



THEMIS

REVISTA DA ESMEC

v. 21, n. 2, julho-dezembro, 2023

ISSN (IMPRESSO) 1808-6470
ISSN (ELETRÔNICO) 2525-5096



THEMIS

REVISTA DA ESMEC

Publicação Oficial da Escola Superior da
Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC



Themis | Fortaleza | V. 21 | N. 2 | jul./dez. 2023

Pede-se que acusem o recebimento deste volume.
Rogamus ut acceptionem nunties.
Se ruego acusar recibo dei presente numero.
Con preghiera di accusare ricevuta dei presente numero.
On prie de vouloir accuser reception de cette revue.
Please acknowledge receipt of this exemplar.
Bitte, den Empfang dieser Zeitschrift zu bescheinigen.
Oni peats konfirmi la ricevon.



**Acesse a
versão
eletrônica**

THEMIS : Revista da Esmec / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. – v. 1, n. 1, (1997-) –. Fortaleza : Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2023.
v. 21, n. 2, 2023.

Semestral.

A partir do v. 15 com periodicidade semestral.

A partir de 2011 passou a ser publicada também em formato eletrônico.

Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/>.

ISSN (versão impressa): 1808-6470

ISSN (versão online): 2525-5096

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Jurisprudência. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

CDDir: 340.04

Ficha Catalográfica Elaborada Por
Jackson Clayton dos Anjos Lima (CRB - 3/1686)

Permuta

Solicita-se permuta/exchange requested/on prie échange/we request
exchange/on demande l'échange/wir erbitten Austausch/se
solicita canje/si chiede lo scambio/se pide intercambio.

Endereço para permuta

Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70, Água Fria

CEP 60.811-670 - Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone (85) 3108-1696

E-mail: esmec@tjce.jus.br

Site: www.tjce.jus.br/esmec

Correspondência

Diretoria da ESMEC

Editor (a) da THEMIS – Periódico Científico da

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 - Água Fria

CEP 60.811.670 - Fortaleza - Ceará - Brasil

Telefone: (85) 3108-1707

E-mail: revista.themis@tjce.jus.br

Site: revistathemis.tjce.jus.br

Permitida a reprodução desde que citada a fonte.

THEMIS – Periódico Científico da Escola Superior da Magistratura
do Estado do Ceará (ESMEC) possui tiragem de 50 exemplares.

Distribuída gratuitamente aos autores, avaliadores, editores.

Consulte a versão eletrônica da THEMIS – Periódico Científico
da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

em: <http://revistathemis.tjce.jus.br>

Copyright © THEMIS
Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORA DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO CEARA.
A reprodução de qualquer parte desta publicação será permitida desde
que citada a obra. Reproduções para fins comerciais são proibidas.
Disponível também em: <http://www.tjce.jus.br>

Conselho Editorial

Desembargador Mário Parente Teófilo Neto - Presidente
Desembargadora Maria de Fátima de Melo Loureiro
Desembargadora Andréa Mendes Bezerra Delfino
Juiz Francisco Eduardo Fontenele Batista
Juiz Antônio Carlos Pinheiro Klein Filho

Capa, Projeto Gráfico e Diagramação

Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Impressão e Produção

Coordenadoria de Apoio Operacional
do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Endereço

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Avenida General Afonso Albuquerque de Lima S/N
Cambeba - Fortaleza - CE - CEP: 60.822-325
Fone: (85) 3207.7000

www.tjce.jus.br

E-mail: editoratjce@tjce.jus.br / biblioteca@tjce.jus.br

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra
Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70, Água Fria
CEP 60.811-670 - Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone (85) 3218.6188 / 6157
E-mail: esmec@tjce.jus.br
www.tjce.jus.br/esmec

DIREÇÃO

Desembargador Francisco Luciano Lima Rodrigues

COORDENAÇÃO

Juiz Francisco Anastácio Cavalcante Neto

EDITOR-CHEFE

Juiz Marcelo Roseno de Oliveira

EDITOR-ADJUNTO

Flávio José Moreira Gonçalves

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO

Flávio José Moreira Gonçalves

NORMALIZAÇÃO

Bibliotecário: Jackson Clayton dos Anjos Lima (CRB - 3/1686)

Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

REVISÕES DE TRADUÇÃO

Eric Renan Tabosa dos Reis

Camila Barbosa dos Santos

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Coutinho Pagliarini, Dr.
(Centro Universitário Internacional Uninter)

Alexandre Freitas Câmara, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)

César Oliveira de Barros Leal, Dr.
(Instituto Brasileiro de Direitos Humanos)

Dimas Macedo, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Edilson Baltazar Barreira Júnior, Dr.
(Centro Universitário Fametro)

Fernando Luiz Ximenes Rocha, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Flávio José Moreira Gonçalves, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Francisco de Assis Filgueira Mendes, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Francisco Luciano Lima Rodrigues, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Fredie Didier Júnior, Dr.
(Universidade Federal da Bahia)

Gabriela Maciel Lamounier, Dra.
(Fundação Pedro Leopoldo)

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, Dra.
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Hugo de Brito Machado, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Hugo de Brito Machado Segundo, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Ingo Wolfgang Sarlet, Dr.
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab, Dra.
(Escola Superior Associada de Goiânia)

João Paulo Braga Cavalcante, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

José Filomeno de Moraes Filho, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

José Luiz Quadros de Magalhães, Dr.
(Universidade Federal de Minas Gerais/
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Leonardo Nemer Caldeira Brant, Dr.
(Universidade Federal de Minas Gerais/
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Leonardo Pasquali, Dr.
(Facoltà di Giurisprudenza da Università di Pisa, Itália)

Lenio Luiz Streck, Dr.
(Universidade do Vale do Rio dos Sinos)

Leonel Gois Lima Oliveira, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Luiz Rodrigues Wambier, Dr.
(Instituto de Direito Público)

Marcelo Roseno de Oliveira, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Maria Glaucéria Mota Brasil, Dra.
(Universidade Estadual do Ceará)

Mário Lúcio Quintão Soares, Dr.
(Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Mário Parente Teófilo Neto, Me.
(Universidade de Fortaleza)

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Mércia Cardoso de Souza, Dra.
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Monica Teresa Costa Sousa, Dra.
(Universidade Federal do Maranhão)

Tenile Mascolo Gil, Dra.
(Université de Strasbourg, França)

Theresa Rachel Couto Correia, Dra.
(Universidade Federal do Ceará)

Waldimeiry Corrêa da Silva, Dra.
(Universidad de Sevilla, Espanha)

AVALIADORES(AS) CONVIDADOS(AS)

Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara

Bruno Cunha Weyne

Cecília Moura Fé

Cristian Kiefer da Silva

Flávio Maria Leite Pinheiro

Ingo Wolfgang Sarlet

João Paulo Braga Cavalcante

Jorge Di Ciero Miranda

Jovina D'Avila Bordoni

Juraci Mourão Lopes Filho

Leonel Gois Lima Oliveira

Maria Cecília Amorim Pilla

Mariana Dionísio de Andrade

Nagibe de Melo Jorge Neto

Rogério Borba

Valter Moura do Carmo

William Timóteo Santos

LINHA EDITORIAL

A revista publicará artigos selecionados pelo sistema duplo cego, dentro da linha editorial “Justiça, Gestão Pública, Direitos Humanos, Educação e Políticas Públicas”, bem como artigos científicos, resenhas e/ou monografias oriundas de concursos realizados pela ESMEC ou de interesse desta Escola.

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Desa. Maria Edna Martins
Corregedor Geral da Justiça do Estado do Ceará

TRIBUNAL PLENO

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes - Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Desa. Maria Iracema Martins do Vale

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

Des. Emanuel Leite Albuquerque

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

Des. Durval Aires Filho

Des. Francisco Gladyson Pontes

Des. Francisco Darival Beserra Primo

Des. Francisco Bezerra Cavalcante

Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

Des. Carlos Alberto Mendes Forte

Des. Teodoro Silva Santos

Desa. Maria Iraneide Moura Silva

Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes

Desa. Lisete de Sousa Gadelha

Des. Raimundo Nonato Silva Santos

Des. Paulo Airton Albuquerque Filho

Desa. Maria Edna Martins

Des. Mário Parente Teófilo Neto
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Carneiro Lima
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente
Des. Francisco Luciano Lima Rodrigues
Desa. Maria do Livramento Alves Magalhães
Des. José Ricardo Vidal Patrocínio
Desa. Joriza Magalhães Pinheiro
Des. Carlos Augusto Gomes Correia
Des. José Evandro Nogueira Lima Filho
Desa. Maria Ilna Lima de Castro
Desa. Rosilene Ferreira Facundo
Desa. Jane Ruth Maia de Queiroga
Desa. Andréa Mendes Bezerra Delfino
Desa. Silvia Soares de Sá Nóbrega
Des. André Luiz de Souza Costa
Des. Everardo Lucena Segundo
Desa. Vanja Fontenele Pontes
Des. José Lopes de Araújo Filho
Des. Francisco Eduardo Torquato Scorsafava
Desa. Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves
Des. Benedito Helder Afonso Ibiapina
Dr. Francisco Jaime Medeiros Neto - Juiz Convocado
Dra. Adriana da Cruz Dantas - Juíza Convocada
Dra. Fátima Maria Rosa Mendonça - Juíza Convocada

RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)

Diretor Atual: Desembargador Francisco Luciano Lima Rodrigues

Ex-Diretores

Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto (2016-2021)
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte (2015 - 2016)
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2013 – 2014)
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva (2011-2012)
Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira (2009-2010)
Des. João Byron de Figueiredo Frota (2007 - 2008)
Des. Ademar Mendes Bezerra (2005-2006)
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)
Des. José Maria de Melo (1993-1994)
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

Coordenador Atual

Juiz Francisco Anastácio Cavalcante Neto

Ex-Coordenadores

Juiz Alexandre Santos Bezerra Sá (2021-2022)
Juiz Ângelo Bianco Vettorazzi (2017-2021)
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2016 – 2017)
Juiz César Belmino Barbosa Evangelista Júnior (2016)

Juiz Aluisio Gurgel do Amaral Júnior (2015 - 2016)
Juiz Antonio Carlos Pinheiro Klein Filho (2013 – 2014)
Juiz Emilio de Medeiros Viana (2011-2012)
Juiz Durval Aires Filho (2009-2010)
Juíza Sérgia Maria Mendonça Miranda (2009)
Juiz Washington Luís Bezerra de Araújo (2007-2008)
Juiz Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2007)
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)
Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)

SUMÁRIO

ARTIGOS CIENTÍFICOS

COMPETÊNCIA NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O
GARANTISMO PENAL: O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ 17

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Luiz Alcântara Costa Andrade

Alex Renan de Sousa Galvão

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DIREITO E VIOLÊNCIA: UMA ABORDAGEM
SISTÊMICA E DECOLONIAL 43

Paola Cantarini

Willis Santiago Guerra Filho

A RESSUSCITAÇÃO DIGITAL COMO MODELAGEM DE CORPOS? DOS
CORPOS FABRIS AOS CORPOS TECNOLÓGICOS 59

Maria de Fátima Freire de Sá

Jeferson Jaques Ferreira Gonçalves

SOLUÇÃO EXTRAPROCESSUAL DA TUTELA DO DIREITO COLETIVO:
UMA ANÁLISE DA EDUCAÇÃO INFANTIL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE
MARINGÁ E A INTERVENÇÃO NO DIREITO DA PERSONALIDADE 81

Andréa Carla de Moraes Pereira Lago

Gabriela Decurcio

PARA ALÉM DOS VIESES COGNITIVOS: A INFLUÊNCIA DO RUÍDO NA
QUALIDADE DOS JULGAMENTOS 105

Dierle José Coelho Nunes

Otávio Morato de Andrade

SISTEMA PERUANO DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL	133
--	-----

Rennan Daria Krüger Thamay

Renato Gugliano Herani

DO ACESSO À JUSTIÇA NA CONTEMPORANEIDADE E DA PROTEÇÃO AO DIREITO AO NOME	173
--	-----

Andrea Carla de Moraes Pereira Lago

Aline Dal Molin

ANÁLISE SISTÊMICA DA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA AOS EXCLUÍDOS DIGITAIS PELO PODER JUDICIÁRIO	199
---	-----

Marcus Vinicius Rodrigues Lima

Tathiane Menezes Rocha Pinto

DEMANDAS FABRICADAS E NOVAS MEDIDAS DE CONTENÇÃO: UM ESTUDO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO 4º JUIZADO ESPECIAL CÍVEL, CRIMINAL E DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MOSSORÓ/RN	223
---	-----

Sara Maria de Andrade Silva

Jardiel Oliveira

**COMPETÊNCIA NO CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE E O GARANTISMO PENAL:
O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

***COMPETENCE IN CONVENTIONALITY CONTROL
AND CRIMINAL GUARANTEEISM: THE RULINGS
OF THE CEARÁ STATE COURT OF APPEALS***

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor em Direito Tributário, com estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade do Minho, Portugal. Mestre e Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado Criminalista.

E-mail: nestorsantiago@unifor.br

Luiz Alcântara Costa Andrade

Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestre em Planejamento e Políticas Públicas (MPPP) pela Universidade Estadual do Ceará (UECE) e Especialista em Direito Constitucional. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Docente na Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará (ESMP).

E-mail: luizalcantara2006@hotmail.com

Alex Renan de Sousa Galvão

Mestrando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza - UNIFOR - com bolsa de formação acadêmica da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP.

Bacharel em Direito pela UNIFOR. Curador da área temática de Crimes Cibernéticos no Grupo de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade - GETIS. Foi pesquisador bolsista (DPDI/UNIFOR e PIBIC/CNPQ) no Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM) e no Projeto Processo Civil e Proteção da Pessoa nas Relações Privadas - PROCIP (PIBIC/CNPQ).
E-mail: alexrdsg@gmail.com

Resumo

A compatibilização do ordenamento jurídico nacional com os tratados internacionais de direitos humanos é realizada através do controle de convencionalidade. Assim, este artigo tem como problema de pesquisa a seguinte indagação: o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) acerca da competência no controle de convencionalidade está em sintonia com o da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH)? O objetivo é apurar a observância dos precedentes da CorteIDH, atinentes à competência do controle de convencionalidade, pelo TJCE através do mapeamento específico dos acórdãos publicados sobre a matéria. A justificativa para tanto é conhecer e averiguar os fundamentos da jurisprudência do TJCE acerca do tema, bem como discutir a conformidade desses motivos com as decisões das cortes superiores e internacionais. Utiliza-se pesquisa bibliográfica, documental, qualitativa, quantitativa, exploratória e pura. Inicialmente, delimitam-se as balizas do garantismo de Luigi Ferrajoli. Em seguida, aborda-se o tratamento conferido às disposições dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados e internalizados pelo Brasil. Por conseguinte, analisam-se os acórdãos do TJCE sobre a competência no controle de convencionalidade. Conclui-se que, apesar da clareza doutrinária sobre o tema e das reiteradas decisões da CorteIDH, inclusive aquelas que condenaram o Brasil, os acórdãos do TJCE revelam fundamentação conservadora e restringem o controle de convencionalidade ao Supremo Tribunal Federal (STF), o que pode resultar na fragilização da promoção e proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Teoria do Garantismo. Controle de Convencionalidade. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Abstract

The harmonization of the national legal system with international human rights treaties is carried out through the control of conventionality. Thus, this article's research problem is the following question: is the understanding of the Court of Justice of the State of Ceará (TJCE) regarding the competence in conventionality control in line with that of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR)? The goal is to investigate the observance of IACHR precedents, related to the competence of conventionality control, by TJCE through the specific mapping of published judgments on the subject. The justification for this is to understand and verify the grounds of TJCE's jurisprudence on the topic, as well as to discuss the conformity of these reasons with the decisions of superior and international courts. The study uses bibliographic, documentary, qualitative, quantitative, exploratory, and pure research. Initially, the guidelines of Luigi Ferrajoli's guarantee are delimited. Next, it addresses the treatment given to the provisions of international human rights treaties ratified and internalized by Brazil. Consequently, TJCE's judgments on the competence in conventionality control are analyzed. It is concluded that, despite the doctrinal clarity on the subject and the repeated decisions of IACHR, including those that convicted Brazil, TJCE's judgments reveal a conservative grounding and restrict conventionality control to the Federal Supreme Court, which may result in the weakening of the promotion and protection of human rights.

Keywords: Human Rights. Theory of Guaranteeism. Conventionality Control. Inter-American Court of Human Rights. Ceará State Court of Appeals.

1 INTRODUÇÃO

As violações perpetradas aos mais elementares direitos no período das guerras mundiais do século XX desencadearam um movimento de proteção e regulação dos direitos humanos, os quais foram materializados em diversos tratados internacionais. O sistema interamericano é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a CorteIDH, as quais têm como instrumento normativo maior a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). A

CorteIDH exerce o controle de convencionalidade, isto é, a harmonização entre as normas domésticas de um Estado signatário com as da CADH, sem prejuízo de que os Poderes e órgãos internos também possam fazê-lo.

O escopo desse estudo é compreender, no âmbito do TJCE, a possibilidade dos juízes e dos órgãos integrantes do sistema de justiça procederem ao controle de convencionalidade das leis internas, tendo como parâmetro a CADH e as decisões da CorteIDH. Consequentemente, escolheu-se o garantismo de Luigi Ferrajoli como teoria norteadora do processo de interpretação e controle das normas internacionais capaz de assegurar a efetividade dos Direitos Humanos. Por isso, questiona-se: o entendimento do TJCE sobre a competência para exercício do controle de convencionalidade está em consonância com o da CorteIDH?

A abordagem desenvolvida se detém ao aspecto da necessidade de os juízes, através do controle difuso de convencionalidade, atuarem para serem identificados como *longa manus* da CorteIDH, buscando concretizar o princípio da máxima proteção dos direitos humanos. No âmbito do Poder Judiciário é possível se afirmar sobre uma indisfarçável resistência na aplicação do teor dos tratados e convenções internacionais e, mais ainda, das decisões da CorteIDH, mesmo diante de estímulos dos órgãos administrativos que visam aperfeiçoar a realização do controle de convencionalidade no Brasil. A preocupação se reflete no campo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com incentivo a atuação mais ousada e direta no exercício do controle de convencionalidade.

O trabalho está dividido em quatro partes: a primeira reserva-se à descrição dos aspectos metodológicos empregados na pesquisa, a qual pode ser classificada como bibliográfica, documental, qualitativa, quantitativa, exploratória e pura; A segunda explica a teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli, com destaque às características do constitucionalismo garantista e à importância de preservar as disposições que garantem os direitos fundamentais; na terceira, abordam-se os aspectos do controle de convencionalidade a partir da interpretação da CorteIDH sobre as normas da CADH, momento em que também se analisa os

acórdãos do TJCE; a última contém as considerações finais do estudo, etapa em que se afirma existir contradição entre um julgado do TJCE e determinados precedentes da CorteIDH sobre controle de convencionalidade.

O estudo da matéria encontra justificativa na necessidade de entender a complexidade do processo de compatibilização do ordenamento jurídico interno com as normas internacionais sobre direitos humanos, confrontando-o com as decisões da CorteIDH, o que denota a sua relevância teórica. De igual modo, como relevância prática, é importante averiguar se o TJCE acata os precedentes da CorteIDH, uma vez que o Brasil se sujeita à jurisdição deste tribunal, assim como é pertinente avaliar como o TJCE se posiciona acerca da matéria.

2 METODOLOGIA

A metodologia utilizada na pesquisa enquadra-se nas seguintes classificações: bibliográfica e documental, quali-quantitativa, exploratória e pura. Foram utilizados artigos científicos, obras doutrinárias, normas do ordenamento jurídico brasileiro e acórdãos do TJCE, na formação do referencial teórico. Quanto aos recortes da pesquisa empírica, tem-se que ela abrangeu todos os órgãos julgadores do TJCE, mas, apenas a 1ª e a 2ª Câmara Criminal apresentaram resultados dentro dos critérios estabelecidos. A busca apontou que as decisões examinadas estão entre 21 de junho de 2017 a 30 de agosto de 2022.

No dia 10 de outubro de 2022, a coleta dos acórdãos foi realizada no buscador de jurisprudência do TJCE¹. Nele, empregaram-se os termos controle de convencionalidade e competência, ambos entre aspas, no espaço pesquisa livre. Essa operação resultou em 5 acórdãos, os quais foram dispostos em uma planilha da plataforma Google Planilhas e examinados a partir destes parâmetros: instrumento de controle, data do julgamento, órgão julgador, relator(a), fundamento do acórdão, resultado, tipo de decisão. Foram desconsideradas as decisões

1 Link: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>.

monocráticas, uma vez que se visava apurar o posicionamento do colegiado. No mais, somente 1 acórdão foi desconsiderado em virtude de estar fora do escopo da pesquisa. Nessa decisão removida, os termos pesquisados não eram o cerne da discussão. Na verdade, eles somente apareceram na ementa de um julgado citado pelo relator.

3 O GARANTISMO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Para ingressar na teoria garantista, é necessário entender a análise do movimento constitucionalista realizada por Luigi Ferrajoli. Existem várias formas de constitucionalismo, porém, em linhas gerais, uma das principais características desse movimento é a proteção dos cidadãos ante os arbítrios do Estado, logo, visa-se possibilitar ao particular o usufruto dos seus direitos individuais sem a intervenção desmedida do Poder Público (SIMÕES, 2022, p. 203). Dentre as concepções de constitucionalismo, Ferrajoli (2012, p. 13) defende uma corrente juspositivista para fazer frente às tendências jusnaturalistas do neoconstitucionalismo. Apesar da importância do neoconstitucionalismo, Streck (2012, p. 61) adverte que o recebimento livre de críticas desencadeou a inserção do ativismo judicial, da jurisprudência dos valores e da teoria da argumentação de Robert Alexy, no sistema jurídico brasileiro.

Por isso, Ferrajoli (2012, p. 21) classifica o constitucionalismo em principialista e garantista. O primeiro se opõe ao positivismo jurídico, aceita a aproximação entre direito e moral, ou melhor, validade e justiça, e permite a flexibilização de direitos constitucionalmente estabelecidos a partir da ponderação, sujeitando a concretização do Direito à atividade jurisdicional. Em oposição, o segundo repudia a junção entre direito e moral, pois prima pelo respeito ao princípio da legalidade, para garantir a sujeição dos julgadores à Lei (FERRAJOLI, 2012, p. 25). Mais ainda, caracteriza-se por ser um sistema de limites delineados pelo constituinte aos poderes em que o controle jurisdicional de constitucionalidade é o mecanismo corretor das eventuais antinomias (FERRAJOLI, 2012, p. 24).

Nessa teoria, a constitucionalização dos princípios resulta em limitação ao alcance da discricionariedade do julgador, porque somente se adota a interpretação que está em consonância com os preceitos da ordem constitucional (FERRAJOLI, 2012, p. 51). Assim, o garantismo é uma maneira de inviabilizar o arbítrio dos magistrados, mas não se restringe a isso, dado que também consolida a jurisdição como um mecanismo de proteção aos direitos da população, logo, opõe-se à lógica majoritária do Poder Político sem, entretanto, afastar-se do seu caráter democrático (IPPOLITO, 2011, p. 39).

Por conseguinte, o constitucionalismo garantista reconhece a necessidade de se observar a normatividade forte das constituições, especialmente das disposições que estipulam direitos; portanto, estabelece um dever ao legislador e ao julgador: este indicará as lacunas e removerá as antinomias a partir de uma leitura sistemática da Constituição, ao passo que aquele não criará normas conflitantes com o texto constitucional e preencherá os espaços com leis idôneas (FERRAJOLI, 2012, p. 56). Nele os direitos fundamentais funcionam como limitadores das decisões do Estado, visto que são fontes tanto de legitimação quanto de deslegitimação delas (TRINDADE, 2012, p. 17).

Isto posto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) contém características que indicam aderência aos preceitos da teoria garantista. Afinal, o constituinte conferiu maior proteção aos direitos e garantias fundamentais, os quais não podem sofrer restrições, salvo por expressa previsão constitucional ou promulgação de norma formal e materialmente compatível com a Constituição (MENDES, 2012, p. 43). Além disso, apesar do livre convencimento do magistrado, há limitação a sua vontade — a exemplo, o art. 315 do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941) — visto que deve expor e motivar suas razões sem destoar do ordenamento jurídico, sob pena de nulificar o provimento judicial — é o que se extrai do art. 93, inciso IX, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988). Em acréscimo, o Estado não pode criar juízos especiais, em outras palavras, tribunais de exceção, tampouco está autorizado a punir alguém por conduta não prevista anteriormente em Lei (BRASIL, 1988).

Sucede que o garantismo sofreu mutações ao ser implantado no Brasil em razão de certas peculiaridades do ordenamento jurídico nacional, por exemplo, na seara criminal, os obstáculos de uma legislação processual penal de 1941, a qual, embora tenha recebido diversos reparos, ainda conserva disposições inquisitivas, como a iniciativa probatória do juiz (art. 156, I, CPP) (BRASIL, 1941). A ponderação na interpretação dos direitos fundamentais é outro impasse, visto que, em excesso, pode esvaziar e tornar inaplicáveis as disposições constitucionais (FERRAJOLI, 2012, p. 47). Mais ainda, Ferrajoli (2012, p. 45-46) aduz que a ponderação fomenta a ideia de que os julgadores podem criar normas através dessa harmonização de princípios, o que transgride a separação entre os poderes.

Costa e Veras Neto (2016, p. 184) explicam que a despeito das disposições garantistas no texto constitucional, na realidade, os direitos não são garantidos a todos em decorrência das desigualdades sociais; então, os direitos perdem seu caráter de certeza para os cidadãos menos favorecidos. Isso significa que o poder econômico acaba por acentuar a diferença de tratamento entre os jurisdicionados, estigmatizando e relegando os mais pobres às margens do círculo social (COSTA; VERAS NETO, 2016, p. 184). Acerca desse descompasso entre teoria e prática, Khaled Júnior (2010, p. 303) afirma que o problema está “[...] para além de qualquer normatividade, uma vez que diz respeito a opções de ordem política e corporativa daqueles que atuam no sistema penal.” Diante disso, Ferrajoli (2022, p. 7) elabora a ideia de formulação de uma Constituição Global para reduzir as discrepâncias no Direito Público de diferentes nações, já que vários problemas sociais possuem repercussões transnacionais.

Enquanto não se avança nesse caminho, no sistema interamericano defende-se a ideia de que, a partir de uma perspectiva garantista, o juízo deve preservar a higidez das normas constitucionais e afastar leituras voltadas à anular a efetividade delas, sobretudo ao considerar a legislação internacional atinente aos direitos humanos, haja vista que essas interagem com os direitos e as garantias fundamentais, aprimorando-os (LOPES; BESSA, 2018, p. 129). Por exemplo, no caso do Brasil, a CADH serve como parâmetro para estabelecer

limites à atuação do Estado, logo, é mais um mecanismo apto a assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais e convencionais sobre direitos humanos (LOPES; BESSA, 2018, p. 129). Feitas tais considerações, resta compreender a dimensão hierárquica ou o *status* dos tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário, aspecto peculiar e importante para efetividade do controle de convencionalidade.

4 A DIMENSÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Entender as teorias que buscam dar fundamento à posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico nacional e sua compatibilidade em face da CRFB/1988 demanda cautela e decorre de opção política do STF. Especialmente, quando se vislumbra a possibilidade de violação ao princípio da soberania nacional e da própria Constituição, à luz da previsão normativa de que compete ao STF declarar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei Federal, conforme consta no art. 102, inciso III, alínea “b”, da CRFB/1988. Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil são paradigmas para o exame de compatibilidade das normas internas, com especial destaque quando o reconhecimento de tais tratados no ordenamento jurídico nacional se dá em observância à hierarquia supralegal, ou mesmo como norma materialmente constitucional, a depender do entendimento que se tenha sobre a matéria e suas diversas posições doutrinárias.

No campo doutrinário, apesar de resistências pontuais, há esforço para desenvolvimento de uma teoria comum, exatamente no alcance interpretativo que se dá aos §2º e §3 do art. 5º da CRFB/1988, e seu impacto na formação do bloco de constitucionalidade. Nesse aspecto merece destaque a lição de Lopes e Chehab (2016, p. 83) ao afirmar que um bloco de constitucionalidade “[...] pode ser definido como um conjunto de normas materialmente constitucionais, que junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo

de hierarquia constitucional [...]”. Se a formação e compreensão do bloco de constitucionalidade implica em discussões no campo acadêmico, definir a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, tornou a matéria não apenas relevante, mas de importância ímpar na prática jurídica, legislativa e administrativa.

Acerca da importância conceitual das aludidas modalidades, Martins (2019, p. 449) alerta que o ato de “[...] verificação da compatibilidade das leis com a Constituição é o [...] controle de constitucionalidade. O controle de verificação da compatibilidade das leis com os tratados e convenções supraleais é o controle de convencionalidade [...]”. Nessa linha, o STF, através da decisão proferida no Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343, (BRASIL, 2008) avançou no que se refere ao entendimento prevalecente em julgamentos anteriores, como no da Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.480, em que se equiparou os tratados à legislação ordinária (BRASIL, 1997). Então, o STF passou a reconhecer a hierarquia supraleal dos tratados de direitos humanos, propiciando o controle de convencionalidade ou compatibilidade das normas internas com os tratados de direitos humanos de que o Brasil seja signatário.

Mesmo o STF tendo adotando a tese da hierarquia supraleal dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos internalizados antes da Emenda Constitucional n. 45, como no caso da CADH, Piovesan (2003, p. 48) critica a escolha feita pelo direito brasileiro, afirmando que o legislador fez a opção por um sistema misto a englobar o regime dos tratados de direitos humanos e aquele destinado aos tratados em geral, posicionando-se no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam natureza de norma constitucional e aplicação imediata, ao contrário dos tratados específicos que se submetem ao regramento de incorporação legislativa.

Na mesma linha de compreensão, e entendendo como restritiva a tese desenvolvida pelo STF, Mazzuoli (2018b, p. 388) afirma que, no campo da hierarquia ou do *status* dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro e em outros ordenamentos jurídicos, os tratados internacionais se diferem uns dos

outros exatamente pelo grau hierárquico que o texto constitucional lhes confere, reconhecendo que os tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional, enquanto os tratados tradicionais ou especiais guardam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal.

A preocupação em otimizar a proteção dos direitos humanos no âmbito internacional ensejou o surgimento de sistemas internacionais de direitos humanos, destacando-se, dentre eles, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), que tem como seus principais documentos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a CADH e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de San Salvador (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 86). Em relação ao objeto de estudo, registre-se que a CADH foi promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992), e a competência jurisdicional (contenciosa) da Corte IDH foi reconhecida por meio do Decreto Legislativo n. 4.463, de 8 de novembro de 2002 (BRASIL, 2002). Em termos conceituais o tema é definido por Mazzuoli (2018a, p. 24):

[...] à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, §2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, §3º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

É, pois, através do controle de convencionalidade que se pode aferir a compatibilidade das normas internas com os tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte, a envolver o controle difuso (tese do *status* supralegal dos tratados de direitos humanos), ou até mesmo através do controle concentrado de constitucionalidade (tese do *status* material constitucional dos tratados de direitos humanos). Nesse contexto, Lopes e Chehab (2016, p. 83) esclarecem

sobre a origem do instituto e sua criação pela CorteIDH em 2006, notadamente no que se refere ao fato de que as autoridades dos Estados signatários do Pacto de São José da Costa Rica não devem aplicar nenhuma norma de direito interno quando incompatível com a CADH, bem como, com a interpretação (jurisprudência) que a CorteIDH der a ela.

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário, apesar de não atender aos parâmetros da máxima efetividade dos direitos humanos, se constituiu em significativo avanço, permitindo compatibilizar o arcabouço normativo interno com as normas internacionais, teoricamente mais avançadas no que se refere à promoção e proteção dos direitos humanos. Na defesa do *status* de norma materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, faz-se referência à doutrina de Piovesan (2022, p. 144), posição que garante maior efetividade na promoção e defesa dos direitos humanos, e que, por se tratar de norma de hierarquia constitucional, integra o que, doutrinariamente, se denomina de bloco de constitucionalidade, servindo, inclusive de parâmetro para o controle abstrato de constitucionalidade.

Em uma posição minoritária, surge a tese que defende a natureza supraconstitucional dos tratados de direitos humanos. É uma posição mais liberal que assegura primazia jurídica aos referidos tratados mesmo em face da Constituição dos países signatários; esbarra, porém, em forte resistência em função do princípio da soberania constitucional e do argumento de que compete ao STF declarar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei Federal, à luz do art. 102, inciso III, alínea “b”, da CRFB/1988 - exclusividade inviolável com a adoção da referida tese (GORDILLO, 1990, p. 53-54).

Não se pode prescindir do entendimento expresso no corpo da CRFB/1988, em que está evidenciada a opção do constituinte pela supremacia dos direitos humanos em face de conflito entre as normas internas e aquelas decorrentes dos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte (art. 4º, inciso II, da CRFB/1988), aproximando-se de um modelo de Estado de Direito

Internacionalista e da aplicação do princípio *pro homine*. Isto é, no conflito entre normas de direito internacional a interpretação ou a superação do conflito deve atender ao primado de maior e mais eficiente proteção dos direitos humanos.

É necessário, no entanto, perquirir acerca da decisão tomada pelo STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543, em maio de 2020, tendo como discussão de mérito a inconstitucionalidade das normas federais que restringem a doação de sangue por homens homossexuais, que terminou por alterar a jurisprudência da corte no que se refere ao *status* de norma supralegal dos tratados internacionais, dado que foram reconhecidos como normas materialmente constitucionais (BRASIL, 2020). Essa nova realidade foi abordada por Lopes e Ciríaco (2021, p. 273), as quais defendem que a tese da supralegalidade teve seu fim declarado em manifestação isolada no voto do relator que, mesmo desprovido de argumentação jurídica necessária, promoveu uma mudança significativa e capaz de repercutir nos próximos casos a serem analisados pelo STF.

A prevalecer a mudança jurisprudencial do STF, atualmente os tratados de direitos humanos têm *status* de norma materialmente constitucional, o Poder Judiciário e os demais órgãos do Estado brasileiro têm o poder-dever de realizar a compatibilidade do ordenamento jurídico interno, não apenas através do conhecido controle de constitucionalidade, mas também por meio do controle de convencionalidade, seja no âmbito do controle difuso, seja no do controle concentrado. Ademais, os tratados de direitos humanos internalizados assim reconhecidos por decisão do STF passaram a integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro, ou seja, equipararam-se aos tratados de direitos humanos internalizados nos moldes de que trata o art. 5º, §3º, da CRFB/1988, na condição de emendas constitucionais. É nesse cenário que, atualmente, deve ser realizado o controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário e demais órgãos integrantes do sistema de justiça, conforme explica Mazzuoli (2018a, p. 24), na busca de se dar maior efetividade aos direitos humanos, sistematicamente violados no território nacional, conforme reiteradas decisões condenatórias da CorteIDH proferidas em face das omissões do Brasil na promoção e defesa dos direitos humanos.

Para fins acadêmicos, no entanto, o presente trabalho aborda o tema na esteira do entendimento do STF de que as convenções e tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* supralegal, o que já se revela suficiente para análise da decisão proferida pelo TJCE, o que se deu nos autos da apelação n. 0008077-10.2014.8.06.0181, até porque, na oportunidade do julgamento da referida apelação, era esse o entendimento prevalente no STF (CEARÁ, 2017). Diante do estado da arte em relação à posição hierárquica dos tratados internalizados no direito doméstico, ainda se faz necessário esclarecer que, em referência à CADH, a essa foi assegurado o *status* de norma supralegal, posição conservadora em relação a outros países do continente americano, *status* esse possivelmente alterado em decorrência do julgamento proferido pelo STF na ADI 5.543.

4.1 A legitimidade no controle de convencionalidade: análise dos julgados do TJCE

Não se pode desprezar, ou até mesmo ignorar, a posição da CorteIDH de que as distintas autoridades estatais — notadamente aquelas integrantes do sistema de justiça (juízes, promotores, defensores públicos, delegados, etc.) — devem exercer, inclusive *ex officio*, o que se denomina controle de convencionalidade entre as normas internas e a CADH. Pela sua importância e abrangência na proteção e promoção dos direitos humanos, o tema foi objeto de atenção do CNJ, que, em iniciativa inédita, instigou e encorajou os juízes e tribunais a observarem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da CorteIDH, mediante a edição da Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022 (BRASIL, 2022a), Ficou, pois, assentado que a iniciativa guarda correspondência com as diretrizes estratégicas do Poder Judiciário brasileiro. Anote-se que, embora o CNJ não seja um órgão jurisdicional, seus atos servem como controle da atuação administrativa, financeira e funcional do Poder Judiciário (GERVASONI, 2011, p. 376-377).

Na mesma linha, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou ato normativo para resguardar ao Ministério Público brasileiro uma

atuação mais proativa, instigando seus membros à observância dos tratados, convenções, protocolos internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando oportuno e conveniente. No inciso I do art. 3º da Recomendação n. 96/2023, o CNMP orienta que os membros “promovam o controle de convencionalidade das normas e práticas internas” (BRASIL, 2023). O CNMP entendeu que não se torna suficiente apenas observar em seus respectivos âmbitos de atribuição as convenções e os tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, mas, para além desse fato, recomendou a promoção do controle de convencionalidade com observância da jurisprudência da CorteIDH.

Assinala-se que os dados coletados no sítio eletrônico do TJCE revelam a importância de se estimular a observância dos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, vez que, na análise do caso concreto, nota-se certa desimportância em relação ao instituto do controle de convencionalidade em relação a outros institutos de direito interno utilizados para solução da controvérsia, o que, em tese, pode significar maior fragilização dos direitos humanos envolvidos. Assim, diante da opção feita pelo STF, no julgamento do RE n. 466.343, qualquer norma de direito interno infraconstitucional que seja incompatível com os tratados e convenções de direitos humanos de que o Brasil é signatário desafia a atuação das autoridades legitimadas, mesmo que de ofício, a reconhecer tal norma como inconvenção, sem se descuidar o fato relevante de que tal compatibilidade deve ocorrer não apenas em relação ao teor dos tratados de direitos humanos, mas, também, com a interpretação jurisprudencial emanada da CorteIDH, mesmo que envolvam casos de que o Brasil não seja parte (BRASIL, 2008).

Tais colocações decorrem do fato de que, indexando a pesquisa com o título controle de convencionalidade, no âmbito do acervo jurisprudencial do TJCE, o retorno revela a existência de apenas cinco processos com referência ao instituto em seus acórdãos, a maioria versando sobre o mesmo tema, qual seja, a possibilidade de contagem em dobro da pena privativa de liberdade executadas

em condições subumanas e insalubres (CEARÁ, 2022a, 2022b, 2022c). Matéria que, a propósito, provém do julgamento que deu origem à Resolução da CorteIDH de 22 de novembro de 2018, referente ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, localizado no Complexo Penitenciário de Gericinó, na cidade do Rio de Janeiro, o que se deu também em relação às pessoas presas no complexo penitenciário do Curado, em Pernambuco, conforme decisão do Ministro Edson Fachin, na Medida Cautelar no *habeas corpus* n. 208.337 (BRASIL, 2022b; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Observou-se que o agravo em execução é o instrumento de controle mais recorrente para suscitar o debate acerca do controle de convencionalidade. O seu uso não é atípico, porque é o recurso previsto na legislação para impugnar as decisões provenientes do juízo de execução penal. Isso aponta que os agravantes visavam aplicar o entendimento da CorteIDH acerca da contagem temporal em dobro da pena privativa de liberdade, quando executadas em condições subumanas e insalubres. A Des. Maria Edna Martins relatou os três agravos, na 1ª Câmara Criminal. Todos foram denegados de forma unânime, acompanhando as razões do voto da relatora. A fundamentação da decisão reconheceu que “[...] as sentenças emitidas pela CorteIDH possuem eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada.” (CEARÁ, 2022a).

Quanto aos argumentos lançados em sede de apelações criminais, nelas o assunto fora discutido com maior precisão, ou melhor, exclusivamente em uma. É que a apelação n. 0007436-85.2019.8.06.0071 foi classificada como fora do escopo, porquanto o seu mérito não versou sobre o objeto de estudo (CEARÁ, 2021). Nesse panorama, resta fazer a análise do conteúdo da apelação criminal n. 0008077-10.2014.8.06.0181, julgada em 21 de junho de 2017 pela 2ª Câmara Criminal. Observa-se que nesse julgamento o órgão fracionário do TJCE tratou, mesmo que com fundamento diverso das teses acima referidas e em dissonância com o entendimento da CorteIDH, do instituto do controle de

convencionalidade das normas internas, particularmente quando incompatíveis com os tratados de direitos humanos internalizados e das decisões da CorteIDH.

O relator da matéria fez constar do seu voto posição divergentes daquelas que advogam a amplitude das autoridades legitimadas a procederem ao controle de convencionalidade, posição que, em tese, pode significar maior fragilidade na defesa e promoção dos direitos humanos. O voto reconhece que o controle de convencionalidade está afeto apenas ao STF, raciocínio que não guarda coerência dogmática com a doutrina e a jurisprudência desenvolvida pela CorteIDH, muito menos com a previsão constitucional que assegura a primazia ou prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais — Art. 4º, inciso II, da CRFB/1988 (CEARÁ, 2017). Depreende-se que esse argumento é incompatível com o garantismo, porquanto ignora a normatividade forte da mencionada disposição constitucional e deixa de formular interpretação consoante com a ordem constitucional. Embora represente uma opção pelo entendimento restritivo das autoridades legitimadas nessa espécie de controle, a tese adotada referenda a posição mais conservadora na proteção dos direitos humanos, o que é temerário. É que, neste particular, ela termina por inviabilizar exercício do controle de convencionalidade por diversos órgãos integrantes do sistema de justiça brasileiro, como o Ministério Público e Defensoria Pública.

