm. 2021.

Och, F. (2005), Statistical machine translation: foundations and recent advances, Documento apresentado na Décima Cumbre de Traducción Automática, Phuket, 12 a 16 de septiembre Disponível em <http://www.mt-archive.info/MTS-2005-Och.pdf>.

OLIVEIRA, Juliana M. da S., *A vida das máquinas: o imaginário dos autômatos em o método de Edgar Morin*. São Paulo: Editora USP, 2019. p. 80.

PEIXOTO, Fabiano H. *Direito e inteligência artificial: referenciais básicos*. Brasília/DF, Ed. do Autor, 2020. *e-book*

RIBEIRO, Darci G. *O novo processo civil brasileiro: presente e futuro*. Londrina/PR: Toth, 2020. *e-book*

RIBEIRO, Darci G.; SANTOS, Paulo J. T.; MÖLLER, Gabriela Samrsla. *Do debate processual e desenvolvimento do processo: o contraditório como direito fundamental ao justo processo*. 2020. Disponível em [https://www.academia.edu/41468204/Do\\_debate\\_processual\\_e\\_desenvolvimento\\_do\\_Processo\\_o\\_contradit%C3%B3rio\\_como\\_direito\\_fundamental\\_ao\\_Justo\\_Processo](https://www.academia.edu/41468204/Do_debate_processual_e_desenvolvimento_do_Processo_o_contradit%C3%B3rio_como_direito_fundamental_ao_Justo_Processo).

SAMUEL, Arthur L. Some Moral and Technical Consequences of Automation – A Refutation. Disponível em <https://www.science.org/doi/10.1126/science.132.3429.741>.

STANFORD UNIVERSITY. *Artificial Intelligence and Life in 2030: one hundred year study on artificial intelligence*. Elaborado em 09.2016. Disponível em [https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj9861/f/ai\\_100\\_report\\_0831fnl.pdf](https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj9861/f/ai_100_report_0831fnl.pdf).

WIENER, Norbert. Some Moral and Technical Consequences of Automation. Disponível em <https://www.cs.umd.edu/users/gasarch/BLOGPAPERS/moral.pdf>.

# ÍNDICE REMISSIVO

## A

Artificial 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 87, 123, 197, 198, 199, 200, 201, 203, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 312, 317, 320

## B

Brasil 16, 17, 24, 29, 30, 31, 39, 48, 50, 53, 55, 57, 62, 65, 66, 67, 69, 77, 82, 83, 85, 87, 90, 91, 93, 97, 116, 117, 121, 130, 133, 136, 137, 138, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 158, 160, 162, 166, 167, 168, 176, 177, 179, 184, 185, 186, 189, 190, 192, 195, 197, 199, 200, 201, 202, 212, 231, 233, 235, 237, 240, 241, 243, 245, 246, 252, 253, 254, 261, 262, 270, 275, 287, 298, 299, 304, 305, 308, 316, 319

Brasileiro 42, 44, 75, 76, 78, 80, 81, 85, 93, 97, 108, 112, 115, 118, 125, 136, 138, 139, 141, 142, 143, 144, 151, 157, 176, 177, 178, 184, 190, 191, 194, 195, 196, 201, 202, 211, 216, 217, 223, 224, 231, 232, 234, 237, 241, 242, 244, 245, 246, 249, 250, 251, 254, 300, 302, 313, 316, 320

## C

Código 50, 57, 59, 63, 65, 66, 70, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 94, 97, 113, 114, 124, 125, 126, 128, 130, 133, 138, 144, 155, 169, 171, 174, 190, 191, 195, 200, 211, 230, 233, 235, 257, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 268, 269, 270, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 283, 284, 286, 288, 289, 290, 291, 292, 298, 299, 301, 302, 304, 306

Constituição 27, 34, 49, 50, 51, 77, 82, 83, 84, 85, 91, 92, 95, 96, 97, 98, 106, 108, 109, 110, 111, 123, 130, 131, 133, 137, 140, 144, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 184, 185, 187, 189, 190, 195, 200, 216, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 236, 237, 240, 241,

243, 244, 245, 247, 250, 253, 254, 302

## D

Decisões 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 37, 38, 40, 48, 75, 81, 82, 89, 124, 127, 129, 131, 133, 139, 140, 142, 144, 168, 169, 170, 177, 186, 187, 188, 190, 191, 196, 200, 210, 211, 226, 229, 230, 231, 233, 243, 245, 299, 300, 301, 302, 303, 312, 313, 314, 315