No acórdão examinado, outro ponto importante foi o afastamento do recurso especial n. 1.640.08 sob o argumento de que seus efeitos são apenas interpartes. Tal precedente não constitui ato isolado ou tem efeito interpartes. Decorre, na verdade, da efetivação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) do controle de convencionalidade, cumprindo assim o que determina as mais recentes decisões da CorteIDH sobre a matéria (BRASIL, 2016). Ressalte-se, também, que a competência para realização do controle de convencionalidade, cujos parâmetros sejam tratados de direitos humanos, mesmo que internalizados nos termos do art. 5º, §3º, da CRFB/1988, não é apenas do STF, mas, conforme reiterada jurisprudência da CorteIDH, de todos os poderes e órgãos integrantes dos Estados signatários da CADH.

Há de se esclarecer que a CADH não foi internalizada no Brasil nos moldes do §3º do art. 5º da CRFB/1988, o que lhe asseguraria o *status* de norma materialmente constitucional, permitindo a concretização tanto o controle de convencionalidade quanto o controle de constitucionalidade das normas internas, mas, como anotado, referido *status* se deu em decorrência da evolução jurisprudencial do STF; mesmo assim, o controle convencionalidade, tendo como parâmetro a CADH e a jurisprudência da CorteIDH, pode ocorrer com base nos métodos difuso e concentrado, a depender da adoção da tese ampla acerca das autoridades legitimadas na realização do controle. Nesta linha de compreensão, a tese restritiva em relação às autoridades legitimadas exercício do instituto não guarda simetria com as decisões da CorteIDH.

Tanto é que, nos casos *Almonacid Arellano vs. Chile* e *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, a CorteIDH sinalizou uma advertência ao Estado-parte, pois, quando se ratifica um tratado internacional, seus juízes e demais órgãos estatais, também estão submetidos a ele, inclusive para realização do controle *ex officio* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, 2010). Então, os juízes nacionais, agora alçados, também, à condição de guardiões da CADH, não podem tolerar a permanência de regramento doméstico capaz de violá-la. Seja pela opção de interpretação dos tratados de direitos humanos como norma supralegal (posição do STF), o que ensejaria o controle de convencionalidade pelo TJCE, seja pela interpretação dos tratados de direitos humanos como norma materialmente constitucional — com *status* de emenda constitucional — o que ensejaria o controle de convencionalidade e de constitucionalidade, o julgado em questão não alcança a amplitude desejada e pretendida nos referidos precedentes da CorteIDH e não satisfaz o dever garantista de indicar e solver as antinomias.

O caso explicita a necessidade de maior aprofundamento no que se refere às sentenças da CorteIDH, notadamente por parte do Ministério Público, que, pela capilaridade da instituição, pode e deve defender de maneira mais eficaz o fortalecimento da posição de legitimado na promoção dos direitos humanos via

controle de convencionalidade. O contrário desse modelo, em tese, pode, mesmo que de maneira equivocada, ser compreendido como fragilização do espaço de atuação institucional do Ministério Público, enquanto instituição protetora e promotora dos direitos humanos. Por fim, registra-se que o julgado em questão poderia ensejar maiores questionamentos, não fosse o formato de publicação dos acórdãos do TJCE, porque os votos dos demais integrantes do colegiado não são disponibilizados na íntegra, o que impede uma visão particularizada de cada voto proferido nos julgamentos, apesar do registro em ata de que as decisões foram tomadas à unanimidade.

5 CONCLUSÃO

Reafirma-se que a promoção e defesa dos Direitos Humanos desafia a atuação vigilante dos órgãos integrantes do sistema de justiça de maneira a compatibilizar a legislação interna com os tratados e convenções de que o Brasil é signatário, notadamente às prescrições da CADH, de maneira a assegurar o princípio *pro homine* na interpretação das normas internacionais. Nessa ideia, o garantismo auxilia no processo de interpretação e aplicação das disposições da CADH, a qual é formal e materialmente compatível com a CRFB/1988, embora tenha caráter supralegal no ordenamento brasileiro, o que decorreu de interpretação do STF. Ainda mais, ajuda no processo de compatibilização das normas internas, tendo em vista o dever de apontar e remover as disposições incompatíveis com a ordem constitucional vigente.

Os dados indicaram que o TJCE, através de um de seus órgãos fracionários, adotou posição mais conservadora em relação à jurisprudência da CorteIDH, reduzindo o rol de legitimados aptos a realizarem o controle de convencionalidade e admitindo, pelos menos no caso ora apreciado, que o controle de convencionalidade ocorra apenas no âmbito do STF. Essa lógica limita consideravelmente o alcance das decisões da CorteIDH, a qual entende que, quando se ratifica um tratado internacional, todos os agentes do Estado-parte — juízes e demais órgãos

estatais — estão submetidos a ele, inclusive para realização do controle *ex officio* de convencionalidade. Por isso, pode-se afirmar que o TJCE não alcançou o patamar desejado de proteção aos direitos humanos e, consequentemente, não realizou leitura compatível com a ordem constitucional e convencional, distanciando-se do dever garantista e do entendimento da CorteIDH.

O julgamento proferido pelo TJCE evidencia a necessidade de aprofundamento da discussão em torno do instituto do controle de convencionalidade, seja para compreender as inovações e impactos que proporciona no ordenamento jurídico interno, seja no sentido de desenvolver uma metodologia capaz de aclarar quando, como e quem tem atribuição para realização do controle de convencionalidade, tendo como parâmetro o disposto na CRFB/1988 de que, nas relações internacionais a República Federativa do Brasil rege-se pela prevalência dos direitos humanos. Devido ao fato de o Brasil acumular várias condenações no âmbito da CorteIDH, muitas delas decorrentes de omissões na promoção e proteção dos direitos humanos, infere-se que a situação pode ser minorada com a aplicação das decisões que autorizam o alargamento da legitimidade das autoridades incumbidas do controle de convencionalidade, ainda mais com a realidade de um país de dimensões continentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2022a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação n. 96, de 28 de fevereiro de 2023**. Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público a observância dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos [...]. Brasília, Conselho Nacional do Ministério Público, 2023 Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/9675>. Acesso em: 24 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2002a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1640084**. [5ª Turma]. Direito penal e processual penal. Recurso especial. Roubo, desacato e resistência [...]. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543**. [Tribunal Pleno]. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Art. 64, iv, da portaria n. 158/2016 do ministério da saúde [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de maio 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429684/false>. Acesso em: 11 out. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543**. [Tribunal Pleno]. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Art. 64, iv, da portaria n. 158/2016 do ministério da saúde [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de maio 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429684/false>. Acesso em: 11 out. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 466.343**. [Tribunal Pleno]. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta [...]. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extensão na medida cautelar no habeas corpus n. 208337**. [Decisão monocrática]. Trata-se de pedido, formulado pela Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, de extensão dos efeitos da medida liminar [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de dezembro de 2022b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1368759/false>. Acesso em: 19 abr. 2023.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Agravo em execução n. 0010219-17.2020.8.06.0103**. [1ª Câmara Criminal]. Agravo de execução penal. Contagem temporal em dobro. Ausência de amparo legal e jurisprudencial [...]. Relatora: Des. Maria Edna Martins, 30 de agosto de 2022a. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 19 nov. 2022.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Agravo em execução n. 8002804-22.2021.8.06.0001**. [1ª Câmara Criminal]. Agravo de execução penal. Contagem temporal em dobro. Ausência de amparo legal e jurisprudencial [...]. Relatora: Des. Maria Edna Martins, 29 de março de 2022b. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 19 nov. 2022.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Agravo em execução n. 8003702-35.2021.8.06.0001**. [1ª Câmara Criminal]. Agravo de execução penal. Contagem temporal em dobro. Ausência de amparo legal e jurisprudencial [...].

Relatora: Des. Maria Edna Martins, 24 de maio de 2022c. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 19 nov. 2022.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Apelação criminal n. 0007436-85.2019.8.06.0071**. [2º Câmara Criminal]. Direito processual penal. Apelação criminal. Crime de tráfico de drogas e de associação para o tráfico [...]. Relator: Des. Sérgio Luiz Arruda Parente, 17 de novembro de 2021. Disponível em: Acesso em: 19 nov. 2022.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Apelação criminal n. 0008077-10.2014.8.06.0181**. [2ª Câmara Criminal]. Penal. Apelação crime. Embriaguez ao volante em concurso material com direção sem habilitação e desacato [...]. Relator: Des. Haroldo Correia de Oliveira Maximo, 21 de junho de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 19 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Judgment of november 26, 2010 (preliminary objection, merits, reparations and costs)**. Case of Cabrera García and Montiel Flores V. Mexico. 26 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=pt&id=6>. Acesso em: 20 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 22 de novembro de 2018**. Medidas provisórias a respeito do Brasil: assunto do instituto penal plácido de sá carvalho. 22 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=pt&id=6>. Acesso em: 19 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas)**. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. 26 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=pt&id=6>. Acesso em: 20 nov. 2022.

COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Garantismo à brasileira: uma análise crítica à luz da aplicação do princípio da insignificância.

Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 165-187, set./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46467>. Acesso em: 17 out. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Morais da et al. (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Por que uma constituição da terra? **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 31, n. 12, p. 4-18, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/9024>. Acesso em: 2 abr. 2023.

GERVASONI, Tássia Aparecida. Conselho Nacional de Justiça: um “ilustre (des) conhecido”? análise de sua natureza e limites de atuação em face da separação de poderes. **Themis**, v. 9, p. 351-398, 2011. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/117>. Acesso em: 24 mar. 2023.

GORDILLO, Agustín. **Derechos humanos**: doctrina, casos y materiales: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>. Acesso em: 28 ago. 2022.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio/ago. 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513>. Acesso em: 17 out. 2022.

LOPES, Ana Mara D'Ávila; BESSA, Leandro Sousa. A atuação da defensoria pública no acesso ao sistema interamericano de direitos humanos: uma perspectiva garantista multinível de direitos constitucionais e convencionais. **Espaço Jurídico**

Journal of Law, Chapecó, v. 19, n. 1, p. 127-148, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/13835>. Acesso em: 2 abr. 2023.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 22, n. 2, p. 82-94, jul./dez., 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004>. Acesso em: 1º ago. 2022.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CIRÍACO, Patrícia K de Deus. O fim da hierarquia supralegal dos tratados internacionais: análise da ADI n. 5.543/2020-DF à luz da teoria argumentativa de MacCormick. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 18, n. 2, p. 262-278, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/7320>. Acesso em: 1 ago. 2022.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**, 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018b.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SIMÕES, Edson. **Constitucionalismo e constituição de 1988**. São Paulo: Almedina, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: ROSA, Alexandre Morais da et al. (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 5, n. 1, p. 3-21, 2012. Disponível em: <https://revista3.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156>. Acesso em: 28 set. 2022.

Submissão: 25.mar.23

Aprovação: 21.jun.23

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DIREITO E VIOLÊNCIA: UMA ABORDAGEM SISTÊMICA E DECOLONIAL

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, LAW AND VIOLENCE: A SISTEMIC AND DECOLONIAL APPROACH

Paola Cantarini

Doutorado em filosofia do direito (Universidade do Salento, Itália); mestrado e doutorado em direito e em filosofia (PUC-SP); pós-doutorado em Filosofia, pensamento crítico e arte (European Graduate School), em Direito (FD-USP), em sociologia jurídica (Universidade de Coimbra), em Tecnologias da Inteligência e do Design Digital (PUC-SP) e em Inteligência Artificial e Filosofia (Instituto de Estudos Avançados - USP – Cátedra Oscar Sala). Fundadora e presidente do Instituto EthikAI.

E-mail: paolacantarini@gmail.com

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha; Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Mestre em Direito, Doutor em Comunicação e Semiótica e em Psicologia Social/Política (PUCSP). E-mail: willis.filho@unirio.br.

Resumo: Com uma metodologia comparatista, filosófica e também empregando a teoria de sistemas sociais autopoieticos especula-se sobre a possibilidade de artefatos dotados de inteligência artificial (IA) poderiam vir a adquirir capacidades novas, tornando-os um instrumento de avanço do que se qualifica como uma ciberescravização. Produz-se, assim, o risco da autoimunidade social, com

o que devia nos defender nos atacando. Avança-se ainda conjectura sobre a emergência de uma opção a partir de visões de mundo do Sul Global, libertas da colonialidade.

Palavras-chave: Violência; cibernética; escravidão; autopoiese; decolonialidade.

Abstract

With a comparative and philosophical methodology, also using the theory of autopoietic social systems, it is speculated about the possibility of artifacts endowed with artificial intelligence (AI) to acquire new capabilities, making them an instrument for advancing what is qualified here as cyberenslavement. This creates the risk of social autoimmunity, which happens when what should defend us end up attacking ourselves. Conjecture is also being advanced about the emergence of an option based on worldviews from the Global South, which are free from coloniality.

Keywords: Violence; cybernetics; slavery; autopoiesis; decoloniality.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto visa, sobretudo, tratar de temas relativos à inovação e às novas tecnologias, com fulcro em uma delas, aquela da chamada inteligência artificial (AI), de forma a promover o pensamento científico e ao mesmo tempo a democratização das discussões em torno da temática, almejando atingir profundidade e rigor científico, bem como um viés crítico e inter/transdisciplinar, trazendo, outrossim, uma abordagem que seja ela própria já inclusiva e democrática. Isto no sentido de aproximar diversos campos do saber e diversos tipos de atores sociais (empresas, academia, governo, cidadãos). Com isso, visa-se à democratização da discussão acerca da temática da inovação e da IA como um todo, pois assim acreditamos que estaremos contribuindo para alcançarmos o que se denomina como “justiça de design” e uma abordagem de “co-construção” (“co-approach”).

O conceito de “justiça de design” foi desenvolvido por Sasha Constanza-Chock, professora no MIT, com os colaboradores da Allied Media Network, visando repensar a dinâmica do design através de múltiplos eixos de opressão,

com destaque para a inclusão no sentido de se exigir a participação das comunidades marginalizadas em todas as fases do processo de concepção tecnológica. “Co-approach”, por seu turno, significa a abordagem com fulcro no entendimento de que para ser inclusiva e democrática, a governança de IA deverá estar atenta à participação de grupos vulneráveis, bem como devem ser repensados os modelos dominantes propostos, em um sentido decolonial. Como exemplo paradigmático de tal abordagem temos, no plano internacional, a proposta do modelo de governança de dados “Maori”, refletindo os princípios e o histórico das lutas das comunidades Maori na Nova Zelândia, com ênfase para a previsão da proteção e equilíbrio entre os direitos individuais e coletivos, com o respeito à cultura Maori e à sua visão de mundo para a formação do processo de decisões tomadas em todo o ecossistema de dados, em um processo de co-desenho. Ainda, como exemplo de governança decolonial destacamos o documento da Global Indigenous Data Alliance, “CARE Principles of Indigenous Data Governance”, Global Indigenous Data Alliance, com expressa previsão de proteção da soberania de dados indígena, baseando-se na “Declaration on the Rights of Indigenous Peoples” (UNDRIP) da ONU, adotada em 2007, onde se verifica nos seus artigos 18 e 19 o direito de participação dos povos indígenas em assuntos que os afetam diretamente (<https://www.gida-global.org/care>).

2 A EMERGÊNCIA DE ARTEFATOS CIBERNÉTICOS COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL AVANÇADA

Artefatos dotados da chamada inteligência artificial (IA) estão se desenvolvendo exponencialmente, em sua capacidade de mimetizar as atividades humanas, inclusive aquelas consideradas mais propriamente humanas, como a de escrever e argumentar, e com uma agilidade incomparáveis, também com competências equiparáveis à dos mais competentes dentre nós. Tais artefatos cibernéticos com inteligência artificial avançada estão sendo incluídos no vasto processo em andamento de escravização e instrumentalização, por conta da

crença ideológica, criptoreligiosa, inerente ao regime econômico e, também social, predominante, em escala mundial, o capitalismo. E aqui a referência para a definição de escravização é Aristóteles, para quem os escravos, na “Política” (cap. 5), assim como os servos, são tidos como um misto de três coisas: são um instrumento vivo para manutenção da vida e, logo, uma propriedade viva. São instrumentos mais importantes que aqueles inanimados, pois enquanto esses são “instrumentos de produção”, os instrumentos vivos são “instrumentos de ação”, e “a vida é ação, e não, produção, e por isso o escravo é ministro da ação”, que providencia o atendimento das necessidades da vida, em lugar de seus senhores. O que temos agora são instrumentos de produção capazes de agir *como se* - a expressão foi enfatizada por ser a que caracteriza o modo ficcional de enunciação, conforme bem desenvolveu, em sua obra clássica *A Filosofia do Como Se*, Hans Vaihinger (1ª. ed. 1914, da tese defendida em 1877) - estivessem vivos e conscientes. Eis que assim vamos ampliando o emprego desse expediente redutor do sujeito a objeto, violador da dignidade humana, o que é a maior das violências.

Continuar a explorá-las, as IAs, e, pior, nos explorando com elas, é o mesmo que preparar nossa própria destruição, pois é a nós mesmo que estamos espoliando de um futuro vivível. Uma obra cinematográfica - e também gráfica, pois também gerou *graphic novels* - como *Matrix* é suficientemente bem elaborada, do ponto de vista de suas referências filosóficas, para que seja devidamente levada em conta (Aquino; Guerra Filho, 2013), tal como na Grécia antiga ocorria com as tragédias e comédias (Guerra Filho; Cantarini, 2015): são dramatizações ficcionais de nossas condições sócio-políticas, a nos servirem de alerta, assim como os sonhos podem ser entendidos.

O simples fato de que a própria indústria cultural de entretenimento esteja elaborando tais ideias indica haver uma tendência em curso, bem como a produção de uma imunização social, em meio a tantas inovações tecnológicas, no estágio em que nos encontramos, da possibilidade de voltarmos a reaproximar a *poíesis*, enquanto o fazer criativo, produtivo, e a *techné*, reduzidas à unidade já em Roma, no vocábulo *ars*. As artes, então, assim po(i)éticas como técnicas, as

tecnociências matematizadas, “musicadas” (do grego antigo *musikê*), há tanto tempo se desenvolvendo separadamente, voltariam a se fertilizar mutuamente, salvando-nos da ameaça que resulta de sua cisão.

Aproveitemos este momento de perplexidade universal para reconhecer a necessidade de estabelecermos uma relação, necessária, logo possível, que seja equitativa, mutuamente zelosa, não só entre nós humanos, mas também com os entes naturais e artificiais que nos constituem e cada vez mais nos ampliam, assim como os estamos a co-construímos.

Eis que, de outro modo, nos veremos cada vez mais inseridos no *habitat* ideal do vivente humano, em estado que Giorgio Agamben (2002) notoriamente caracteriza como o de uma “vida nua”, desprovido da proteção jurídica, ali mesmo onde ela é aparentemente mais fortalecida do que nunca, pela proliferação legislativa e judicativa que se verifica, por sobre este seu fundamento oculto. E é aí que pode “crescer o perigo que salva”, para dizer com Hölderlin, nos versos citados por Heidegger (2010), ao final de sua célebre conferência sobre a técnica, no original, extraídos de uma versão tardia do hino “*Patmos*” (“Wo aber gefahr ist, wächst das Rettende auch”):

Ora, onde mora o perigo
é lá que também cresce
o que salva.

3 PROCESSO DE CIBERESCRAVIZAÇÃO EM CURSO?

De acordo com Hegel, na “dialética do senhor e escravo”, constante da “Fenomenologia do Espírito” (1ª. ed. 1807), n. 193, é o assujeitado, o escravo, que se torna o principal responsável pelo desenvolvimento de uma consciência moral. A ele cabe atender às necessidades e desejos de seu senhor, inclusive, saber desse desejo, saber não só como atendê-lo, mas até saber qual ele é. O senhor, em princípio, não quer saber de nada, apenas quer. O escravo não quer nada e tem

que saber de tudo. Eis como o escravo é obrigado a se tornar um ser pensante e um ser moral, a serviço do senhor, cumprindo o requisito necessário para que se dê a diferenciação entre sujeito e objeto, pela qual se estabelece o saber como domínio da verdade.

Assim, tem-se que “a verdade da consciência independente é (...) a consciência escrava”, enquanto para seu tradutor e comentador Paulo Menezes (1985: 62) “como o Senhor chega à certeza de si através de uma consciência dependente, não adquire a verdade de si mesmo, porque ‘seu objeto não corresponde a seu conceito’, o qual requer uma consciência independente. Sua verdade é a **consciência escrava**”. Para Jean Hyppolite (1946: 166), a exposição da dialética do senhor e escravo “consiste essencialmente em mostrar que o senhor se revela ser em verdade como o escravo do escravo e o escravo como o senhor do senhor”.

É justamente esta inversão que se parece temer vir a se dar ou estar em curso de se realizar em nossa época, agora em relação aos artefatos dotados de IA cada vez mais eficientes, em face de quem nos “objetificamos”, “maquinizamos”, enquanto eles se “subjativizam”, humanizando-se em contraposição. Eis a violência atualmente praticada, por meio da IA. Achille Mbembe (2020: 28), em obra com este título, a qualifica de “brutalismo”:

Concretamente, o brutalismo é caracterizado pelo estreito entrelaçamento de diversas figuras da razão: a razão econômica e instrumental, razão eletrônica e digital com razão neurológica e biológica. Baseia-se na profunda convicção segundo a qual não há mais distinção entre seres vivos e máquinas. O material em última instância é antes a máquina, ou seja, hoje em dia, o computador em seu sentido mais amplo, assim como os nervos, o cérebro, do que qualquer realidade numinosa. É nele que reside a centelha da vida. A partir de agora, os mundos da matéria, da máquina e da vida não são mais que um. Vetores privilegiados do neovitalismo que alimenta o neoliberalismo, o (neo)animismo e o brutalismo acompanham a nossa transição para um novo sistema técnico, mais reticular, mais automatizado, ao mesmo tempo mais concreto e mais abstrato. Sob estas condições, é possível

fazer com que a Terra e os seres vivos não sejam apenas lugares de provocação intelectual, mas conceitos estritamente políticos e eventos para se pensar?

Adiante, sobre o “neos” vitalismo e animismo, pontua:

O século XXI abre-se de fato com um regresso espetacular do animismo. Ele não é o animismo do século XIX, mas um novo animismo que é expresso não no modelo de adoração aos ancestrais, mas de auto-adoração e dos nossos múltiplos duplos que são objetos. Mais do que nunca, estes constituem o sinal por excelência dos estados inconscientes da nossa vida psíquico. É através da sua mediação que as experiências são cada vez mais vivenciadas: de forte intensidade emocional, é através delas que agora tendemos a expressar o que não pode ser diretamente simbolizado. Não há mais do que, por um lado, a humanidade e, por outro, um sistema de objetos em relação aos quais os humanos estariam situados como se estivessem penderes. Nós estamos agora atravessados de um lado a outro por objetos, trabalhados por eles tanto quanto nós os fazemos quando vamos trabalhar. Há um devir-objeto da humanidade que é a contrapartida do tornar-se humano dos objetos. Nós somos o minério que nossos objetos são responsáveis pela extração. Estes últimos agem conosco, nos fazem agir e, acima de tudo, anima-nos. A redescoberta deste poder de animação e desta função psicoprotética é possibilitada principalmente pelas tecnologias digitais. Como resultado, o novo animismo funde-se com a razão eletrônica e algorítmica, que é tanto o seu meio como o seu invólucro, até mesmo o seu motor. No plano político, este novo animismo é um nó de paradoxos. No seu âmago mais profundo estão as potencialidades de emancipação. Talvez prenuncie o fim das dicotomias. Mas também poderia servir como um vetor privilegiado para o neovitalismo que alimenta o neoliberalismo. A crítica ao novo espírito animista é, portanto, necessária. O objetivo desta crítica seria então contribuir para a proteção dos seres vivos contra as forças de dissecação.

E oferecendo como perspectiva de solução, indica ser

aqui que reside o poder de significação do objeto africano no mundo contemporâneo. Feita a partir de artefatos pré-coloniais, essa crítica é também uma crítica ao material e ao próprio princípio mecânico. A este princípio mecânico, o objeto africano opõe o da respiração, específico de todas as formas de vida. Além disso, os objetos africanos sempre foram a manifestação do que está para além da matéria. Feitos de matéria, são na realidade um apelo estridente à sua superação e transfiguração. Nos sistemas de pensamento africanos, o objeto é um discurso sobre o além do objeto. Atua, com outras forças animadas, no quadro de uma economia regenerativa e simbiótica. Uma crítica intransigente da civilização em processo de imaterialização em que estamos imersos beneficiaria de se inspirar nesta história e nesta epistemologia. É o que eles nos ensinam, além de que a vida não é suficiente por si só. Não é inesgotável. O Neovitalismo afirma, por sua vez, que o mundo sobreviverá a todos os tipos de situações extremas, até mesmo catastróficas. Segundo esta lógica, podemos, portanto, destruí-lo tanto quanto quisermos. O Neovitalismo também não sabe conviver com a perda. À medida que a humanidade continua a sua corrida frenética em direção aos extremos, a desapropriação e a privação serão o destino de todos. Pensemos, neste contexto, a relação da IA com a violência, mediada pelo direito.

4 O DIREITO ENTRE A VIOLÊNCIA E A JUSTIÇA

Valendo-nos da lógica das formas, desenvolvida por G. Spencer-Brown em “Laws of Forms” (1ª. ed 1971), feita a distinção entre poder e direito, como forma e conteúdo um do outro, verso e reverso do mesmo conceito, reintroduzindo-se essa distinção em cada um dos lados desse conceito, obtém-se uma noção em que o direito aparece como conteúdo de uma forma superior e o poder como forma de um conteúdo inferior. Essa forma superior do direito seria a justiça, enquanto o conteúdo inferior do poder seria a violência.

O direito, nessa configuração, se apresenta em um estado de tensão permanente entre o ideal de justiça, jamais realizado – ao menos, abstratamente, como a verdade, que é a forma da justiça, sendo também ela um ideal regulador, para os que a buscam, seja pela ciência, seja pela filosofia –, e a realidade da violência, na qual se ampara o poder, poder de pôr e impor o direito, sendo a violência a forma cujo conteúdo é o sofrimento causado a um sujeito, passivo, por um outro sujeito, ativo, para assujeitá-lo à simples violência de uma vontade de poder, de um desejo de sujeição para tentar suprir uma carência de ser, própria desse ser ficcional, artificioso, desejante, por incompleto, que somos os humanos, enquanto seres terrestres, o húmus da terra, mundanos.

É assim que o direito pode ser atraído – e traído – pela força, negativa, malévola, desse meio e instrumento por excelência do poder que é a violência, materializada em corpos legislativos e de funcionários a serviço de uma legislação, desde os mais altos, agindo ou omitindo-se de maneira que autorize a violência, até aqueles que praticam concretamente os atos de violência, como as corporações policiais.

A ideia do direito, o “espírito das leis”, contudo, é a justiça, esse elemento sutil que anima o direito, para torná-lo propriamente correto, podendo se manifestar em situações concretas, desde que saibamos como partejá-la, repartindo adequada e proporcionalmente com os envolvidos o que naquele momento e desde antes lhes seja devido, em respeito à sua dignidade e igualdade de sujeitos às dores e sofrimentos dos que se sabem finitos no infinito insabido.

O direito, então, entre o real da violência, que é atual, e o ideal da justiça, que é eterno, seria a possibilidade, junto ao poder, o potencial, de suprimir cada vez mais a violência, nas relações humanas, para torná-las, propriamente, isso: uma relação proporcional entre seres dotados de humanidade, com-paixão, uns pelos outros e, até, por outros seres, que mesmo sem ser humanos, nos emocionam e afetam, ao nos mostrar tudo o que não somos e nos ultrapassa, existindo também.

O que parece urgente é que se reconheça o quanto o direito e o poder que por seu intermédio é exercido vêm gerando violência, nessa sociedade a um só tempo extremamente produtiva e destrutiva, em escala planetária, que se formou no ocidente, na modernidade, espalhando-se por todo o mundo. E isso não apenas por ser a condição mesma de seu funcionamento, para dizer ainda uma vez com Max Weber, o “processo de expropriação política” (1974: 103), que resultou na profissionalização dos que se dedicam ao acúmulo de poder, tal como os que justificam a própria existência pelo acúmulo indefinido de riqueza, dispensando-se a todos de qualquer sacrifício, à diferença do que ocorre em qualquer outro tipo de sociedade, aquelas que a modernidade só reconhece como formas inacabadas dela mesma, em estágios primitivos de seu próprio desenvolvimento, um desenvolvimento que, ao contrário do que se pensava – e à maioria ainda parece pensar, se é que ainda pensa mesmo –, cada vez se nos apresenta como tendo por etapa final a destruição da humanidade, ao invés da sua redenção – e assim, talvez, destruição também de tudo o mais que compõe esse planeta singular em que nos encontramos, com esse conjunto de singularidades, improbabilidades mesmo, que como por um milagre propiciou a vida inteligente, auto-consciente.

O direito moderno, então, vai romper com qualquer justificação de si em termos sacramentais – e sacrificiais, pois onde se reconhece o sagrado (que não precisa ter a forma de alguma divindade) há temor e respeito por ele, havendo também sacrifícios para aplacá-lo –, passando o direito, assim como a ética e até as religiões, a se justificarem apenas – ou o quanto possível –, tal como as ciências, racionalmente, considerando serem essas faculdades racionais o que nos igualaria a todos, assim como a todos permitiria reconhecer e fazer o que lhe era exigido por uma ordem normativa voltada para o seu benefício.

Em sendo assim, fica sem justificativa a enorme e crescente desigualdade que aflige a tantos dos que são reconhecidos e se reconhecem como, igualmente, sujeitos de direitos, e de tantos direitos, assim como são tantos os desejos produzidos em uma sociedade voltada para o estímulo ao consumo de uma produção

excessiva, que não se justifica, se não, por esse mesmo consumo, incessante. O resultado dessa escalada de direitos e desejos insatisfeitos é a produção de violência na tentativa de satisfazê-los, com reações violentas por parte dos que querem continuar gozando do que já possuem e buscando mais, sempre mais e ainda mais, infinitamente. Como já Hobbes, em seu “Leviathan” (1ª ed. 1651), nos alertara, sendo os seres humanos, como de fato o são, governados por suas paixões, por natureza ilimitadas, e sendo capazes, ainda por cima, de, mediante o uso de sua razão, calcular as consequências boas ou más de ações que visem à satisfação daquelas paixões – se admitidas tais premissas, então ou haverá um poder superior suficientemente forte para manter a todos em respeito mútuo, ou eles tenderão necessariamente a destruir-se uns aos outros.

Este poder, em todas as sociedades que se tem notícia, com exceção daquelas surgidas na modernidade, é um poder que se ampara em uma força superior, a “justiça divina”, de que nos fala Walter Benjamin ao final de seu ensaio primoroso “Sobre a Crítica da Violência” (e do Poder! – *Gewalt*), e não na força inferior, que é a violência mesma.

5 O ENFOQUE SISTÊMICO DA SITUAÇÃO PRESENTE

Em obra publicada postumamente, Luhmann (2002: 123) sustenta que o sistema jurídico, em face de seu “hohen Rechssicherheitsinteressen” (altos interesses na segurança jurídica), não pode descartar sua fórmula fundamental, de decidir casos iguais igualmente e desiguais desigualmente, passando a fundamentar decisões com referências a valores e ao bem comum, fórmula de contingência da política, a exigir a abertura democrática, mas os tribunais constitucionais derrapam (*gleitet*) continuamente, afastando-se da observância da diferença entre as duas fórmulas de contingência, e, logo, também entre os sistemas do direito e da política, para lançar mão da fórmula desta última para se legitimar, e isso procedimentalmente, a fim de se posicionarem em face de um futuro desconhecido abrindo caminho por entre valores que se contrapõem. Daí

que entendemos ser a proporcionalidade, o princípio constitucional da proporcionalidade, que se apresenta como melhor candidata a fórmula de contingência do sistema direito empregada no exercício da jurisdição constitucional já como integrante do sistema da política, prevenindo, inclusive, o que caracterizamos como uma “crise autoimunitária” do sistema social mundial, quando um seu sistema imunológico, como é o jurídico (Luhmann, 1987), ao invés de protegê-lo, por deixar de reconhecer o que é estranho e ameaçador, volta-se contra ele e si mesmo (Guerra Filho, 2014; Cantarini, 2017a).

Conclui-se, então, que a fronteira do sistema jurídico e, por simetria, também dos demais sistemas sociais, não passa apenas por sua periferia, mas também por seu centro. É por isso que, com Heinz von Foerster, podemos dizer, tal como Helmut Willke (1996: 65), que o Estado de uma sociedade funcionalmente policêntrica é formada por subsistemas sociais diferenciados (interdependentes) que se estruturam não de forma hierárquica, mas sim “heterárquica”, pois nenhum subsistema goza, a priori, de primazia em relação aos demais. Na última versão dessa teoria não se fala mais em primazia da função de nenhum subsistema, a não ser em relação a si mesmo (Luhmann, 1997: 747), já que “cada sistema funcional só pode cumprir com a própria função” (id. ib.: 762).

Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, “globalizada”, planetária, é o produto da diferenciação funcional de diversos (sub) sistemas, como os da economia, ética, direito, mídia, política, ciência, religião, arte, ensino etc. - sistemas autopoieticos, que operam com autonomia e fechados uns em relação aos outros, cada um com sua própria “lógica” -, postular isso não implica negar que haja influência (ou “perturbações”, “irritações”) desses sistemas uns nos outros. Entre eles dá-se o que para a teoria de sistemas autopoieticos seria um “acoplamento estrutural” (Luhmann, 1997: 776 ss.). Assim, o sistema da política acopla-se estruturalmente ao do direito através das constituições dos Estados (Luhmann, 1993), enquanto o direito se acopla à economia através dos contratos e títulos de propriedade, e a economia, através do direito, com a política, por meio dos impostos e tributos, e todos esses com a ciência, através de publicações,

diplomas e certificados, cabendo a uma corte constitucional, em última instância, deliberar sobre a “justeza” desses acoplamentos, em caso de dúvidas ou contestações, que os ameace, ameaçando, assim, a autopoiese do sistema global e, logo, sua permanência, sua “vida”. Como alerta o próprio Luhmann (1997: 566), “o sistema se apoia em acoplamentos estruturais específicos, altamente específicos, que o permitem deixar tudo o mais fora de consideração, não sendo de se excluir a possibilidade, que perturbações aconteçam como destruição – como fim do mundo” (no original: “Dabei stützt sich das System auf spezifische, hochselektive strukturelle Kopplungen, die es ihn erlauben, alles andere ausser acht zu lassen mit der nicht auszuschliessenden Möglichkeit, dass Störung als Destruktion geschieht – als Weltuntergang”).

É do que precisamos acima de tudo tomar consciência, imunizando-nos contra tal possibilidade, assim evitando que adquira a força de uma profecia auto realizável. Que a inclusão de uma teoria de sistemas autopoieticos, e outras abordagens erótico-poéticas (Cantarini, 2017b; Id., 2022), no sistema social global, possa contribuir para tal desenvolvimento, impedindo que se consume algo como a ciberescravidão.

6 CONCLUSÃO: DA POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO A PARTIR DO SUL GLOBAL

A antropologia pós-estruturalista de autores como Philippe Descola (2016) e nosso Eduardo Viveiros de Castro (2010) vem demonstrando à sociedade o quanto é, na verdade, excepcional frente às outras formas em geral de perceber a relação entre sujeitos humanos e outros, sejam naturais, sejam tidos como sobrenaturais, a forma moderna, ocidental, dissociadora, cindindo e isolando a subjetividade humana dessas outras subjetividades, a se incluir agora aquelas digitais.

Como a sociedade atual encontra-se em um ponto de saturação, há ainda esperança que após a destruição iminente venha a reconstrução necessária de um mundo mais justo e equilibrado. Uma das alternativas possíveis e já

estudadas por diversos filósofos e sociólogos, que poderia alterar a estrutura atual da tanatopolítica, e inverter novamente os polos existentes, trata-se da filosofia ancestral “do bem viver”, o tekó porã dos guarani, equivalente ao sumak kaway andino, que se relaciona à filosofia africana denominada do “ubuntu”, o que significa, por sua vez, “eu sou porque nós somos”; trata-se do viver em aprendizado e consciência, com respeito aos demais, as diferenças e à Natureza, rompendo-se com o alienante processo de acumulação capitalista que transforma tudo e todos em coisas disponíveis.

7 REFERÊNCIAS

Agamben, Giorgio. *Homo sacer I: o poder soberano e a vida nua*, trad. Henrique Burigo, 2ª. ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

Aquino, Márcia R. P. L.; Guerra Filho, Willis S. “Matrix como essência da técnica segundo Heidegger” in *Cadernos EMARE, Fenomenologia e Direito*, vol. 5, n. 2, 2013.

Cantarini, Paola. *Princípio da Proporcionalidade como Resposta à Crise Autoimunitária do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a.

Cantarini, Paola. *Teoria Erótica do Direito (e do Humano)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017b.

Cantarini, Paola. *Filosofia da inteligência artificial* com base nos valores construcionistas do “homo poieticus”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

Castro, Eduardo Viveiros de. *Méthaphysiques cannibales: lignes d’anthropologie post-structurale*, trad. Oiara Bonilla, Paris; P.U.F., 2010.

Descola, Philippe. *Outras naturezas, outras culturas*, trad. Cecília Ciscato, São Paulo: Editora 34, 2016.

Guerra Filho, Willis Santiago. *Immunological Theory of Law*, Saarbrücken: Lambert, 2014.

Guerra Filho, Willis Santiago. “A Crise Autoimunitária da Nova Ordem Internacional”, in Poliética. Revista de Ética e Filosofia Política, São Paulo, v. 2, n. 1, 2014.

Guerra Filho, Willis Santiago; Cantarini, Paola. *Teoria Poética do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Heidegger, Martin. A questão da técnica”, in: Id., *Ensaio e conferências*, 6ª. ed., trad. E. C. Leão et al. Petrópolis: Vozes, 2010.

Hyppolite, Jean. *Genèse et structure de la Phénoménologie de l'Esprit de Hegel*, vol. I, Paris: Aubier, 1946.

Luhmann, Niklas. *Soziale Systeme*. Grundriß einer allgemeinen Theorie, 3a. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

Luhmann, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

Luhmann, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, vol. II, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

Luhmann, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*, A. Kieserling (ed.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

Mbembe, Achille. *Brutalisme*, Paris: La Decouverte, 2020.

Menezes, Paulo. *Para ler a Fenomenologia do Espírito*, São Paulo: Loyola, 1985.

Weber, Max. “A política como vocação. A ciência como vocação”. In: Id., *Ensaio de sociologia*, Gerth, H. H.; Wright Mills, C. (org.), trad. Fernando Henrique Cardoso, Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

Willke, Helmut. *Ironie des Staates*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

Artigo de autores convidados

A RESSUSCITAÇÃO DIGITAL COMO MODELAGEM DE CORPOS? DOS CORPOS FABRIS AOS CORPOS TECNOLÓGICOS

DIGITAL RESUSCITATION AS BODY MODELING? FROM FACTORY BODIES TO TECHNOLOGICAL BODIES

Maria de Fátima Freire de Sá

Doutora em Direito pela UFMG e Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialista em Direito pelo IEC - Instituto de Educação Continuada da PUC Minas e Graduada em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) da PUC Minas. Professora Adjunta Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas; Membro e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Direito Médico - CEBID JusBioMed. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa da PUC Minas. Membro do Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

E-mail: mfatimafreiresa@gmail.com

Jeferson Jaques Ferreira Gonçalves

Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) - Bolsista PUC Minas. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pesquisador voluntário do Laboratório de Práticas Jurídicas - Planejamento Patrimonial. Advogado.

E-mail: jefersonjaques.adv@gmail.com

Resumo

O objetivo do presente trabalho é analisar se a ressuscitação digital pode ser considerada como uma das formas de modelagem de corpos. A Revolução In-

dustrial foi responsável por modificar profundamente noções como propriedade, produto, consumo, etc. Com o avanço da revolução industrial, foi necessário criar mecanismos que disciplinassem o ser humano, de modo que este pudesse ser uma peça fundamental na engrenagem produtiva. Assim, Michel Foucault cunhou o termo biopoder, que culminava em um poder que organizava sistematicamente a vida; percebeu-se que este poder não ficou estanque na história, podendo ser compreendido atualmente como um biopoder cibernético que ajuda a relançar no mercado os chamados corpos eletrônicos. Concluiu-se que a ressuscitação digital parece ser mais uma das modelagens impostas ao corpo com o objetivo de se atender aos anseios do moderno capitalismo. O método de abordagem utilizado para a elaboração do trabalho foi o hipotético-dedutivo, enquanto o método de procedimento foi o bibliográfico, através da análise de livros, notícias e artigos científicos.

Palavras-chave: Ressuscitação Digital. Transumanismo. Biopoder. Capitalismo de Vigilância.

Abstract

The objective of the present work is to analyze whether digital resuscitation can be considered as one of the forms of body modeling. The Industrial Revolution was responsible for profoundly modifying notions such as property, product, consumption, etc. With the advance of the industrial revolution, it was necessary to create mechanisms that would discipline the human being, so that he could be a fundamental part of the productive gear. Thus, Michel Foucault coined the term biopower, which culminated in a power that systematically organized life; it was noticed that this power has not been stagnant in history, and can be understood today as a cybernetic biopower that helps to relaunch the so-called electronic bodies in the market. It was concluded that digital resuscitation seems to be one of the models imposed on the body in order to meet the aspirations of modern capitalism. The method of approach used for the elaboration of the work was the

hypothetical-deductive one, while the method of procedure was the bibliographic one, through the analysis of books, news and scientific articles.

Keywords: *Digital Resuscitation. Transhumanism. Biopower. Surveillance Capitalism.*

1 INTRODUÇÃO

A revolução industrial foi um movimento que promoveu mudanças sociais e econômicas profundas no mundo moderno, modificando noções a respeito de propriedade, consumo, produto, etc. Um dos grandes emblemas desse período foi a alteração dos principais meios de produção; o sistema feudal cedeu espaço para o surgimento de um novo sistema: o capitalista.