Demandado 20, 107, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 290

Democracia 34, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 50, 82, 83, 84, 85, 88, 94, 97, 111, 130, 131, 133, 165, 166, 169, 170, 173, 176, 177, 180, 184, 185, 186, 187, 188, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 202, 203, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 251, 252, 253, 254, 296, 305, 317

Democrático 34, 43, 45, 47, 48, 50, 51, 52, 81, 86, 96, 98, 131, 169, 170, 171, 174, 185, 186, 191, 194, 196, 197, 199, 202, 203, 221, 223, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 240, 241, 242, 243, 245, 252, 253

Desenvolvimento 15, 16, 18, 31, 38, 77, 78, 79, 88, 98, 112, 113, 125, 130, 134, 142, 143, 147, 176, 185, 199, 211, 212, 215, 226, 230, 234, 243, 244, 252, 294, 295, 296, 298, 299, 301, 302, 303, 308, 309, 311, 316, 320

Direito 13, 15, 16, 17, 19, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 48, 51, 53, 54, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 66, 68, 69, 70, 73, 74, 76, 77, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 96, 97, 103, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 143, 144, 145, 152, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162,

- 163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 173, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 183, 185, 186, 188, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 233, 234, 236, 237, 238, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 250, 251, 253, 254, 293, 297, 298, 301, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 314, 315, 316, 317, 318, 320
- Direitos 6, 30, 51, 52, 77, 78, 81, 83, 84, 85, 86, 91, 92, 93, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 137, 142, 156, 160, 161, 164, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 199, 200, 206, 209, 210, 213, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 230, 234, 235, 240, 243, 244, 245, 246, 248, 250, 254, 299, 302, 311, 314, 316, 317
- Documento 56, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 80, 98, 104, 105, 107, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 198, 263, 275, 280, 289, 298, 300
- E
- Execução 16, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 141, 155, 168, 213, 214, 217
- F
- Federal 34, 45, 51, 54, 57, 76, 77, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 129, 141, 156, 159, 168, 179, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 193, 195, 198, 203, 216, 220, 222, 225, 230, 231, 232, 233, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 249, 251, 252, 253, 254, 297, 298, 299, 302, 304, 305, 307
- Fundamentais 18, 36, 39, 47, 77, 78, 79, 82, 86, 91, 92, 96, 98, 99, 100, 104, 106, 107, 110, 126, 127, 133, 137, 139, 160, 161, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 188, 190, 195, 199, 221, 222, 223, 224, 226, 228, 229, 235, 237, 243, 244, 245, 246, 314, 316, 317
- Fundamental 20, 34, 36, 38, 42, 47, 74, 82, 83, 93, 96, 98, 101, 102, 105, 113, 120, 126, 130, 134, 136, 137, 138, 144, 152, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 176, 177, 180, 184, 190, 192, 195, 201, 213, 219, 228, 231, 232, 233, 234, 237, 246, 254, 279, 282, 288, 302, 316, 320
- H
- Humanos 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 38, 64, 83, 93, 98, 101, 107, 172, 174, 177, 180, 186, 188, 194, 197, 200, 202, 208, 234, 246, 250, 254, 296, 297, 298, 299, 309, 311, 312, 313, 315, 316, 317
- I
- Inteligência 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 87, 123, 197, 198, 199, 200, 201, 203, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 312
- J
- Judicial 14, 15, 16, 18, 20, 21, 22, 23, 28, 29, 31, 32, 37, 38, 47, 59, 60, 75, 79, 81, 88, 106, 108, 109, 113, 117, 121, 127, 130, 140, 142, 155, 160, 167, 176, 177, 184, 192, 195, 202, 206, 209, 210, 215, 218, 232, 235, 237, 240, 241, 245, 246, 251, 252, 258, 259, 260, 263, 265, 268, 270, 271, 273, 276, 279, 280, 281, 282, 285, 300, 301, 303, 316, 317
- Judiciário 16, 18, 24, 28, 29, 30, 32, 35, 37, 38, 39, 42, 43, 47, 48, 51, 75, 76, 77, 82, 83, 95, 112, 113, 130, 137, 140, 143, 160, 161, 167, 170, 171, 173, 176, 177, 184, 189, 190, 191, 193, 194, 197, 198, 200, 213, 228, 235, 236, 239, 240, 243, 244, 245, 246, 248, 250, 252, 297, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 314, 315, 318
- Jurídica 19, 30, 32, 38, 49, 51, 52, 53, 56, 57, 63, 67, 70, 74, 77, 78, 81, 89, 90, 93, 95, 98, 105, 112, 113, 114, 116, 118, 119, 124, 125, 126, 131, 132, 137, 139, 141, 142, 143, 146, 152, 153, 158, 162, 163, 164, 165, 168, 169, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 186, 187, 190, 192, 196, 198, 202, 203, 206, 210, 215,

- 218, 219, 220, 221, 242, 243, 245, 249, 250, 251, 252, 254, 258, 277, 297, 298, 300, 301, 302, 305, 315
- Jurídico 15, 19, 20, 24, 29, 32, 33, 34, 45, 50, 56, 58, 59, 63, 64, 67, 68, 69, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 83, 88, 95, 96, 97, 98, 105, 113, 117, 118, 119, 120, 124, 131, 140, 149, 155, 156, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 169, 175, 177, 178, 180, 184, 185, 186, 188, 189, 192, 193, 195, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 206, 209, 212, 214, 218, 219, 222, 226, 229, 230, 234, 235, 241, 246, 258, 280, 300, 301, 303, 309, 311, 316, 318
- Jurisdição 84, 105, 112, 113, 115, 119, 120, 125, 136, 137, 138, 139, 140, 143, 144, 146, 160, 168, 169, 177, 189, 190, 191, 196, 206, 210, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 227, 229, 232, 235, 240, 242, 246, 250, 251, 315, 318
- Jurisdicional 21, 29, 30, 32, 37, 42, 74, 76, 78, 84, 88, 93, 112, 113, 114, 119, 120, 130, 134, 138, 142, 160, 161, 170, 186, 191, 192, 195, 196, 200, 201, 210, 213, 216, 217, 219, 220, 226, 227, 229, 230, 233, 234, 237, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 253, 299, 300, 303, 309, 315, 317
- Justiça 30, 31, 39, 42, 44, 45, 53, 74, 77, 78, 82, 83, 84, 85, 93, 95, 104, 105, 108, 126, 128, 130, 134, 137, 139, 167, 169, 171, 172, 173, 174, 177, 180, 181, 184, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 211, 212, 213, 217, 223, 226, 227, 228, 230, 231, 234, 236, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 254, 302, 316
- L
- Lei 16, 24, 52, 78, 80, 84, 89, 124, 125, 126, 128, 133, 141, 142, 151, 152, 153, 156, 157, 158, 163, 164, 191, 195, 200, 203, 235, 246, 247, 248, 249, 253, 302, 304
- Liberdade 17, 22, 45, 48, 58, 89, 91, 93, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 148, 151, 167, 168, 171, 172, 173, 213, 216, 220, 221, 222, 226, 227, 250, 311, 315
- M
- Modelo 17, 21, 22, 23, 33, 42, 45, 46, 50, 74, 80, 98, 117, 135, 136, 140, 141, 143, 149, 151, 154, 160, 170, 177, 179, 185, 187, 188, 194, 198, 211, 217, 230, 262, 265, 276, 277, 278, 279, 281, 284, 288, 289, 291, 295, 300
- Modernidade 91, 92, 93, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 105, 107, 108, 160, 176, 179, 186, 228, 243, 244, 294, 309
- P
- Poder 18, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 53, 58, 61, 88, 89, 93, 99, 100, 102, 103, 106, 108, 126, 130, 134, 136, 137, 139, 143, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 173, 179, 185, 186, 187, 188, 190, 194, 196, 202, 218, 219, 227, 228, 230, 231, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 253, 254, 271, 277, 294, 299, 302, 303, 304, 311, 312
- Política 46, 53, 88, 92, 96, 108, 109, 163, 183, 223, 230, 238
- Processual 17, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 57, 58, 59, 62, 63, 68, 69, 71, 73, 74, 76, 77, 86, 87, 90, 92, 108, 110, 129, 130, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 143, 144, 159, 169, 181, 190, 194, 196, 201, 210, 212, 213, 214, 216, 217, 222, 223, 224, 239, 242, 243, 244, 245, 246, 254, 307, 316, 320
- S
- Sentença 34, 51, 54, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 90, 114, 118, 141, 168, 194, 195, 206, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 229, 231, 232, 233, 243
- Sentido 14, 15, 23, 30, 36, 38, 53, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 66, 67, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 84, 90, 91, 95, 96, 97, 100, 106, 107, 114, 116, 118, 119, 120, 125, 126, 127, 128, 129, 138, 139, 140, 155, 157, 161, 162, 166, 167, 168, 169, 170, 172, 175, 181, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 206, 208, 210, 215, 217, 226, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 252, 253, 257, 258, 259, 266, 267, 280, 281,