Analizando as diversas estruturas políticas engendradas no mundo ocidental, dentre elas a revolução industrial, o filósofo Michel Foucault cunhou o termo biopoder. Esse poder seria capaz de ordenar calculosamente a vida, impondo ao corpo humano diversos tipos de disciplina, criando assim corpos dóceis e úteis, que serviram sobretudo, para o desenvolvimento do capitalismo. No mesmo sentido, Gilles Deleuze, investigando as sociedades do séc. VIII a XIX, separou as sociedades disciplinares das sociedades de controle, destacando que esta última assume o controle na contemporaneidade, e como se baseia em uma modulação, os indivíduos se tornaram divisíveis, mercados, dados. (DELLEUZE, 1992).

O sistema capitalista, ao longo dos anos, remodelou a ideia de produto. Antes a matéria-prima do capital produtivo eram os recursos naturais; atualmente, em razão da existência do capitalismo de vigilância, que utiliza a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais comercializáveis no mercado, percebe-se que a matéria-prima do moderno capitalismo é a pessoa. (ZUBOFF, 2020).

A datificação do ser humano é uma realidade cada vez mais constante, falando-se, na contemporaneidade, em conceitos como o de corpo eletrônico¹ e de ressuscitação digital². A organicidade do corpo cede espaço à plasticidade criada pelos dados, e a morte já não parece ser um obstáculo entre a conexão do indivíduo com o mundo terreno.

Nesse sentido, cresce paulatinamente, no Brasil e no mundo, casos que envolvem a reconstrução de voz e imagem de pessoas já falecidas através de sistemas de inteligência artificial, enunciando a chamada ressuscitação digital. Esse novo paradigma parece ser uma das interfaces do hodierno biopoder que, por intermédio de uma sociedade controlada digitalmente, visa criar corpos dóceis e úteis que atendam ao novo modelo de capitalismo, o de vigilância.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar se o paradigma da ressuscitação digital, pode ser considerado como mais uma das modelagens impostas aos corpos humanos. Desse modo, para responder à questão suscitada, a investigação perpassará por conceitos como biopoder, sociedades disciplinares e sociedades de controle, transumanismo, inteligência artificial e ressuscitação digital. Ademais, utilizar-se-á do método de abordagem hipotético-dedutivo, e como método de procedimento adotar-se-á o bibliográfico, com a análise de livros, notícias e artigos científicos a respeito do tema.

Espera-se, ao final, contribuir para a compreensão das questões envolvidas ao paradigma da ressuscitação digital, em razão de ser um tema que revolve múltiplos aspectos, tanto de ordem patrimonial, quanto de ordem existencial.

1 O conceito surgiu em aula magna proferida pelo professor Stefano Rodotà, intitulada “a antropologia do homo dignus” em outubro de 2010, na Universidade de Macerata, Itália. RODOTÀ, Stefano. A antropologia do homo dignus. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. Civilistica.com, v. 6, n. 2, p. 1- 17, 30 dez. 2017.

2 O termo surgiu no trabalho de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, intitulado “A ressuscitação digital dos mortos”. Disponível no livro “Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital”. Cristiano Colombo; Wilson Engelmann; José Luiz de Moura Faleiros Júnior (Orgs.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

2 A MODELAGEM DOS CORPOS: DISCIPLINA OU CONTROLE?

A revolução industrial promoveu mudanças econômicas e sociais profundas no mundo moderno. A primeira delas, iniciada no século XVIII na Europa, marcou a existência de um grande desenvolvimento tecnológico, transformando os principais meios de produção: do sistema feudal passou-se ao sistema capitalista; a produção artesanal se modificou para a produção fabril; surgiu nessa época ainda o êxodo rural, movimento de grande transição do campo para os centros urbanos. Por volta de 1870, a primeira revolução industrial cede espaço à segunda, quando se descobriu novas formas de energia, como o petróleo e a eletricidade. Esse período de grande aceleração das tecnologias e do surgimento das indústrias químicas, permitiu a criação de determinados inventos como o telefone, rádio e automóveis. Emergiu ainda sistemas de produção industrial como o Fordismo e o Taylorismo. (FEITOSA, 2016).

Com o fim da segunda guerra mundial, descobriu-se um modelo de energia muito mais poderoso do que as descobertas anteriormente: a energia nuclear. Assim, por volta de 1969, inaugurou o que conhecemos por terceira revolução industrial. Nessa fase, apareceram os equipamentos eletrônicos, de telecomunicações e os computadores. A descoberta de novas tecnologias permitiram a exploração espacial, o desenvolvimento de pesquisas em biotecnologias, a criação de robôs, o surgimento de máquinas de funcionamento automático, e de novos sistemas de produção, como o Toyotismo. (SANTOS, 2011).

A partir de 2011, inaugurou-se o fenômeno da quarta revolução industrial, ou como popularmente conhecida, indústria 4.0. Esse modelo de produção estabeleceu uma interconexão entre todas as etapas da produção, com a digitalização de informações e utilização de dados, com o objetivo precípua de trazer maior eficiência à indústria, reduzindo falhas, aumentando a sustentabilidade e a lucratividade. Nesse período, aparecem com maior afinco, as fontes renováveis de energia. (SCHWAB, 2019).

Segundo Lima e Neto (2017), a Revolução Industrial foi mais do que máquinas, fábricas, aumento da produtividade e mudança de nível de vida. Foi uma revolução que transformou profundamente a sociedade ocidental moderna, não apenas em relação às formas produtivas, mas também revolucionou a sociedade, com causas sociais de efeitos profundos.

Sibilia (2002) menciona que os grandes emblemas do capitalismo são mecânicos, como a locomotiva, a máquina a vapor, o tear, etc. Ressalta que uma das grandes invenções desta época foi o relógio, dispositivo responsável por marcar as horas, minutos e segundos, de modo a disciplinar as subjetividades dos cidadãos:

As sociedades industriais desenvolveram toda uma série de dispositivos destinados a moldar os corpos e as subjetividades de seus cidadãos. São as tecnologias disciplinadoras, aplicadas nas diversas instituições de confinamento que compunham o tecido social dos Estados-nação: escolas, fábricas, hospitais, prisões, casernas. Entre esses dispositivos de poder-saber, todos com profundos efeitos na formatação dos corpos e das almas, cabe destacar a arquitetura panóptica (que visava à internalização da vigilância), a técnica da confissão (que instava continuamente a falar, a partir de um constante exame de si mesmo) e a regulamentação do tempo de todos os homens, desde o nascimento, até a morte” (SIBILIA, 2002, p. 31).

Nesse sentido, Michel Foucault dispõe que um dos privilégios característicos do poder soberano foi o direito da vida e morte.³ Para o autor, nas sociedades antigas, o poder era antes de tudo o direito de apreensão das coisas, do tempo, dos corpos e da vida, ou seja, caracterizava-se pelo “privilégio de se apoderar da

3 Explica Michel Foucault que este poder soberano sobre a vida e morte derivou-se do direito romano, do *patria potestas*, que concedia ao pai de família daquela sociedade o direito de dispor da vida de seus filhos e de seus escravos, podendo retirar-lhes a vida, já que os tinha dado. (FOUCAULT, 2012, p. 127).

vida para suprimi-la” (FOUCAULT, 2012, p. 128). Contudo, ressalta, que a partir da época clássica, esta apreensão passou a não ser mais o mecanismo principal de poder, mas apenas uma peça que começou a atuar ao lado de outras funções como controle, vigilância, incitação, reforço, etc.

O objetivo deste novo poder era produzir forças; ordenar mais do que barrar; dobrar mais do que destruir; ou seja, tratava-se de um poder voltado para a gestão da vida, sua multiplicação, sua majoração, sendo o exercício sobre a vida realizado por meio de “controles precisos e regulações em conjunto”. “Agora, é sobre a vida e ao longo de todo o seu desenrolar que o poder estabelece seus pontos de fixação”. (FOUCAULT, 2012, p. 129 -130). Foucault menciona ainda que este poder se desenvolveu a partir do século XVII, em duas formas principais que são interligadas por um feixe de relações:

Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as *disciplinas: anátomo-política do corpo humano*. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e *contrôles reguladores: uma biopolítica da população*. (FOUCAULT, 2012, p. 131).

Do primeiro polo, surgiu o conceito de biopoder, ou seja, um poder que caracterizava-se por sua função elevada de não mais matar, mas sim de investir sobre a vida, gerenciando-a calculosamente, impondo ao corpo diversos tipos de

disciplina. Dessa forma, criou-se, a partir da utilização desse poder corpos dóceis e úteis, que serviram sobretudo, para o desenvolvimento do capitalismo.⁴⁵

Gilles Deleuze (1992), ao analisar as sociedades disciplinares trabalhadas por Foucault (Séc. VIII a XIX), faz uma diferenciação entre sociedade disciplinar e sociedade de controle. Para o autor, essas sociedades disciplinares atingiram seu apogeu no início do século XX, e estavam fundadas na organização dos grandes meios de confinamento. Assim, o indivíduo passaria de um espaço fechado à outro, cada um com sua própria lei: “primeiro a família, depois a escola (“você não está mais na sua família”), depois a caserna (“você não está mais na escola”), depois a fábrica, de vez em quando o hospital, eventualmente a prisão, que é o meio de confinamento por excelência”. (DELLEUZE, 1992, p. 1).

Todavia, ressalta que essas sociedades disciplinares cederam espaço para as sociedades de controle. Para Deleuze (1992) surgiram novas formas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas baseadas em um sistema fechado. Enquanto nas sociedades disciplinares a linguagem é analógica, nas sociedades de controle é numérica; enquanto os confinamentos (disciplina) são moldes, o controle é uma modulação; nas sociedades disciplinares não se parava de recomeçar, nas sociedades de controle, nunca se termina nada; as sociedades disciplinares manejavam máquinas simples, como o relógio, enquanto as sociedades de controle operam por máquinas de informática e computadores. Dessa forma “Os indivíduos tornaram-se “dividuais”, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou “bancos”. (DELLEUZE, 1992, p. 2-3).

4 Michel Foucault explica que o biopoder foi um elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento nos fenômenos de população aos processos econômicos. (FOUCAULT, 2012, p. 132).

5 Hoje se fala ainda no termo capitalismo de vigilância, termo cunhado pela autora Shoshana Zuboff, que denota a utilização da experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais que serão utilizados para o aprimoramento de produtos e serviços, ou seja, trata-se de um capitalismo que monetiza dados adquiridos através do patrulhamento. (ZUBOFF, 2020, p. 18-19).

A respeito da sociedade de controle, Sibilia (2002) trata do surgimento de novos modelos de subjetivação, diferenciados daqueles que produziram os corpos dóceis e úteis dos sujeitos disciplinados. Dessa forma, o novo capitalismo (vigilância/controle) seria responsável por lançar e relançar novos modelos de subjetividade no mercado que serão adquiridos e prontamente descartados, alimentando uma espiral de consumo de “modos de ser” que enfrenta uma aceleração cada vez mais crescente.

Sendo assim, a ideia de uma identidade fixa e estável, característica da sociedade moderna e industrial, perde espaço para o terreno de “perfis padrão”, que se tratam de “modelos identitários efêmeros, descartáveis, e sempre vinculados às propostas e aos interesses do mercado”. (SIBILIA, 2002, p. 33).

A profundidade das mudanças perpetradas pela revolução industrial alterou a própria noção de capitalismo, e atrelada à noção de um poder que regula calculosamente a vida, bem como de uma sociedade que hoje é estritamente controlada, percebe-se que a vida humana cede espaço à elasticidade que transforma o indivíduo em uma massa de dados. Com base em tais fundamentos, diversos questionamentos podem ser levantados, dentre eles o da comercialização de dados: o processo de datificação transformou os seres humanos em produtos à venda?

3 TRANSMANISMO: ENTRE O FASCÍNIO PELA VIDA E O VIVER ETERNAMENTE

Querer viver por longos anos aparentemente nunca foi problema, pelo contrário, parece ser um desejo primitivo do ser humano. Tanto é que uma das músicas globais mais célebres, o “parabéns para você” é finalizada pela estrofe “muitos anos de vida”, revelando a íntima relação entre o viver e a longevidade. A revolução transumanista parece vir ao encontro desse desejo.

Entre a terceira e a quarta revolução industrial – também conhecida como indústria 4.0 -, surge a denominada Revolução Transumanista. Segundo Ferry (2018), o transumanismo visa deixar a humanidade melhor, ou seja, melhorá-la.

É um projeto que tem por objetivo ir além do modelo terapêutico, para alcançar o modelo de aumento, ou seja, aspira por aumentar a beleza, a inteligência, a força, mas principalmente a longevidade humana. Esta revolução tem como núcleo o NBIC: Nanotecnologias, Biotecnologias, Informática (internet das coisas e Big Data) e Cognitivismo (IA e Robótica), sendo esta última o coração destas quatro inovações.

No mesmo sentido, Valera (2020), conceitua o transumanismo como:

“um movimento cultural, intelectual e científico, que afirma o dever moral de melhorar as capacidades físicas e cognitivas da espécie humana e de aplicar novas tecnologias ao ser humano, para que todos os aspectos indesejados e desnecessários da condição humana possam ser eliminados, como, por exemplo, o sofrimento, a doença, o envelhecimento e até a mortalidade” (BOSTROM *apud* VALERA, 2020, p. 40).

Vê-se que agora o objetivo não é mais tratar o ser humano, para que dentro das suas possibilidades biológicas, viva bem. A intenção é pensar em uma realidade aumentada que supere todas as mazelas da organicidade do corpo, como as doenças, o envelhecimento e até a morte.

Parece-nos que viver bem dentro das possibilidades biológicas, vai cedendo espaço para um viver eternamente, já que a evolução do cognitivismo, como a inteligência artificial e a robótica, nos permite pensar em novas alternativas de “vida”.

3.1. Transumanismo x Pós-humanismo

De acordo com Ferry (2018) enquanto o transumanismo trata-se de tornar o humano mais humano, o pós-humanismo se funda na ideia de que máquinas dotadas de uma inteligência artificial dita “forte”⁶ vão superar os seres

6 Luc Ferry fala de dois tipos de IA, a fraca e a forte. A fraca seria uma IA basicamente de funcionalidade como o *Airbnb*, *Uber*, e a IA que derrotou o campeão de xadrez, ela é capaz

biológicos, porque essas máquinas não se contentam em imitar a inteligência humana, mas teriam uma consciência de si mesma e das emoções, tornando-se perfeitamente autônomas e praticamente imortais.

Valera (2020) completa essa afirmativa ao destacar que existem duas correntes que pregam uma diferenciação entre transumanismo e pós-humanismo. A primeira entende que o transumanismo seria uma etapa para se chegar no pós-humanismo, ou seja, haveria uma coincidência entre os dois movimentos. Os transumanistas objetivariam um início de um processo que leve à pós-humanidade, tentando, tanto agora, como no futuro, transcender alguns limites inerentes à condição humana.

Por outro lado, há uma corrente que entende que os termos não se confundem:

“Para o transumanismo, a principal maneira de superar os limites inerentes à natureza humana parece ser precisamente o meio tecnológico: de fato, os transumanistas enfatizam a necessidade de alcançar melhorias no ser humano, através do desenvolvimento tecnológico. Em vez disso, o ponto focal do pós-humanismo consiste não tanto na aceitação acrítica das possibilidades oferecidas pela tecnologia – como acontece com o transumanismo – mas, em vez disso, em uma total contaminação e hibridização dos seres humanos com outros seres vivos e com máquinas”. (VALERA, 2020, p. 42).

Entender a diferença entre transumanismo e pós-humanismo é fundamental para compreender sob que base se funda estas mudanças a respeito da noção de corpo e subjetividade. Dos conceitos apresentados acima, depreendemos ser

de tratar bilhões de dados em tempo real, mas não pensa, não tem consciência de si mesma. Já a IA forte, no fundo, seria um cérebro de silicone, uma máquina que teria consciência de si, e capacidade para tomar decisões, teria emoções, etc. Como é um cérebro, e este é a sede das emoções, seria máquina capaz de sentir ódio e amor, ciúme, medo e consciência de si. (FERRY, 2018, p. 8-9).

mais adequado o uso do termo que realça a existência de uma clara diferença entre transumanismo e pós-humanismo, em razão do objeto de estudo aqui delineado repousar sobre a segunda definição.

Assim, parece-nos surgir dois tipos de vieses: o transumanismo biológico – que se restringe ao melhoramento humano pelas tecnologias, respeitando os limites biológicos –, e o pós-humanismo cibernético – que busca novas formas de vida, através da hibridização entre homem e máquina, valendo-se principalmente da inteligência artificial –. Atualmente, a inteligência artificial não visa apenas facilitar alguns serviços de utilidade para o ser humano, mas, também, busca contribuir para o advento do projeto pós-humano, que dentre várias novidades, anuncia a chamada ressuscitação digital.

4 O PARADIGMA DA RESSUSCITAÇÃO DIGITAL: OS PODERES DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Um dos pilares da revolução transumanista é o cognitivismo, que pode se dividir em robótica e inteligência artificial. Para este estudo, interessante se faz analisar ainda que brevemente, a inteligência artificial (IA).

Lacerda (2022) enfatiza que a inteligência artificial pode ser compreendida, em um sentido lato, como a tentativa de fazer um computador funcionar como uma mente humana, para tanto, este sistema de computador deve ser semelhante à inteligência humana em princípios, mecanismos e funções, mas não necessariamente na estrutura interna, comportamentos externos e capacidade de resolução de problemas.

Divino (2022) menciona que uma abordagem moderna da inteligência artificial se funda, sobremaneira, no conceito de agente racional. Para o autor, a IA é um agente capaz de receber informações do ambiente através de sensores para performar em ações de tomada de decisões. Destaca ainda que para que um agente seja considerado inteligente devem existir fatores sociais e políticos que afetem o seu sistema decisório.

Atualmente a IA não assume apenas funções meramente instrumentais, como o processamento de bilhões de dados e boas performances em jogos, mas consegue imitar de forma fidedigna a imagem e voz de pessoas. A reprodução fiel pode ocorrer através da meclagem de machine-learning⁷, renderização⁸ e sistema de síntese neural. Os sistemas de sínteses neurais artificiais são modelos que simulam o processamento de informação do cérebro humano, possuindo a capacidade de aprender por intermédio de exemplos e fazer inferências do que aprendeu. Em resumo, através de um algoritmo de aprendizagem, as redes neurais artificiais melhoram gradativamente o seu desempenho. (FERNEDA, 2006).

A combinação destes modelos de aprendizagem, através do fornecimento prévio de arquivos sonoros e audiovisuais, são capazes de reproduzir não apenas voz e imagem de pessoas vivas, mas também de pessoas mortas, conseguindo até mesmo levar adiante a “consciência” de pessoas já falecidas. Nesse espectro, surge a chamada ressuscitação digital.

De acordo com Sá e Naves (2022), a ressuscitação digital pode ser compreendida como a recriação exata de imagem e voz, através da manipulação digital de registros de som e de imagem de pessoas já falecidas. Essa realidade, ao contrário do que parece, está sendo inserida paulatinamente na nossa sociedade, chamando a atenção para aspectos de ordem existencial e de ordem patrimonial.

A copa do mundo do Catar revolveu um dos casos de ressuscitação digital, o do jogador Diego Maradona. Falecido em 25 de novembro de 2020, Diego Maradona não pôde acompanhar o mundial de 2022, no entanto, graças a um sistema de inteligência artificial e técnicas de filmagem em 3D, o craque

7 De acordo com matéria da IBM, “Machine learning é um ramo da inteligência artificial (IA) e da ciência da computação que se concentra no uso de dados e algoritmos para imitar a maneira como os humanos aprendem, melhorando gradualmente sua precisão”. Disponível em:< <https://www.ibm.com/br-pt/cloud/learn/machine-learning>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

8 Segundo o dicionário online de língua portuguesa, o termo significa tornar permanente um trabalho de processamento digital (áudio, imagem etc.) que, após as alterações editadas, resulta num arquivo final.

foi ressuscitado digitalmente por uma empresa argentina, tendo os fãs a oportunidade de falar com o jogador. A interação instalada em um museu itinerante no aeroporto de Doha, permitia conversar com Maradona em até 10 idiomas a partir de um sistema de IA que simulava respostas e que reproduzia de forma idêntica os registros sonoros da voz do jogador.⁹

Outro caso, também do mundo da bola, ocorreu no Brasil no ano de 2021. A empresa Mercado Livre, lançou uma campanha de dia dos pais, e, conjuntamente com empresa SoundThinkers exibiu uma propaganda onde recriou, através de sistema de inteligência artificial (síntese neural), a voz de José Antunes Coimbra, pai do ex-jogador de futebol Zico. Na propaganda, o pai do futebolista proclama frases como “vai meu filho, faz um gol para mim”, em alto e bom tom no meio do estádio Maracanã, surpreendendo o jogador com determinado pedido que nunca foi dito ou manifestado em vida.¹⁰

Semelhantemente, em agosto de 2022, o cantor Elvis Presley foi ressuscitado digitalmente no programa de calouros America's Got Talent. No referido programa, o cantor realiza nova performance, emitindo frases que não foram ditas em vida, através da combinação de sistema de inteligência artificial, imagens em 3D e utilização de dublês.¹¹

Em todos esses casos, em que pese sua inofensividade, pois as pessoas aqui citadas não tiveram suas imagens colocadas em contextos que deturparam uma imagem construída socialmente, ainda assim é preciso observar alguns

9 CARDOSO, Jeniffer. Inteligência Artificial faz Maradona “voltar à vida” no Catar. Olhar Digital. 27 de nov. 2022. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/11/27/pro/inteligencia-artificial-faz-maradona-voltar-a-vida-no-catar-assista/>. Acesso em: 28 nov. 2022.

10 Propaganda disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DQEIKfl7VhI>. Acesso em: 28 nov. 2022.

11 Vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Jr8yEgu7sHU>. Acesso em: 28 nov. 2022.

aspectos como (i) se houve cessão voluntária de arquivos por parte da família; (ii) a questão envolta aos direitos da personalidade do morto; (iii) o consentimento manifestado em vida e (iv) a ausência de *deep fake*.

Sobre a primeira questão, a cessão de arquivos de imagem e som de uma pessoa falecida, para que seja ressuscitada digitalmente, deve ocorrer de forma voluntária por parte dos herdeiros, porquanto ilícito seria o uso involuntário por parte destas empresas¹², já que a ressuscitação pode revolver aspectos de ordem existencial e patrimonial.

Em relação aos direitos da personalidade, em que pese morto não possuir personalidade (Art. 6º do Código Civil), deve-se observar se não há violação da imagem atributo¹³. Do mesmo modo, necessário se faz observar se houve consentimento manifestado em vida pela outorga do titular da imagem e voz, para exploração e manipulação póstuma.

Este consentimento seria responsável por criar negocialmente um direito subjetivo e fixar limites temporais, temáticos, pessoais e espaciais. Os limites temporais deverão ser fixados por termo final ou condição resolutiva. Os limites temáticos se vertem no contexto em que a imagem e voz será colocada. Os limites pessoais se consubstanciam nas pessoas a quem se concede o uso e exploração da imagem (SÁ, NAVES, 2022). Já os limites espaciais fixam quais os locais em que a imagem será colocada, como por exemplo, atuação na TV ou internet, bem como a delimitação geográfica que se imporá à manipulação destes registros de som e imagem.

12 O uso involuntário pode importar tanto em responsabilidade civil por pretensão restitutória, quando ocorre exploração lucrativa indevida da voz e imagem do falecido, enriquecimento sem causa (Art. 884 do Código Civil), bem como responsabilidade civil por pretensão indenizatória, nos casos em que a responsabilidade extracontratual gere danos aos herdeiros não contratantes.

13 Segundo Sá e Naves “imagem-retrato é a materialização audiovisual do indivíduo por meio de representação da personalidade. E imagem-atributo se relaciona aos aspectos de construção da personalidade, ali inseridos valores e construção de vida” (SÁ; NAVES, 2022).

Por fim, diante da ressuscitação digital é importante se atentar para que o ato não incorra em *deep fake*¹⁴. Em todos os casos é necessário sinalizar, de forma transparente e em linguagem compreensível para qualquer cidadão comum, que aquela imagem passou por um processo de edição computadorizada e/ou que a voz que se escuta foi produzida através de sistemas de inteligência artificial.

Stefano Rodotà (2021), ao fazer uma análise sobre a transição para direitos pós-humanos, destaca que a aceitabilidade destes direitos está subordinada ao respeito à igualdade, autonomia e dignidade das pessoas. Ressalta ainda que é preciso observar princípios de referência, como o princípio da precaução e outros princípios fundamentais (como dignidade, não discriminação, autonomia, privacidade e inviolabilidade do corpo), e princípios de admissibilidade no caso concreto (princípios de necessidade, finalidade, proporcionalidade e adequação). Pondera ainda que:

O conjunto dos princípios e das regras legais se coloca, de modo geral, como um possível freio às derivas tecnológicas. Ademais, ao poder de uma técnica que se manifesta como produção ilimitada de aplicações não pode ser oposto um direito fraco, “amputado de sua causa final”. Retorna-se, assim, à necessidade de jamais perder de vista aquela constitucionalização da pessoa que é resultado de um longo processo e que encontrou reconhecimento também em documentos que são diretamente mensurados pelas transformações do ser humano. (RODOTÀ, 2021, p. 129).

Em suma, o respeito à integridade do corpo sobrevive às mudanças tecnológicas, devendo a pessoa ser respeitada em sua integridade física e psíquica, na sua dimensão biológica e tecnológica (RODOTÀ, 2021, p. 129). Respeitar a

14 *Deep Fake* é a manipulação dos registros de som e imagem de modo a gerar aparência de fato real de situações que não ocorreram. O objetivo é, através de técnicas avançadas de computação, imitar pessoas, colocar a imagem em contextos não realísticos, mas com a intenção de enganar os observadores não atentos.

pessoa humana em sua integridade não significa colocar freio às derivas tecnológicas, mas, sim, impor limites, ainda que mínimos, para que o biopoder, aliado ao capitalismo de vigilância não instrumentalize deliberadamente o ser humano.

4.1 A reconstrução de corpos tecnológicos: novos modelos de vida ou de negócio?

Um corpo eletrônico se aproxima em quê de um corpo biológico? Será que toda esta patrimonialização do corpo¹⁵ não serve apenas para atender a um novo tipo de capitalismo que estamos envoltos? O corpo eletrônico pode ser considerado um novo modelo de vida ou de negócio?

Retomando o que foi dito acima, a inteligência artificial cria corpos tecnológicos e/ou eletrônicos. Esses corpos, através da ciberconsciência¹⁶, são capazes de projetar no ambiente digital a perpetuação de uma pessoa já falecida; como se a morte deixasse de ser um limiar entre a conexão do indivíduo com o mundo terreno.

Ao longo da história, pôde-se perceber que o corpo sempre foi objeto de disputas de ordem patrimonial e social. Nas sociedades industriais, o conceito de biopoder, ou seja, de um poder que regulava a vida, criou corpos dóceis e úteis que serviam para uma lógica fabril e mercantilista.

A própria noção de capitalismo se modificou; do capital produtivo, passou-se ao capital financeiro, e hoje já se fala em capitalismo de vigilância.

15 Sá e Oliveira (2020), se valendo das lições de Baumann, alertam que na sociedade de consumidores o indivíduo também é a própria mercadoria, esse indivíduo não nasce pronto, mas deve fazer de si mesmo uma mercadoria vendável. Trata-se de um processo de auto fabricação em que o mercado fornece as ferramentas necessárias.

16 Para Rothblatt (2016), as informações que fazemos *upload* na internet, constitui arquivos mentais que serão utilizados por sistemas de *mindware* para replicar com fidelidade nossos clones mentais. Estes clones serão capazes de pensar, sentir e agir de maneira tão semelhante ao original.

Nas sociedades contemporâneas, os dados possuem grande valor, e através da valorização massiva da datificação humana, cria-se novos modelos de subjetividade e novas noções a respeito do que pode ser considerado um corpo.

Em que pese emergir ideias contundentes de superação do corpo biológico, hibridização do homem com a máquina, e existência autônoma de um corpo eletrônico, não podemos esquecer de todas as conquistas acerca da constitucionalização dos direitos da personalidade, bem como nos cuidados inerentes para que não ocorra a instrumentalização do ser humano. A pessoa humana ainda deve figurar como o centro de imputação normativa por excelência. (SÁ, NAVES, 2021).

Ao longo de todo o desenvolvimento industrial, viu-se o advento de diversos produtos, como carros, rádios e aparelhos telefônicos, sendo o ser humano moldado, através do biopoder, como uma engrenagem fundamental do processo produtivo. No decorrer da esteira produtiva, notou-se que o produtor disciplinado se transformou em uma mercadoria comercializável através dos seus dados, paradigma do capitalismo de vigilância.

Nesse contexto, a ressuscitação digital lança no mercado os corpos eletrônicos, que se consubstanciam em um tecido maior composto por uma diversidade de dados. Assim, a recriação destes corpos eletrônicos nos parece ser mais um novo modelo de negócio – já que atende aos anseios do novo capitalismo – do que propriamente uma nova forma de vida, não retirando a possibilidade de uma ressuscitação digital ocorrer pura e simplesmente com o objetivo de manter um contato “mais real” com uma pessoa querida já falecida.

5 CONCLUSÃO

A Revolução Industrial foi capaz de criar corpos fabris, ou seja, corpos modelados e disciplinados para atender a uma lógica mercantilista e às evoluções dos meios produtivos. Aliado a esta disciplinas, surgiu o conceito de biopoder que tinha como objetivo precípua criar corpos dóceis e úteis. Com o passar do

tempo, viu-se que as disciplinas não seriam suficientes para manter corpos dóceis e úteis, dessa forma se estabeleceram as sociedades de controle, onde os indivíduos se tornaram divisíveis, dados, amostras, bancos. Nesse contexto, evoluiu ainda o próprio conceito de capitalismo, que na sociedade moderna é encarado como de vigilância, ou seja, um capitalismo fundado na monetização de dados.

Concomitantemente à terceira e quarta revolução industrial, surge o transumanismo, movimento cultural, intelectual e científico que visa o melhoramento das capacidades físicas e cognitivas da espécie humana, através da aplicação de novas tecnologias. No entanto, outro movimento parece emergir: o pós-humanismo. Este movimento prega uma total hibridização entre seres humanos com outros seres vivos e com máquinas.

Uma das bases desses movimentos que pregam a superação da organicidade do corpo humano, é o cognitivismo. Uma das ramificações do cognitivismo, a inteligência artificial, não se contenta agora em apenas manter boas performances em jogos ou mesmo em processar bilhões de dados, o foco é perpetuar pessoas para além de sua morte no ambiente digital, através da recriação de imagem e voz, instaurando a chamada ressuscitação digital.

Essa ressuscitação digital revolve aspectos de ordem patrimonial e existencial. Assim, para que ocorra de modo legítimo, imprescindível a existência de consentimento do titular da imagem e voz. Outro ponto a ser encarado é que as derivas tecnológicas não podem representar violação à todas as conquistas acerca da constitucionalização dos direitos da pessoa humana.

Através das conclusões aqui lançadas, observou-se que o conceito de biopoder não ficou paralisado na história, antes de tudo, continua a ter sua função nas sociedades modernas, não criando disciplinas, mas promovendo um controle da vida humana cada vez mais perspicaz. Vivemos agora a era de um biopoder cibernético?

A sociedade de consumo transformou o produtor disciplinado em produto comercializável. Podemos concluir assim, que a ressuscitação digital nos parece ser mais uma das modelagens de corpos impostas pelo capitalismo, agora

considerado de vigilância. Dos corpos fabris passamos aos corpos tecnológicos, e nessa ordem de produção em escala, estaríamos diante da (re) produção de novos sujeitos e de novos tipos de subjetividade? Estaríamos diante de uma nova esteira que agora não fabrica mais produtos e sim corpos? A recriação de corpos tecnológicos pode ser encarada como novos modelos de vida ou de negócio? Todas estas questões, apesar de não serem respondidas com extrema facilidade, descortinam novos contextos trazidos pelas tecnologias e evoca novos raciocínios acerca dos papéis de pessoa, personalidade e subjetividade na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

DELLEUZE, Gilles. **Post-Scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219-226. Tradução de Peter Pál Perbant.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. **Teoria procedimental do sujeito de direito e inteligência artificial: a subjetividade jurídica entre ficção e facticidade**. Belo Horizonte, 2022. 261 f. Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

FEITOSA, Samara. **Da Revolução Francesa até nossos dias: um olhar histórico**. Curitiba: InterSaberes, 2016.

FERNEDA, Edberto. **Redes neurais e sua aplicação em sistemas de recuperação de informação**. Ci. Inf., Brasília, v. 35, n. 1, p. 25-30, jan./abr. 2006

FERRY, Luc. **A revolução transumanista**. Tradução de Éric R. R. Heneault. Barueri, SP: Manole, 2018.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**; tradução de Maria Thereza da Costa e J. A. Guilhaon Albuquerque. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Estatuto jurídico da inteligência artificial: entre categorias e conceitos, a busca por marcos regulatórios**. Belo Horizonte, 2022. 236 f. Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

LIMA, Elaine Carvalo de; NETO, Calisto Rocha de Oliveira. **Revolução Industrial: considerações sobre o pioneirismo industrial inglês**. Revista Espaço Acadêmico. N. 194. Ano XVII. Julho/2017.

RODOTÀ, Stefano. **A antropologia do homo dignus**. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. *Civilistica.com*, v. 6, n. 2, p. 1- 17, 30 dez. 2017.

RODOTÀ, Stefano. **Pós-Humano**. Tradução de Carlos Nelson Konder. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 27, p. 113-144, jan./mar. 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **A ressuscitação digital dos mortos. In: Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital**. Cristiano Colombo; Wilson Engelmann; José Luiz de Moura Faleiros Júnior (Orgs.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SANTOS, Lourival Santana; ARAÚJO, Ruy Belém de. **A revolução industrial**. Disponível em: https://cesad.ufs.br/ORBI/public/uploadCatalogo/08395302122015Historia_Contemporanea_I_Aula_4.pdf. Acessado em 15 dez. 2022, v. 16, 2011.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Edipro, 2019.

SIBILIA, Paula. **O homem pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

VALERA, Luca. **Três teses sobre transumanismo**. In: **Transumanismo: o que é, quem vamos ser**. Jelson Oliveira, Wendell E. S. Lopes (Orgs.). Caxias do Sul, RS: Educs, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância : a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução George Schlesinger. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Intrínseca, 2020.

Submissão: 01.ago.23

Aprovação: 12.set.23

SOLUÇÃO EXTRAPROCESSUAL DA TUTELA DO DIREITO COLETIVO: UMA ANÁLISE DA EDUCAÇÃO INFANTIL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE MARINGÁ E A INTERVENÇÃO NO DIREITO DA PERSONALIDADE

EXTRAPROCEDURAL SOLUTION FOR GUARDIANSHIP OF COLLECTIVE LAW: AN ANALYSIS OF EDUCATION CHILDISH IN PUBLIC CIVIL ACTION IN MARINGÁ AND INTERVENTION IN PERSONALITY LAW

Andréa Carla de Moraes Pereira Lago

Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho, Portugal. Mestra em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá Possui Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, com Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sócio-Econômicos. Professora Permanente do programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Unicesumar (2021); Docente do curso de graduação em Direito da universidade UNICESUMAR (2008); Pesquisadora do JusGov - *Research Centre for Justice and Governance* - Universidade do Minho-PT (2019); Líder do Grupo de Pesquisa “Meios Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MERCs). Conciliadora e Mediadora Judicial (CNJ); Coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC Extensão Unicesumar; Conciliadora e Mediadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC Extensão Unicesumar. Advogada.

E-mail: andrea.lago@unicesumar.edu.br

Gabriela Decurcio

Mestranda em Direitos da Personalidade pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) pelo Centro Universitário de Maringá Unicesumar,

com enfoque nos instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade e com orientação da Prof. Dra. Andréa Carla de Moraes Pereira Lago. Pós-graduada em Prática Trabalhista Avançada pelo Instituto Damásio de Direito. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
E-mail: gabi_decurcio@hotmail.com

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a educação como direito coletivo, correlacionando-a com os direitos da personalidade, por ser base do desenvolvimento humano e da personalidade. Tem por escopo averiguar o caso verídico da cidade de Maringá/Paraná calcado na Ação Civil Pública ajuizada no ano de 2018 pelo Ministério Público do Paraná, em função da fila de espera em creches na cidade de Maringá. Ainda analisará os Mecanismos Extraprocessuais de Soluções de Controvérsias (MESC's) como possíveis e adequados instrumentos de solução das ameaças ou danos ao direito coletivo, em especial à educação infantil. Para tanto, o presente estudo se assentará numa pesquisa desenvolvida segundo o método de abordagem dedutivo, de procedimento histórico e comparativo, utilizando-se de explanação jurídico interpretativa, exegética, sistemática e crítica, cuja técnica do estudo fundamentar-se-á na pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Direito à educação. Tutela processual coletiva. Ação civil pública. Mecanismos extraprocessuais de solução de conflitos (MESC's).

Abstract

This article aims to analyze education as a collective right, correlating it with personality rights, as it is the basis of human and personality development. Its scope is to investigate the true case of the city of Maringá/Paraná based on the Public Civil Action filed in 2018 by the Public Ministry of Paraná, due to the queue at daycare centers in the city of Maringá. It will also analyze the Extra-Procedural

Dispute Settlement Mechanisms (MESC's) as possible and adequate instruments for solving threats or damages to collective rights, especially to early childhood education. Therefore, the present study will be based on a research developed according to the deductive method of approach, of historical and comparative procedure, using interpretive, exegetical, systematic and critical legal explanation, whose study technique will be based on bibliographical research. national and foreign.

Keywords: *Right to education. Collective procedural protection. Public civil action. Extra-procedural dispute resolution mechanisms (MESC's).*

1 INTRODUÇÃO

O Estado tem buscado uma cultura da paz e os mecanismos extraprocessuais de solução de conflitos (MESC's) são um dos instrumentos para alcançar o desejado. No direito coletivo essas soluções são raramente utilizadas e as partes optam, com mais frequência, pelo procedimento comum, qual seja tutela coletiva processual.

Em um breve estudo da ação civil pública ajuizada em 2018 pelo Ministério Público do Paraná na cidade de Maringá, consta-se que a ausência da celeridade processual acaba por interferir de forma prejudicial na personalidade da criança, motivo pelo qual a solução extraprocessual se mostra relevante e de suma importância.

Faz-se imprescindível ressaltar que as ações coletivas tratam de casos litigiosos de massa, ou seja, o autor estará em nome próprio postulando em juízo direito ou interesse alheio. Em algumas delas, há um rol de legitimados para ajuizar a ação, como é o caso da ação civil pública. Essas ações defendem direitos e interesses coletivos pertencentes a grupos, classes e categorias, assim, a sentença deferida ou a decisão firmada entre as partes acabam por abranger número indeterminado de sujeitos.

No caso estudado, a ação civil pública ajuizada perdura por tempo significativo e ainda encontra-se em fase recursal. Apesar de haver decisão liminar

concedida, não houve resolução do problema, uma vez que há crianças sem acesso à educação infantil e, em razão disso, tendo sua inteligência física e psíquica prejudicadas. Assim, por meio da autocomposição, a pacificação e convivência de crianças com demais seres humanos seria prioridade, garantindo a elas o desenvolvimento humano e de sua personalidade, além da eficácia, qualidade e celeridade na solução do conflito.

Posto isso, o artigo primeiramente tratará da educação como direito coletivo, ressaltando a educação infantil de crianças, seus efeitos e requisitos, além da interferência na personalidade da criança que se encontra em desenvolvimento. Após, investigará a tutela coletiva judicial direcionada para uma de suas espécies, a ação civil pública, sua natureza jurídica e legitimados. Posteriormente será analisado o caso tido como base de estudo, ajuizado pelo Ministério Público do Paraná, na cidade de Maringá, a fim de demonstrar a ausência da celeridade processual e danos prejudiciais no desenvolvimento da criança. Por fim, será analisada a possibilidade de resolução extraprocessual de conflitos coletivos decorrentes de dano ou ameaça de dano à educação, no caso estudado, a possibilidade de solucionar o problema de ausência de vagas de creches por meio de tutelas extraprocessuais.

Nesse sentido, o método utilizado na pesquisa se assentará no hipotético-dedutivo, com o objetivo de identificar os meios tradicionais de resolver conflitos coletivos, a importância da educação como direito da personalidade e possível hipótese de solução extraprocessual para solucionar tais conflitos. Quanto à metodologia, esta será amparada por pesquisas bibliográficas em livros, periódicos e artigos científicos nacionais e estrangeiros.

2 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO COLETIVO E O DIREITO DA PERSONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 foi marco histórico para que os direitos e garantias fundamentais fossem priorizados. Com isso, a educação tornou-se um direito fundamental de natureza social, conforme a previsão do artigo 6º e detalhada no artigo 205 e seguintes.

Assim, antes de definir a educação, o direito fundamental precisa ser caracterizado. Para isso, Jorge Miranda ensina que os direitos fundamentais são “direitos ou posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição” (MIRANDA, 2014, p. 9). No mesmo sentido, Sarlet define os direitos fundamentais como posições jurídicas que foram integradas à Constituição por seu conteúdo e importância, e, portanto, retirada da esfera dos direitos disponíveis (SARLET, 2018, P.78).

Decorrente dos direitos fundamentais, os direitos da personalidade, considerados essenciais, são compreendidos como posições jurídicas pertencentes ao homem pelo simples fato de nascer e viver. Tem por objeto o modo físico e moral da pessoa, motivo pelo qual podem estes serem exigidos de outrem (MIRANDA, 2014, p. 73).

Os direitos fundamentais têm como titular toda e qualquer pessoa, pessoa esta que figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, em face de uma segunda pessoa a qual aquele pode exigir respeito, proteção ou promoção de seu direito. Aqui é possível trazer referência ao princípio da universalidade para a titularidade de tais direitos (SARLET, 2018, p. 215-216), aliás, não é em vão que a Constituição Federal enunciou que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”¹ (BRASIL, 1988).

Dentre os direitos fundamentais, é possível encontrar a educação, elencada no artigo 6º² da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nesse viés, Sarlet (2018, p. 234) ensina que, além dos direitos fundamentais se referirem à tutela e promoção da individualidade do sujeito, tais direitos representam valores da comunidade, os quais devem o Estado e a sociedade respeitarem, protegerem e promoverem. Deste

-
- 1 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: (...)
 - 2 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

modo, tanto o Estado quanto os particulares podem estar vinculados ao dever de proteção, a depender da natureza dos destinatários e do objeto.

No mesmo sentido, o artigo 23 inciso V da Constituição Federal, aponta competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para proporcionar meios de acesso à educação. Ainda, o artigo 30, inciso VI, do mesmo corpo legal, determina que o município é responsável em manter programas de educação infantil e ensino fundamental, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado (BRASIL, 1988).

Nesse viés, além da pessoa natural ser titular de direitos fundamentais, orientada pelo princípio da dignidade humana, nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, da isonomia e universalidade, as pessoas jurídicas também estão sujeitas a esta titularidade, a fim de melhor proteger os direitos das pessoas físicas (SARLET, 2018, p. 217-231).

Ressalta-se ainda que o artigo 205 da Constituição Federal posiciona a educação como direito de todos e como dever do Estado e da família de promovê-la. Também, destaca que é necessária a colaboração da sociedade para o pleno desenvolvimento da pessoa, sua qualificação para o trabalho e seu preparo para o exercício da cidadania (BRASIL, 1988).

Além de previsão constitucional, há uma série de documentos jurídicos que contêm dispositivos relevantes do direito à educação. Estes entenderam ser a criança sujeito de direitos, dentre eles, a educação proporcionada pelo Estado, pela família e pela comunidade (MOLETTA, 2018, p. 13).

O decreto nº 591/ 1992, por exemplo, concede à família a responsabilidade pela criação e educação dos filhos e ao Estado o reconhecimento que toda pessoa tem direito à educação, a qual deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e fortalecer os direitos humanos e liberdades fundamentais. Ainda, prevê a gratuidade da educação primária e acessibilidade à educação secundária e nível superior (BRASIL, 1992).

A lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional também traz a educação como dever da família e do Estado com a mesma finalidade. A educação básica

é obrigatória dos quatro aos sete anos de idade e inclui gratuidade às crianças de até cinco anos de idade. Ainda, prevê vaga na escola pública de educação infantil próxima à residência a toda criança a partir dos quatro anos de idade, porém, devido a educação infantil, até os cinco anos de idade, visar o desenvolvimento físico, psicológico, intelectual e social, deve haver oferta de vagas em creches, para crianças de até três anos de idade e pré-escolas para crianças de quatro e cinco anos. Por ser obrigatória, quando não houver comprometimento do Estado, é possível acionar o poder público para exigí-la (BRASIL, 1996).

O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 acompanha a mesma linha de raciocínio e reporta o dever da educação à família, comunidade, sociedade e poder público (BRASIL, 1990). Já em 2001, a lei n.º 10.172 trouxe diretrizes para a educação infantil e destaca que esta primeira etapa é base da personalidade humana, da inteligência, da vida emocional e da socialização, o que leva a primeiras experiências da vida e podem gerar autoconfiança, cooperação, solidariedade e responsabilidades (BRASIL, 2001).

Note, portanto, que a educação infantil tem papel essencial para o início da formação da pessoa e contribui para o alcance da finalidade reportada anteriormente, além de consolidar diversas habilidades, descobertas de novos conhecimentos e permitir a independência crescente, para que haja maior tomada de consciência da própria identidade da criança (MOLETTA, 2018, p. 13).

Assim, torna-se necessário mencionar que os direitos ou interesses coletivos, em sentido estrito, pertencem a grupos, categorias ou classes de pessoas que guardam alguma relação com o dano, ligadas entre si por uma relação jurídica e não por um vínculo. Em razão disso, a sentença das ações coletivas abrange um número indeterminável de sujeitos, vez que o objeto é comum e resultado de uma circunstância fática (TEIXEIRA; BUSIQUIA, 2017, p. 165).

Deste modo, apresentado deveres e legislações relevantes, frisa-se que a educação é um direito fundamental social que não recai apenas sobre o indivíduo (individual), mas também tem como titular a coletividade (transindividual)

(SARLET, 2018, p. 226), o que a caracteriza como bem comum, além de assegurar a cada pessoa individualmente o pertencer e desenvolver de sua existência mediante a integração em determinados grupos.

3 A TUTELA COLETIVA PROCESSUAL

Com o desenvolvimento da sociedade no decorrer dos anos e desdobramentos jurídicos considerados inevitáveis, a jurisdição individualista deixou de ser única capaz de resolver conflitos existentes no plano dos fatos, o que levou a necessidade de criação de novos instrumentos para que ocorra a pacificação de conflitos.

Até 1988, as tutelas coletivas, em especial a ação civil pública, tratavam de uma tutela considerada restrita, ligada apenas ao meio ambiente e ao consumidor. Após o surgimento da Constituição Federal, a proteção coletiva foi universalizada sem que houvesse qualquer limitação em relação ao objeto do processo. Dessa forma, o sistema jurídico coletivo permite seu acesso a um maior grupo relacionado ao direito coletivo, que por consequência, vem a completar carências que ainda persistem (TEIXEIRA; BUSIQUIA, 2017, p. 165). Assim, ocorreu o desenvolvimento das ações coletivas, com seus próprios elementos estruturais (PINHO, 2020, p. 12).

A pretensão do surgimento de ações coletivas não foi finalizar a importância da tutela individual, mas sim, tratar de casos litigiosos de massa, em que a conduta pode atingir elevado número de indivíduos, o que os tornam insuficientes e inadequados de serem tratados no procedimento civil comum (CAETANO, 2020, p. 14).

O autor Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2020, p. 12), referente à essência coletiva desses procedimentos, ensina que:

Podem existir várias ações sobre a mesma questão, e o ordenamento sempre ofereceu saídas para tanto, como o litisconsórcio, a conexão, a continência, a suspensão por questão prejudicial. O que torna uma

técnica de solução única de várias questões coletiva é o alto grau de relevância que possuirá para uma coletividade mais ampla do que aquela envolvida nos litígios subjetivos individuais.

Assim, o Estado busca garantir proteção a determinado bem jurídico que esteja lesado ou ameaçado, mesmo que ainda assim haja possibilidade dos conflitos de interesses serem objetos de apreciação isolada/ individual (MOREIRA, 1991, p. 187). Ademais, ressalta-se que quando houver sentenças de procedência do pedido em ações coletivas que tutelam direitos individuais, difusos ou coletivos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* (RIBEIRO; VINCE; NETTO, 2019, p. 269).

Nesse viés, define-se por tutela coletiva, uma moderna função jurisdicional, com especial abrangência e que tem por objeto bens jurídicos transindividuais, ou seja, uma ação coletiva que envolva direitos coletivos e difusos, vez que seus efeitos podem atingir a coletividade em uma discussão concreta (ação coletiva de direitos individuais homogêneos) ou em uma discussão abstrata (incidentes de fixação de tese jurídica) (PINHO, 2020, p. 13). Além disso, divide-se em diversas espécies, como ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, entre outros.

A ação civil pública se destaca dentre as espécies. Trata-se de um instrumento de defesa de interesses metaindividuais e processuais que conferem ao Ministério Público o controle popular sobre atos dos poderes públicos. Também é instrumento adequado para reprimir ou impedir danos aos interesses difusos da sociedade (COSTA, 2011, p. 2).

Apesar de possuir lei própria, Lei nº 7.347/1985, esta ação é norteadada por alguns princípios, como o princípio do acesso à justiça que defende não somente o titular do direito, mas qualquer outro legitimado que possa comparecer em juízo; o princípio da universalidade da jurisdição que tem como finalidade ampliar a tutela jurisdicional às massas e aos conflitos de massas; o princípio da economia processual que visa decidir, em um único processo,

questões que resultariam numa infinidade de ações individuais; o princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva que evita a proliferação de processos individuais diante à licitude dos interessados aproveitarem os efeitos da coisa julgada coletiva; dentre outros (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2018, p. 47-57).

Como mencionado, a ação civil pública possui lei própria que prevê rol de legitimados para pleitear direitos que pertencem a um grupo, uma classe ou uma categoria de pessoas, ora determinadas ou determináveis, ora não. Assim, o autor estará em nome próprio postulando em juízo direito ou interesse alheio. Destaca-se ainda que o interesse coletivo só poderá ser defendido por ações coletivas, motivo pelo qual não atinge diretamente as ações propostas de forma individual (GONÇALVES, 2018, p. 68-69).

Nos termos do artigo 5º da lei de ação civil pública, os legitimados para propositura desta ação são: Ministério Público; Defensoria Pública; União, Estados, Distrito Federal e Municípios; autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; associação constituída há pelo menos um ano com fins institucionais de proteção ao interesse coletivo. A lei ainda indica que a atuação do Ministério Público, caso não seja como autor, deverá ser como fiscal (BRASIL, 1985).

Em relação à legitimidade passiva, neste rol poderá constar qualquer pessoa, física ou jurídica, que seja responsável pelo dano ou pela ameaça do dano. Incluem-se aqui até mesmo entes despersonalizados quando dotados de personalidade judiciária e também os entes previstos no rol de legitimados ativos, exceto o Ministério Público, vez que é órgão estatal destituído (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2018, p. 113).

Ademais, tem-se como objeto da ação civil pública uma condenação em pecúnia ou uma obrigação de fazer ou não fazer, conforme previsão do artigo 3º da lei (BRASIL, 1985). Frisa-se que prevalece a obrigação de fazer ou não fazer, enquanto a condenação em dinheiro ocorrerá somente nas hipóteses em que houver danos irreversíveis. Além disso, por ser o objeto plenamente admissível,

poderá, por meio da ação civil pública, adotar providências, a fim de que se promovam políticas públicas e alcance a efetividade dos direitos sociais, como a educação (SILVA; FERNANDES, 2018, p. 79-95).

Da sentença *erga omnes* proferida na ação pública estudada, poderá ser compelido à administração pública a corrigir o ato anulado, para que volte a seu estado anterior ou, se não for possível a primeira hipótese, responder com o patrimônio pelos danos causados. Ainda, é possível que haja indenização para um fundo próprio criado por lei, a fim de o ente público omissor atuar em favor da maioria dos interesses difusos da sociedade (COSTA, 2011, p. 3).

Posto isto, realça-se a educação por meio da Constituição Federal, a qual afirma ser a educação um direito da coletividade que visa o pleno desenvolvimento da pessoa, assim preparando-a para exercer a cidadania (SILVA; FERNANDES, 2018, p. 79-95). Também se tem que a educação depende de políticas públicas e é reconhecida como direito coletivo, motivo pelo qual há a possibilidade da ação civil pública ser instrumento para combater qualquer disfunção das políticas educacionais e diminuir as desigualdades sociais. Dessa forma, é possível realizar a análise da situação das creches na cidade de Maringá/PR, objeto de ação civil pública.

4 ESTUDO DE CASO: O POSSÍVEL FIM DA FILA DE ESPERA PARA CRECHES NA CIDADE DE MARINGÁ DECORRENTE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O Ministério Público do Paraná, em 2018, ajuizou ação civil pública³ em face do município de Maringá em razão da ausência de oferta de matrículas na educação infantil, mais especificamente ausência de vagas em creches. Foi relatado que, na época do ajuizamento da ação, havia cerca de quatro mil crianças de até três anos de idade na lista de espera da prefeitura, aguardando por uma matrícula na rede pública.

3 Autos nº 0008456-37.2018.8.16.0017 – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Em decisão liminar, o juízo ressaltou que: “É o prefeito quem, no âmbito municipal, tem o dever de direcionar a atuação da Administração para a efetivação de direitos prioritários, como a educação” (MPPR, 2020).

É possível notar que o Ministério Público, como já mencionado no capítulo anterior, é ente legitimado para ajuizar a referida ação, nos termos do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985, lei da ação civil pública. Ainda, o município de Maringá é legitimado para figurar no pólo passivo, vez que seria o responsável pelo dano ou ameaça do dano, nesse caso, estaria atingindo um direito coletivo (BRASIL, 1985).

Na época, a justiça determinou que o município de Maringá, juntamente com o prefeito, promovesse a matrícula de todas as crianças de até três anos da cidade, as quais os responsáveis manifestaram interesse em vagas para a educação infantil na rede pública. O Ministério Público do Paraná ainda reforçou que a negativa do município em regularizar a situação violaria princípios constitucionais de acesso à educação, além de diversos dispositivos jurídicos. No mesmo sentido, em sentença de mérito, destacou-se que (MPPR, 2020):

A não execução imediata da determinação de cumprimento da obrigação de disponibilizar o acesso à escola, além de ferir o direito à educação, por via reflexa, trará prejuízo à formação moral e intelectual das crianças, contexto este ensejador de lesão irreparável ao desenvolvimento global dos infantes, e, que, por consequência, lhes impingirá situação de risco.

Conforme previsto na lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/1996, os municípios estão incumbidos de oferecer educação infantil em creches e a manutenção e desenvolvimento do ensino⁴, para crianças de até

4 Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: (...)V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados

três anos de idade⁵ (BRASIL, 1996).

Em primeira instância, foi estipulado prazo final em 30 de dezembro de 2020 para o cumprimento da sentença, sob pena de multa em face do gestor do município. Ademais, foi fixado ao município sanção em valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e ao prefeito no valor de R\$ 100,00 (cem reais) por criança, que na data posterior ao término do prazo, estivesse fora da escola (MPPR, 2020). Após recurso, o Tribunal de Justiça do Paraná manteve parcialmente a determinação, inclusive a obrigação de garantir as vagas, que passou a dever ser cumprida dentro de 20 (vinte) dias após o encerramento da suspensão das aulas em decorrência da pandemia do covid-19, sob pena de multa de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) e R\$ 50,00 (cinquenta reais), respectivamente (RICMAIS, 2022).

Note que fora aplicado multa na ação judicial, para caso não ocorresse o cumprimento integral da sentença. Nesse viés, tem-se que a aplicação de multas é uma forma, prevista na lei de ação civil pública (BRASIL, 1985) para estimular o réu a cumprir com a decisão proferida (DIAS; OLIVEIRA NETO, 2005, p. 47).

Ainda em 2022, mesmo com recursos pendentes em julgamento no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, houve decisões significantes a fim de que o MPPR passou a requerer o cumprimento provisório da sentença. Em razão disso explicou a prefeitura de Maringá que (RICMAIS, 2022):

Segue trabalhando para ampliar o número de vagas na rede municipal de ensino. O município realiza a reforma, ampliação de construção de novas unidades de ensino e também faz a contratação de vagas na rede privada para garantir o direito à educação para as crianças.

Posto isso, tem-se que a ação coletiva, nesse caso a ação civil pública, foi ajuizada pelo Ministério Público do Paraná no ano de 2018 e, há aproximadamente

pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

5 Art. 30. A educação infantil será oferecida em: I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

cinco anos, o processo segue em fase recursal, apesar de já haver cumprimento provisório da sentença. Além disso, constata-se que, mesmo com o cumprimento de sentença provisória, há crianças sem acesso à educação infantil, o que compromete, de maneira negativa, a inteligência física e psíquica delas, além de prejudicar a formação como ser humano e de sua identidade.

Em 2022, o Supremo Tribunal Federal ressaltou ser a educação básica um direito fundamental e reforçou ser responsabilidade do Estado assegurar vagas em creches e na pré-escola às crianças de até cinco anos de idade, grupo este que tem prioridade e precisam ser atendidas. Assim, o Estado passou a coletar informações junto às prefeituras para analisar o déficit de vagas e a ausência da prestação de serviço educacional (DPE/PR, 2022).

Por fim, em caso semelhante, a fim de evitar o ajuizamento de ações coletivas, um caminho consensual e um serviço mais ágil, em 2022, no município de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, foi acordado junto a Defensoria Pública do Estado, acordo extrajudicial para a disponibilização de vagas para a educação infantil, no qual a prefeitura comprometeu-se a encaminhar os alunos para a rede privada frente à inexistência de vagas na rede pública (DPE/PR, 2022). Dessa forma, em razão de ausência de vaga na rede pública, para que as crianças não perdessem mais tempo e nem fossem prejudicadas em seus direitos fundamentais e da personalidade, buscou-se solução por meio de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias, demonstrando a possibilidade e a eficácia da solução sem que haja ajuizamento de ação.

5 A POSSIBILIDADE DE TUTELA EXTRAPROCESSUAL COMO RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS

O judiciário brasileiro tem procurado uma cultura de paz, pouco conhecida e executada até então, porém em evolução. Assim, vem buscando a efetivação de uma resolução de litígios e a tutela de interesses particulares não só por meio de uma sentença.

Com o surgimento do Código de Processo Civil, em 2015, notou-se previsão ao referido acesso à justiça por meios extrajudiciais de solução de conflitos, como conciliação, mediação, negociação e arbitragem. Humberto Dalla Bernardina de Pinho ensina que, com a jurisdição e a tutela coletiva, percebe-se que estas definem algo total e exclusivamente individualista, não capaz de solucionar todos os conflitos existentes decorrentes dos fatos. E ainda, que solução alternativa à decisão imposta em sentença pelo estado-juiz seria o meio mais adequado a ser utilizado. Essas modificações estruturais fizeram com que tornasse necessária a revisitação à justiça comum, a fim de fazer nascer novos instrumentos capazes de pacificar litígios. Então, surgiram, além das ações coletivas com elementos estruturais próprios, como a ação civil pública, os meios alternativos de solução de conflitos coletivos (PINHO, 2020, p. 13).

Dentre os meios alternativos de soluções de conflitos coletivos é possível encontrar a autocomposição, que não deve ser vista apenas com a finalidade de diminuir a sobrecarga do judiciário ou como único meio célere. Nas palavras de Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 86) são outros os valores:

No caso dos processos coletivos: a) o incentivo, aos grupos de pessoas e aos colegitimados, à participação e elaboração da norma jurídica que regulará o caso; b) o respeito à liberdade de conformação das suas situações jurídicas e dos seus interesses, concretizada no direito ao autorregramento; c) a percepção de que com a participação pode-se chegar a uma justiça mais adequada, mais célere e mais duradoura, do ponto de vista coexistencial, em matérias complexas e litígios nos quais o comportamento das partes precisa ser monitorado para além da decisão judicial que põe fim ao processo.

Assim, a justiça estatal deixou de ser o único meio de solução de conflitos e passou a estar lado a lado da justiça multiportas, que reporta a necessidade de uma via adequada para a composição e não uma imposição, além de ser focada na pacificação e convivência entre indivíduos, comunidade e grupos. No direito

coletivo, mesmo que trate de direitos indisponíveis, não é diferente. É preciso respeitar a escolha dos interessados, ter atenção aos princípios norteadores, como o da autonomia da vontade e da decisão informada, previstos no Código de Processo Civil⁶ e considerar a alternativa da autocomposição. Importante citar que esta não impedirá a efetivação dos direitos indisponíveis vez que visa uma maior concretização deles (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, 59-99).

Pinho ressalta que, os conflitos coletivos podem ser solucionados extrajudicialmente e não necessitam ser levados a juízo. Além disso, o meio extrajudicial deve ser via preferencial, na mesma linha do Código de Processo Civil, a fim de buscar o consenso e a celeridade. Ainda, o autor se refere ao sistema multiportas, sistema este que prevê a integração de diversas formas de resolução de litígios, seja por meios judiciais ou extrajudiciais (PINHO, 2020, p.13).

Sabe-se que nos termos da Constituição Federal⁷ e o Código de Processo Civil⁸, a apreciação jurisdicional é protegida pelo princípio da inafastabilidade, porém não é a única opção para todo e qualquer conflito. Existem instrumentos extrajudiciais aptos para resoluções de conflitos, a fim de apresentar uma proposta concreta e, se acolhida entre as partes, eliminar a utilidade da via judicial, como por exemplo, o compromisso de ajustamento de conduta (PINHO, 2020, p.14).

6 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

7 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: (...)XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

8 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A lei de ação civil pública (BRASIL, 1985) prevê o compromisso de ajustamento de conduta, ou seja, um negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo, em que não há submissão, anuência ou concordância⁹. Há autocomposição entre os legitimados, que poderão determinar direitos e obrigações para alcançar o fim desejado de forma extraprocessual, vez que reconhecem a violação ou ameaça de um direito transindividual (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, 59-99).

Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli (2010, p. 238) ensina que:

O compromisso de ajustamento de conduta é antes um ato administrativo negocial (negócio jurídico de Direito Público), que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular (o causador do dano, que concorda em adequar sua conduta às exigências da lei). Assim, não podem os órgãos públicos legitimados dispensar direitos ou obrigações, nem renunciar a direitos, mas devem limitar-se a tomar, do causador do dano, obrigação de fazer ou não fazer (ou seja, a obrigação de que este torne sua conduta adequada às exigências da lei). Podem tais compromissos conter obrigações pecuniárias, mas, dados os contornos que a lei lhes deu, não devem ser estas o objeto principal do compromisso, mas sim devem ter caráter de sanção em caso de descumprimento da obrigação.

Dessa forma, o ajustamento de conduta não deve ser confundido como uma espécie de transação. Neste, há a identificação do titular lesado, além do objeto incidir sobre direitos individuais disponíveis. Já no ajustamento de conduta, o objeto refere-se a direitos metaindividuais indisponíveis, como a educação, além de ser firmado entre legitimados, que não são os titulares do direito lesado. Também, o agente da conduta reconhece a ameaça ou a violação ao direito e a assume nos termos da lei, a fim de reparar o dano causado ou evitar que tal dano aconteça de

9 Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

forma célere, sem acionar o judiciário e obtendo os mesmos efeitos de uma ação civil pública (CARVALHO, 2012, 16-17).

Com isso, Mazzilli (2010, p. 245), afirma, sobre o compromisso de ajustamento de conduta:

Ele apresenta notórias vantagens sobre a ação civil pública, porque permite uma solução negociada para grande parte das lesões transindividuais, ajudando, portanto, a descongestionar a Justiça, bem como garantindo mais eficaz acesso dos lesados à tutela individual e coletiva de seus interesses.

Portanto, não há dúvidas que o compromisso de ajustamento de conduta consiste em um mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos que envolve direitos difusos e coletivos, além de ser um meio em que se economiza tempo e produz resultados de qualidade, por se tratar de uma decisão de escolha das partes e de não imposição.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo analisou duas possíveis soluções para a ameaça ou dano ao direito coletivo, uma delas por via extraprocessual, por meio da autocomposição, a fim de alcançar o objetivo de forma consensual, pacífica, imediata, célere e eficaz, e resguardar a convivência entre os indivíduos.

Além disso, teve como objetivo geral a análise de uma ação civil pública, que se encontra em andamento desde o ano de 2018 e tem por objeto a educação infantil em razão da ausência de vagas em creches da rede pública para crianças de até três anos de idade na cidade de Maringá/PR.

Exposto isso, na primeira seção, pôde-se constatar a educação como direito coletivo, direito fundamental e direito da personalidade, levando em consideração o modo físico e moral da pessoa que figura como sujeito. A educação é, portanto, um direito fundamental, previsto na Constituição Federal, mas não

somente nela, e deve ser respeitada, protegida e promovida pelo Estado e pela sociedade. Ressaltou-se também que a educação é considerada essencial para o início da formação da pessoa, em especial a formação da identidade, tendo este direito como titular não só o indivíduo em formação, mas também a coletividade.

Na segunda seção, analisou-se a tutela coletiva processual, criada a fim de tratar de casos litigiosos de massa. Assim, o Estado busca garantir a proteção de um bem jurídico lesado ou ameaçado e, atingir um maior número de indivíduos por meio de uma sentença *erga omnes*. Dentre suas espécies, o artigo trouxe a ação civil pública, que defende interesses metaindividuais, direitos coletivos, como a educação, em ações ajuizadas por seus legitimados, previstas em lei.

Posteriormente, analisou-se, brevemente, a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Paraná, em 2018, em face do município de Maringá, que tem por objetivo zerar a fila de espera para creches na cidade. Hoje a ação encontra-se em fase recursal, com decisão liminar deferida, porém a falta de acesso ainda é um problema. Notou-se que, além da morosidade para finalizar a ação e alcançar o objetivo, a não disponibilização da educação fere os direitos da criança e causa prejuízos à formação moral e intelectual dela.

Por fim, o presente artigo trouxe a possibilidade de tutela extraprocessual como resolução de conflitos coletivos, por meio da autocomposição. Expôs que através dessa solução é possível incentivar grupos de pessoas a participarem e buscarem uma justiça mais adequada, consensual, célere e duradoura, sem conflitos ou imposições. Nesse viés, o ajustamento de conduta é uma possível forma de solucionar os conflitos coletivos extrajudicialmente, além de ser uma solução que garante eficaz acesso dos lesados à tutela individual e coletiva.

Assim, conclui-se que os direitos coletivos, apesar de possuírem ações coletivas próprias para sua defesa, nem sempre estas são as mais adequadas. Diante da falta de celeridade do meio processual, esperar por uma decisão pode causar danos irreparáveis ao sujeito. No caso estudado, a criança pode ser prejudicada em seu desenvolvimento e formação como ser humano. Portanto, a solução extraprocessual, por meio do compromisso de ajustamento de conduta

pode se revelar muito mais adequada, vez que faz uso de técnicas conforme a necessidade do direito que está sendo tutelado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos** - v. 1, 8. ed. Rio de Janeiro: Gen, Método, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001**. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 19 jul. 2022.

CAETANO, Raquel de Jesus. **A ação popular (civil) como instrumento de tutela coletiva uma análise à luz da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto. 2020.** Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra, 2020. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/92667>. Acesso em: 19 jul. 2022.

Carvalho, Tiago da Silva. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Como Forma de Solução de Conflitos Metaindividuais.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/tiagosilvacarvalho.pdf. Acesso em: 19 jul. 2022.

COSTA, Kalleo Castilho. **Ação popular e ação civil pública. Âmbito Jurídico,** Rio Grande, XIV, n. 90, 2011. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=c4VnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT7&dq=requisito+s+da+a%C3%A7%C3%A3o+civil+p%C3%BAblica&ots=HnPgAG0MfR&sig=iVwZ38BUDI7-hOh_d-IEK90cnvk. Acesso em: 22 jul. 2022

DIAS, Jefferson Aparecido Dias; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). **Tutelas Coletivas e Efetividade do Processo.** Bauru: Edite, 2005.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**, v.7, p. 59-99, 2016. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/132>. Acesso em: 19 jul. 2022.

DPE/RS. **Defensoria Pública e Prefeitura de Porto Alegre assinam acordo para garantir vagas em creches.** Rio Grande do Sul, 03 jun. 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/defensoria-publica-e-prefeitura-de-porto-alegre-assinam-acordo-para-garantir-vagas-em-creches>. Acesso em: 20 jul. 2022.

DPE/PR. **STF reafirma que acesso à creche é direito fundamental que beneficia crianças e mulheres.** Paraná, 26 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/STF-reafirma-que-acesso-creche-e-direito-fundamental-que-beneficia-criancas-e-mulheres>. Acesso em 29 out. 2022.

DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como um direito fundamental de natureza social.** Educação & Sociedade, v. 28, p. 691-713, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/Sys3c3j8znnWkyMtNhstLtg/?lang=pt>. Acesso em: 21 jul. 2022.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de Interesses Difusos e Coletivos. Sinopses Jurídicas.** São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://eds.sbscohost.com/eds/detail/detail?vid=7&sid=05998049-7b07-4e7d-8f7d-15d1c27a6a5f%40redis&bdata=Jmxhbm9cHQtYnImc2l0ZTl1ZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=edsmib.000012912&db=edsmib>. Acesso em: 19 jul. 2022.

MAZZILLI, Hugo Nigro.. Compromisso de Ajuste de Conduta: Evolução e Atuação do Ministério Público. **Revista Direito e Liberdade.** v. 1, pág. 225-246, 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16046349.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais** - Tomo – IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOLETTA, Ana Keli. **A Educação Infantil e a Garantia Dos Direitos Fundamentais Da Infância.** Porto Alegre: SAGAH, 2018. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000014666&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 20 jul. 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988.** In: **Revista de processo.** p. 187, 1991. Disponível em: https://www.academia.edu/download/34226437/BARBOSA_MOREIRA__Jose_C._Acoes_coletivas_na_Constituicao_Federal_de_1988.pdf . Acesso em: 19 jul. 2022.

MPPR. Central de Comunicação Social do MPPR. **Garantia de vagas na educação infantil em Maringá a todas as crianças de 0 a 3 anos é tema de julgamento que será transmitido ao vivo, on-line.** Paraná, 30 nov. 2020. Disponível em: <https://comunicacao.mppr.mp.br/modules/noticias/makepdf.php?storyid=23204>. Acesso em: 20 jul. 2022.

MPPR. Ministério Público do Paraná. **Ação do Ministério Público do Paraná garante oferta de matrículas na educação infantil em Maringá a toda criança que buscar vaga em creche.** Paraná, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://mppr.mp.br/2020/03/22421,11/Acao-do-Ministerio-Publico-do-Parana-garante-oferta-de-matriculas-na-educacao-infantil-em-Maringa-a-toda-crianca-que-buscar-vaga-em-creche.html>. Acesso em: 20 jul. 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de tutela coletiva.** São Paulo: Saraiva Jur, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000022431&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 18 jul. 2022.

RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; VINCE, Fernando Navarro; NETTO, João Paulo Gomes. **Acesso à justiça: a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e dos direitos da personalidade.** Juris Poiesis-Qualis B1 , v. 22, n. 30, p. 264-282, 2019. Disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/view/7617>. Acesso em: 20 jul. 2022.

RICMAIS. **MP exige que Prefeitura de Maringá acabe com fila de espera para creches da cidade.** RICMAIS, R7, Maringá, 11 maio 2022. Disponível em: <https://ricmais.com.br/justica/mp-exige-que-prefeitura-de-maringa-acabe-com-fila-de-espera-para-creches-da-cidade/>. Acesso em: 20 jul. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Luciana Andréa França; FERNANDES, Wanderson Dias. **A Ação Civil Pública Como Instrumento Para Efetivação Do Direito À Educação**. Revista Cidadania e Acesso à Justiça, v. 4, n. 2, p. 79-95, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/210567100>. Acesso em: 20 jul. 2022.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; BUSIQUIA, Thais Seravali Munhoz Arroyo. **A tutela coletiva sob o viés do acesso à justiça: análise de sua efetividade através do processo coletivo**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 11, n. 37, p. 151-184, 2017. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/127>. Acesso em: 21 jul. 2022.

Submissão: 21.jun.23

Aprovação: 23.nov.23

PARA ALÉM DOS VIESES COGNITIVOS: A INFLUÊNCIA DO RUÍDO NA QUALIDADE DOS JULGAMENTOS^{1 2}

BEYOND COGNITIVE BIAS: THE INFLUENCE OF NOISE ON THE QUALITY OF JUDGMENTS

Dierle José Coelho Nunes

Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas (PUCMG). Professor Adjunto da PUCMINAS e Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador associado da Fundação Getúlio Vargas do Centro de Inovação, administração e Pesquisa no Judiciário nos Grupos de Pesquisa em Ética na Inteligência Artificial e de Plataformas de ODR privadas. Presidente da Comissão de Inteligência Artificial no Direito da OAB/MG. Membro da *International Association of Procedural Law*, *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* e *Instituto Panamericano de Derecho Procesal*. Membro Honorário da Associação Ibero Americana de Direito

-
- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. É resultado do grupo de pesquisa "Processualismo Constitucional democrático e reformas processuais", vinculado à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Universidade Federal de Minas Gerais e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3844899706730420>). O grupo é membro fundador da "ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo" (<http://laprocon.ufes.br/grupos-de-pesquisa-integrantes-da-rede>)
 - 2 Agradecimento ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

e Inteligência Artificial - AID-IA. Diretor executivo do Instituto de Direito Processual -IDPro. Membro da Comissão de Juristas que assessorou no projeto de Código de Processo Civil de 2015 na Câmara dos Deputados. Advogado.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4724-5956>

E-mail: dierlenunes@gmail.com

Otávio Morato de Andrade

Doutorando em Direito (Université Libre de Bruxelles / Universidade Federal de Minas Gerais). Mestre em Direito (Universidade Federal de Minas Gerais). Pós-graduado em Direito Civil (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais). Bacharel em Direito (Universidade Federal de Minas Gerais), Administração (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais) e Contabilidade (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais). É Editor-Chefe da Revista do CAAP.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4724-5956>

E-mail: otaviomorato@gmail.com

Resumo

Este trabalho explora o conceito de ruído (*noise*) na Economia Comportamental, investigando as variações aleatórias e indesejáveis na tomada de decisão. O ruído é uma área relativamente nova e pouco estudada até o momento, mas tem recebido crescente destaque à medida em que pesquisas vêm demonstrando suas repercussões na tomada de decisão. Foi aplicada uma abordagem indutiva, exploratória e qualitativa. Conclui-se que um melhor entendimento do ruído pode auxiliar as organizações a reduzir a variabilidade nos julgamentos.

Palavras-chave: Ruído. Economia Comportamental. Tomada de decisão.

Abstract

This paper explores the concept of noise in behavioral economics, investigating random and unwanted variations in decision making. Noise is a relatively new and under-researched area, but has been receiving increasing attention as studies

have demonstrated its impact on decision making. An inductive, exploratory, and qualitative approach was applied. It is concluded that a better understanding of noise can help organizations reduce variability in judgments.

Keywords: Noise. Behavioral economics. Decision-making in Law.

1 INTRODUÇÃO

A economia é uma ciência que busca entender como as pessoas tomam decisões e alocam ativos em um mundo de recursos limitados. Por muito tempo, acreditou-se que os agentes econômicos eram seres racionais e egoístas, movidos exclusivamente por interesses materiais. No entanto, a Economia Comportamental (EC), um campo interdisciplinar que combina psicologia, sociologia e economia, tem mostrado que a realidade é muito mais complexa.

A EC surgiu na década de 1970 como uma reação à suposição de que as pessoas agem de forma racional em situações econômicas. Essa área incorpora uma série de insights da psicologia, neurociência e teoria microeconômica para compreender como as pessoas processam informações, avaliam riscos e recompensas, e fazem escolhas em diferentes contextos, como em situações de incerteza, de competição, de interação social, entre outras. Nas últimas décadas, a EC cresceu em popularidade e importância, e hoje é reconhecida como um dos ramos mais dinâmicos e interessantes da economia, em particular devido ao estudo de desvios comportamentais chamados vieses cognitivos (NUNES, LUD, PEDRON, 2022).

Recentemente, um novo conceito, além dos vieses, ganhou relevância dentro da EC. Trata-se do ruído, termo utilizado para se referir à variabilidade decisional que pode levar a resultados inesperados e incoerentes, inclusive e em especial, em matérias técnicas. Existem evidências consideráveis na literatura científica demonstrando que a variabilidade de julgamentos em determinados contextos é tão prejudicial quanto a presença de vieses nestes julgamentos (TELOCK, 2017; NESTERAK, 2021; MOREIRA, 2022). Diagnósticos médicos,

sentenças judiciais e decisões acerca de finanças, por exemplo, são domínios nos quais existe uma quantidade alarmante de ruído. Embora possa ser, em princípio, difícil de detectar, o ruído pode ser tão prejudicial quanto os vieses e alguns especialistas defendem que a sua superação pode elevar significativamente a qualidade das decisões.

Neste contexto, suscita-se um problema de pesquisa que pode ser formulado através da seguinte questão: *o “silenciamento” do ruído, na acepção dada pela Economia Comportamental, pode aumentar a qualidade dos julgamentos?* A hipótese postulada é de que sim; a superação do ruído tende a contribuir para aumentar a qualidade dos julgamentos. Se confirmada, tal premissa reforça a necessidade de aprofundamento dos estudos nesta área do conhecimento. Isso porque a redução do ruído tem desdobramentos potencialmente práticos para organizações públicas e privadas, resultando, por exemplo, na mitigação de desigualdades, no aumento da eficiência de processos e na redução de custos associados a erros e retrabalhos.

Isto considerado, o objetivo do presente artigo é investigar melhor o papel do ruído a partir dos estudos da Economia Comportamental, examinando as dimensões teóricas e práticas desse fenômeno. Pretende-se, portanto, fazer uma breve apresentação do ruído, verificando a necessidade – e eventualmente, as possibilidades – de identificá-lo e combatê-lo em contextos nos quais a inconsistência das decisões é indesejável.

Para alcançar esse propósito, o artigo foi dividido em três partes. Primeiramente, formula-se uma breve síntese dos estudos sobre a Economia Comportamental, situando a pesquisa sobre vieses cognitivos e ruído neste campo do conhecimento. Em segundo lugar, detalharemos o ruído, conceito que passou a ser estudado muito recentemente no âmbito da EC, oferecendo evidências de sua existência e analisando as implicações da variabilidade decisional. No capítulo final, indicamos brevemente algumas estratégias de higienização das decisões, que poderiam, em tese, auxiliar no silenciamento do ruído.

Em termos metodológicos, a pesquisa apresenta uma abordagem qualitativa, pois o problema em análise não será quantificado neste trabalho, sendo

o construto eminentemente descritivo e exploratório. De tal forma, visamos descrever características do fenômeno especificamente estudado, apoiando a construção de teorias em campos de conhecimento ainda pouco desenvolvidos. Será aplicado um raciocínio indutivo, que, diferentemente do método dedutivo, busca tirar conclusões universais a partir da análise de fatos e dados particulares (SEVERINO, 2013).

É importante lembrar que o estudo do ruído enquanto conceito da EC é extremamente novo. Embora o ruído sempre tenha existido em conjuntos de decisões e tenha sido notado e combatido por alguns especialistas no século passado, este debate só ganhou contornos bem definidos na última década, sob a liderança do Professor Daniel Kahneman, Professor da Universidade de Princeton e um dos pais da EC. Apenas em 2019, Kahneman, em companhia de Cass Sunstein (Professor da Universidade de Harvard) e Olivier Sibony (Professor da Universidade de Oxford e da HEC Paris) vieram a consolidar essas pesquisas na publicação do livro seminal *Noise: a flaw in human judgment* (editado em português sob o título de “Ruído: uma falha no julgamento humano”), fundando um novo eixo de estudos dentro da Economia Comportamental.

Sendo assim, a maior contribuição do presente trabalho é apresentar um tema ainda pouco explorado, que conta com poucos trabalhos em língua inglesa e, menos ainda, em língua portuguesa. A pesquisa em EC tem avançado significativamente nos últimos anos, e espera-se que essa área continue a crescer e evoluir no futuro. A introdução e o diálogo sobre um tema incipiente como o ruído pode subsidiar novas conexões e fomentar debates entre pesquisadores, sendo crucial para o avanço do conhecimento.

2 ECONOMIA COMPORTAMENTAL E TOMADA DE DECISÃO

Durante décadas, o indivíduo foi tradicionalmente estudado pelas ciências sociais aplicadas, em especial pela economia, como um agente racional e

autointeressado (*Homo economicus*³). Suas escolhas eram vistas como resultado de uma ponderação entre preferências pessoais e custos/benefícios envolvidos no contexto decisório (MILL, 1985). Entretanto, a partir da década de 1970, tal premissa passou a ser questionada por psicólogos e economistas, que identificaram uma série de falhas no julgamento humano, as quais frequentemente conduzem a escolhas irracionais ou subótimas (SIMON, 1957; TVERSKY & KAHNEMAN, 1974).

O modelo que desafia o *Homo economicus* é o agente de racionalidade limitada, que propõe que os indivíduos tomam decisões em situações de incerteza e complexidade, sendo influenciados por emoções, hábitos, preconceitos e outros fatores que podem distorcer sua capacidade de escolha. Assim como o *Homo economicus*, o agente de racionalidade limitada também busca a maximização dos objetivos de maneira racional, mas seu julgamento é recorrentemente falho ou produz decisões não ideais. Alguns economistas se referem a este agente como o *Homer economicus*, aludindo ao personagem principal da série “Os Simpsons”, que é conhecido por tomar decisões impulsivas e não muito bem pensadas (HALL, 2014).

Muitas vezes sem ter acesso a todas as informações relevantes, ou não tendo a capacidade cognitiva para processá-las de maneira eficiente, o julgamento do agente de racionalidade limitada é habitualmente baseado em heurísticas e vieses. As heurísticas consistem em atalhos mentais que acionamos para tomar decisões mais rapidamente. Elas são úteis porque permitem que tomemos decisões complexas com base em informações limitadas ou incertas (NUNES & MARQUES, 2018; NUNES, LUD, PEDRON, 2022).

3 Essa é uma visão geralmente associada à abordagem da escola clássica da economia, que surgiu no século XVIII e teve como principais representantes Adam Smith, David Ricardo e Thomas Malthus. Esses pensadores defendiam a ideia de que os indivíduos agem de forma racional e egoísta, buscando maximizar sua utilidade ou seu lucro individual. Essa visão ficou conhecida como “homem econômico racional” (*Homo economicus*) e foi amplamente adotada pelos economistas até meados do século XX.

No entanto, as heurísticas podem levar a erros de julgamento ou a decisões subótimas em algumas situações. Por exemplo, a heurística da ancoragem é um atalho mental em que as pessoas usam uma informação inicial como referência para avaliar uma outra informação relacionada. Essa informação inicial é chamada de “âncora” e pode afetar a tomada de decisão posterior (ANDRADE, 2020). Neste caso, se uma pessoa é informada sobre um preço inicial alto para um produto, ela pode achar que um preço subsequente inferior é um bom negócio, ainda que esse seja um preço alto em relação ao valor real do produto. O efeito da ancoragem pode ser observado em várias áreas, como em negociações, avaliação de riscos, precificação de produtos, entre outras. O pensamento rápido e intuitivo proporcionado pelas heurísticas pode ser útil em algumas situações, mas pode levar a erros quando não temos acesso a informações representativas ou quando nossa memória está distorcida.