- 298, 302, 310, 311, 312, 315, 318
- Sistema 16, 17, 18, 22, 23, 29, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 47, 64, 67, 75, 77, 82, 83, 85, 93, 97, 98, 105, 108, 118, 124, 125, 128, 129, 131, 137, 138, 139, 141, 142, 143, 150, 153, 161, 162, 163, 165, 166, 178, 186, 189, 191, 196, 200, 203, 211, 212, 213, 215, 217, 222, 223, 226, 234, 235, 236, 245, 246, 248, 252, 254, 256, 257, 258, 261, 262, 264, 265, 270, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 292, 294, 295, 297, 298, 300, 301, 302, 303, 306, 308, 315, 316
- Sistemas 20, 31, 35, 36, 37, 38, 43, 92, 97, 151, 165, 192, 197, 198, 201, 228, 237, 243, 254, 256, 257, 258, 260, 261, 262, 264, 265, 271, 275, 276, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 295, 297, 298, 299, 312, 313, 314, 315, 316, 317
- Social 19, 20, 46, 56, 61, 62, 67, 74, 82, 84, 95, 96, 98, 100, 102, 103, 107, 112, 125, 128, 136, 137, 140, 146, 156, 160, 162, 163, 165, 166, 170, 171, 173, 174, 177, 184, 187, 188, 189, 190, 199, 201, 203, 209, 210, 211, 226, 227, 228, 230, 234, 236, 240, 241, 242, 245, 246, 249, 252, 254, 297, 302, 308, 311
- Sociedade 17, 30, 34, 38, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 77, 83, 86, 90, 91, 93, 94, 95, 103, 107, 125, 131, 133, 138, 139, 140, 144, 146, 158, 161, 162, 163, 164, 166, 168, 169, 170, 171, 173, 175, 176, 177, 178, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 197, 199, 200, 206, 209, 210, 211, 212, 218, 220, 227, 228, 235, 236, 240, 242, 244, 245, 246, 249, 299, 308, 309, 311, 312, 315, 316, 318
- T
- Teoria 18, 19, 22, 45, 46, 52, 54, 77, 86, 91, 92, 96, 98, 102, 110, 112, 115, 116, 117, 118, 120, 125, 127, 134, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 171, 172, 173, 179, 181, 185, 187, 200, 203, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 214, 215, 217, 219, 220, 222, 223, 228, 230, 237, 248, 298, 301
- Tribunais 33, 77, 81, 106, 124, 137, 191, 247, 294, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 315
- Tribunal 65, 79, 124, 131, 132, 246, 266, 268, 270, 275, 277, 279, 281, 283, 285, 287, 300, 302, 314

# SOBRE OS ORGANIZADORES

## DARCI GUIMARÃES RIBEIRO

Advogado. Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela *Università degli Studi di Firenze*. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro da International Association of Procedural Law. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro representando o Brasil no Projeto Internacional de Investigação sobre Prova Científica e Prova Pericial financiado pelo Ministério de Educação e Cultura – MEC – da Espanha.

## GUILHERME CHRISTEN MÖLLER

*Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche sulla l'Università degli Studi di Firenze* (UniFi). Mestre e Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Escola de Processo da Unisinos (EPU). Coordenador do Instituto von Bülow. Membro do Grupo de Pesquisa “Tradições, transformações e perspectivas avançadas” (TTPA), vinculado à PUC/SP, e do Grupo de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo”, vinculado à UNISINOS. Membro da Comissão de Acesso à Justiça e Membro Consultivo da Comissão de Direito Processual Civil da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do estado de Santa Catarina. Autor, organizador e coordenador de obras e artigos científicos relacionados ao Direito Processual Civil. Advogado, Consultor Jurídico e Professor de Direito Processual Civil em cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (*lato sensu*). E-mail: contato@guilhermchristenmoller.com.br.