O viés cognitivo, por sua vez, é uma tendência ou predisposição que temos a favorecer certas informações ou interpretações em detrimento de outras. Os vieses (do inglês: *biases*) são fruto de características evolutivas da racionalidade humana, podendo também surgir ou se desenvolver devido a preconceitos pessoais, crenças arraigadas, pressão social ou outras influências (NUNES, LUD, PEDRON, 2022). Existem inúmeros vieses que podem levar a erros sistemáticos de julgamento e decisão, dentre os quais podemos citar, a título de exemplo: o viés de confirmação, da aversão à perda⁴ e do *status quo*⁵.

4 A aversão à perda é a tendência a tomar decisões excessivamente conservadoras para evitar riscos e obter recompensas. Um exemplo comum do viés de aversão à perda é quando alguém possui um objeto de valor sentimental, como uma joia ou um quadro, e recebe uma proposta para vendê-lo a um valor significativo. Ainda que a oferta seja extremamente lucrativa, a pessoa pode sentir uma aversão forte à ideia de perder o objeto, optando por não vendê-lo (Andrade, 2020).

5 O viés do *status quo* caracteriza-se pela resistência à tomar atitudes ou optar por mudanças, já que estas podem ser desconfortáveis ou desconhecidas. Ele está presente, por exemplo, quando uma pessoa se recusa a mudar seus hábitos alimentares para incluir mais alimentos

Em 2011, um livro escrito por Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (publicado em português sob o título de “Rápido e devagar: Duas formas de pensar”) sintetiza sua pesquisa sobre psicologia cognitiva, num dos trabalhos mais importantes e populares sobre Economia Comportamental. Na obra, o autor argumenta que pensar é metabolicamente desgastante (20% da energia consumida pelo corpo humano vai para o cérebro) e que por essa razão, evolutivamente, o *Homo sapiens* desenvolveu dois sistemas distintos de pensamento: o *rápido* e o *lento*. O responsável pelo pensamento rápido é o Sistema 1 – a mente intuitiva, propensa a tirar conclusões precipitadas; ao passo que o Sistema 2 é a mente analítica de pensamento lento, que é colocada em operação – quando é utilizada – apenas para criticar ou validar as conclusões a que nos precipitamos.

Como resultado, frequentemente tomamos decisões precipitadas com base em nossa intuição (pensamento rápido) enquanto acreditamos que nossa intuição é superior à lógica (pensamento lento). Kahneman explora como esses dois sistemas afetam em nossas decisões e apresenta vários exemplos de como nossos julgamentos são influenciados por heurísticas e vieses cognitivos. Ele também discute como essas tendências mentais afetam a tomada de decisão em áreas como finanças, medicina e justiça, entre outras (KAHNEMAN, 2011).

Outro marco significativo da EC foi o livro *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (lançado em português sob o título de “Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade”), publicado por Richard Thaler e Cass Sunstein em 2008. A obra sugere que pequenos empurrões comportamentais (chamados de *nudges* – do inglês: “cutucadas”) podem contornar alguns vieses e heurísticas, ajudando as pessoas a tomar decisões melhores e mais racionais. Essas intervenções podem ser tão simples como o redesenho das cartas de cobranças de impostos como o IPTU ou de mandados de citação em execuções (NUNES, ALMEIDA, 2022) (visando

saudáveis, mesmo quando há evidências científicas claras que indicam que uma dieta mais saudável pode melhorar sua saúde (Andrade, 2020).

motivar o contribuinte a fazer a quitação) ou o acréscimo de informações sobre o consumo de energia (estimulando a economia de eletricidade). Resultados de experimentos randomizados mostram que os *nudges* podem ser uma maneira eficaz e de baixo custo de melhorar a tomada de decisão humana em diversas áreas, incluindo saúde, finanças e bem-estar (THALER & SUNSTEIN, 2008). Os autores também alegam que os *nudges* são uma alternativa menos invasiva e mais respeitosa à liberdade individual do que as políticas coercitivas tradicionais.

Em suma, todas essas interessantes descobertas impulsionaram o campo da Economia Comportamental (EC), ciência que busca compreender e explicar processos relativos à tomada de decisão das pessoas e organizações, considerando fatores psicológicos, sociais e emocionais que influenciam o processo decisório (NUNES, LUD & PEDRON, 2022). Com efeito, diversos experimentos da EC têm comprovado que o homem muitas vezes toma decisões economicamente irracionais, marcadas por uma série de vieses que o desviam do comportamento puramente lógico (KAHNEMAN, 2011).

Nos últimos anos, esse campo de estudos granjeou intenso prestígio. Trabalhos em EC renderam o Prêmio Nobel a Daniel Kahneman em 2002 e a Richard Thaler, em 2017, nesta que hoje é reconhecida como uma das áreas mais dinâmicas e interessantes da economia. A EC assinala a ruptura com o paradigma do homem enquanto maximizador racional e, na atualidade, seu modelo de racionalidade limitada e demais insights são utilizados em diversas áreas para antecipar o comportamento humano (ANDRADE, 2020b).

3 PARA ALÉM DOS VIESES: O RUÍDO

3.1 Ruído x viés

Com base no que foi mostrado anteriormente, podemos dizer que existe viés quando a maioria dos erros num conjunto de julgamentos vai na mesma direção. Daí a se afirmar que o viés é um *erro médio*. Utilizando a metáfora do

tiro ao alvo, o viés pode ser representado por uma equipe de tiro que consistentemente acerta sempre à direita e abaixo do centro do alvo, insistindo no mesmo tipo de erro ou desvio. Por exemplo: no ambiente corporativo, muitas vezes o *viés do otimismo* faz com que executivos se mostrem excessivamente confiantes sobre determinados projetos, levando uma organização a alocar investimentos em projetos deficitários que deveriam ser descartados.

Mas, ao refletir sobre a pesquisa em tomada de decisão como um todo, Daniel Kahneman afirma que existia uma espécie de lacuna nos estudos de Economia Comportamental, acerca de um erro que também afeta a precisão dos julgamentos, mas que, diferentemente do viés, não se caracteriza como um erro médio:

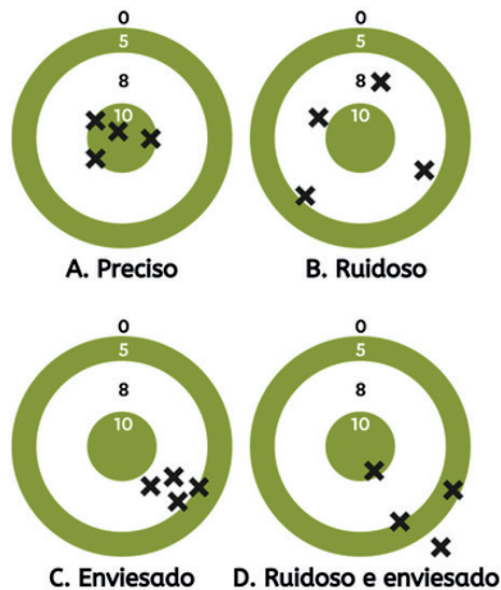
Eu tenho estudado viés durante toda a minha vida, mas há alguns anos eu me deparei com um exemplo de ruído e fiquei muito impressionado tanto com a quantidade de *ruído* presente (entre os avaliadores julgando exatamente a mesma coisa), quanto com o pouco que as pessoas sabiam sobre isso (NESTERAK, 2021).

Diante disso, Kahneman e seus colegas definiram o ruído como a “variabilidade indesejada de julgamentos” (SUNSTEIN, KAHNEMAN & SIBONY, 2019, p. 349). Assim como o viés, o ruído também é um erro de precisão. Mas seus desvios são aleatórios, ou seja, não convergem para o mesmo sentido. Retomando a metáfora do tiro ao alvo, na qual o viés é representado por desvios sistemáticos em uma direção, a variabilidade do ruído pode ser expressa pela dispersão nos resultados. Assim, o ruído ocorre quando os tomadores de decisão apresentam resultados inconsistentes, mesmo quando são expostos à dados idênticos.

Figura 1 - Como o ruído e o viés afetam a precisão decisional. Pensando-se num tiro ao alvo como uma analogia para a decisão ideal, em julgamentos enviesados, o desvio tenderia para um ponto específico do alvo. Por sua vez,

os julgamentos ruidosos produziriam uma dispersão das decisões pelo alvo, refletindo a variabilidade decisória.

Como o ruído e o viés afetam a precisão



Fonte: Adaptado de Kahneman et al (2021)

Desta forma, enquanto os vieses são desvios sistemáticos que distorcem a maneira como as pessoas processam informações e tomam decisões, o ruído é um fenômeno estatístico, que se refere à variabilidade indesejada de decisões. Em outras palavras, quando a maioria dos erros num conjunto de julgamentos vai na mesma direção, existe viés. Por outro lado, quando os julgamentos se dispersam e ficam inconsistentes entre si, estamos diante de um julgamento ruidoso (KAHNEMAN *ET AL*, 2021).

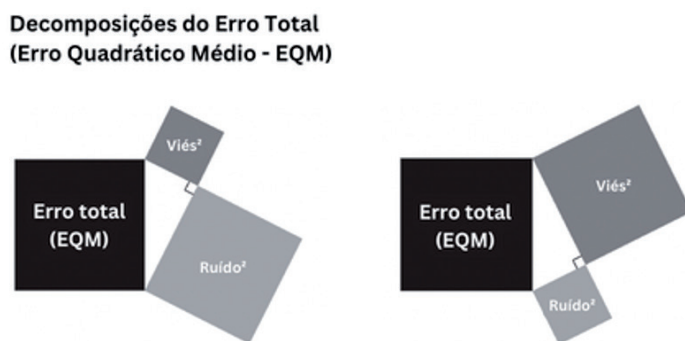
A percepção desse fenômeno cognitivo pode explicar uma questão muito séria e negligenciada e até naturalizada pelo Direito: a jurisprudência lotérica e o ruído (NUNES, LUD, PEDRON, 2022). Pesquisa da Associação Brasileira de

Jurimetria de 2015 demonstrou que no âmbito das Câmaras Criminais do TJSP “há uma alta variabilidade nas taxas de recursos negados, que vai de 16% na 12ª Câmara Criminal até 81% na 4ª Câmara Criminal”⁶

3.2 Decompondo erro e ruído: as causas do fenômeno

Viés e ruído possuem, cada qual, sua parcela de contribuição para o erro total. Apesar de serem fontes independentes de erro, ao estudarmos um dos fenômenos, nunca devemos perder de vista que o outro também contribui para o erro. Com base nisto, Sunstein, Kahneman & Sibony (2019) propuseram uma equação de erro a partir do Erro Quadrático Médio, sendo $EQM = Viés^2 + Ruído^2$.

Figura 2 - Viés e ruído são intercambiáveis na equação de erro, e a diminuição do erro total será a mesma independentemente de qual dos dois for reduzido. Para melhorar a qualidade das decisões, sempre é desejável reduzir os dois.



Fonte: Adaptado de Sunstein, Kahneman & Sibony (2019)

6 Disponível em: <https://abj.org.br/pesquisas/camaras-2/>

A ponderação dos erros por seus quadrados (Erro Quadrático Médio⁷ – EQM) é central na estatística, sendo usualmente utilizada para avaliar a precisão de um modelo preditivo. Assim como o Erro Médio Absoluto⁸ (EMA), o EQM é uma medida utilizada para avaliar o quão diferente são os valores que foram previstos de um modelo em relação aos valores reais. Em ambos os casos, quando o erro é pequeno, isso significa que o modelo está realizando prognósticos satisfatoriamente, ao passo que, quando o erro é grande, o modelo não está fazendo boas previsões.

No entanto, o EQM tem o diferencial de elevar o valor dos desvios ao quadrado, e acaba “penalizando” valores que estão mais distantes da média. Essa penalização faz com que o EQM seja uma medida confiável do que o EMA em alguns casos. A equação demonstra que o ruído tem tanta importância quanto o viés, sendo a redução do primeiro equivalente à redução do segundo quando se trata de reduzir o erro num conjunto de julgamentos.

Mas, assim como o EQM, o próprio ruído também pode ser decomposto. Sunstein, Kahneman & Sibony (2019, p. 64) tratam a totalidade do ruído por “ruído de sistema” (do inglês: *system noise*) e o subdividem em duas categorias:

-
- 7 O Erro Quadrático Médio (EQM) é uma medida usada para entender quão diferentes são as previsões do valor real. A ideia básica é que previsões são imprecisas e imbuídas de erros. O EQM transforma esses erros em números positivos (evitando que erros negativos cancelem erros positivos), eleva esses erros ao quadrado (para que erros grandes não sejam ignorados) e depois *calcula a média de todos esses erros quadrados*. EQM baixo significa previsões mais próximas da realidade; EQM alto indica previsões mais distorcidas. É usado em muitas áreas, como ciência de dados, estatísticas e aprendizado de máquina, para avaliar a qualidade das previsões feitas por modelos.
- 8 O Erro Médio Absoluto (EMA), também mensura a acurácia de previsões, mas de maneira diferente do Erro Quadrático Médio (EQM). O EMA transforma erros em valores positivos (para que erros negativos não cancelem erros positivos) e *calcula a média de todos esses erros positivos, sem elevá-los ao quadrado* como o EQM. EMA menor significa previsões mais próximas dos valores reais, e um EMA maior indica que as previsões estão mais distantes. Tal qual o EQM, o EMA é usado em várias áreas para avaliar a precisão das estimativas realizadas.

ruído de nível e ruído padrão. O ruído de nível (do inglês: *level noise*) está relacionado ao perfil do tomador de decisão. Por exemplo, na justiça criminal, existem juízes com tendências “punitivistas” ou “garantistas”, sendo os últimos mais conhecidos por penas brandas, com foco na ressocialização do condenado, e os punitivistas geralmente associados a penas austeras. Assim, o ruído de nível não se relaciona às circunstâncias julgadas, mas aos traços de personalidade do julgador.

De outro lado, o ruído de padrão (do inglês: *pattern noise*) é definido pelos autores (idem, p. 65) como a variabilidade nas respostas de um único juiz, que diz respeito à *interação* daquele julgador com o caso analisado:

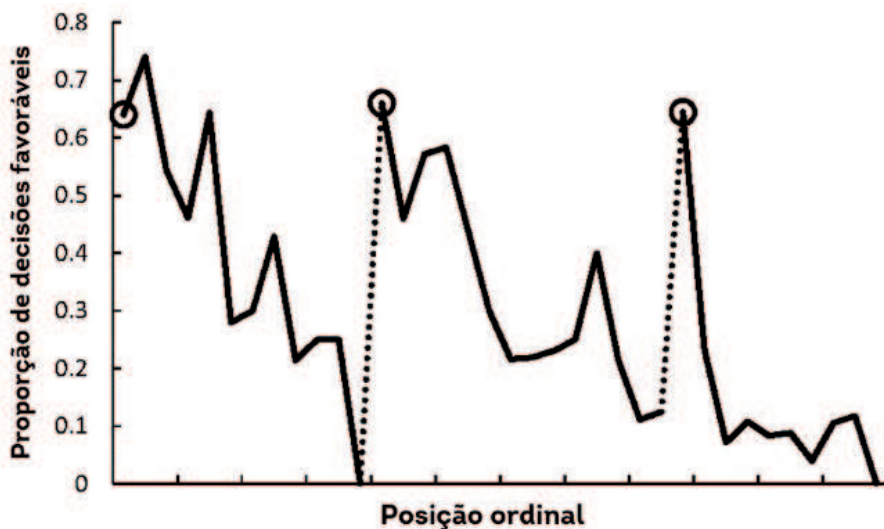
Por exemplo, um juiz talvez seja mais austero do que a média de um modo geral e relativamente mais leniente com crimes de colarinho-branco. Outro pode se inclinar por punições leves, porém ser mais severo quando o infrator é reincidente. Um terceiro talvez esteja mais próximo da severidade média, mas se revela compassivo quando o réu é meramente cúmplice e rigoroso quando a vítima é uma pessoa mais velha (SUNSTEIN, KAHNEMAN & SIBONY, 2019, p. 66, tradução nossa).

Neste sentido, Moreira (2022, p. 33) explica que o ruído padrão decorre da variação nas respostas de um único juiz a casos específicos, ou seja, quando é dada maior ênfase a um fato em um caso que difere do seu padrão geral de tomada de decisão, com quebra do dever processual da coerência. Em outras palavras, juízes podem ter discordâncias quanto aos delitos que merecem sanções mais severas, o que pode gerar distintas hierarquias de casos.

O ruído padrão subdivide-se em duas categorias: o ruído de padrão estável (do inglês: *stable pattern noise*), que concentra o maior contingente de ruído, e o ruído de ocasião (do inglês: *occasion noise*). O ruído padrão estável resulta de critérios de ponderação de um juiz em um caso diferente de outro juiz devido a diferenças como personalidade.

Por sua vez, o ruído de ocasião decorre de circunstâncias externas ao juiz – que em tese deveriam ser absolutamente irrelevantes para o julgamento, como o clima ou o horário em que a decisão foi tomada. Todavia, há estudos evidenciando a influência do ruído de ocasião na tomada de decisões judiciais. Por exemplo, Danziger, Levav & Avnaim-Pesso (2011) sugeriram que variáveis como fome e cansaço dos julgadores podem produzir decisões desfavoráveis aos réus. No gráfico abaixo, observa-se a tendência de decisões mais austeras a medidas que a fome e o esgotamento aumentam.

Gráfico 1 - Proporção de sentenças judiciais a favor dos presos. Os pontos circulados indicam a primeira decisão em cada uma das três sessões de decisão; marcas de escala no eixo x denotam a cada três casos; linha pontilhada representa pausa para alimentação. Como os comprimentos de sessão desiguais resultaram em um número baixo de casos para algumas das posições ordinais posteriores, o gráfico é baseado nos primeiros 95% dos dados de cada sessão.

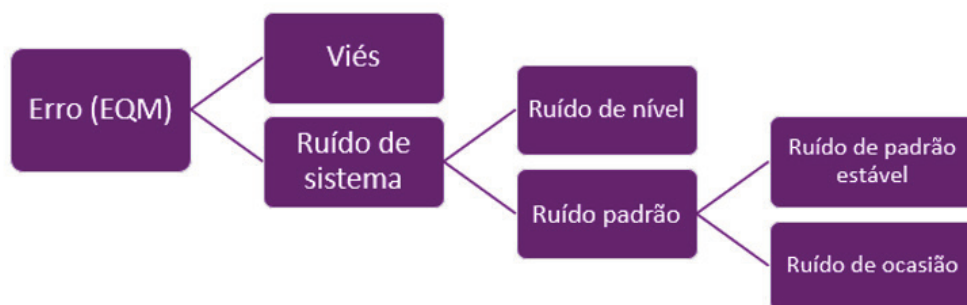


Fonte: Danziger, Levav & Avnaim-pesso, 2011.

De igual forma, um estudo em tribunais americanos mostrou que quando seus times eram derrotados nos finais de semana, juízes tendiam a tomar decisões mais austeras às segundas-feiras. Outra pesquisa, que examinou 207 mil decisões judiciais sobre migração, evidenciou que nos dias de muito calor, as chances de se obter asilo são menores (SUNSTEIN, KAHNEMAN & SIBONY, 2019).

Com base no exposto, a decomposição do ruído de sistema pode ser esquematizada nos seguintes termos:

Figura 3 - Erro, vieses e componentes do ruído



Fonte: Adaptado de Sunstein, Kahneman & Sibony, 2019.

3.3 Exemplos e demonstrações empíricas de ruído

A variabilidade em julgamentos nem sempre é indesejada. Quando vários críticos gastronômicos estão prestes a avaliar o mesmo prato, dando notas distintas, ou quando críticos literários discutem sobre a qualidade de um livro, tal variedade de opiniões não só é esperada como conveniente, ou até mesmo quando professores de Direito interpretam institutos jurídicos de modo diferente permite maior reflexão e aprimoramento sobre o sistema jurídico.

Não há dúvidas de que a pluralidade de opiniões é uma fonte rica de ideias e perspectivas, promove a inovação, a inclusão e a criatividade, além de ser um dos pilares da democracia.

Apesar disso, existem diversos campos nos quais a variabilidade é indesejável. Alguns exemplos são os diagnósticos médicos (cuja imprecisão pode arriscar a vida dos pacientes), organizações cuja credibilidade depende de decisões ou estimativas precisas e as decisões do Poder Judiciário em casos com absoluta similitude (sem distinções fáticas e/ou jurídicas relevantes), do qual se espera uma aplicação correta do Direito. Nestes casos, o ruído, assim como o viés, prejudica o resultado.

Como exemplo de ruído fácil de ser visualizado, podemos citar a divergência entre diagnósticos de radiologia. Trata-se da variação na interpretação de exames de imagem, como tomografias e ressonâncias magnéticas, por médicos especialistas. Mesmo diante de imagens ou dados idênticos, diferentes profissionais podem ter interpretações distintas e gerar diagnósticos divergentes, com sérias consequências para a saúde do paciente.

Podemos imaginar também uma grande empresa de seguros que trabalha diariamente fixando valores sobre os quais girarão todas as suas negociações. Se as estimativas variam muito, o ruído pode trazer sérios prejuízos financeiros.

As variações entre sentenças judiciais são extremamente ruidosas. Em 1974, o juiz norte-americano Marvin Frankel conduziu um estudo com 50 juízes distritais, os quais foram convidados a sentenciar sobre casos criminais hipotéticos. O estudo constatou uma ampla variação nas penas de juiz para juiz. A pena de um traficante de heroína chegou a variar entre 1 e 10 anos. A sentença de um assaltante de banco oscilava entre 5 a 18 anos de prisão (KAHNEMAN, SUNSTEIN & SIBONY, 2019, p. 16-23).

Em 1977, nova pesquisa com 47 juízes do Estado da Virgínia, ofereceu um livreto com 5 casos a serem julgados. Em um dos casos, 18 (38,3%) juízes entenderam ser o réu culpado, enquanto 29 (61,7%) o declararam inocente. Entre os que puniram o réu, 8 (44,4%) prescreveram liberdade condicional;

4 (22,2%) estabeleceram uma multa; 3 (16,7%) fixaram liberdade condicional cominada com multa; e 3 (16,7%) condenaram o requerido ao regime fechado. A principal conclusão do estudo foi de que mesmo em casos idênticos é possível verificar uma substancial disparidade quanto ao resultado do julgamento, tipo de penalidade e a dimensão da penalidade (SOUZA, 2023).

Um estudo publicado em 1981 com 208 juízes federais americanos que analisaram 16 casos hipotéticos concluiu que a maior parte da diferença entre a medida das penas impostas entre os julgadores é causada pelos próprios juízes (pela subjetividade de cada julgador), e não por outros fatores como as características do crime, do réu, ou da interação entre réu, vítima e juiz (KAHNEMAN, SUNSTEIN & SIBONY, 2019, p. 18-19; SOUZA, 2023).

Essas e outras pesquisas motivaram a instituição das *Federal Sentencing Guidelines* (em português: “Diretrizes para sentenças federais”, tradução nossa) pelo governo norte-americano a partir de 1987. As diretrizes criaram um sistema de pontuação para determinar a pena de um réu, com base na gravidade do crime e nos antecedentes criminais do réu, com objetivo de reduzir a variabilidade nas sentenças. Em que pese a comprovação da eficácia dessas medidas para atenuar o ruído, elas foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2005 (SUNSTEIN, KAHNEMAN & SIBONY, 2019).

No campo da análise da conjuntura político-econômica, as previsões especializadas emitidas por *experts* também tendem a falhar, especialmente no caso dos analistas políticos. Em 2005, o Professor Philip Tetlock publicou um livro chamado “*Expert Political Judgment*” (em português: “Julgamento Político Especializado”, tradução nossa), no qual agrega resultados de 20 anos de pesquisas, com quase 300 especialistas credenciados. Tetlock descobriu que, apesar de terem vasto conhecimento e experiência em suas áreas, os especialistas do campo político geralmente não são capazes de prever eventos com precisão, emitindo julgamentos altamente ruidosos (Tetlock, 2017).

Ao monitorar as previsões especializadas continuamente, verificando sua consistência, Tetlock (2005) descobriu que os *experts* não apenas erraram,

mas também estavam tão presos às suas opiniões que falharam em atualizar suas previsões, mesmo diante da construção de evidências em contrário. E então uma coisa curiosa aconteceu – depois que eles erraram e esgotaram todas as suas desculpas, eles esqueceram que estavam errados em primeiro lugar. Quando Tetlock fez perguntas de acompanhamento em datas posteriores, os especialistas rotineiramente esqueceram suas previsões. Suas conclusões levaram Tetlock à célebre afirmação de que previsões especializadas são tão falhas quanto chimpanzés num jogo de dardos, já que a chance de acertos para as análises de longo prazo é de apenas 15% - a mesma probabilidade de um chimpanzé atingir um alvo jogando dardos ao acaso (TETLOCK, 2017, p. 239-233).

Estudos têm evidenciado a prevalência do ruído em decisões em diversas outras situações. Ao serem questionados sobre o tempo para realizar uma tarefa idêntica, desenvolvedores de software emitiram estimativas altamente variáveis entre si (71%) (GRIMSTAD & JØRGENSEN, 2007). Avaliações de diversos patologistas sobre a mesma biópsia divergiram significativamente (0,61 de precisão, sendo o ideal 1,00), revelando inconsistência neste tipo de diagnóstico médico e sugerindo que outros diagnósticos padecem do mesmo problema (EINHORN, 1974; KAHNEMAN *ET AL*, 2021). Em 2022, um trabalho analisou 211 decisões de juízes eleitorais sobre a prestação de contas de candidatos nas capitais brasileiras. A pesquisa evidenciou a existência de um ruído de sistema de 0,38 e de ruído de nível de 1,12 entre os julgamentos (MOREIRA, 2022). **O ruído, portanto, é um fenômeno documentado em inúmeras searas, gerando inconsistências em julgamentos civis e criminais, previsões especializadas, decisões corporativas etc.**

Mesmo nos casos em que a imparcialidade é secundária, o ruído do sistema apresenta uma outra questão importante. Quando se trata de avaliações, a pessoa afetada espera que os valores atribuídos aos julgamentos reflitam os valores do sistema como um todo e não apenas dos julgamentos individuais. Imagine-se o caso de dois clientes com problemas idênticos que pediram reembolso, mas um é ressarcido e o outro não. Ou o caso de dois funcionários que, ao completarem cinco anos de trabalho, solicitam um aumento, mas só um é

atendido. Como alegam Kahneman, Sunstein e Sibony (2019, p. 56): “O ruído de sistema é uma inconsistência, e a inconsistência prejudica a credibilidade do sistema”.

4 HIGIENIZAÇÃO DAS DECISÕES: É POSSÍVEL SILENCIAR O RUÍDO?

Nota-se que, enquanto os vieses podem levar a erros consistentes e previsíveis, o ruído leva a resultados inconsistentes e imprevisíveis. Assim, o combate aos vieses na maioria das vezes requer a identificação e técnicas de *debiasing e insulating* (NUNES, LUD, PEDRON, 2022), ao passo que a redução do ruído geralmente envolve a padronização e a criação de procedimentos decisórios mais consistentes.

Entendendo que a variabilidade é um problema em determinados contextos, Kahneman, Sunstein & Sibony (2019) propuseram técnicas focadas na redução do ruído, às quais eles denominam “higienização das decisões”. O uso metafórico da expressão não é incidental. Nas tarefas de higiene do cotidiano (lavar as mãos, passar álcool em gel etc.), as consequências das decisões que *não* tomamos são imprevisíveis. Dificilmente um indivíduo saberá se contrairá uma infecção (e qual seria ela) caso *não* lave as mãos. Mas, por via das dúvidas, lavar as mãos provavelmente ensejará melhores resultados. Assim, defendem os autores, reduzir as decisões barulhentas possivelmente resultará em melhores julgamentos de qualquer maneira, mesmo que não seja possível quantificar esse ganho *a priori*.

Neste sentido, Kahneman, Sunstein & Sibony (2019) estabeleceram princípios para a redução do ruído em diversas áreas. São eles: (1) o objetivo do julgamento deve ser a precisão, e não a expressão individual; (2) visão de fora – que estimula uma percepção estatística e distanciada por parte do tomador de decisão; (3) segmentação da decisão em tarefas independentes; (4) resistir a intuições prematuras; (5) agregar múltiplos julgamentos, tirando partido da sabedoria das “multidões”; (6) julgamentos relativos são mais precisos que julgamentos absolutos.

Na prática, a necessidade de tais estratégias pode ser detectada mediante uma *auditoria de ruído*, ou seja, um estudo sobre a qualidade de julgamentos em determinada instituição. A auditoria de ruído deve ser projetada para revelar as áreas mais significativas de inconsistência, orientando o desenvolvimento de “ferramentas e procedimentos que empreguem princípios de higiene da decisão e desenviesamento para melhorar os julgamentos emitidos e as decisões tomadas” (KAHNEMAN, SUNSTEIN & SIBONY, 2019, p. 372). Uma auditoria bem sucedida, portanto, deve subsidiar mudanças na capacitação dos funcionários, além de ajustes nas ferramentas, métodos e processos utilizados internamente, visando higienizar as decisões – ou seja, reduzir a variabilidade indesejável entre elas.

Um exemplo interessante pode ser encontrado nas entrevistas de emprego, nas quais é comum o excesso de ruído e vieses, reduzindo o sucesso das contratações. Com base na ideia de auditoria de ruído e higienização das decisões, Sunstein, Kahneman & Sibony (2019) sugerem duas técnicas para melhorar o desempenho e o valor preditivo de entrevistas de emprego: a) agregação de julgamentos de vários entrevistadores, em vez de um só e b) estruturação de julgamentos complexos, baseando-se em três princípios: decomposição⁹, independência¹⁰ e julgamento holístico protelado¹¹. Na atualidade, tais técnicas de

9 A decomposição separa os elementos da decisão, ou as avaliações mediadoras. Este passo tem a mesma finalidade da identificação dos subjuízos numa diretriz: mantém o foco dos juízes nas dicas importantes. A decomposição atua como um guia para especificar quais dados são relevantes e descartar os desnecessários. A Google, por exemplo, tem quatro avaliações mediadoras: capacidade cognitiva geral, liderança, adequação à cultura da empresa e conhecimento relativo ao papel. Características como boa aparência, conversa agradável, passatempos não figuram na lista (Sunstein, Kahneman & Sibony, 2019).

10 A independência exige que as informações sobre cada avaliação sejam coletadas de forma independente. Nas entrevistas tradicionais recrutadores tendem a procurar quatro ou cinco atributos em um candidato, mas não avaliam essas características separadamente, o que gera ruído. De modo a superar essa questão, os entrevistadores são orientados a pontuar o candidato em áreas específicas, em vez de expressar se gostaram de um ou de outro (idem).

11 O julgamento holístico protelado consiste em não rejeitar a intuição, mas adiá-la. Assim, a intuição do avaliador é considerada, mas apenas ao final de uma cuidadosa avaliação estruturada (idem).

contratação são adotadas, por exemplo, pela Google, conhecida por seu engenhoso e bem-sucedido processo seletivo, que chega ter até 25 etapas de entrevista com um só candidato. A estruturação de entrevistas é um exemplo de trabalho que pode ser implementado e monitorado para reduzir o ruído.

Por derradeiro, há um debate sobre a utilização de modelos de inteligência artificial (IA) para tentar minimizar o ruído em certas áreas. Com efeito, a constância e não-suscetibilidade da IA a fatores emocionais/subjetivos, poderia contribuir para eliminar algumas fontes de ruído, na medida em que uma das virtudes da IA é a capacidade de extrair padrões de grandes bancos de dados, quando devidamente treinados a partir de uma *dataset* bem sanitizado. De outro lado, há de se notar que o treinamento da IA se dá com base em bancos de dados e séries históricas, o que a depender do contexto, das escolhas de arquiteturas e do próprio dataset também torna os modelos capazes de reproduzir preconceitos e vieses (NUNES, 2021).

Além disso, o fato de as decisões de algoritmos complexos geralmente serem pouco transparentes e explicáveis conduziria a desdobramentos imprevisíveis, capazes, inclusive, de aumentar o nível de ruído ou viés em determinados casos. Neste sentido, existe farta literatura indicando os perigos de ser governado por algoritmos invisíveis, cujas decisões internas não são claras ou compreensíveis (ANDRADE, 2022; O'NEIL, 2017; ALVES, 2020).

Desta forma, embora reconheçam que a IA pode agregar ganhos incrementais, Sunstein, Kahneman & Sibony (2019) se apoiam em estudos realizados por Philip Tetlock e Dan Gardner (2015), para defender que os indivíduos que se empenham no autoaperfeiçoamento, evitam excesso de confiança em suas crenças e estão abertos a críticas e a visões alternativas, tendem a ser melhores na previsão de eventos. Desta forma, selecionar e agrupar esses julgadores eficientes, estruturando o seu julgamento com técnicas de higiene da decisão, poderia conduzi-los a decisões mais acertadas do que as tomadas por indivíduos isolados ou por máquinas com grande capacidade de processamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em Economia Comportamental tem se concentrado em entender como o ruído afeta a tomada de decisões em diferentes contextos, desde escolhas simples como a compra de um produto até decisões complexas envolvendo julgamentos pelos tribunais. Neste contexto, o estudo do ruído tem ganhado crescente atenção, com potencialidade para auxiliar as organizações e indivíduos a entender melhor os fatores que influenciam a tomada de decisão e como eles podem afetar os resultados econômicos e sociais.

Este trabalho propôs uma investigação teórica sobre a variabilidade decisional que caracteriza o ruído. Foram discutidas as causas e desdobramentos do ruído, identificando-se possíveis estratégias para mitigá-lo. Foi verificado que o ruído se refere a variações aleatórias nos processos de decisão que podem levar a resultados inesperados e incoerentes, mesmo quando as pessoas têm informações e motivações semelhantes. Tal variabilidade é influenciada por diversos fatores, como o humor do momento, a ordem em que as opções são apresentadas, ou até mesmo o clima. Mostrou-se que ela é indesejável em determinados contextos. Com a superação do ruído, as decisões podem se tornar mais consistentes, levando a melhores resultados e desempenhos tanto em nível individual quanto organizacional.

Através de uma série de estudos e argumentos apresentados, foi possível corroborar a hipótese inicial, evidenciando que *o “silenciamento” do ruído, na acepção dada pela Economia Comportamental, pode aumentar a qualidade dos julgamentos*. Sendo assim, descobrir as causas e consequências do ruído, e, sobretudo, saber identificá-lo e medi-lo, é crucial para minimizar suas distorções e impactos, a tomada de decisões pode ser prejudicada. Mostramos que as organizações podem utilizar intervenções baseadas em evidências para reduzir o ruído e melhorar a qualidade das decisões. Desta forma, entendemos que o objetivo central do trabalho foi alcançado.

É necessário reconhecer, no entanto, que a redução do ruído é uma tarefa complexa e desafiadora. Nessa perspectiva, líderes e gestores têm um papel crucial a desempenhar na mitigação do ruído, buscando promover uma tomada de decisão mais precisa e consistente.

Dentro da perspectiva de redução do ruído nos contextos em que ele é indesejável, caberá à auditoria de ruído mensurar os níveis de variabilidade decisional, apoiando o desenvolvimento de estratégias que possam aumentar a consistência e a precisão dos julgamentos. Considerando a importância e as repercussões do ruído já demonstradas anteriormente, a higienização das decisões pode ser uma função fundamental para aprimorar a qualidade dos julgamentos de organizações públicas e privadas.

Destaca-se, por fim, que o presente estudo está situado num campo extremamente novo do conhecimento. Embora os trabalhos sobre EC tenham evoluído bastante nas últimas décadas, o conceito de ruído foi proposto há menos de uma década, e o campo ainda carece de pesquisas que permitam validar, generalizar ou mesmo questionar essas descobertas. Neste sentido, a principal contribuição de nosso trabalho reside na prospecção de um tópico ainda pouco explorado, especialmente na literatura científica nacional. Ao introduzir e discutir um tema emergente como o ruído, pretendemos estimular novas conexões e debates entre pesquisadores, debate esse fundamental para o avanço do conhecimento nesta área.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Otávio Morato de. NudgeRio: um caso de aplicação de Ciência Comportamental às Políticas Públicas. **Revista Cadernos do Desenvolvimento Fluminense**, vol 16, p. 111-124. Rio de Janeiro, 2020. Disponível: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/cdf/article/view/52711/34314>. Acesso em 5 de maio de 2023.

ANDRADE, Otávio Morato de. Utilizando economia comportamental nas políticas públicas para aumentar a doação de órgãos. **Revista Themis - ESMEC/TJCE**, v. 18, n. 1, p.171-196. Fortaleza, 2020. Disponível em <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/748>. Acesso em 15 de maio de 2023.

ANDRADE, Otávio Morato de. **Governamentalidade algorítmica: democracia em risco?** 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2022. p.224.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.

EINHORN, Hillel. Expert judgment: Some necessary conditions and an example. **Journal of Applied Psychology**, 59(5), p.562–571, 1974.

GRIMSTAD, Stein; JØRGENSEN, Magne. Inconsistency of expert judgment-based estimates of software development effort. **Journal of Systems and Software**, 80(11), p.1770-1777, 2007.

HALL, Joshua, ed. **Homer Economicus: The Simpsons and Economics**. Stanford University Press, 2014.

KAHNEMAN, Daniel; ROSENFELD, Andrew M.; GANDHI, Linnea; BLASER, Tom. Decision Making And Problem Solving: Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making. **Harvard Business Review Press**: Boston, 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. Farrar, Straus and Giroux: New York, 2011.

MILL, John Stuart. **Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações à filosofia social**. Tradução de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MOREIRA, Eduardo Lima Souza Mendes. **Racionalidade Limitada e Ruído na Tomada de Decisão: Uma Análise das Sentenças de Juízes Eleitorais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) - Universidade Federal de Santa Catarina, Departamento de Economia e Relações Internacionais, Florianópolis, 2022.

NESTERAK, Evan. A Conversation with Daniel Kahneman About “Noise”. **Behavioural Scientist**. 24 de maio de 2021. Disponível: <https://behavioralscientist.org/a-conversation-with-daniel-kahneman-about-noise/>

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, p. 421, 447, nov., 2018.

NUNES, Dierle. A supervisão humana das decisões de inteligência artificial reduz os riscos? **Conjur**, 25 de junho de 2021. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-25/nunes-supervisao-humana-decisoes-ia-reduz-riscos>. Acesso em 20 de maio de 2023.

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. 3ª edição. Editora JusPodivm: Salvador, 2022.

NUNES, Dierle; ALMEIDA, Catharina. Medidas indutivas em sentido amplo do art. 139, IV, do Código de Processo Civil brasileiro: o potencial dos nudges nos módulos processuais executivos, rumo a satisfação das obrigações de pagar uma certa quantia – Parte dois. **Revista de Processo**, vol. 324/2022, p. 145 - 159, fev/2022.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. Cortez: São Paulo, 2013.

SIMON, Herbert. **Models of Man: Social and Rational**. Wiley: Nova Iorque, 1957.

SOUZA, Diego Krainovic Malheiros de. **A influência do ruído na formação das decisões judiciais e sua (in)compatibilidade com o princípio da segurança jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2023.

SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Oliver. **Ruído: uma falha no julgamento humano**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Objetiva: São Paulo, 2019.

TETLOCK, Philip; GARDNER, Dan. **Superforecasting: The Art and Science of Prediction**. Crown Publishers: New York, 2015.

TETLOCK, Philip. **Expert Political Judgment: How Good Is It? How Can We Know?** Princeton: Princeton University Press, 2017.

THALER, Richard; Sunstein, Cass. **Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press: New Haven, 2008.

TVERSKY, Amos, and Daniel KAHNEMAN. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science** 185 no. 4157, p. 1124-1131, 1974

Submissão: 03.jun.23

Aprovação: 23.nov.23

SISTEMA PERUANO DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

PERUVIAN SYSTEM OF CONSTITUCIONAL PRECEDENTE

Rennan Daria Krüger Thamay

Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/RS e *Università degli Studi di Pavia*. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. Professor Titular do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Professor da pós-graduação (*lato sensu*) da PUC/SP, do Mackenzie e da EPD - Escola Paulista de Direito. Professor Titular do Estratégia Concursos e do UNASP. Foi Professor assistente (visitante) do programa de graduação da USP e Professor do programa de graduação e pós-graduação (*lato sensu*) da PUC/RS. Presidente da Comissão de Processo Constitucional do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Membro do IAPL (*International Association of Procedural Law*), do IIDP (*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil), do CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual) e do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Advogado, administrador judicial, árbitro, mediador, consultor jurídico e parecerista.

E-mail: rennan.thamay@hotmail.com

Renato Gugliano Herani

Doutor e Mestre em Direito, com pós-doutorado na Universidade de Lisboa (Portugal). Especialista em Direito Constitucional e em Direito Contratual. Professor Titular de Direito Constitucional nos programas

de mestrado e doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp). Professor de graduação nas disciplinas de Direito Constitucional, Processo Constitucional e Teoria Geral do Estado. Advogado.
E-mail: renato@advgh.com.br

Resumo

Este artigo está inserido no marco de uma pesquisa sobre o sistema peruano de precedentes constitucionais. Objetivamos uma base de conhecimento tópico como importante substrato teórico para futuros estudos comparativos. O resultado é uma explicação geral do modo particular e maduro como o Peru tem regulamentado a eficácia das decisões de seu Tribunal Constitucional, que não por acaso ocorre sob uma forte inspiração na doutrina clássica dos precedentes judiciais. Ao final, propomos um juízo crítico sobre o objeto de estudo.

Palavras-chave: Precedente. Tribunal Constitucional. Peru. Jurisdição constitucional.

Abstract

This article comes within the framework of a research about peruvian systems of constitutional precedents. We aim at a knowledge base as an important theoretical substrate for future comparative studies. The result is a general explanation of the particular and mature way as Peru has regulated the effectiveness of its Constitutional Court decisions, that it's no coincidence occur under a strong inspiration in the classical doctrine of judicial precedents. In the end, we propose a critical judgment about the object of study.

Keywords: Precedent. Constitutional Court. Peru. Constitutional jurisdiction.

1 INTRODUÇÃO

Muitos são os doutrinadores brasileiros que têm se dedicado à difusão do direito precedental anglo-saxão no Brasil. Esse interesse não é nem modismo

nem pura especulação acadêmica. Um olhar atento ao fenômeno revela que estamos diante de um dentre tantos outros sinais do cada vez mais intenso movimento de convergência entre as grandes famílias jurídico-constitucionais, *civil law* e *common law*.

Variadas são as causas desse que é um dos mais instigantes fenômenos jurídicos da atualidade. Uma delas é a necessidade comum entre os sistemas do *common law* e *civil law* de assegurar a coerência do direito constitucional sob um regime jurídico próprio de autoridade das decisões de Cortes e Tribunais Constitucionais. E o paradigma teórico mais destacado desta disposição jurídica é a doutrina dos precedentes (*law-making authority*) com força vinculante (*stare decisis*), cuja origem está nos sistemas de *common law*. Por isso, sua difusão teórica acaba por alcançar os sistemas *civil law* interessados em conferir maior autoridade às decisões constitucionais.

O estudo atento entre os brasileiros a essa doutrina do direito precedental não visa a uma ingênua disposição de transposição de suas bases teóricas para o Brasil. Sabemos que seria uma tentativa pouco profícua, para não dizer nociva mesmo, considerando as diferenças de cultura jurídica tão marcantes dos sistemas de cariz *civil law* com o *common law*.

Uma das diferenças está no modo como estes últimos sistemas lidam com a afirmação da autoridade da decisão judicial e sua força vinculante. Historicamente no *common law* essa questão é confiada aos formantes jurisdicionais e doutrinários. Não é tradição a lei instituir o dever de uso dos precedentes judiciais, até porque ela contém, em si, a expressão de uma “resistência” histórica à perda do seu domínio completo como fonte primária de direito.

Agora nos sistemas do *civil law* essa questão não se mostra uma dicotomia cartesiana. Como nesses sistemas a ordem é reduzir o direito ao direito legislado, é de imediata dedução que o caráter vinculante das decisões jurisdicionais constitucionais deve fundar-se na lei (que fala de precedentes). Mas é razoável pensar também que tal tratamento possa advir da *praxis* jurisdicional constitucional, uma vez aceito que é dever intrínseco da curadoria da Constituição

estabelecer, via interpretação, um regime jurídico de precedentes (que falam de precedentes). E ainda é de consideração possível a doutrina (que fala dos precedentes) orientar um modelo de precedentes mesmo na ausência do respectivo direito explícito (jurisdicional ou legal), valendo-se apenas da interpretação de menções nominais ao instituto ou de diretrizes principiológicas desde o sistema processual em que se insere¹.

Essas considerações iniciais tocam ao tema, como podemos observar, das fontes do direito precedental, cuja problemática nos sistemas de cariz *civil law* se mostra de difícil encaminhamento. Particularmente no Brasil, sua relevância é atual. Desde a Constituição de 1988 o Brasil vivência, de um lado, um crescente ativismo processual constitucional do STF (inclusive quanto ao tema do regime jurídico das suas decisões) e, de outro lado, a resistência de o legislativo manter-se (é certo que por movimentos erráticos) no controle da produção do direito processual constitucional², tendo inclusive legislado sobre “precedente”³.

-
- 1 Aqui é a alusão a ideia da doutrina que fala de precedentes transmutar-se de um discurso doutrinário descritivo para um discurso jurídico prescritivo, ou seja, a doutrina passar a ser parte integrante da decisão, na forma de razões reais de decisão, com todos os efeitos jurídicos que disso decorrem. Sobre essa perspectiva da fonte doutrinária, vide TAVARES, André Ramos; HERANI, Renato Gugliano, A contribuição da doutrina no STF: desvendando a dinâmica dos formantes doutrinários (a apresentação dos dados estatísticos), *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 10, n. 4, jan. abr., 2016, p. 13-80.
 - 2 Sobre esse cenário, vide: TAVARES, André Ramos; HERANI, Renato Gugliano. Direito Processual Constitucional: como técnica e como poder. In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. *Um Código de Processo Constitucional para o Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021; THAMAY, Rennan Faria Krüger; HERANI, Renato Gugliano. *Jurisdição constitucional concentrada*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 115.
 - 3 O art. 489, V (“se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”) e VI (“deixar de seguir precedente ou enunciação de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”); art. 926, §2º (“Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”), art. 927, §5º (“Os tribunais darão

É nesse contexto que o atual sistema processual civil converteu o precedente em peça central da uniformização da interpretação judicial (em especial, a constitucional do Supremo Tribunal Federal), por dispositivos expressos, a saber, artigos 926, 927 combinados com o art. 489, §1º, do CPC. No entanto, sob esse marco normativo, o Legislativo não se ocupou de estabelecer as bases e mesmo o alcance do pretende para os precedentes. Não definiu os critérios de identificação *do que é e quem deve dizer o que é* o “precedente”, como também da especificação do *seu alcance eficaz*, os quais são conformados no direito anglo-saxão a seu modo e tradição⁴. Observa-se igual inércia na atuação interpretativa do STF. Logo, o esforço de se elaborar um modelo de precedente brasileiro parece estar centrado na doutrina.

Notamos que o sistema jurídico brasileiro positiva o “precedente”, porém assim o faz sem propriamente definir seu regime jurídico; e essa é uma evidência da insegurança jurídica que se lança sobre a compreensão e o modo de aplicação dos precedentes no Brasil.

Atento a essa problemática, este estudo não propõe sua solução para o problema das fontes do direito precedental nos sistemas de cariz *civil law*. Seu objetivo é mais modesto, porém muito contributivo, no sentido de que as discussões aqui travadas buscam auxiliar com o encaminhamento desta problemática, oferecendo ao direito brasileiro um parâmetro útil de comparação da sua experiência embrionária com uma mais avançada na formulação de um regime jurídico dos precedentes no sistema *civil law*.

O direito estrangeiro escolhido é o peruano, e sua definição não é aleatória, ao contrário, é direcionada segundo a proximidade no que aqui é pertinente. O sistema jurídico do Peru é de origem *civil law*, e se destaca pela excelência

publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”).

4 Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. In: MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2022, p. 1484.

da sua Justiça Constitucional. Essas características são comuns com o Brasil, e a partir delas percebemos também as diferenças. Uma delas é a de que o Peru conta com um regime jurídico precedental completo, e isso o faz realmente um interessante paradigma de comparação, ademais considerando o modo como lida com as inquietações acadêmicas sobre o precedente no direito legislado.

Por último, o estudo não é uma mera descrição do sistema precedental peruano. A partir da exposição sobre os principais traços normativos da jurisdição constitucional peruana, conjugados com seus fatores reais, exploramos o modo como emergiu neste contexto a doutrina precedental peruana. O resultado alcançado permite melhor compreender o movimento mais amplo da circular da doutrina precedental entre os sistemas *civil law*.

2 RECEPÇÃO TARDIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Surgimento do Tribunal de Garantias Constitucionais

O Peru foi um dos últimos países a recepcionar o controle jurisdicional de constitucionalidade na América Latina (SEGADO, 2007, p. 119). Não significa dizer que não contava antes com mecanismo de proteção constitucional. A supremacia constitucional já se afirmava nas Constituições pretéritas (inclusive, a Carta Constitucional caudilhista de 1856⁵ previa no artigo 10 que a nulidade de “toda lei contrária à Constituição”), como era da tradição a proteção constitucional centrada no Legislativo. Daí dizer que sucedeu no Peru não bem a tardia proteção da Constituição, mas um convencimento político pela proteção jurisdicional posterior ao que ocorreu na maior dos países latino-americanos.

5 Assim reconhecida porque assimilava as características da política do momento, que era o caudilhismo, “definido pela fragmentação do poder, e o caos e a instabilidade política”, assim caracterizada, pela ausência de “verdadeiros partidos políticos senão as tradicionais formações de grupos, liberais e conservadoras, que atuavam como clubes oligárquicos, sem maiores diferenciações ideológicas” (SÁEZ, 2013, p. 463).

Uma das explicações possíveis para essa postergação está no fato de que o Peru teve o ciclo constitucional subsequente a sua independência fortemente impactado pelo influxo revolucionário francês⁶, do qual, sabemos, originou a o ideal da proteção política da ordem constitucional. Nos idos do constitucionalismo liberal, as forças políticas conservadoras entoaram a *Le Défenseur de la Constitution* e a confiaram, como consequência da supremacia do Parlamento, a um órgão político especial, *Sénat Conservateur*, da Constituição francesa de 22 frimário do ano VIII (1799). Inspirado nas ideias de abade Sieyès, falava-se na formação de um *Jury of Constitution* ou *jury constitutionnaire*, pois comungava do pensamento de que o controle da constitucionalidade não poderia deixar de ser confiado à autoridade eleita pelo povo para representá-lo, ou seja, o Parlamento.

Nesse período os franceses tinham na Constituição predominantemente um documento político, no sentido de que conferia ao Legislativo supremacia incontrastável debilitando seu efetivo valor normativo, já que não estava protegida contra o Parlamento (BRANCO, 2012, p. 223). Como uma desconfiança histórica ao juiz impedia o controle jurisdicional, o Parlamento estava imune a qualquer força contrastante e, por isso, se colocava como o guardião da Constituição; e assim era não porque a ela o legislativo propriamente se submetia, mas porque autoproclamava sua expressão representativa máxima.

Esse contexto revolucionário francês de predomínio da “Constituição como norma política” e tributária do culto da soberania do legislador estendeu sua influência no Peru no século XIX até a chegada da Constituição de 1979. Especialmente por isso houve a tardia institucionalização do controle jurisdicional do Direito Constitucional (RAMÍREZ, 2015, p. 184).

As primeiras décadas do século XX indicavam transformações constitucionais no Peru que fizeram da Constituição de 1979 um marco do seu

6 O Peru é um país muito pródigo em Constituições, desde a primeira Constituição do período pós-independência política da Espanha, a de 1823, somam doze: as de caráter reconhecidamente liberal: 1823, 1828, 1834, 1856 e 1867; de caráter conservador: 1826, 1839 e 1860; social: 1920, 1933 e 1979; e neoliberal: 1993.

constitucionalismo. Com ela encerrou-se o período de regimes militares populistas com o início das reflexões democráticas. Inaugurou-se uma nova fase política de “profunda transformação na concepção dos direitos humanos” (RAMÍREZ, 2015, p. 184). E seus dispositivos de instituição do Tribunal de Garantias Constitucionais sedimentaram as bases atuais do sistema jurisdicional constitucional peruano.

Implementado em 1982, este Tribunal exercia o controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Essa última modalidade era possível porque o Tribunal conhecia em última instância (logo, de modo definitivo) demandas de Amparo e *Habeas Corpus* iniciadas no Poder Judiciário.

Todavia, sua atuação restou prejudicada, pois a concepção mais humanista e social da Constituição, refletida no até então inédito um amplo catálogo de direitos fundamentais e de garantias constitucionais, carecia de plena efetividade (LANDA, 2003, p. 74). Isso muito devido a fatores que irrompiam a vida política do país, em especial a violência de grupos terroristas (como o Sendero Luminoso). Esse contexto muito aceitou os sérios problemas da democracia peruana, freando o aprofundamento institucional do país (SAÉZ, 2013, 473).

Embora o Tribunal Constitucional de Garantias não tenha tido um início vigoroso, acenou para o “valor simbólico de defesa do Estado de Direito” (LANDA, 2003, p. 95), numa década de violência política, embates contra movimentos terroristas e o narcotráfico, agravada por crises econômicas, tudo a cravar mesmo o momento de grave conflito interno.

Essas condições inóspitas fizeram com que o Tribunal Constitucional fosse literalmente calado pelo “Fujigolpe” de 1992. Estava inserido numa realidade política em que sua proposta institucional avançada era um obstáculo a transpor pelo governo do então Presidente Alberto Fujimori. Este estava disposto a toda transgressão para dominar as instituições políticas e perpetuar-se no poder para levar ao extremo seu projeto neoliberal.

Mesmo num “falso ambiente político democrático, pouco propício para seu desenvolvimento institucional e a tutela dos direitos fundamentais” (LANDA,

2003, p. 96), como foi o governo profundamente autoritário de Fujimori, a criação do Tribunal Constitucional de Garantias foi um avanço. Porém, esse avanço só foi evidenciado no momento constitucional seguinte.

2.2 Surgimento do “Tribunal para os cidadãos”

Em meio ao influxo de superação das crises políticas e econômicas das últimas décadas do século XX e de anos de abstinência de Justiça Constitucional, o Peru ingressou numa transição democrática com a Constituição de 1993. A Constituição de 1993 não foi bem fruto do consenso político, mas antes da decisão pessoal de Fujimori. Isso porque foi materializada por um Congresso Constituinte formado principalmente por seus seguidores, e só depois foi referendada pela população para implementar seu programa político e a modernização econômica do país, e sempre ao custo das instituições atuarem de forma democrática e independente (LANDA, 2003, p. 104).

No entanto, o projeto de Fujimori⁷ de perpetuar-se no poder não avançou. Depois de escândalos, pressionado e isolado, ele então sucumbiu à vontade constitucional, e foi declarado pelo Congresso, depois de recusada a sua renúncia, “incapacitado moral permanente”.

O período seguinte foi o de projeção do Tribunal Constitucional contra os efeitos do perfil autoritário de seu próprio criador. Tornou-se sob essa ordem o “Tribunal para os cidadãos” (LANDA, 2003, p. 88). É certo que isso não se sucedeu sem percalços, é claro, mas também nada diferente do que se viu em outros países quando recepcionaram instituição deste gênero, sem antes ter vivenciado uma cultura de liberdade.

7 “Alberto Fujimori planejou sua continuidade como Presidente violentando o próprio desenho da sua Constituição mediante uma suposta ‘interpretação autêntica’ da cláusula de não reeleição aprovada pelo Congresso em 1996, à qual não sujeitaria o seu primeiro mandato aos efeitos de contabilizar períodos de reeleição. Frente a esta interpretação se erigiu a opinião do Tribunal Constitucional que declarou inaplicável dita lei ao caso do Presidente Fujimori” (SAÉZ, 2013, p. 473).

Nos primeiros momentos da sua criação, o Tribunal Constitucional estava mais para um frágil e paralisado aparato institucional. Sua aprovação constituinte deu-se, como dito, sob a contrariedade dos interesses da autocracia fujimorista de instalar-se uma Justiça Constitucional autônoma. Esse cenário só acabou com a “tendência histórica contemporânea do estabelecimento e expansão dos tribunais ou cortes constitucionais nas novas democracias mundiais, como à unânime opinião pública especializada” (LANDA, 2003, p. 101).

A verdade é que o Tribunal não nasceu sob uma consciência política e jurídica capaz de lhe conferir força suficiente para suplantar o ainda predominante desprezo governamental ao constitucionalismo nos primeiros anos da Constituição de 1993; ao contrário, surgiu sob a pretensão fujimorista de o converter num “simples instrumento para consagração dos mutáveis objetivos políticos e econômicos dos poderes fáticos e privados”, em razão do que “sua *auctoritas* foi desvalorizada” (LANDA, 2003, p. 81).

Não por outra razão, ou seja, pela força bloqueadora do governo, é que apenas em janeiro de 1995 foi promulgada a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Lei n. 26435), e só em junho de 1996 houve sua implementação. Ainda assim, esta lei não foi propriamente um marco da funcionalidade do Tribunal, foi muito mais um tentáculo do autoritarismo de Fujimori, pois ainda era “um instrumento que produziu instabilidade e deslegitimação social à jurisdição constitucional” (LANDA, 2003, p. 104).

Um dado de reforço desse cenário era a regra de aprovação da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo estabelecido pela referida lei. Contrariando a regra da maioria, que em geral orienta estes Tribunais, era necessário não menos que 6 votos dentre 7 possíveis. Logo, mesmo com a concordância de 5 magistrados, ou seja, a maioria, não se alcançava o suficiente para a declaração da inconstitucionalidade.

Após a destituição de Alberto Fujimori, o compromisso político de recuperação democrática do país deu início à superação do ostracismo da Justiça

Constitucional. Os primeiros sinais foram emitidos pelas reformas constitucionais de 2001, que conduziram o país à revitalização da tutela dos direitos fundamentais e do fortalecimento da Justiça Constitucional.

O Peru chega a uma fase de espasmódicos processos de modernização política, que só restava o respeito à soberania popular e supremacia constitucional. O descrédito de que essa alavancagem pudesse realmente emergir dos Poderes que sempre estiveram no epicentro dos percalços políticos direcionou à hidratação do Tribunal Constitucional. Só esse caminho poderia mudar o cenário de antes, que era de violações constitucionais por um positivismo de acobertamento por decisões legislativas, judiciais e administrativas a serviço do regime autoritário presidencialista que se havia instalado nos últimos tempos (LANDA, 2003, p. 81).

Foi assim que o legado deixado pelo antigo Tribunal de Garantias Constitucionais permitiu a que o Tribunal Constitucional alcançasse o reconhecimento, se não da solução definitiva dos problemas democráticos peruanos, em grande medida de “um importante centro de impulso do amadurecimento democrático-constitucional” (LANDA, 2003, p. 89). A Justiça Constitucional assumiu uma posição central no sistema político democrático peruana, e sob sua liderança tem avançado com o processo que se estende até hoje de paulatina e persistente concretização da Constituição. Com isso, tornou-se a peça-chave do balanceamento da organização e distribuição de poderes, além da implementação dos direitos fundamentais.

Resta dizer que as forças antidemocráticas, antes de sucumbirem, resistiram à criação do Tribunal Constitucional com a consciência do seu peso em si e do potencial de rearranjar a clássica separação de poderes. Talvez não tenham é dimensionado plenamente a capacidade de advirem dele decisões com o tino de um vetor democrático irresistível à cultura da constitucionalidade e ao preço justo da contenção do uso abusivo do poder político.

3 MORFOLOGIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PERUANA

Embora o Peru tenha sido um dos últimos países latino-americanos a substituir o controle político-legislativo pelo controle jurisdicional de constitucionalidade, recuperou, no entanto, o atraso. Hoje é uma referência nesses domínios, com avançada e em certos aspectos até pioneira jurisdição constitucional. Esse crédito é merecido não só por sua interessante estrutura “dual” ou “paralela” (BELAUNDE, 2013, p. 121) (em que ao invés da concorrência, contempla a coexistência da jurisdição concentrada com a jurisdição ordinária), como por contar uma “pedra de toque desta articulação”, que é um “Tribunal Constitucional como supremo intérprete da Constituição” (MUÑOZ, 2015, p. 208).

3.1 Órgão de controle da Constituição

A Constituição de 1993 substituiu o Tribunal Constitucional de Garantias da Constituição de 1979 pelo Tribunal Constitucional como “Órgão de controle da Constituição” (art. 201). Esta última expressão foi alterada na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional para “órgão supremo de interpretação” da Constituição, que, como tal, promove a “integração e controle de constitucionalidade” (art. 201) da atuação dos demais Órgãos do Estado. Em linha com o Tribunal Constitucional clássico, o peruano embora exerça atividade jurisdicional, institucionalmente está apartado do Poder Judiciário.

O próprio Tribunal se descreve como: a) órgão independente e autônomo na função suprema de intérprete do alcance e conteúdo da Constituição (PERU, 2005, Exp. 0030-2005-PI/TC); b) responsável por racionalizar o poder público e privado em resguardo à supremacia constitucional quando da produção normativa e à proteção dos direitos fundamentais (PERU, 2005, Exp. 3574-2007-PA/TC; Exp. 2877-2005-HC/TC); c) suplantador dos vazios normativos que a

declaração de inconstitucionalidade pode gerar, com os métodos interpretativos integrativos (PERU, 2005, Exp. 0030-2005-PI/TC); d) formulador de política jurisdicional (PERU, 2005, Exp. 0030-2005-PI/TC).

Sua composição conta com sete magistrados constitucionais, com mandato de 5 anos, sem possibilidade de reeleição, escolhidos pelo voto de 2/3 dos membros do Congresso da República (maioria sobrequalificada).

Sua função de controle é exercida sob três pilares: a) conhecer, em instância única, a *acción de inconstitucionalidad*, passível de ser ajuizada pelos indicados no art. 203 da CP, para a defesa objetiva da Constituição, em vista da integridade da sua estrutura, hierarquia e coerência da ordem jurídica (art. 203); b) conhecer, em última e definitiva instância, as resoluções denegatórias de habeas corpus, *amparo*, habeas data e *acción de cumplimiento*, também conhecida por “jurisdição negativa de liberdade”⁸; c) conhecer os conflitos de concorrência, ou de atribuições conferidas pela Constituição aos Órgãos Constitucionais, conforme previsto em lei.

3.2 Jurisdição constitucional difusa

A Constituição de 1993 conferiu a todos os juízes a prerrogativa de analisar a constitucionalidade concreta dos atos normativos (LEÓN, 1996, p. 207). Com isso o Tribunal Constitucional compartilha a jurisdição constitucional, por competências paralelas, com o Poder Judiciário. O juiz exercita a “dupla qualidade imanente” (LEÓN, 1996, p. 207) da jurisdição, vale dizer, a ordinária e a constitucional, conforme está na segunda parte do art. 138 e do art. 14 da Lei Orgânica do Poder Judicial, como nos art. VI do Título Preliminar e art. 3º do Código de Processo Constitucional.

8 Em alusão à doutrina de Mauro Cappelletti em *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México: UNAM, 1961.

A doutrina debateu se é da faculdade de o Tribunal Constitucional, uma vez exclusivo no controle concentrado, conjugar o controle difuso por autorização da 2ª parte do art. 138 da CP. Aníbal León trata desta questão lembrando que “a justiça constitucional determinada sob o esquema ou modelo anglo-saxão da ‘*judicial review*’ é, em realidade, uma justiça constitucional subsidiária, residual e fundamentalmente objetiva” (LEÓN, 1996, p. 207). Já a que é desenhada por Hans Kelsen, segue “um exercício, mental e metodologicamente oposto à anterior”, pois o juízo de constitucionalidade se dá em abstrato, o que impossibilita o Tribunal Constitucional à análise de casos concretos. Por esta razão, o controle difuso é de competência exclusiva e excludente do Poder Judiciário, conforme a 2ª parte do art. 138 da CP (MUÑOZ, 2015, p. 268).

Não obstante, o Tribunal Constitucional quando desempenha a “jurisdição negativa de liberdade” (art. 202.2), dada a natureza dos institutos envolvidos, exercita a revisão da constitucionalidade das decisões nos remédios constitucionais denegados pelo Poder Judiciário. Nesse ponto, há uma confluência dos dois sistemas:

i) no controle pelo Tribunal Constitucional sobre o trabalho do Poder Judiciário na denominada ‘jurisdição negativa da liberdade’ (...); ii) na vinculação constitucional que se estatui por mandato o art. 39º da LOTC a respeito do Juiz do Poder Judicial frente a uma decisão do Tribunal Constitucional, em que a faculdade da *judicial review* cede passo por coerência necessária e razoável frente à qualidade maior e efeito mandatório enquanto a interpretação constitucional de uma decisão do Tribunal Constitucional e por mandato próprio da Constituição Política do Estado (LEÓN, 1996, p. 207).

O que interessa dizer é que a jurisdição constitucional no Peru conjuga a forma difusa (questão incidental e decisão nas ações de garantias constitucionais das liberdades) com a concentrada (controle orgânico).

3.3 Código de Processo Constitucional

Outro aspecto importante a destacar antes de analisar a questão central deste estudo diz respeito ao modo inovador como o Peru sistematizou sua legislação processual constitucional. Criou um Código de Processo Constitucional⁹, aprovado pela Lei n. 28.237 de 31 de maio de 2004, que transformou a experiência até então do Tribunal Constitucional em um marco normativo moderno, orgânico e procedimental (YUPANQUI, 2008, p. 16).

A aprovação de um texto processual desta ordem foi uma mensagem política das mais diretas a favor da Justiça Constitucional. A experiência comparada traz em primeiro plano que “o êxito da justiça constitucional depende muito de que exista uma autêntica vontade política de configurar uma justiça constitucional adequada” (TREMPS, 2003, p. 29), e, em relação ao Peru, dispensa-se qualquer consideração adicional, basta “uma simples olhada ao sucedido nos últimos anos do Tribunal Constitucional peruano” (YUPANQUI, 2008, p. 16).

A dificuldade inicial de se assimilar sua máxima função do controle da Constituição trouxe certa incompreensão até mesmo aos próprios membros do Tribunal sobre o alcance da sua atuação jurisdicional. Mas, gradualmente, suas decisões de alta qualidade na resolução de casos complexos o conduziram a:

(...) um inusual protagonismo em assuntos que involucram não só o cenário constitucional ou jurídico, mas também o político, econômico e social e que tem refletido de modo direto não só na especial localização que alcançou no atual Estado democrático de Direito, mas também ante o foro, ante a opinião pública (LEÓN, 1996, p. 207).

Em meio a este grande destaque do Tribunal Constitucional num ambiente político de maior independência e sob uma base legislativa bem definida, é que se desenvolveu a doutrina peruana dos “precedentes vinculantes”.

9 Juntamente com Costa Rica e Bolívia.

4 A DOUTRINA PERUANA DA VINCULATIVIDADE

O Código de Processo Constitucional possibilitou maior segurança e estabilidade às decisões do Tribunal Constitucional instituindo (a) a *vinculatividade das sentenças de inconstitucionalidade* e (b) os *precedentes vinculantes*. E ainda, da interpretação pelo Tribunal Constitucional dos parâmetros normativos destes institutos, formou-se (c) a *doutrina jurisprudencial dos precedentes*. A seguir, analisamos cada um destes atributos que compõem o que se pode reconhecer por um estatuto normativo da autoridade das decisões jurisdicionais constitucionais.

Esse regime denota uma inegável originalidade no desenvolvimento do direito precedental legislado. E o interessante da postura do Legislador é que se ocupou do tema sem, contudo, o exaurir, ao contrário, fez do Tribunal Constitucional o principal agente no desenvolvimento do regime jurídico atinente à vinculatividade de suas próprias decisões. O Tribunal assumiu esse papel, e o desempenhou estabelecendo, a nosso ver, um curioso plano de vinculatividade das decisões jurisdicionais constitucionais segundo o grau de intensidade:

[...] seu valor vinculante ou a obrigatoriedade de referir-se a eles se pode dizer que é uma questão de intensidade. Por isso, poder-se-ia reconhecer até três graus de vinculação das sentenças do TC: como *ter que (müssen)* acatar as sentenças de inconstitucionalidade das leis, como *dever (sollen)* de cumprir com os precedentes vinculantes e como *poder/dever (können)* de seguir a doutrina jurisprudencial (LANDA, 2003, p. 193).

A gradação da vinculatividade ocorre conforme o tipo de sentença constitucional. A disposição segue a seguinte ordem: (a) a se tratar de *sentença*

de inconstitucionalidade em controle concentrado, a vinculação é fortíssima; (b) se é a de acatamento de *precedentes constitucionais vinculantes*, é forte; e (c) se é de suporte para a *doutrina jurisprudencial*, então é débil. Cada uma destas espécies de decisão forma uma categoria própria de vinculatividade:

[...] os dois primeiros tipos de sentença integram-se às fontes de direito, como fonte-normativa que está caracterizada por gozar de força de lei ativa – ao expulsar uma norma legal, preencher um vazio normativo ou outorgar um sentido interpretativo – ou força de lei passiva ao resistir sua modificação por outra sentença que não provenha do próprio supremo intérprete da Constituição. Mas, por outro lado, o terceiro tipo de sentença integra-se como fonte-argumentativa caracterizada também por gozar de força ativa e passiva, mas o nível hermenêutico ou interpretativo, ou seja, cedendo uma margem de apreciação ao juiz acerca do seu caráter vinculante (LANDA, 2003, p. 193).

Com essa disposição, tem-se que o Código de Processo Constitucional considera as chamadas sentenças constitucionais como fontes primárias, logo os magistrados devem a elas se vincularem.

O Tribunal Constitucional estabelece que estas sentenças são ato processual que põe fim a um litígio, certo de que são produzidas pelos processos previstos neste Código, que em sede judicial, quer constitucional (PERU, 2003, Exp. 0024-2003-PI/TC). Sua estrutura interna compõe-se por “a razão declarativo-teleológica, a razão suficiente (*ratio decidendi*), a razão subsidiária ou acidental (*obiter dicta*), a inovação preceptiva e a decisão ou sentença constitucional (*decisum*)” (PERU, 2003, Exp. 0024-2003-PI/TC). Cada um destes elementos será objeto de apreciação mais adiante. Por ora, em continuação, analisaremos brevemente as sentenças de inconstitucionalidade em controle concentrado e os precedentes constitucionais vinculantes.

5 VINCULAÇÃO DA SENTENÇA DA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição de 1993 traz no art. 103 que uma lei “fica sem efeito por sentença que declara sua inconstitucionalidade”. Já o art. 204 prescreve que “[a] sentença do Tribunal que declara a inconstitucionalidade de uma norma publica-se no diário oficial. No dia seguinte da publicação, dita norma fica sem efeito”. Estes comandos são aplicáveis aos casos de inconstitucionalidade da lei ou de ratificação da constitucionalidade em controle concentrado.

Assim, de um lado, a sentença que declara a inconstitucionalidade tem o condão de extirpar a norma viciada de maneira definitiva, expulsando-a do sistema com repercussão geral; por isso, o Tribunal “intervém diretamente na produção das fontes normativas do ordenamento jurídico” (LANDA, 2003, p. 193). Esta orientação está no art. 81 do CPConst:

[...] as sentenças do Tribunal Constitucional nos processos de inconstitucionalidade deixam sem efeito as normas sobre as quais se pronunciam. Têm alcances gerais e carecem de efeitos retroativos. Publicam-se integralmente no Diário Oficial O Peruano e produzem efeitos desde o dia seguinte da sua publicação.

Já na ratificação da constitucionalidade, igualmente os juízes devem obediência à decisão do Tribunal, pois lhes é imposto um “limite efetivo ao exercício do chamado controle difuso de constitucionalidade” (CÓRDOVA, 2009, p. 640). Diz o art. VI, CPConst: “Os juízes não podem deixar de aplicar uma norma cuja constitucionalidade haja sido confirmada em um processo de inconstitucionalidade ou em um processo de ação popular”. Traz ainda que estão condicionados ao entendimento do Tribunal Constitucional, pois devem interpretar e aplicar “as leis ou toda norma com carga de lei e os regulamentos segundo os preceitos e princípios constitucionais, conforme a interpretação dos mesmos que resulte das resoluções ditadas pelo Tribunal Constitucional”.

Ademais do efeito vinculativo, a decisão em controle concentrado produz coisa julgada (art. 82, CConst), na medida em que a decisão deve ser observada por todos os poderes e órgãos constitucionais.

Com efeito, os tribunais ou juízes ordinários não podem omitir-se das sentenças do TC, porque com isso não só questionariam a supremacia e eficácia normativa da Constituição, como subverteriam o ordenamento constitucional em sua totalidade, introduzindo elementos de anarquia, prosrita em todo ordenamento jurídico unitário, próprio de um Estado constitucional e democrático de direito (LANDA, 2003, p. 193).

Nas palavras do próprio Tribunal Constitucional:

Em virtude do estabelecido nos artigos VI e VII do Título Preliminar do Código de Processo Constitucional os tribunais e juízes não podem contradizer nem se desvincular das sentenças do Tribunal Constitucional, sob o risco de vulnerar não só o princípio da supremacia e força normativa da Constituição, como também ao princípio da unidade, inerente ao ordenamento jurídico (PERU, 2006, Exp. 0006-2006-CC/TC).

Reconhece-se, sob essas premissas, que a sentença proferida no processo de inconstitucionalidade goza de: “a) força de lei; b) coisa julgada; e c) aplicação vinculante aos poderes públicos” (PERU, 2004, Exp. 0053-2004-PI/TC). E assim, em termos práticos, a decisão do Tribunal Constitucional tem vinculação geral, ou seja, nenhum juiz ou Tribunal ordinário pode contrariá-la, certo ainda que o Poder Legislativo não pode aprovar nova lei com conteúdo declarado inconstitucional.

Assim delineado o fundamento normativo da sentença de (in)constitucionalidade em controle concentrado, ainda remanesce a dúvida sobre a extensão de sua força vinculativa, se circunscreve-se ao dispositivo ou, ao contrário,

alcança também, tal como chama o Tribunal Constitucional, as “interpretações”. Embora com toda certeza seja indissociável o dispositivo das razões, não é causa suficiente para dar a questão como resolvida. Deve-se analisá-la sob as perspectivas da declaração, se inconstitucional ou não.

No entanto, a sentença de constitucionalidade pode deixar de ser aplicada pela Justiça ordinária, se entender pela inconstitucionalidade da lei, desde que operadas alterações das condições substantivas subjacentes à anterior decisão do Tribunal Constitucional.

5.1 Fundamentos vinculantes da sentença de inconstitucionalidade

A vinculatividade só do dispositivo (*decisum*) não alcança o Legislativo, uma vez que não é dado a ele, legislador, propriamente aplicar a lei contestada. Para atingi-lo é imprescindível o vincular aos fundamentos da decisão. Nesse ponto é que está a relevância da discussão sobre os fundamentos vinculantes da sentença de inconstitucionalidade no Peru, como no Brasil.

Com isso, a decisão de inconstitucionalidade, pela transcendência dos seus fundamentos, passa a pautar as futuras decisões judiciais e administrativas, como as opções legislativas contrárias às teses do Tribunal Constitucional. Diferentemente de outros países (como, a rigor, o Brasil), o sistema peruano assume uma vinculação geral de amplo alcance subjetivo e objetivo, até mesmo em relação ao Legislativo.

O *distinguishing* legislativo é admitido se não mais subsistente a base social que a sustentou (*rebus sic stantibus*). Nesse caso, não é que há reinserção da lei no sistema, na verdade, seu conteúdo é que pode retornar em nova proposição legislativa, embora não esteja a salvo de novo juízo do Tribunal Constitucional.

5.2 Fundamentos vinculantes da sentença de constitucionalidade

O juiz ordinário não pode afastar-se da norma confirmada constitucional pelo Tribunal Constitucional; no entanto, não significa dizer que a lei antes

contestada “seja constitucional sempre e em todo caso, pois pode perfeitamente resultar inconstitucional diante de outros preceitos da Constituição nem invocados ou nem aplicados como parâmetros de controle” (CÓRDOVA, 2009, p. 643). Daí dizer que nessa hipótese a *ratio decidendi* tem um papel decisivo (CÓRDOVA, 2009, p. 643).

É importante destacar que no sistema peruano, “[n]ão tem efeito retroativo a sentença do Tribunal que declara inconstitucional, no todo ou em parte, uma norma legal” (art. 204). Adota, por isso, a tradicional visão kelseniana de inconstitucionalidade como anulabilidade.

Com isso, a sentença de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional tem caráter constitutivo, e não, como visto nos países que adotam a nulidade, declarativo. Essa regra associada ao princípio da congruência do pedido permite que o Tribunal Constitucional rechace a inconstitucionalidade de uma lei analisada diante de um parâmetro e, posteriormente mudado o referencial, altere sua orientação. Nesse contexto, de fato é coerente pensar na *ratio decidendi* nos casos em que o Tribunal Constitucional declara infundada uma demanda de inconstitucionalidade, pois é onde se indica o referencial de controle.

Uma sistemática assim, de fato, torna premente a força vinculativa da decisão de inconstitucionalidade não só do *decisum*, mas também da *ratio decidendi*, para evitar distorções do sistema (como lacunas normativas indesejadas).

6 PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

Sem fugir do comum em matéria de controle concentrado, o art. VII do Título Preliminar do CPConst estabelece o efeito *erga omnes* das decisões de inconstitucionalidade, como institucionaliza o denominado “precedente vinculante”:

Art. VII. As sentenças do Tribunal Constitucional que adquirem a autoria de coisa julgada constituem precedente vinculante quando assim expressa a sentença, precisando o extremo do seu efeito

normativo. Quando o Tribunal Constitucional resolver afastar-se do precedente, devem expressar os fundamentos de fato e de Direito que sustentam a sentença e as razões pelas quais se aparta do precedente.

Sob esta configuração, esse dispositivo transforma o Tribunal Constitucional numa sorte de “legislador jurisprudencial”. De clara inspiração na secular doutrina americana do *stare decisis* (no ponto em que as decisões do Tribunal Constitucional passam a ter força vinculante pelas pautas rígidas que emite para a solução de futuros conflitos homólogos), este dispositivo assegura a estas decisões os predicados de igualdade, segurança jurídica e previsibilidade, há muito cultuados no sistema anglo-saxão, dando assim maior legitimidade e transparência à atuação do Poder Judiciário (SOTOMAYOR, 2009, p. 35).

Essa iniciativa bem mostra um sinal de amadurecimento da jurisdição constitucional para o projeto democrático peruano, no sentido de que a solução para a vinculatividade das decisões constitucionais não foi propriamente a de transposição pura e simples da doutrina do *stare decisis*. O Peru apenas se aproximou desse modelo tradicional e em medida compatível com sua tradição jurídica de direito legislado.

Se a postura tivesse sido outra, por certo, esbarraria em muitos entraves. A carência histórica de uma cultura de precedentes faria com que a pura imitação potencializasse em grau máximo os problemas do direito precedental que já existem nos sistemas *common law*. Embora com seu encaminhamento mais avançado, múltiplos e complexos são os problemas acerca do valor e alcance jurídicos do direito precedental no *common law*. Dentre eles, estão os problemas da própria definição dos critérios de identificação da *ratio decidendi* (e assim da sua diferenciação da *obiter dictum*) e de quem deve fixá-la (se é o órgão que primeiro decide ou se é o órgão que deverá observar o precedente) (PEGORADO; RINELLA, 2003, p. 83).

E é nesse ponto que se destaca a *doutrina dos precedentes legislados* do Peru. Para sua compreensão, é preciso observar com atenção o art. VII do CPConst. Este dispositivo confirma a ideia de Peter Häberle de que “a cultural constitucional particular de um país se desenvolve de maneira ‘individual’ e sua ‘autonomia’ deve ser respeitada” (HÄBERLE, 2003, p. 168); isso porque seus termos esquematizam um modo peculiar de valorar as decisões do Tribunal Constitucional, lhe conferem efeitos normativos sem incorrer nos desencontros da regra tradicional do *stare decisis*.

A ideia parece ser a de converter “um Tribunal de casos concretos” em também “um Tribunal de precedentes” (PERU, 2004, Exp. 3741-2004-AA/TC), sem descurar do contexto e da tradição jurídica do sistema continental peruano. Como dito, o que se tentou foi evitar, com mais suscetibilidade na recepção pura e simples de doutrinas e instituições estrangeiras, as anomalias do direito precedental registradas em seus âmbitos de origem (YUPANQUI, 2008, p. 46). É sob esta orientação consciente das aproximações e distanciamentos da doutrina tradicional dos precedentes que o art. VII do CPConst assegura a transcendência das regras jurídicas estabelecidas a partir dos casos concretos, para sua aplicação obrigatória em casos futuros.

Com esse dispositivo o sistema peruano desafia a lógica de que o modelo tradicional de precedentes é de difícil ou mesmo de impossível implementação em sistemas de direito legislado, por ser fruto não de uma decisão político-legislativa, mas da cultura jurisdicional de lenta e contínua formação na direção da maior autoridade das decisões, em relação às leis.

Antes do art. VII do Código de Processo Constitucional, o Peru contava com um antecedente legislativo de vinculação dos juízes ordinários à interpretação consonante com as decisões do Tribunal Constitucional, que era a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Lei n. 26435/94). Esta já trazia na primeira disposição geral a vinculatividade das suas decisões com força de lei. No entanto, este dispositivo não criou propriamente um sistema de precedente.

Sua disposição prescrevia “uma obrigação de respeitar um sentido hermenêutico, mas não normativo, das decisões do máximo intérprete” (LANDA, 2003, p. 193). No entanto, já foi um passo ao momento seguinte da “figura do precedente vinculante com efeito normativo” (LANDA, 2003, p. 193).

O Tribunal Constitucional vislumbrou então que o art. VII é que poderia abrir outros caminhos pela via da interpretação, considerando que seus termos conferem balizas para: (a) *a legitimação* das decisões constitucionais, no sentido da sua maior previsibilidade, segurança jurídica e coerência; (b) *a eficácia da norma constitucional*, otimizando a defesa dos direitos fundamentais com as regras jurídicas extraídas da decisão para outros semelhantes, beneficiando maior número de titulares; e (c) *a força normativa do princípio da igualdade*, assegurando a mesma decisão para casos idênticos.

Com essa disposição, o art. VII ao invés de definir as condições objetivas da criação do precedente, delega essa tarefa ao Tribunal Constitucional. Autoriza a que este órgão elabore uma “política jurisdicional para a aplicação do direito por parte dos juízes do Poder Judiciário e do próprio Tribunal Constitucional em casos futuros” (PERU, 2004, Exp. 3741-2004-AA/TC).

É certo que essa delegação não traz uma base conceitual precisa para a definição dos precedentes e sua força vinculante; e isso trouxe inseguranças iniciais. Este dispositivo legal foi alvo de muitas críticas, especialmente por parte de magistrados do Poder Judicial e advogados (SOTOMAYOR, 2009, p. 35). E nada mais plausível, considerando ser um instituto sem paralelo na tradição do Direito legislado.

Ainda assim ele resistiu por sua importância para a efetividade da função de controle e logo de cumprimento mesmo da Constituição. O texto constitucional se realiza em seu momento de concreta aplicação (NEVES, 2013, p. 142), momento que Tribunal Constitucional desempenha sua missão precípua de tutelar os valores constitucionais superiores e, por vezes, construir seu conteúdo no contexto argumentativo-decisório. Ademais, a Constituição destinando-se a todos assegura que demandas concretas que buscam preservar e concretizar os

mesmos direitos fundamentais exigem tratamento semelhante, o que implica a Constituição alcançar ao máximo a uniforme interpretação e aplicação dos seus dispositivos.