## AFONSO VINÍCIO KIRSCHNER FRÖHLICH

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista CAPES, orientado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa

"Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder", coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro; e JUSNANO, coordenado pelo Prof. Dr. Wilson Engelmann, ambos vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado sócio do Escritório de Advocacia Afonso Fröhlich Advogados Associados. E-mail: [afonsovkf@gmail.com](mailto:afonsovkf@gmail.com).

# **SOBRE AUTORES**

## **AFONSO VINÍCIO KIRSCHNER FRÖHLICH**

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista CAPES, orientado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro; e JUSNANO, coordenado pelo Prof. Dr. Wilson Engelmann, ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado sócio do Escritório de Advocacia Afonso Fröhlich Advogados Associados. E-mail: [afonsovkf@gmail.com](mailto:afonsovkf@gmail.com).

## **ALANA GABRIELA ENGELMANN**

Mestranda em Direito Público, sob a linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), orientada pelo prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Especialista em Novo Processo Civil Brasileiro pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Conselheira Subseccional e Presidente da Comissão Especial de Direito Processual Civil da Subseção de Sapiranga-OAB/RS. Advogada. Membro da ABEP (Associação Brasileira “Elas no Processo”). E-mail: [alanagengelmann@hotmail.com](mailto:alanagengelmann@hotmail.com).

## **BECLAUTE OLIVEIRA SILVA**

Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL). Professor Associado de Direito Processual Civil da FDA/UFAL (Mestrado e Graduação). Professor Titular dos Cursos de Direito do CESMAC e da UNIT. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Membro Fundador da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO).

## **DARCI GUIMARÃES RIBEIRO**

Advogado. Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela *Università degli Studi di Firenze*. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro da International Association of Procedural Law. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro representando o Brasil no Projeto Internacional de Investigação sobre Prova Científica e Prova Pericial financiado pelo Ministério de Educação e Cultura – MEC – da Espanha.

## **EUGÊNIA AMÁBILIS GREGORIUS**

Advogada. Mestranda em Direito Público pela UNISINOS. Pós-graduada em Direito Processual Civil e em Direitos Difusos e Coletivos. OAB/RS 73.727. *E-mail*: eugenia\_ag@hotmail.com. Currículo: lattes.cnpq.br/2680599125173705.

## **EVA CRISTINA FRANCO ROSA DOS SANTOS**

Advogada, escritório com atuação em todo o Brasil e Europa. Doutoranda em Direito Público pela Unisinos- São Leopoldo, com tese sobre Inteligência Artificial e Direitos Fundamentais, sob a orientação do Prof Dr Anderson Vichinkeski Teixeira. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Umsa-Buenos Aires, com tese sobre o Direito do Trabalho e as digitalidades, sob a orientação da Prof Dra Alejandra Niño Amieva. Mestre em História do Direito pela Universidade Federal de Goiás, com dissertação sobre direito, história e literatura. Pós-graduada em Direito Público – Ucam, pós-graduanda em Direito Processual e em Direito Civil (Ebradi e ESA/PE). Historiadora (UnB, UFT, UFPE). Foi Professora em Estácio-Goiânia. Professora de pós-graduação em Direito na Universidade Unievangélica de Anápolis. Professora convidada em Universidad de Córdoba-Espanha, em Uniagraria-Colômbia e do Onec-República Dominicana.

## **ÉVERTON LUÍS MARCOLAN ZANDONÁ**

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (Bolsa PROEX/CAPES). Graduado em Direito pela mesma instituição. Membro da Escola de Processo UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisa ‘Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Consti-

tuição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder' (CNPq), coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Advogado. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2169510617466527>. E-mail: [evertonz21@hotmail.com](mailto:evertonz21@hotmail.com).

## **FÁBIO KIRSZENWORCEL PEREIRA**

Graduando pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista UNIBIC, orientado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder", coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Tradições, transformações e perspectivas avançadas" coordenado pelo Prof. Dr. William Santos Ferreira. Integrante do Grupo Procsinos. E-mail: [fabio18@gmail.com](mailto:fabio18@gmail.com).