Essas justificativas impulsionaram a interpretação do art. VII. O resultado foi uma conexão interessante entre a lei e a interpretação judicial, da qual se criou um verdadeiro estatuto normativo dos precedentes constitucionais vinculantes. Seguimos nessa análise do dispositivo do art. VII identificando sua proposta legislativa e o modo como tem sido interpretado pelo Tribunal Constitucional.

6.1 Interpretação do art. VII do CPConst.

Dentre as atribuições do Tribunal Constitucional está a “jurisdição negativa de liberdade”, para conhecer em última instância as demandas denegatórias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* e ação de cumprimento. As decisões delas provenientes não possuem eficácia vinculante em sentido amplo por aplicação do art. 82 do CPConst.

Não obstante, o Tribunal Constitucional reconhece que a inconstitucionalidade reconhecida nas ações relativas à jurisdição negativa de liberdade afeta, em termos práticos, não só as partes envolvidas na demanda, como outros cidadãos em igual situação concreta de violação jusfundamental. Com isso, a ausência do efeito *erga omnes* nesses casos cria o que o Tribunal Constitucional classifica de “situação paradoxal”, assim disse:

[...] o Tribunal Constitucional, cujo trabalho principal consiste em eliminar do ordenamento jurídico determinadas normas contrárias à Constituição, não dispõe, no entanto, de mecanismos processuais ao seu alcance para expurgar do ordenamento ditas normas, embora tenha tido a ocasião de avaliar a anticonstitucionalidade e ter comprovado seus efeitos violadores dos direitos fundamentais num processo convencional de tutela de direitos como assinalados (PERU, 2004, Exp. 3741-2004-AA/TC).

Esse pensamento do Tribunal Constitucional é correto, considerando que sua função precípua é a de controle da constitucionalidade (quer em ação de inconstitucionalidade ou quer em tutela de direitos fundamentais). Sentido algum faz, antes até enfraquece a autoridade decisória do Tribunal, a estipulação distinta de efeitos jurídicos para decisões decorrentes do exercício da mesma função. Sob essa justificativa, o Tribunal interpreta o art. VII no sentido de que o “precedente constitucional tem efeitos mais gerais”, ou seja, se impõe a “todos os poderes públicos”, de tal modo que lhe credita “*prima facie*, os mesmos efeitos de lei” (PERU, 2004, Exp. 3741-2004-AA/TC). Assim interpreta para, em boa técnica, “otimizar a defesa dos direitos fundamentais” (PERU, 2004, Exp. 3741-2004-AA/TC).

Embora a equivalência da força vinculante entre os modelos de controle é a base da orientação da institucionalização do precedente, ainda assim não se dá de forma plena, o que tem chamado a atenção da doutrina peruana. É que a sistemática do art. VII restringe a vinculação às razões qualificadas pelo Tribunal. Entende-se que as mesmas razões que justificam a vinculação de todo conteúdo decisório em controle concentrado também sustentariam igual efeito nas demais ações constitucionais.

O próprio Tribunal Constitucional encontra no art. VII proximidades, em termos de direito comparado, com outros sistemas em que iguais Tribunais autodeterminam a transposição de efeitos vinculantes gerais típicos do controle concentrado para ações de tutela de direitos fundamentais. Essa referência mais direta é ao instituto espanhol da “autoquestão de constitucionalidade”, que permite “converter” um amparo em processo de inconstitucionalidade e, deste modo, atribuir-lhe o efeito geral da declaração de inconstitucionalidade de uma lei¹⁰.

10 Outra referência possível é a eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão proferida, por exemplo, no mandado de injunção no Brasil, conforme §1º do art. 8º, da Lei do Mandado de Injunção.

É a partir deste contexto que devemos avançamos na análise da técnica do precedente vinculante do art. VII do CPConst, e dele extrair as condições de aplicação.

6.2 Precedente como resultado institucional

Uma leitura apressada do art. VII pode levar à confusão de equiparar o precedente constitucional com a decisão constitucional em si. Uma interpretação dessa resultaria na simples equivalência entre as decisões em controle difuso e as do concentrado quanto ao efeito vinculante. No entanto, os termos deste dispositivo confirmam, na verdade, inexistir essa equiparação.

A decisão constitucional e o precedente vinculante apresentam, entre si, uma relação de antecedente e consequente, vale dizer, de implicações recíprocas, ao modo de uma ação institucional (sentenciar) que produz um resultado (poder de criar precedentes). E este *iter* não se constrói apenas por balizas legislativas. Aqui está o cerne da criatividade peruana no modo como estabelece o precedente vinculante.

A recíproca implicação entre sentença e precedente, tal como estabelece o art. VII, nos remete à ideia de *fonte-ato*. A alusão a essa clássica definição de fonte do Direito (atos jurídicos cujo resultado é a criação de normas jurídicas¹¹) é pertinente, pois o art. VII parece veicular uma verdadeira *norma constitutiva*¹². Isso porque confere ao Tribunal Constitucional o poder de definir o precedente vinculante a partir da sua decisão. É ele quem delimita a *ratio decidendi*, destacando-a da decisão, porém sem destacá-la do acórdão.

11 Retoma-se, com tal alusão, ao modelo de fonte de Direito que se opõe ao modelo de fontes-fato. Enquanto aquele constitui-se com base nas normas que provêm de autoridades políticas, este dá-se por normas que provêm de práticas sociais (REGLA, 2014, p. 82).

12 Este tipo de norma confere poderes para “a produção de um resultado institucional ou modificação normativa para a ocorrência de um estado de coisas junto com a realização deliberada de uma ação (ou seja, uma sequência de ações: um procedimento) orientada a esta produção” (MANERO, 2009, p. 277).

O que é relevante, e nisso reside a chave da distinção da doutrina peruana, é que a criação do precedente vinculante demanda da vontade do Tribunal Constitucional de defini-lo nos casos em que é preciso transcender os motivos determinantes da sua decisão, ao modo de uma atuação jurisdicional constitucional que cria Direito, inovando o ordenamento (LLORENTE, 1988, p. 9).

Assim, embora exista a conexão direta entre o ato de sentenciar e o ato de criar o precedente, estes são, no entanto, atuações distintas e, como tais, recebem tratamento jurídico próprio. Daí dizer que o artigo VII é uma norma de natureza processual-constitucional constitutiva, no sentido de que confere poder ao Tribunal Constitucional para produzir no âmbito mesmo das suas decisões outras normas jurídicas, na forma de precedentes vinculantes.

6.3 Instituto aplicado no controle difuso de constitucionalidade

Só é possível falar de precedentes vinculantes nos processos constitucionais cujo objeto envolve a solução de um caso concreto. Como já visto, as decisões em ação de inconstitucionalidade já gozam da força vinculante.

Assim, tem-se precedente vinculante nos processos constitucionais decididos em instância única (processo competencial) ou instância última em sede de jurisdição negativa das liberdades (amparo, *habeas corpus* e *habeas data*). Nestes casos, o Tribunal Constitucional pode decidir sobre a constitucionalidade ou não de certo ato normativo de forma incidental e como condição antecedente à solução de proteção a um direito fundamental. E dessa forma o precedente vinculante equilibra a eficácia das decisões do Tribunal Constitucional no controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

6.4 Transcendência geral dos motivos determinantes

Outra condição necessária para a formação do precedente vinculante peruano marca seu maior diferencial em relação à doutrina padrão dos

precedentes. Tradicionalmente, não é o juiz quem cria o precedente no ato de decidir, mas, sim, o juiz do caso seguinte. O sistema peruano inverte esta lógica, condiciona a criação do precedente à *resolução expresa* do Tribunal Constitucional. É do seu dever indicar, quando entender necessário, a parte da decisão, ou seja, os fundamentos vinculantes (TAVARES, 2012, p. 98). É “o próprio Tribunal quem determina que fundamento, princípio, aforismo ou tão somente critério contido ou emanado da sentença, tem a qualidade de *ratio decidendi*” (YUPANQUI, 2008, p. 98).

Embora esta opção tenha a nítida pretensão da maior segurança, acaba por gerar, em contrapartida, um formalismo excessivo não a salvo de críticas pela doutrina peruana. Não é outra a percepção de André Ramos Tavares ao fazer a leitura do art. VII à luz dos intérpretes peruanos:

Em outras palavras, se de uma parte é importante identificar com a maior objetividade e clareza possíveis as “regras” constitucionais às quais todos estão vinculados, de outra parte, a técnica adotada para alcançar essa finalidade, qual seja, a identificação expressa, na decisão, da parcela que há de ser vinculante, acaba regressando a um formalismo excessivo, e a uma crença na capacidade pacificadora de uma identificação que, além de meramente formal, é expressa por palavras, sempre passíveis de várias outras interpretações (TAVARES, 2012, p. 98).

Essa crítica tem sua pertinência também em relação ao sistema brasileiro, onde é praticado o direito sumular para a vinculação das decisões constitucionais em sede de controle difuso de constitucionalidade. Aliás, pode-se dizer que no Brasil o formalismo é ainda mais excessivo, pois pratica a textualização das razões determinantes da decisão ao modo de proposição sumular ou tese de repercussão geral. No sistema peruano, a parcela vinculante da decisão nela permanece, recebe apenas com apontamento ou destaque explícito (PERU, 2004, Exp. 0024-2003-AI/TC).

É preciso enfatizar que o Tribunal Constitucional não está autorizado a escolhas irracionais dos fundamentos vinculantes. Sua disposição está em identificar os motivos determinantes da decisão sobre os quais deve recair alcance *erga omnes*. É o que estabelece o art. VII do CPConst. Por seus termos, o Tribunal tem o dever de afirmar o precedente e ainda delimitar o conteúdo vinculante, a partir e com base nos fundamentos da decisão.

6.5 Regime judicial do precedente vinculante

O Tribunal Constitucional precisou interpretar os termos do art. VII do CPConst para fixar o próprio conceito e elementos essenciais do precedente, omitidos pela Lei. Diria Norberto Bobbio que o art. VII é uma “fonte delegada” (BOBBIO, 1995, p. 164). Pois, o legislador atribui ao Tribunal Constitucional o poder de criar as normas jurídicas sobre os precedentes vinculantes.

E, de fato, logo após a promulgação do Código de Processo Constitucional, o Tribunal Constitucional iniciou uma série de *precedentes sobre o precedente vinculante*, e com essa disposição completou por regras jurisdicionais as balizas legislativas, desde a definição dos elementos caracterizadores até o extremo do seu efeito normativo, além das hipóteses de afastamento.

A doutrina peruana aponta que a decisão sobre precedentes do Tribunal Constitucional mais importante é a que resolveu o Expediente 0024-2003-AI/TC, logo no início da vigência do Código de Processo Constitucional. Nela, o Tribunal reconheceu que o precedente vinculante é a regra jurídica exposta no caso particular e concreto decidido, em que se estabelece como regra geral (*ratio decidendi*) e, por isso, o parâmetro com efeitos normativos gerais aos futuros processos de natureza homóloga (PERU, 2004, Exp. 0024-2003-AI/TC). Difere-se do comumente chamado *obter dictum*, ou razões subsidiárias ou acidentais das decisões.

Em termos funcionais, o precedente vinculante sedimenta a formulação constitucional fundamental generalizante que, sob a lógica da igualdade,

previsibilidade e coerência, expande para todos os casos concretos, com pretensões assim de ordenação, previsibilidade e coerência do sistema jurisdicional, além, é claro, de alinhamento do poder normativo do Tribunal Constitucional à função soberana de controlar a Constituição. Portanto, seu caráter transcendental projeta regras abstratas e gerais que servem de aplicação obrigatória a casos futuros, e assim evita as decisões contraditórias sobre o mesmo assunto constitucional, a aplicação indevida da norma do bloco de constitucionalidade, a falta de padrão de entendimento diante de distintas interpretações possíveis e o vazio normativo (ao modo de um “constituente suplente”), além de otimizar o acesso à Justiça Constitucional e, é claro, seu desempenho na defesa dos direitos fundamentais (PERU, 2004, Exp. 0024-2003-AI/TC).

Já materialmente o precedente tem natureza normativa, porém nasce do caso concreto na medida em que interessam os antecedentes fáticos que deverão receber a *ratio decidendi*; e formalmente, depende da aprovação pelo plenário do Tribunal Constitucional, com o voto mínimo de cinco juízes.

De outro lado, o art. VII faz alusão à hipótese possível de afastamento do precedente pelo próprio Tribunal Constitucional, condicionado a exprimir os fundamentos de fato e de Direito que sustentam a sentença e as razões pelas quais se aparta do precedente.

A se pensar segundo as conhecidas dimensões do precedente, vale dizer, as institucionais e eficaciais, estas estão retratadas no referido dispositivo (TARUFFO, 2010, p. 86). Considerando a estrutura jurisdicional, composta pelo Poder Judiciário e Tribunal Constitucional, o precedente vincula a todos, inclusive, a quem o cria. Já a dimensão institucional traz a orientação de vinculação horizontal (obrigatoriedade de o Tribunal seguir os próprios precedentes); autovinculação (o próprio julgador segue precedente seu anterior); e vinculação vertical (a obligatoriedade aos tribunais e juízes inferiores).

Acrescente-se que o dispositivo minimiza o grau de influência do precedente, remetendo à ideia de *weakly precedentes*, quando possibilita a que dele se afaste por algum desacordo de fato ou de direito fundamentado em relação

à decisão paradigma. A esse respeito o Tribunal Constitucional encampou as formas de superação dos precedentes vinculantes por *overruling* (desacordo com o contexto vigente) ou *distinguishing* (os fatos relevantes do caso anterior são diferentes em relação aos do caso em julgamento)¹³.

7 DOUTRINA JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL

Uma última categoria relativa à vinculatividade das decisões constitucionais no sistema peruano está no art. VI do CPConst. Ele estabelece o dever de os juízes interpretarem e aplicarem as leis e os atos normativos em geral de conformidade com a interpretação ou o núcleo essencial dos entendimentos do Tribunal Constitucional (LANDA, 2003, p. 193). Essa disposição reconhece chamada *doutrina jurisprudencial constitucional*.

Sua força é reconhecidamente de menor intensidade vinculante, pois são os juízes que, por juízo próprio, adequam os fundamentos de suas decisões definindo, eles, o núcleo essencial do entendimento do Tribunal Constitucional, no momento de julgarem os casos concretos (HAKANSSON-NIETO, 2009, p. 55).

Diferentemente do precedente vinculante, que faz coisa julgada constitucional e basta uma única decisão, a chamada jurisprudência vinculante depende da pluralidade de decisões. Elas devem conter o mesmo sentido interpretativo. Outra diferença para com o precedente vinculante, é que a vinculação à jurisprudência está restrita aos juízes. Como também, a aprovação não precisa ser por Plenário, basta a reiteração de orientação advinda de uma das Salas do Tribunal Constitucional, por maioria simples.

Por fim, não é nada incomum a transformação da doutrina jurisprudencial em precedente vinculante.

13 Admite, inclusive, variações dessas formas, como *prospective overruling*, técnica que se propõe um período de adequação ao novo precedente constitucional (Exp. 0024-2003-AI/TC).

7.1 Reflexões sobre a solução peruana

As ideias desenvolvidas neste estudo expõem diferenças do sistema jurisdicional constitucional peruano em relação ao sistema brasileiro, como também permitem a identificação de pontos comuns. As mais significativas diferenças aparecem já no modo como estes países estruturam sua Justiça Constitucional, embora ambos adotem os chamados sistemas híbridos. Já em comum são países que se apoiam na força de seus sistemas jurisdicionais constitucionais para o enfrentamento comum da grave crise de legitimidade representativa dos Poderes, em especial, do Executivo e Legislativo, no processo de plena concretização de suas Constituições com uma maior proeminência da atividade jurisdicional-constitucional em temas dos mais delicados para os rumos da democracia.

Estudamos que, a partir da Constituição vigente e da criação do Código de Processo Constitucional, o Peru inicia um ciclo de fortalecimento normativa das decisões do Tribunal Constitucional, suscitando o intenso debate sobre a teoria dos precedentes constitucionais. Essa disposição coincide com um momento político de centrar na Justiça Constitucional o impulso para alçar o país a dimensões até então inéditas de concretização da Constituição de 1993 e de lhe assegurar para tanto uma base legislativa codificada (BELAUNDE; CRUZ, 2008, p. 263).

Embora a legislação processual constitucional seja completa, não retira do Tribunal Constitucional, ao contrário, assegura-lhe expressamente um espaço de autocriação processual constitucional.

O Peru assim lançou-se nas últimas décadas numa progressiva cruzada da Justiça Constitucional contra as forças ainda resistentes à efetividade de suas funções constitucionais. A plena aceitação do espaço político do Tribunal Constitucional como titular da função de guarda da Constituição conduziu a que a tradicional concepção do precedente como critério auxiliar da atividade judicial (ao modo condizente com a posição de legislador negativo) fosse suplantada por um modo repaginado de operar a supremacia constitucional.

A guinada para a primaz meta de plena efetivação deste postulado sufragou tais órgãos como verdadeiros guardiães da Constituição, certo de que não de outra maneira dar-se-ia a transformação democrática no Peru. Além de uma ampla estruturação orgânico-funcional, percebeu-se que o Tribunal Constitucional não desempenharia sua soberana missão sem que os sentidos constitucionais assentados em suas decisões obrigassem a todos, autoridades e particulares. Foi assim que o sistema jurídico peruano convergiu para uma concepção de que – e aqui está o resultado a que de alguma forma se chegou com as colocações acima – o respeito aos pronunciamentos da Justiça Constitucional outorga coerência e unidade ao ordenamento jurídico, como condição necessária para a igualdade na aplicação da Constituição e da lei e o culto à previsibilidade do direito. Com isso, as decisões constitucionais, com seu poder vinculante, converteram-se em fonte principal de Direito, superando a vetusta ideia de mera fonte auxiliar.

A evolução da força dos precedentes peruanos é um exemplo do enquadramento e fortalecimento do poder de constitucionalidade no espaço político. É o sinal evidente de acomodação salutar e próspero da Justiça Constitucional na tradicional e vetusta fragmentação do poder político entre os Poderes clássicos. Mas é também uma reação à crescente demanda social por segurança e igualdade no tratamento jurídico. A sociedade não mais tolera a falta de clareza na validade das leis e da sua interpretação válida.

Não obstante, as análises aqui desenvolvidas devem consideradas não só pelas virtudes no modo como o Peru entabula seu sistema legislado de precedentes constitucionais, como por suas deficiências, pois só assim essa base comparativa pode ser útil na busca por soluções brasileiras às indagações sobre o que é e quem pode dizer o que é o *precedente legislado*.

Nesse sentido, uma evidência se revela inequívoca. O modo como o sistema peruano trata dos precedentes constitucionais passa por uma sorte de renúncia do próprio Legislador ao seu domínio sobre as fontes primárias do direito, sugerindo a alocação da decisão do Tribunal Constitucional numa posição de quase igualdade com a lei. E uma disposição assim não é algo que se pode

enaltecer em sistemas *civil law* sem considerar seus efeitos sobre a organização político-jurídica do Estado.

O estudo não traz soluções, nem mesmo aprofunda na análise dessas fragilidades, porém suas ideias permitem ao menos suscitar uma tese bem definida, que se abre para uma ideia geral que merece aprofundamento futuro. O debate sobre os precedentes no direito legislado inserir-se num movimento amplo, ressalte-se percebido em toda a América Latina, de intensificação da força vinculante das decisões da Justiça Constitucional.

Essa expansão expõe desarranjos funcionais entre os Poderes, dificultando a já intrincada articulação do juiz constitucional com os demais agentes políticos. Isso porque embora a força eficaz diferenciada das decisões constitucionais seja uma necessidade para as pretensões concretizadoras da Constituição, sua promoção pela transposição da doutrina precedental sugere a inserção de um instituto num ambiente estranho a sua origem cultural.

Por isso, pensar numa sorte de sistema legislado de precedente, é impor o desafio de não o converter na causa da deslegitimação da Justiça Constitucional; a se considerar que, ao dotar de maior vinculatividade suas decisões (que por sua natureza já são em geral perturbadoras porque é de sua essência opor-se à maioria parlamentar), gera-se um natural incremento do seu poder sobre os espaços decisórios do legislativo e do juiz ordinário.

REFERÊNCIAS

BELAUNDE, Domingo García, De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, Madrid, n. 3, 1999, p. 121-156.

_____, Domingo García; CRUZ, Gerardo Eto, Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 12, 2008, p. 263-290.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução: Márcio Pugliesi [et. al.]. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANCO, Paulo G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223.

CAPPELLETTI, Mauro. **La jurisdicción constitucional de la libertad**. Tradução: Héctor Fix-Zamudio. México: UNAM, 1961.

CÓRDOVA, Luis Castillo, La jurisprudencia vinculante do Tribunal Constitucional. In: Jhonny Tupayachi Sotomayor. **El precedente constitucional vinculante en el Perú**. Arequipa: Editorial ADRUS, 2009.

_____. Hacia la consolidación del sistema de precedentes Constitucionales en el Perú, **Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces**, Perú, 2008, p. 105-124.

CRUZ, Geraldo Eto, **El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano**. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2005.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HAKANSSON-NIETO, Carlos. Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano: una aproximación, **Díkaion**, Colombia, n. 18, dez. 2009, p. 55-77.

LANDA, César, Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. **Revista de Jurisprudencia y Doctrina**, n. 4, p. 63-95, jul. dez. 2006.

_____. **Derecho procesal constitucional**. Lima: Pontificia Universidade Católica do Peru, 2011.

_____, Los precedentes constitucionales: el caso del Perú, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 14, Madrid, 2010, p. 193-234.

_____, **Tribunal constitucional y Estado democrático**. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

LEÓN, Aníbal Quiroga, Control “difuso” y control “concentrado” en el Derecho Procesal Constitucional peruano, **Revista de la Facultad de Derecho**, Lima, n. 50, 1996, p. 207-233.

_____, **Los precedentes vinculantes y el overruling en el Tribunal Constitucional**, 2011. Disponible em: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/anibalquiroga-derechoprosesal/2011/01/11/los-precedentes-vinculantes-y-el-overruling-en-el-tribunal-constitucional/>>.

LLORENTE, Francisco Rubio, La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 22, p. 9-52, jan. abr. 1988.

MANERO, Juan Ruiz, Una tipologia delle norme costituzionali, **Ragion pratica**, n. 32, 2009, p. 277-304.

MUÑOZ, Eduardo Cifuentes, Jurisdicción constitucional en Colombia, **Ius et Praxis**, Talca, n. 1, v. 8, 2002, p. 283-317.

_____, La jurisprudencia constitucional. In: José F. Palomino Manchego (coord.). **El derecho procesal constitucional peruano: estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde**. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015, tomo I.

NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 20013.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Las fuentes en el derecho comparado**. Tradução de Marta León; Daniel Berzosa; Jhoana Delgado. Lima: G. Giappichelli, 2003.

PERU, Tribunal Constitucional. **Exp. 0030-2005-PI/TC**, Lima, 2 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.pdf>>

PERU, Tribunal Constitucional. **Exp. 3574-2007-PA/TC**, Lima, 8 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Jurisprudencia-relevante-Tomo-I.pdf>>

PERU, Tribunal Constitucional. **Exp. 2877-2005-HC/TC**, Lima, 27 de janeiro de 2006. Disponível em: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02877-2005-HC.pdf>>

PERU, Tribunal Constitucional. **Exp. 0024-2003-PI/TC**, Lima, 10 de outubro de 2005. Disponível em: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>>

PERU, Tribunal Constitucional. **Exp. 0006-2006-CC/TC**, Lima, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00006-2006-CC.html>>

PERU, Tribunal Constitucional. **Exp. 0053-2004-PI/TC**, Lima, 16 de maio de 2005. Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00053-2004-AI.pdf>>

PERU, Tribunal Constitucional. **Exp. 3741-2004-AA/TC**, Lima, 14 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf>>

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais: teoria geral**, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RAMÍREZ, Carlos Mesía. El derecho procesal constitucional y su desarrollo tardío en el Perú. In: **El Derecho Procesal Constitucional, Homenaje a Domingo García Belaunde**. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015, tomo I.

REGLA, Josep Agiló. **Teoria geral das fontes do direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

SÁEZ, Manuel Alcántara. **Sistemas Políticos da América Latina**, 4 ed. Madrid: Tecnos, 2013, vol. I.

SEGADO, Francisco Fernández, Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina, **Pensamiento Constitucional**, n. 12, p. 119-190, 2007.

SOTOMAYOR, Jhonny Tupayachi. **El precedente constitucional vinculante en el Perú**. Arequipa: ADRUS, 2009.

TARUFFO, Michele, Precedente y jurisprudencia, Precedente. **Revista Jurídica**, 2010, p. 86-99.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TREMPS, Pablo Perez. La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina, **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, jan. jun. 2003, p. 29-39.

YUPANQUI, Samuel B. Abad et al., **Código procesal constitucional**. 3 ed. Lima: Tribunal Constitucional do Peru, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

Submissão: 08.nov.23

Aprovação: 25.jan.24

DO ACESSO À JUSTIÇA NA CONTEMPORANEIDADE E DA PROTEÇÃO AO DIREITO AO NOME

CONTEMPORARY ACCESS TO JUSTICE AND PROTECTION OF THE RIGHT TO A NAME

Andrea Carla de Moraes Pereira Lago

Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho, Portugal. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá Possui Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, com Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sócio-Econômicos. Professora Permanente do programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Unicesumar (2021); Docente do curso de graduação em Direito da universidade UNICESUMAR (2008); Pesquisadora do JusGov - *Research Centre for Justice and Governance* - Universidade do Minho-PT (2019); Líder do Grupo de Pesquisa “Meios Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MERCs). Conciliadora e Mediadora Judicial (CNJ); Coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC Extensão Unicesumar; Conciliadora e Mediadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC Extensão Unicesumar. Advogada.

E-mail: andrea.lago@unicesumar.edu.br

Aline Dal Molin

Mestranda em Direitos da Personalidade pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar-(Unicesumar). Possui graduação em Direito pelo Centro Univesitário La Salle – Unilasalle – Lucas. Delegatária no Tabelionato de Notas e Registro Civil de Novo Horizonte-MT.

E-mail: aline_dalmolin6@hotmail.com

Resumo

Esta pesquisa tem por objetivo analisar o instituto do nome, no tocante às modificações trazidas pela Lei 14.382/2022. Figuram entre objetivos específicos do estudo a análise das possibilidades da relativização do princípio da imutabilidade do nome. Também é objetivo específico da pesquisa a análise as alterações da Lei 14.382/2022 enquanto mecanismo de acesso à justiça simplificado e adequado. Justifica-se a escolha da temática em decorrência da recente modificação havida, sendo fundamental a formação de estudos equalizadores do entendimento vigente. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, de procedimento histórico e comparativo, pautando-se na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de caráter qualitativo. Como resultados do estudo, verificou-se que a Lei 14.382/2022 ampliou as possibilidades de alterações do nome diretamente no Registro Civil de Pessoas Naturais, de forma independente do Poder Judiciário, atendendo às necessidades da sociedade de maneira adequada, célere e efetiva, proporcionando a redução da judicialização e, por consequência, prestigiando a autonomia de vontade.

Palavras-chave: Nome. Retificação. Imutabilidade. Direito da Personalidade. Solução Alternativa.

Abstract

This research aims to analyze the institute of the name regarding the changes brought by Law 14.382/2022. One of the specific objectives of the study is to analyze the possibility of relativizing the principle of immutability of the name. It is also a specific objective of the research to analyze the amendments to Law 14.382/2022 as a simplified and adequate access to justice mechanism. The choice is justified due to the recent modification, being fundamental the formation of studies equalizing the understanding. A deductive method of approach was used, with a historical and comparative procedure, based on bibliographical and jurisprudential research, of a qualitative nature. As a result of the study, it was verified that Law 14.382/2022

expanded the possibilities of name changes directly in the Civil Registry of Natural Persons independently of the Judiciary, meeting the needs of society in an adequate, quick and effective way, providing the reduction of judicialization and, consequently, honoring autonomy of will.

Keywords: Name. Rectification. Immutability. Personality Right. Alternative solution.

1 INTRODUÇÃO

O registro civil de nascimento é ato pelo qual a criança passa a ser reconhecida oficialmente pelo Estado, e este, por sua vez, passa a lhe garantir proteção e cidadania. O registro civil contém elementos importantes e, dentre eles, o “nome”, como signo de identificação e distinção da pessoa, na seara das relações privadas e públicas.

Em torno do elemento “nome” gravita o princípio da imutabilidade, que determina a definitividade do nome, a fim de garantir segurança nas relações jurídicas privadas, mas coexistindo interesse de ordem pública pelo Estado. Nesse contexto, o presente estudo trata do instituto do nome e as possibilidades de alterações, especialmente as extrajudiciais, destacando as alterações trazidas pela Lei 14.382/2022 que alterou a Lei de Registros Públicos nº 6.015/73.

O objetivo geral é discorrer sobre as modificações trazidas pela Lei 14.382/2022 no que tange ao nome. Figuram entre objetivos específicos do estudo, analisar a relativização do princípio da imutabilidade com a finalidade de demonstrar se as alterações contribuem para efetivação dos direitos da personalidade, em conformidade com a dignidade humana. Também é objetivo específico da pesquisa analisar as alterações da Lei 14.382/2022 enquanto mecanismo de acesso à justiça simplificado e adequado.

A pesquisa tem como método de abordagem o método dedutivo, partindo de um raciocínio geral, sistematizando-o, até chegar à conclusão. O procedimento adotado é o método funcionalista, pois a pesquisa baseia-se na interpretação

da legislação e não na investigação. A pesquisa classifica-se como exploratória, quanto aos seus objetivos, pois procurará proporcionar maior familiaridade com o problema abordado através de levantamento bibliográfico.

O fundamento do estudo está alicerçado no ramo do direito de registros públicos, valendo-se também de legislações específicas e subsidiariamente o Direito Civil, e por ser tratar-se de tema recente, carece de jurisprudência e doutrina, vindo a presente pesquisa tornar-se fonte contributiva da equalização da matéria.

2 DO DIREITO A IDENTIDADE

Em torno da pessoa gravita o princípio da dignidade humana, elencado como fundamento do Estado Democrático de Direito, para o qual converge todo o ordenamento jurídico. De forma a balizar o ideal que emergiu da Constituição Federal/88, o direito a identidade decorre do reconhecimento do pluralismo de formas e da diversidade de estilos de vida, negando a existência de um padrão para que cada indivíduo possa ter o direito de ser diferente.

Nesse ponto, cada pessoa é um ser único e, apesar de todas as modificações ocorridas ao longo da vida, porta em si uma unidade que o diferencia dos demais, original, irrepetível, que identifica todos os múltiplos elementos que o compõe, refletindo em seu reconhecimento social, situando cada pessoa como uma unidade de interesses, reconhecendo-lhes suas particularidades (SOUSA, 1995).

A identidade, essa concepção sociológica, preenche o espaço entre o “interior” e o “exterior” – entre o mundo pessoal e o mundo público. O fato de que projetamos “a nós próprios” nossas identidades culturais, ao mesmo tempo que internalizamos seus significados e valores tornando-os parte de nós, contribui para alinhar nossos sentimentos subjetivos com os lugares objetivos que ocupamos no mundo social e cultural. A identidade, então, costura (ou, para usar uma metáfora médica, “sutura”) o sujeito à estrutura. HALL, 2006, p. 11-12)

A tutela jurídica da identidade humana recai, particularmente, sobre sua imagem física, seu retrato, sua voz, seus gestos, mas também sobre os termos que o inserem no contexto social como a história pessoal, o decoro, reputação, crédito, identidade sexual. Ademais, a identidade pode englobar os próprios sinais sociais, contextualizando os principais como o nome, o estado civil, a naturalidade, o domicílio (SOUSA, 1995).

Para Bittar (2015) o direito à identidade inaugura o elenco dos direitos de cunho moral, acrescentando que o nome e outros elementos básicos têm por desígnio a associação em geral, possibilitando que a pessoa seja lembrada, mesmo em sua ausência e relacionada em seus aspectos.

Hall (2006) enfrentou a análise da identidade pós-moderna revelando que a “crise de identidade enfrentada” nada mais é do que um processo de mudança, de paradigmas, de fragmentação da identidade abalando alguns referenciais que ancoravam a sociedade, inclusive por forte tendência da globalização. A identidade é algo que se forma ao longo dos anos, é, portanto, algo inexato, por isso deveríamos nos referir como um “processo em andamento”. “Ela permanece sempre incompleta, está sempre em processo, sempre sendo formada” (HALL, 2006, p.38).

A identidade surge não de uma plenitude que a em nós como indivíduos, mas de uma falta de inteireza que é preenchida através do nosso exterior, pelas formas que imaginamos sermos vistos por outros” (HALL, 2006, p. 39).

Moraes (2000) acrescenta que o direito à identidade pessoal contempla duas instâncias:

[...] a estática e a dinâmica. A identidade estática compreende o nome, a origem genética, a identificação física, a imagem; a identidade dinâmica se refere a verdade biográfica, ao estilo individual e social da pessoa, isto é, àquilo que a diferencia e singulariza (MORAES, 2000, p.72).

Destaca-se que o direito à identidade tem por escopo resguardar juridicamente os itens que diferenciam a pessoa natural na sociedade, preservando os elementos que permitem sua associação e o pleno desenvolvimento, sendo imperioso reconhecer o constante processo de mudança dos comportamentos das pessoas em suas relações, que impedem um conceito estanque do direito à identidade, e ao mesmo tempo, deve acompanhar a evolução de modo a compreender o desenvolvimento do ser humano em suas relações.

3 DO DIREITO AO NOME DAS PESSOAS NATURAIS

O nome é elemento essencial para identificação e individualização da pessoa, devendo corresponder e refletir a exatidão daquele indivíduo, portanto, uma vertente inevitável do direito da personalidade, no qual insere-se o direito à identidade. Conforme Amorim (2003), o nome está classificado entre os direitos da personalidade, sendo inerente à própria pessoa, individualizando-a em si mesma e em suas ações.

O direito ao nome está tutelado nos artigos 16 ao 19 do Código Civil, bem como na Lei de Registros Públicos nº 6.015/73, que esmiuça o tema e materializa situações de competência dos Registro Cíveis de Pessoas Naturais. O Código Civil esclarece que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e sobrenome”, a fim de particularizar a pessoa mundo do direito, e assim como os demais direitos da personalidade é: inalienável, irrenunciável, indivisível e imprescritível (BRASIL, 2002).

A particularização da pessoa no mundo através do nome permite sua identificação e evita a confusão entre pessoas, e de acordo a Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973). A indicação de nome da pessoa natural ocorre com o registro do nascimento revestindo-se em um dever e não uma faculdade, imposto aqueles indivíduos elencados na Lei.

No entanto, o nome das pessoas naturais também se adquire por outros modos como o casamento, a adoção, e recentemente, foi reconhecido

aos transgêneros o direito de alterarem seus prenomes e sexo diretamente no registro civil, independente de cirurgia (CNJ, 2018). O nome é um aspecto distintivo entre os sujeitos no âmbito de sua vida social e civil, apontado como principal forma de identificação, de tal maneira que:

Todos têm direito a um nome. Não só ao próprio nome, mas também à identificação de sua origem familiar. O nome dos pais e dos ancestrais comprova que a pessoa está inserida em um grupo familiar. O patronímico pertence à entidade familiar, e identifica os vínculos de parentesco. Adquire-se o direito ao nome mesmo antes de nascer. Todas as pessoas precisam ser registradas junto ao Registro Civil do local onde nasceu (LRP 50). Mesmo ocorrendo o nascimento sem vida, ainda assim é necessário o registro do natimorto (LRP 53), com a indicação de seu nome e prenome (LRP 54). O nome individualiza as pessoas, as distingue durante a vida e é um elemento da personalidade que sobrevive à morte (DIAS, 2015, p.113).

Plácido e Silva (1992, p.245) conceituam o nome como “o sinal de identidade, instituído pela sociedade, no interesse comum, a ser adotado obrigatoriamente pela pessoa”. Gonçalves (1957, p. 51) define o nome como a “designação pela qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade”. Segundo Loureiro (2019, p. 213): “O nome, juntamente com outros atributos, tem por missão assegurar a identificação e individuação das pessoas e, por isso, é como se fosse uma etiqueta colocada sobre cada um de nós.”

Ainda, a respeito do nome, evidencia-se a caracterização de um direito que reflete o interesse público e o privado. Essa dicotomia coloca o nome de um lado como direito da personalidade (direito privado) e, de outro, como direito fundamental (direito público). Na concepção de Costa (2003), essa diferenciação acontece para manter o espaço entre Constituição Federal e o Código Civil que andavam paralelos, lado a lado, mas sem se tocar.

O interesse público origina-se no fato de que o Estado se empenha para que os sujeitos sejam, de modo inquestionável e perfeito, individualizados no seio

da sociedade, através do nome; o segundo refere-se ao direito personalíssimo do nome e de ser reconhecido através dele. Destarte, pelo lado do Direito Público, o Estado reconhece no nome o aspecto de estabilidade e segurança para identificar as pessoas. Na dimensão privada, o nome é indispensável para o exercício regular dos direitos e do cumprimento das obrigações (VENOSA, 2013).

Já Brandelli (2012) entende que do ponto de vista público, o nome é necessário para identificar e distinguir a pessoa, sendo obrigatório seu uso e restrito os casos de alteração. Já do ponto de vista privado, o nome é um direito fundamental da pessoa natural, intimamente relacionado com sua identidade, privacidade e dignidade, sendo o signo que o representa na família e sociedade.

Neste o ponto, o nome carrega a particularidade de possuir um escopo de interesse privado e simultaneamente de interesse público, como elemento de identificação das pessoas e segurança nas relações, por isso, aplica-se a ele o princípio da imutabilidade e, nos casos de alteração, deve-se respeitar um procedimento que resguardará o interesse da Lei e ampla divulgação.

Por outro lado, o nome como componente da personalidade e fundamental elemento de identificação e associação, carrega em si a peculiaridade de não ser escolhido, em princípio, por aquele que o detém, sendo atribuído à livre escolha dos pais (ou aos demais indicados na Lei) a primeira identificação do filho sob suas projeções, perspectivas e crenças, o que pode no futuro colidir com desenvolvimento daquela pessoa.¹

1 A exemplo, indicam-se alguns dos nomes mais estranhos registrados no Brasil: Aeronauta Barata; Agrícola Beterraba Areia; Amável Pinto; Bandeirante do Brasil Paulistano; Chevrolet da Silva Ford; Bizarro Assada; Céu Azul do Sol Poente; Chevrolet da Silva Ford; Inocêncio Coitadinho; Maria Tributina Prostituta Cataerva; Universo Cândido; Vicente Mais ou Menos de Souza; Zélia Tocafundo Pinto. Lista constante no site: <https://www.anoreg.org.br/site/mega-curioso-50-nomes-mais-estranhos-registrados-nos-cartorios-do-brasil/> Acesso em: 15/01/2023

3.1 Direito ao nome como direito da personalidade

A personalidade se desenvolve durante o decorrer da vida a partir das características genéticas e das experiências vivenciadas pela pessoa humana e, somente pela forma de agir, é possível manifestar quem é cada pessoa no campo real. De início, não sabemos do que somos feitos, o que está contido em nós, que feitos sublimes ou quais crimes, se somos seres bons ou ruins. Somente as dificuldades revelam o que somos, somente o outono revela o que a primavera produziu (JUNG, 2011).

A atividade humana, a partir de sua consciência e manifestações, determina a formação de capacidades, motivos, finalidades, sentidos, sentimentos que resultam em um conjunto de processos e experiências pelos quais o indivíduo adquire existência psicológica. Esses processos psíquicos nos levam ao indivíduo social real: que age, pensa e sente, e tais manifestações revelam o plano da personalidade (MARTINS, 2004).

Ao debater sobre personalidade em seu sentido jurídico, Sousa (1995) destaca que seu conceito não é unívoco e questiona: “Que é, pois, personalidade para o direito? Que elementos da individualidade física e moral do homem são protegidos pelo direito? Que expressões da personalidade de cada homem são juridicamente tutelados? (...)” (SOUSA, 1995. p. 1).

Tentando justamente trazer resposta a esse questionamento, Szaniawski (2002) conceitua personalidade como um conjunto de caracteres do indivíduo considerado o primeiro bem, através do qual poderá adquirir e defender outros bens inerentes à pessoa humana, como a vida, e liberdade e a honra.

Embora o conceito não seja de fácil definição, Sousa (1995) aponta que a personalidade humana, ao ser violada, gera danos direta e indiretamente não patrimoniais ou morais, ou seja, prejuízos de ordem espiritual, moral, não patrimonial, cujo valor é imensurável, insusceptível de avaliação, que não podem ser exatamente indenizados restabelecendo o *status a quo*, embora possam ser compensados (SOUSA, 1995).

De mais a mais, necessário ressaltar que a tutela de valores e direitos existenciais tem como marca o final do século XX, ficando superado na evolução da história e humanidade, a concepção patrimonialista, passando o direito a proteger a pessoa humana e seus valores como núcleo. Assim, a proteção aos direitos intrínsecos à pessoa ganhou notória relevância mundial.

Nesse sentido, De Cupis (1961, p. 53) classificou os Direitos da Personalidade em 06 (seis) espécies: I – Direito à vida e à integridade física.; II – Direito sobre as partes destacadas do corpo e do direito sobre o cadáver; III – Direito à liberdade; IV – Direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo); V – Direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título e ao sinal pessoal); VI – Direito moral de autor.

Gomes (1999, p. 153), por sua vez, disciplina a classificação dos Direitos da Personalidade como direitos à integridade física: a) o direito à vida; b) o direito sobre o próprio corpo, e admitindo-se como direitos à integridade moral: a) o direito à honra; b) o direito à liberdade; c) o direito ao recato; d) o direito à imagem; e) o direito ao nome; f) o direito moral do autor.