## **GUILHERME CHRISTEN MÖLLER**

*Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche sulla l'Università degli Studi di Firenze* (UniFi). Mestre e Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Escola de Processo da Unisinos (EPU). Coordenador do Instituto von Bülow. Membro do Grupo de Pesquisa "Tradições, transformações e perspectivas avançadas" (TTPA), vinculado à PUC/SP, e do Grupo de Pesquisa "Teoria Crítica do Processo", vinculado à UNISINOS. Membro da Comissão de Acesso à Justiça e Membro Consultivo da Comissão de Direito Processual Civil da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do estado de Santa Catarina. Autor, organizador e coordenador de obras e artigos científicos relacionados ao Direito Processual Civil. Advogado, Consultor Jurídico e Professor de Direito Processual Civil em cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (*lato sensu*). E-mail: [contato@guilhermchristenmoller.com.br](mailto:contato@guilhermchristenmoller.com.br).

## **JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES**

Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio) e da Fundação Getúlio Vargas.

Advogado.

## **JÚLIA RODRIGUES OLIVEIRA SOUSA**

Mestranda em Direito Público pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogada. *E-mail:* julia\_rodriguesos@hotmail.com.

## **JULIANA PAGANINI**

Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROEX/CAPES. Professora da Escola Superior de Criciúma (ESUCRI). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Grupo Cibertransparência (UNISINOS). *E-mail:* julianaapaganini@hotmail.com.

## **MARIO DI STEFANO FILHO**

Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da CAPES. Mestre pelo programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), com bolsa CAPES/PROSUC. Especialista em Direito Tributário e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas.) Professor da Faculdade de Direito da PUC-Campinas. *E-mail:* mariodsfilho.adv@gmail.com.

## **MARLON FELIPE DETTENBORN**

Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado. *E-mail:* marlon@dettenborn.com.br.

## **MÔNICA DE OLIVEIRA CASARTELLI**

Advogada da União. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2002). Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale

dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2019). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2008). Foi Consultora Jurídica do Ministério do Trabalho e Emprego e Consultora Jurídica do Ministério das Cidades, em Brasília. Foi Consultora Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/RS. Atualmente é Advogada da União na Consultoria Jurídica da União junto ao Ministério da Infraestrutura.

### **RAFAEL SELICANI TEIXEIRA**

Doutorando em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela FMP. Graduado em Direito pela UEM. Membro do Grupo de pesquisa Trabalho e Capital da UFRGS e do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH). Analista Judiciário no TRT4 e professor de Direito Processual do Trabalho e Prática Processual Trabalhista na UNIFIN. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0964047420167332>. E-mail: [rafa\\_texa@hotmail.com](mailto:rafa_texa@hotmail.com).

### **SANTIAGO PEREIRA CAMPOS**

Profesor Titular de Derecho Procesal, Director de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación y Director del Postgrado en Derecho Procesal Aplicado, en la Universidad de Montevideo. Socio fundador de la firma Rueda Abadi Pereira, donde lidera el Departamento de Litigación y Arbitraje @SantiagoPCampos [spereira@rap.com.uy](mailto:spereira@rap.com.uy).

### **TAIANE BORGES DE OLIVEIRA SANTOS**

Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Legale-SP (2021). Bacharel em Direito pela Faculdade Projeção-DF (2017). E-mail [taianeborgesoliveirasantos@gmail.com](mailto:taianeborgesoliveirasantos@gmail.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8970896387975774>.

### **ULISSES JULIANO DA SILVA**

Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS; Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Público - IDP; Especializando em Inteligência Artificial e *Machine Learning* pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF; Professor Titular no Centro Universitário Brasília e nas Faculdades Integradas - União Pioneira de Integração Social - UPIS; Advogado; Pesquisador no Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho, vinculado ao

Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, sob coordenação da Prof. Dra. Denise Pires Fincato. [uli.mestrado@gmail.com](mailto:uli.mestrado@gmail.com); <http://lattes.cnpq.br/2960013771949383>





Darci Guimarães Ribeiro  
Guilherme Christen Möller  
Afonso Vinício Kirschner Fröhlich  
(Orgs.)

# TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO

SEGUNDA SÉRIE

RFB Editora  
Home Page: [www.rfbeditora.com](http://www.rfbeditora.com)  
Email: [adm@rfbeditora.com](mailto:adm@rfbeditora.com)  
WhatsApp: 91 98885-7730  
CNPJ: 39.242.488/0001-07  
Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque Verde, Belém - PA, 66635-110