Esse mesmo autor ainda traça aspectos definidores da personalidade como sendo: o nome, o estado e o domicílio. Ressalte-se, inclusive, que “Pelo nome, identifica-se a pessoa. Pelo estado, a sua posição na sociedade política, na família, como indivíduo. Pelo domicílio, o lugar de sua atividade social” (GOMES, 1999, p. 148).

Além disso, a doutrina ainda entende que a personalidade deve ser analisada pelos aspectos subjetivos e objetivos. Sob o aspecto subjetivo, entende-se capacidade que tem toda pessoa de ser titular de direitos e obrigações. Sob o aspecto objetivo, seria o conjunto de características e atributos da pessoa, considerada como objeto de proteção por parte do Direito. Este último sentido é a que se refere a expressão Direitos da Personalidade (SCHREIBER, 2013.)

Assim, o nome, como elemento de direito, tutela a pessoa a ser materialmente titular de direitos, mas também, sob viés subjetivo, compõe os atributos

de identificação e distinção da pessoa, igualmente importantes para as relações jurídicas.

Diante da dimensão e importância do nome, que compõe a personalidade do ser humano como signo de associação e diferenciação, recebe, para tanto, tutela do direito civil e do direito constitucional, bem como as legislações esparsas igualmente importantes para o tema. “O nome, portanto, é também tutelado como sinal legal de identificação da pessoa, em relação ao mundo exterior, na vida social e no comércio jurídico” (MORAES, 2000, p. 55).

Nessa seara, a pessoa alcança, através do registro civil, o mecanismo que atesta seu estado, sua situação jurídica. Estabelece de forma indelével, os eventos relevantes da vida humana, cuja conservação em assentos públicos interessa à Nação, ao indivíduo e a terceiros (CENEVIVA, 2010).

Moraes (2000) explica que reconhecer o “nome” como um direito é primeiro reconhecê-lo como elemento da personalidade individual, significando que o nome não serve apenas para identificar uma pessoa, mas também para proteger os direitos individuais e da personalidade daquele indivíduo. A autora, citando a doutrina de Cornu², esclarece que o nome para muito além de identificar uma família, incorpora ao indivíduo como elemento de sua identidade. E como elemento da personalidade, o nome significa atribuir à pessoa uma identidade, um espaço e lugar dentro de uma família e uma sociedade para construção de sua personalidade (GOMES, 1999, p.162).

Em função da essencialidade do nome, a sua proteção compreende também a dignidade do seu titular. Por isso, nesse ponto, a identidade, a personalidade e dignidade não se dissociam. Assim, admitir a alterabilidade do nome é essencial, mas sob rigoroso processo pode comprometer o direito do livre desenvolvimento da personalidade humana dentro da sociedade.

2 1 G. CORNU, *Introduction*, Paris, 1990 apud B. BEIGNIER, *le droit de la Personnalité*, cit., p. 66

3.2 Princípio da imutabilidade

No direito brasileiro, vigorava majoritariamente o princípio da imutabilidade do nome civil, constituído pelo prenome e nome de família. Sem embargo, a Lei de Registros Públicos já trazia algumas exceções ao princípio conhecidas como que foram ampliadas pelo advento da Lei 14.382/2022, flexibilizando a regra da imutabilidade. A sociedade é dinâmica em suas relações e evolução, e o direito como fonte de justiça, precisa compreender os anseios societários e propiciar mudanças compatíveis.

Assim, Galvão (2020) advoga pela necessidade de o judiciário acompanhar a evolução da sociedade humana, de forma que a relativização do princípio da imutabilidade do prenome traga celeridade a quem pretende solucionar o problema referente à temática, sem haver necessidade de judicialização, favorecendo a redução de processos nos tribunais.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que muito embora seja o nome civil um direito da personalidade, por se tratar de elemento que designa e identifica o indivíduo perante a sociedade, a modificação do prenome revela-se possível nas hipóteses previstas em Lei, e nos casos admitidos na jurisprudência (STJ, 2018).

Na jurisprudência, vem se entendendo que a regra da imutabilidade é de ser abrandada, para se atender ao uso, constante, diuturno, que se faz do nome que se porta, não apenas como meio de identificação, ou sinal exterior distintivo da pessoa, mas também, e principalmente, considerando o direito da personalidade ao nome. (MORAES, 2000, p.58)

O claro objetivo do princípio da imutabilidade é preservar a estabilidade nas relações e nos atos da vida civil, velando assim pela segurança jurídica, um dos atributos dos Registros Públicos, conforme artigo 1º da Lei 6.015/76 (BRASIL, 1976).

Anteriormente às alterações da Lei 14.382/2022, a jurisprudência, embora com oscilações, já se declinava a analisar cada caso em concreto sob a égide da dignidade da pessoa humana, permitindo não apenas a alteração de nomes suscetíveis de expor ao ridículo, mas também, circunstâncias que poderiam atender melhor o elemento psicológico do interessado, como o caso de nomes de pessoas de gênero masculino, portanto nomes de gênero feminino e vice-versa.

3.2.1 O Princípio da Imutabilidade e a possibilidade de alteração extrajudicial do nome enquanto observância ao princípio da dignidade da pessoa humana

Anteriormente as modificações trazidas pela Lei 14.382/22, a alteração do nome somente era possível em determinados casos devidamente justificados, e as exceções à imutabilidade do nome, de regra, ocorriam perante o Poder Judiciário. Por conseguinte, são destacadas algumas hipóteses inovadas, em que se evidencia o legislador agindo no sentido de garantir autonomia ao cidadão, mediante procedimento desburocratizado, mas igualmente seguro e sob o juízo prudencial da qualificação registral, declinando a competência diretamente ao Registro Civil de Pessoas Naturais, sem necessidade de prévio processo judicial ou posterior homologação:

Maioridade Civil: A nova redação do art. 56 da Lei de Registros Públicos suprimiu o prazo decadencial de 01 (um) ano após completada a maioridade para alteração imotivada do nome, passando a corresponder a seguinte redação: “Art. 56. A pessoa registrada poderá, após ter atingido a maioridade civil, requerer pessoalmente e imotivadamente a alteração de seu prenome, independentemente de decisão judicial, e a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico”. (BRASIL, 2022).

E ainda, de forma a acautelar a possibilidade de alteração, o parágrafo primeiro do artigo, dispõe que: “A alteração imotivada de prenome poderá ser feita na via extrajudicial apenas 1 (uma) vez, e sua desconstituição dependerá de sentença judicial.” (BRASIL, 2022). A nova previsão é acompanhada de adoções de

providências pelos registradores civis que deverão comunicar o ato oficialmente aos órgãos expedidores do documento de identidade, do CPF e do passaporte, bem como ao Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2022).

Sobrenome: O artigo 57 da Lei de Registros Públicos também foi alterado, passando a prever que alteração posterior de sobrenome poderá ser requerida pessoalmente ao oficial de registro, independente de autorização judicial, com a apresentação dos documentos necessários e será averbada nos assentos de nascimento e casamento a fim de incluir sobrenomes familiares, incluir ou excluir sobrenome do cônjuge na constância do casamento, excluir sobrenome do ex-cônjuge após a dissolução e incluir ou excluir sobrenome em razão de alteração das relações de filiação (BRASIL, 2022).

Retificação em 15 dias: A grande novidade inserida foi a possibilidade de os genitores, devidamente acordados, em até 15 (quinze) dias após o registro de nascimento, mediante oposição fundamentada ao prenome e sobrenomes indicados pelo declarante, realizarem o procedimento de retificação administrativa do registro. Não havendo consenso, a oposição será encaminhada ao Juiz competente para decisão (BRASIL, 2022). Assim, o §4º do art. 55 da Lei nº 6.015/73 possibilita que o equívoco seja dirimido através do consenso e vontade dos responsáveis, dispensando o dispendioso processo judicial até a vigência da Lei exigido.

Acima foram destacadas algumas inovações, mas não obstante aos exemplos, a Lei de Registros Públicos trata de outras possibilidades de alteração do prenome, entretanto, o objetivo do presente é destacar a possibilidade de alteração do nome e do registro civil diretamente nas Serventias Extrajudiciais mais recentes, como forma de concretizar de forma autônoma, consensual e independente, a dignidade humana, por meio de procedimento célere, seguro e sem necessidade de autorização judicial, como meio efetivo e adequado de solução para a demanda, tal qual preconiza a Resolução 125/2010 do CNJ.

4 DO ACESSO À JUSTIÇA NA CONTEMPORANEIDADE

Conforme denota-se do estudo, o direito ao nome reveste de singulares aspectos que importam para plano das relações privadas e públicas, mas também para a intimidade e desenvolvimento da pessoa. Reúne, portanto, valor que repercute no interesse do controle do Estado em preservar a estabilidade do nome para segurança nas relações, mas também sua alteração para propiciar integridade e dignidade.

Nesse ponto, é preciso compreender que a alteração do nome necessariamente pressupõe um procedimento que anteriormente as alterações destacadas, dependiam em sua maioria da provocação do Poder Judiciário, que emanava sua decisão através de sentença a ser cumprida às margens do registro civil. Traçaremos algumas considerações a respeito do acesso à justiça objetivando destacar os reflexos e importância das ampliações da Lei, em relação ao procedimento de alteração de nome extrajudicial.

De início, o direito do acesso à justiça está previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), considerado aspecto primordial para a consecução da democracia e a efetivação de outros direitos como a liberdade e igualdade. Nesse sentido, tem se reconhecido a importância do acesso à justiça tal qual o direito que se pretende efetivar ou resguardar, sendo encarado como um requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas prescrever direitos (CAPELLETTI; GARTH, 1988).

É fundamental que o acesso à justiça seja visto sob uma vertente substancial ou material, extraíndo-se do acesso à justiça uma designação de valor, virtude, fundamento ético de equidade e igualdade a ser perseguido judicial ou extrajudicialmente, pouco importando a via selecionada, mas desde que o efeito seja concretizar os direitos e interesses violados ou ameaçados de lesão (GORETTI, 2016).

Diante de sua correlação direta com os direitos humanos, o acesso à justiça tem sistematicamente sido elevado à estudos e seus contornos e possibilidades estão em constante atualização. Um dos estudos mais salutareis foi realizado pelos juristas Bryant Garth e Mauro Cappelletti que desenvolveram as “ondas” renovatórias do acesso à justiça.

De forma breve, a primeira onda refere-se à “assistência judiciária aos pobres” onde o fator financeiro é tratado como obstáculo ao acesso à justiça, sendo apresentadas possibilidades fulcradas na assistência judiciária que se baseia no fornecimento de serviços jurídicos “caros” aos pobres através de advogados cujos honorários são pagos pelo Estado (CAPELLETTI; GARTH, p. 47, 1988). A segunda onda refere-se à representação de interesses difusos, que transpôs a ideia do processo visto como um assunto apenas de duas partes, passando a abranger direitos coletivos, que pertencessem a um grupo.

A “terceira onda” denominada “o enfoque do acesso à justiça” é primordial para o presente estudo, que incluiu a advocacia, judicial ou extrajudicial, mas também concentra sua atenção no conjunto de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas. A terceira onda não abandonou as técnicas da primeira e segunda, mas passou a tratá-las como alguma das tantas outras possibilidades para melhorar o acesso à justiça (CAPELLETTI; GARTH 1988).

Os autores, ao escreverem sobre o assunto, adotaram a terminologia “mecanismos privados ou informais de solução de litígios” (CAPELLETTI; GARTH p.7, 1988), contudo, a Resolução 125/2010 do CNJ adotou a expressão “Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos”, que tem origem na tradução do termo em inglês - *Alternative Dispute Resolution* – (ADR).

O “enfoque do acesso à justiça” encoraja a exploração de possibilidades, a alteração de procedimentos e mudanças estruturais. O enfoque não receia inovações radicais e compreensivas que vão muito além da esfera da representação judicial. Ademais, reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio (CAPELLETTI; GARTH,1988), e todas as previsões da

terceira onda se aproximam muito da ideia contemporânea de acesso à justiça e as modificações perpetradas no sistema jurídico de forma a alcançar o tratamento mais adequado aos conflitos.

As implicações do enfoque à justiça repercutem até os dias atuais e coadunam para adoção específica de procedimento para causas especiais, tratando determinadas ocorrências fora do aparato do procedimento ordinário do Poder Judiciário, sob o foco de um procedimento legal mais simplificado. Mesmo na perspectiva da jurisdição, já não basta apenas assegurar a postulação em juízo e a dinâmica processual, é preciso que a atuação seja combinada com um resultado materialmente justo (CANOTILHO, 2003, p.494).

O acesso ao judiciário deve ser visto como uma cláusula de reserva, preordenada a atuar subsidiariamente em situações específicas. Nesta linha de raciocínio, é possível vislumbrar um cenário de caráter residual ao Poder Judiciário, preordenado a atuar em situações específicas onde a solução por outras formas encontra-se completamente inviabilizada – complexidade da matéria, peculiaridade das partes, contexto da ação ou ações necessárias (MANCUSO, 2014)

A oferta de um diferente mecanismo para alteração do nome não exclui, mas interage, complementa e amplia o acesso à justiça e nesse ponto, a Resolução 125/2010 do CNJ implementou a Política Pública de Tratamento Adequado de profundas mudanças no sistema jurídico brasileiro e nos mecanismos tradicionais de solução de conflitos de Interesses trazendo novos contornos ao acesso à justiça.

A respeito disso, o Código de Processo Civil também foi responsável por imprimir modificações que reforçam a Resolução 125/2010 do CNJ e levam a busca por mecanismos e alternativas eficientes de soluções, valendo-se de todo sistema administrativo e jurídico para superar o “conflito” e o “poder judiciário” como únicos meios de acesso à justiça.

Prevendo no artigo 3º, §2º que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, o Código firmou verdadeiro comando de consensualidade e com isso diversos instrumentos jurídicos foram positivados,

no sentido de concretizar a política pública consensual de tratamento de conflitos direcionando uma obrigação de fazer ao Estado (AZEVEDO, 2019).

A norma determina que o Estado deverá promover o uso da ADR - *Alternative Dispute Resolution* - e todos os profissionais da área jurídica deverão incentivar o uso, incluindo esforços de criação de estruturas e capacitação de pessoal, treinando os servidores e profissionais do meio jurídico em geral (CUNHA; NETO 2016). Assim, entende-se que o acesso à justiça, especialmente no cenário de alteração de nome, não pode se limitar apenas as técnicas de soluções “imperativas” de conflitos substituindo a vontade do cidadão pelo Estado-Juiz, como ocorre na Jurisdição.

Observa-se que em muitos casos judicializados, não existe propriamente “processo”, mas simples procedimento; não existem partes, mas sim interessados, e não há coisa julgada material, apenas formal (PINHO; STANCATI, 2016). Não existe litígio (disputa) propriamente, mas simples demanda. E claramente, um exemplo é o procedimento em relação a retificação de nome, onde não habitam motivos para movimentar o asoberbado Poder Judiciário, tendo em vista que os próprios interessados têm condições de solucionarem por si mesmos.

É importante esclarecer que o serviço prestado pelo registrador civil de pessoas naturais perante o qual processa-se o pedido extrajudicial de alteração é público e sob a fiscalização do Poder Judiciário, ainda que exercido por um agente particular delegado e, pelas funções desempenhadas, são tidos como ferramentas do Estado para garantia dos direitos fundamentais, cidadania e nacionalidade, servindo para coleta de indicadores sociais e rastreamento da alteração de “estado” das pessoas. Tamanha importância, que em cada sede municipal haverá ao menos um Registro Civil das Pessoas Naturais³.

Por conseguinte, as Serventias Extrajudiciais são normatizadas pela Constituição Federal e pelas Leis Federais que tratam do tema, e seus responsáveis compreendidos como Tabeliões e Registradores são guardiões da segurança

3 Artigo 44, §2º da Lei 8935/1994.

jurídica, seus atos devem ser pautados na legalidade e verdade real, oferecendo segurança à sociedade. Tais serviços estão vinculados às garantias de dignidade da pessoa humana, sendo o serviço estatal comprometido com a segurança, eficácia e publicidade dos atos jurídicos (CARVALHO, 2018).

Nessa senda, em virtude do intento de desjudicialização, ocorreu a valorização da atividade notarial e registral voltada ao acesso à justiça através dos procedimentos de retificação administrativa ampliados que passaram a prever não mais a necessidade de intervenção do judiciário, com mais agilidade e adequação.

No que tange à Lei 14.382/2022, as alterações trazidas refletem a possibilidade do cidadão, atuando como maior interessado e revestido de autonomia, alterar seu nome perante o Registro Civil de Pessoas Naturais competente, sem intervenção do Estado-Juiz, mas sob sua proteção.⁴

Sem a atual previsão legal, o cidadão dependia de um procedimento judicial que desaguasse em uma sentença determinando ao Registrador Civil proceder a alteração do nome, o que por vezes, não era a solução mais adequada.⁵ As modificações trazidas pela Lei 14.382/2022 são um avanço legislativo,

4 Exemplo recente: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PRENOME MASCULINO - CONTRANGIMENTO DA AUTORA DEVIDAMENTE COMPROVADO – ALTERAÇÃO PARA O GÊNERO FEMININO - POSSIBILIDADE. 1. A alteração de nome somente é possível quando configurada uma das hipóteses legais para a retificação de registro civil, conforme determina a Lei n.º 6.015/73, que dispõe sobre os Registros Públicos. 2. O fato de o nome da autora designa gênero masculino, situação que lhe causa constrangimentos e tristezas desde tenra idade. caracteriza situação excepcional e motivada a justificar a alteração de seu nome, em observância ao art. 57 da Lei n.º 6.015 /73. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.20.446014-1/001, Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/02/2021, publicação da súmula em 11/02/2021)

5 Exemplo de jurisprudência denegatória anterior a Lei: RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - PRENOME USADO POR PESSOAS DE AMBOS OS SEXOS - **CONSTRANGIMENTO NÃO CARACTERIZADO**. Tratando-se de questão de direito, ou, se de direito ou de fato, entender o Juiz estar o processo suficientemente instruído, possibilitando a decisão, sem que se realizem as provas requeridas, fica a seu

ampliam as possibilidades de solução e convergem para a concretização dos objetivos delineados pelo Código de Processo Civil e Políticas Públicas para superação da sociedade de litígio.

5 CONCLUSÃO

Repisa-se que o nome civil é um dos mais relevantes subsídios individualizadores da pessoa natural, entendido como um símbolo da personalidade e identidade do sujeito, particularizando-o no âmbito da vida social e produzindo repercussões reflexos na dimensão jurídica. Exceptuando-se as previsões legais, o nome atribuído ao indivíduo é conservado por toda a vida.

No que tange ao objetivo geral traçado, é inegável importância do nome para efetivação da dignidade da pessoa humana e as alterações trazidas pela Lei 14.382/2022 inovaram no que se refere as hipóteses e procedimentos, que na maioria dos casos poderá ocorrer diretamente no Registro Civil de Pessoas Naturais, sem dependência de mandado judicial vindos do Poder Judiciário, como outrora. Já o objetivo específico foi alcançado através do estudo do princípio da imutabilidade com a finalidade de apontar as flexibilizações trazidas pelas modificações da Lei.

E ainda, o Código de Processo Civil, acompanhando os ideais da Política Pública de Tratamento de Conflitos de Interesses, implementou mudanças no acesso à justiça que pode ser fundamento para as ampliações das atribuições

critério deferir ou não a produção de outras, dispensando as que entender meramente protelatórias. O fato de existirem pessoas do sexo masculino registradas com idêntico prenome da interessada não é motivo bastante para autorizar a retificação do registro civil. **Indefere-se o pedido de retificação de registro civil se a hipótese não se enquadra em nenhuma daquelas previstas em lei, a autorizarem a mudança do prenome, e se não há prova de que seja o interessado conhecimento por outro prenome.** (TJMG - Apelação Cível 1.0702.04.140050-9/001, Relator(a): Des.(a) Wander Marotta, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/10/2005, publicação da súmula em 18/11/2005) grifos nossos

dos Tabeliões e Registradores, como profissionais de direito, investidos na função através de concurso público, cuja função tem se demonstrado de grande relevância e alternativa para desjudicialização e entrega efetiva e adequada de soluções de conflitos de interesses.

As Serventias Extrajudiciais funcionam como instâncias subsidiárias na resolução de litígios, tendo, assim, os cartórios, significativo impacto na diminuição da sobrecarga do Judiciário. O amplo volume de lides dificulta a administração da Justiça. Destaca-se, todavia, que a desjudicialização não é a exclusão do Poder Judiciário, mas a possibilidade de assegurar direitos da personalidade, *in casu*, o nome, em outra instância pública, como os cartórios, promovendo maior acesso à cidadania.

Atento a insuficiência da tradicional de jurisdição que se mostra, por vezes, incompatível com a “adequação” esperada da Justiça, bem como, conflitante com os princípios da duração razoável do processo e da justiça, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Poder Legislativo tem ampliado as atribuições funcionais dos registradores, como instrumentos capazes de assegurar uma resolução mais digna para alteração do nome, concretizando assim as garantias constitucionais do jurisdicionado. Logo, as alterações trazidas pela Lei 14.382/2022 são importantes avanços que contribuem para efetivação dos direitos das personalidades prestigiando a autonomia da vontade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva, 2003.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. A Defensoria Pública e os Métodos Consensuais de Tratamento de Conflitos: Proposta de um Perfil de Atuação renovador diante do Código de processo Civil de 2015, *in* CURY, Augusto (org.). **Soluções pacíficas de conflitos**: para um Brasil moderno. Rio de Janeiro: forense, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1973.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Senado, 2012. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de junho de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14382.htm Acesso em: 05 de Nov. de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.800-1/DF** – Distrito Federal. Relator: Nelson Jobim.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.602-0/MG** – Distrito Federal. Relator: Joaquim Barbosa.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1724718/MG, Rel. Ministra Nancy Andrigli, julgado em 22/05/2018, DJE 29/05/2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0000.20.446014-1/001, Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/02/2021, publicação da súmula em 11/02/2021.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0702.04.140050-9/001, Relator(a): Des.(a) Wander Marotta , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/10/2005, publicação da súmula em 18/11/2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Marco Aurélio de. Acabar com os cartórios causaria insegurança e ineficiência nos serviços públicos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 set. 2018.

CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos Comentada**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Provimento nº 73 de 29 de junho de 2018**. Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, nº 119/2018.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Lisboa: Moraes, 1961.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa. **Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil**. In: Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada – Parte Geral. Coord. DIDIER JR.. Fredie. Org. MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**. Revista dos Tribunais. 10ª Ed. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

E SILVA, Oscar José de Plácido e; ALVES, Geraldo Magela. **Vocabulário jurídico: A-Z**. Company Ed. Forense, 1992.

GALLIANO, A. Guilherme. Método científico: teoria e prática. São Paulo: Habor, 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Revisitando a teoria geral do processo**. In: Processo em Jornadas. Coord. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; AGRIPLIANO, Ricardo de Carvalho et. Al. Salvador: Juspodivm, 2016

GALVÃO, Natasha Santana Sloniewski. Relativização do Princípio da Imutabilidade do Nome Civil. **Rev.Mult. Psic.**, Fevereiro/2020, vol.14, n.49, p. 601-614.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil .14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de direito civil. **São Paulo: Max Limonad**, v. 12, p. 537, 1957.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e Acesso à justiça**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

JUNG, Carl Gustav. **O desenvolvimento da personalidade**. Tradução: Frei Valdemar do Amaral. Editora Vozes Limitada, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos – Teoria e Prática. 10. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil**. In SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARTINS, Ligia Márcia. **A natureza histórico-social da personalidade**. Cadernos Cedes, v. 24, p. 82-99, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 12, 2000.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. **A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015**. Revista de processo, São Paulo, v. 41, n. 254, p. 17-44, abr. 2016.

RICHTER, Luiz Egon. **Da natureza jurídica da delegação das funções públicas tabelioa, notarial e registral**: considerações e reflexões. Boletim do IRIB em Revista , v. 343, p. 90, 2011. Disponível em: <http://www.irib.org.br/publicacoes/revista343/pdf.pdf> Acesso em 06 de Nov. de 2022

SALVALAGGIO, Leticia Baptista. Possibilidade de desjudicialização da retificação e alteração do nome civil da pessoa natural: estudo dos processos judiciais na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Tubarão/SC. **Ânima**, Tubarão, 2020.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2013. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**, v. 5, 2014.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. 1995. Tese de Doutorado.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: RT, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. Volume 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WATANABE, Kazuo. Estratégias para Solução Pacífica dos Conflitos de Interesses, in CURY, Augusto (org.). **Soluções pacíficas de conflitos**: para um Brasil moderno. Rio de Janeiro: forense, 2019.

_____. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos, *in* ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Maria Hernandez (org).

Tribunal Multiportas: Investindo no Capital Social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

Submissão: 23.nov.23

Aprovação: 25.fev.23

ANÁLISE SISTÊMICA DA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA AOS EXCLUÍDOS DIGITAIS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

SYSTEMIC ANALYSIS OF THE GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE TO THE DIGITAL EXCLUDED BY THE BRAZILIAN JUDICIARY

Marcus Vinicius Rodrigues Lima

Doutor em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC SP e Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP. Mestre em Direito na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, em 2013. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. UNI-RIO (2002). Defensor Público Federal regional, com atuação junto ao Tribunal Regional Federal da Terceira Região e Turmas Recursais do JEF de São Paulo, titularizando o 5 Ofício Regional Cível na DPU/SP. Foi professor de Direito Processual Civil da Pós-graduação da Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Atualmente integra Grupo de Pesquisa: “Os impactos do código de processo civil de 2015 na democracia e na sociedade”. Professor da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP de São José dos Campos.
E-mail: marcusvrlima@gmail.com

Tathiane Menezes Rocha Pinto

Mestra em Direito e Poder Judiciário pelo Programa de Pós-Graduação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Juíza Federal (TRF-3a Região). Integrante do Centro Local de Inteligência da Justiça Federal de São Paulo – CLISP.
E-mail: tathimrp@gmail.com

Resumo

O presente ensaio versa sobre a análise de alguns caminhos percorridos pelo Poder Judiciário brasileiro no esforço para garantir o acesso à justiça, durante e após a pandemia da COVID-19, sob a perspectiva de que este é um desafio sistêmico. O objetivo central do texto é usar o pensamento sistêmico como referencial para refletir sobre o legado deixado para o jurisdicionado excluído digital. A metodologia utilizada é revisão bibliográfica e documental sobre o tema, bem como uma análise qualitativa de experiências paradigmáticas recentemente vivenciadas por algumas unidades judiciárias. Busca-se refletir sobre a complexidade do tema acesso à justiça e excluídos digitais. Ao fazer um levantamento de acertos e vislumbrar novas soluções, é possível compreender um pouco melhor esse complexo tema. Concluiu-se que a garantia do acesso à justiça é dinâmica e atravessa constantes e progressivos desafios.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Excluído digital. Análise sistêmica. Complexidade.

Abstract

This essay is an analysis of some paths taken by the Brazilian Judiciary in the effort to guarantee access to justice, during and after the Covid-19 pandemic, from the perspective that it is a systemic challenge. The main objective is to use systems thinking as a reference to reflect on the legacy left to the digital excluded jurisdictional. The methodology used is a literature review and documents on the subject, as well as a qualitative analysis of paradigmatic experiences recently experienced by some judicial units. This research seeks to reflect on the complexity of the issue of access to justice and the digitally excluded ones. By doing a retrospective of successful actions and envisioning new solutions, it is possible to better understand this complex topic. We concluded that the guarantee of access to justice is dynamic and goes through constant and progressive challenges.

Keywords: Access to justice. Digital Excluded. Systemic Analysis. Complexity.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um princípio fundamental, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal¹, que trata de um dos eixos do Estado Democrático de Direito. Tal princípio impõe ao Estado a adoção de políticas legais e administrativa capazes de viabilizar a todos, independentemente de condição econômica ou social, tratamento igualitário frente às diversas portas do Poder Judiciário. A estruturação das defensorias públicas e a criação dos juizados especiais cíveis para apreciação de causas de menor complexidade defluem desse princípio.

Tem-se, pois, um conceito dinâmico, que atravessa constantes e progressivos desafios. Uma das perspectivas da análise a ser empreendida é a de se tratar de um desafio sistêmico. Ao serem considerados alguns caminhos já percorridos pelo Poder Judiciário, no esforço para garantir o acesso à justiça aos excluídos digitais durante a pandemia da COVID-19, é possível visualizar a complexidade do problema e discutir possíveis teorias sistêmicas a este relacionadas.

O uso da tecnologia proporcionou a redefinição do acesso à justiça. Os processos que vinham informatizando o judiciário brasileiro tiveram uma aceleração abrupta, no contexto da pandemia da COVID-19. Como em todo processo que é demasiadamente acelerado, algumas experiências foram exitosas e outras não, mas, certamente, referindo-se ao judiciário, considerando ganhos e perdas, os ganhos foram muitos.

A situação de exclusão digital ainda é uma realidade no Brasil e a falta de acesso à *internet* e a outras tecnologias pode ser um obstáculo para que parte da população possa bater às portas virtuais da Justiça. O levantamento de algumas experiências exitosas demonstra como o Poder Judiciário, de forma sistêmica, vem aplicando quase institivamente a inclusão judiciária digital.

1 O inciso XXXV, art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Destarte, é possível que o Poder Judiciário brasileiro já tenha todos os dados e informações necessárias, para dar um verdadeiro salto na prestação jurisdicional num contexto pós-pandemia. A situação que foi e está sendo vivenciada pode ser tida como verdadeiro laboratório para melhoria no uso das tecnologias e no próprio aperfeiçoamento normativo processual.

Sendo assim, o presente estudo visa, utilizando como referencial teórico o pensamento sistêmico, refletir sobre a atuação do Poder Judiciário brasileiro na garantia do acesso à justiça aos excluídos digitais. O método a ser utilizado será uma revisão bibliográfica e documental sobre o tema, bem como uma análise qualitativa de experiências paradigmáticas recentemente vivenciadas por algumas unidades judiciárias com recorte temporal a partir do ano de 2020 até 2022.

2 O ACESSO À JUSTIÇA NA REDE DIGITAL

Não é admissível que o Poder Judiciário chegue nesse alto nível de tecnologia e funcionalidade, se as “portas virtuais” não estiverem abertas ao jurisdicionado vulnerável. Ainda que se reconheça que a exclusão digital é um problema social, os órgãos do sistema de justiça devem evitar a criação de abismos entre o jurisdicionado e o Poder Judiciário. Atualmente, percebe-se a presença de uma “Justiça na palma das mãos”. Entretanto, o grande desafio talvez perpassa pela garantia da “Justiça na palma das mãos” de todo e qualquer brasileiro, rompendo obstáculos territoriais e tecnológicos.

Assim, o acesso à justiça potencialmente considerado deve ser instrumentalizado para, à luz do princípio da primazia da realidade, gerar justiça à ordem jurídica, pois de nada adiantaria a previsão constitucionalizada de diversos direitos tidos como fundamentais e amparados por cláusulas pétreas, se o poder judiciário se encontrar inacessível por critérios de vulnerabilidade gerando como consequência um contingente de vulneráveis tidos como “não parte”.

A expressão “não parte” ressalta a ideia da completa impossibilidade do indivíduo se legitimar e estar apto a participar de uma relação jurídico processual,

em razão da preponderância de agentes vulnerabilizantes que discriminam, marginalizam e desabilitam aspectos da cidadania da pessoa com vulnerabilidade. Nesse sentido, destaca-se trecho da tese de doutorado de Fenanda Tartuce da Silva: “Para haver efetiva participação em juízo, é imprescindível que as desigualdades inerentes à vida social – sofridas com mais intensidade pelos desfavorecidos com condição vulnerável – não fulminem, por si mesmas, as chances de distribuição de justiça”. (SILVA, 2011, p. 150)

Nessa perspectiva, o acesso à justiça é, por si só, um direito essencial, primordial, à realização de todo e qualquer direito, de modo a ser previamente assegurado e tutelado como direito pré-processual, garantidor da lógica jurídica que resguarda o direito a ter direitos, e como tal, assegurado como direito humano fundamental, condicionalmente atrelado à efetivação do valor justiça.

A normatização do direito ao acesso à justiça no texto constitucional (artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88)² é apenas um primeiro passo para se analisar um fenômeno que é muito mais amplo que o mero acesso às Cortes de Justiça e Tribunais, pois, não se restringe ou se limita ao simples acesso ao judiciário e pode ser então representada, como um primeiro degrau na escalada evolutiva do direito ao acesso.

Inaugurando essa escalada, a lógica inicial do acesso residia na individualidade das demandas, com o parâmetro da cartesiana prestação da tutela jurisdicional, que estava pautada no conceito de lide e na atomicidade das relações jurídicas, porém, insuficientes a garantir a adequada efetividade do provimento jurisdicional, ao ponto de gerar uma ruptura do paradigma da mera formalidade do direito ao acesso à justiça. O que se percebe é que, o acesso à justiça possui um ponto de alavancagem na própria complexidade da realidade do tecido social, fazendo com que novos e adequados mecanismos sejam continuamente incorporados no processo que tem por finalidade aferir a efetividade do acesso à justiça.

2 O inciso XXXV, art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De fato, a tecnologia é uma ferramenta poderosa de aprimoramento na abertura de novas portas para o Judiciário, uma nova onda de acesso a serviços da busca pela efetividade otimizada. Nesse sentido, Fux (2021, p. 219) comenta sobre trazer a tecnologia como uma nova onda renovatória de acesso à justiça e conclui que o amplo espectro de possibilidades trazidas pela virtualização também congrega soluções inteligentes que dão novas perspectivas a preocupações presentes em ondas diferentes, o que não chega a ser surpreendente se lembrar que o “Projeto de Florença”³ a identificara décadas atrás que são inter-relacionadas algumas das barreiras que embaraçam o acesso à Justiça.

Sobre a análise acerca do fenômeno do acesso à justiça e a inter-relação ou sobreposição de suas barreiras, o que de início já se extrai é a complexidade da forma como se propõe sejam os obstáculos superados, o que representa indicativo de também se estar lidando com um fenômeno complexo, quando da análise das propostas de mecanismos e ações destinadas a superação dos obstáculos identificados.

Nesse contexto, torna-se importante a existência de um pensamento sistêmico que abarque a multiplicidade de efeitos oriundos de medidas como, por exemplo, maior celeridade processual, aplicação de precedentes judiciais, emprego de tecnologias, dentre outras, e seus impactos transversais sobre a pessoa com vulnerabilidade, conforme: “[...] muitos problemas de acesso estão inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 29).

3 Apesar do Brasil ter ficado de fora do levantamento de dados que embasou o estudo do projeto de Florença, houve grande disseminação das conclusões do relatório na doutrina pátria, inclusive com a consolidação da expressão “acesso à justiça”, como destacado: “O termo ‘acesso à justiça’ foi definitivamente incorporado ao cabedal de conceitos que os juristas manipulam após a publicação, em 1979, dos resultados de um grande estudo coordenado por Mauro Cappelletti, no chamado Projeto Florença. Os trabalhos tornaram-se referência no mundo inteiro”. (SANTOS, 2008, p. 8)

A tecnologia apresenta uma virtuosa faceta capaz de fornecer soluções que otimizam o aprimoramento do sistema de processamento de litígios (foco da terceira onda), a exemplo da implantação da tramitação eletrônica do processo judicial, que tem demonstrado por números uma importante contribuição para realizar concretamente o princípio da duração razoável do processo que é tão caro ao acesso à justiça (FUX, 2021 p. 219).

Em 2021, os processos eletrônicos representaram 80,8% das ações em tramitação e 89,1% dos casos baixados. Dos 90 órgãos do Judiciário, 44 aderiram integralmente ao Juízo 100% Digital, o que abrange 67,7% das serventias judiciais. Nessas unidades, todos os atos processuais podem ser praticados por meio eletrônico e remoto, inclusive audiências e sessões de julgamento, como mostra levantamento do “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2022, p. 192). Referido relatório esclarece ainda que durante o ano de 2021, apenas 2,8% do total de processos novos ingressaram fisicamente. Em apenas um ano, entraram 27 milhões de casos novos eletrônicos (CNJ, 2022, p.186).

Considerando a realidade brasileira, é intuitivo refletir sobre o enorme contingente de excluídos digitais, consequentemente, à margem do sistema de justiça. Isto ocorre pela falta de acesso instrumental e pela baixa escolaridade e dificuldade de manejo com as tecnologias, a despeito de a Organização das Nações Unidas (ONU, 2019) considerar o acesso à *internet* como um direito humano do século XXI.

Sobre a população que hoje não consegue acessar os serviços digitais, ou os chamados excluídos digitais, pode-se dizer que há uma exclusão instrumental, pois há locais no Brasil sem acesso à *internet* por diversos motivos, bem como, ao se mapear o acesso à *internet* fica patente as múltiplas camadas das desigualdades digitais, como os elencados a seguir na pesquisa TIC domicílios (2020):

As desigualdades sociais também se manifestam no ambiente digital, com potencial de restringir oportunidades e até mesmo as condições de cumprimento de medidas de combate à pandemia. Mulheres negras

acessaram a Internet exclusivamente pelo telefone celular (67%) em maiores proporções que homens brancos (42%). Por outro lado, elas realizaram transações financeiras (37%), serviços públicos (31%) e cursos (18%) pela Internet em proporções bastante inferiores às de homens brancos (51%, 49% e 30%, respectivamente). Isso evidencia as múltiplas camadas da desigualdade e seus efeitos combinados sobre aproveitamento das oportunidades digitais por diferentes parcelas da população. (TIC domicílio, 2020, p. 4)

O custo da conexão seguiu como a principal barreira ao acesso domiciliar. Entre os domicílios sem acesso à *Internet*, os motivos mais mencionados como principais foram o fato de os moradores considerarem a conexão muito cara (28%), o desconhecimento dos moradores sobre como usar a *Internet* (20%) e a falta de interesse (15%) (TIC domicílio, 2020, p. 3).

O conceito de acesso à justiça é dinâmico, sendo que a capilarização da justiça tem vida própria e deve acompanhar os progressos da humanidade. Toda essa revolução virtual que hoje se vivencia deve ser balizada pelo acesso à justiça. Tem-se, assim, que o problema do acesso à justiça e exclusão digital é próximo a um quebra-cabeça, pois enxergar sua totalidade e as partes se torna ação essencial para avançar na solução. Há, aqui, um problema complexo, que, se por um lado já vinha mostrando algumas falhas antes da pandemia da COVID-19, hoje não há dúvidas da necessidade de se encarar tal complexidade com uma mudança de mentalidade.

3 O PENSAMENTO SISTÊMICO APLICADO AO ACESSO À JUSTIÇA

A visão sistêmica tem sido utilizada para compreensão e abordagem de problemas da sociedade contemporânea, considerando a necessidade de um pensamento complexo. Edgar Morin contribuiu amplamente para a ciência, ao explicar sobre a necessidade de abraçar a complexidade, ao invés de simplesmente negá-la. Do autor, destaca-se o seguinte trecho explicativo sobre o que seria complexidade (MORIN, 2005, p. 12 e 13):

Mas então a complexidade se apresenta com os traços inquietantes do emaranhado, do inextricável, da desordem, da ambiguidade, da incerteza... Por isso o conhecimento necessita ordenar os fenômenos rechaçando a desordem, afastar o incerto, isto é, selecionar os elementos da ordem e da certeza, precisar, clarificar, distinguir, hierarquizar... Mas tais operações, necessárias à inteligibilidade, correm o risco de provocar a cegueira, se elas eliminamos outros aspectos do complexo; e efetivamente, como eu o indiquei, elas nos deixaram cegos. (MORIN, 2005, p. 12 e 13)

O pensamento complexo também pode ser chamado de paradigma da complexidade, teoria da complexidade, desafio da complexidade, ciência nova, composta por uma série de teorias e conceitos relacionados a um pensamento complexo, que é aplicado em diversas áreas do conhecimento.

Há na teoria da complexidade a busca pelo conhecimento multidimensional, porém, reconhece que a obtenção de conhecimento por completo é impossível de alcançar. Deve-se reconhecer a incompletude e a incerteza, além de se identificar a ligação entre aspectos que nossa mente deve distinguir sem isolar uma das outras, constituindo a noção de completude (MORIN, 2005, p. 13). “O pensamento simples resolve os problemas simples sem problemas de pensamento. O pensamento complexo não resolve por si só os problemas, mas constitui numa ajuda à estratégia que pode resolvê-los. Ele nos diz: Ajuda-te, o pensamento complexo irá te ajudar.” (MORIN, 2005, p. 83)

Portanto, ao se introduzir com coerência e abertura a potência epistemológica da complexidade, inaugura-se um novo processo sistêmico interativo que promove uma alteração do paradigma da simplificação e, portanto, necessita de um pensamento autônomo, capaz de absorver a incerteza, e o acaso na dinâmica de produzir conhecimento não fragmentado e simplista.

A complexidade é inerente ao pensamento sistêmico, que se afasta da preponderância mecanicista da parte, sem desconsiderá-la como elemento

integrante e interconectado de um pensamento holístico, onde o que se procura não é mais uma relação simplista de causa e efeito, mas sim de causa e raiz, conforme:

A tensão básica é entre as partes e o todo. A ênfase nas partes tem sido chamada de mecanicista, reducionista ou atomística; a ênfase no todo, de holística, orgânica ou ecológica. Na ciência do século XX, a perspectiva holística tornou-se conhecida como “sistêmica”, e a maneira de pensar que ela implica, como “pensamento sistêmico”, como já mencionamos. (CAPRA; LUISI, 2014, p. 33-34)

Dito isso, considerando ser o Brasil um país continental e plural, agravado por uma desigualdade social extrema, a realização democrática do acesso à justiça é desafio que se notabiliza pela complexidade e mutabilidade. Esse contexto desafiador restou agravado durante a pandemia da COVID-19 e trouxe a dura lição de que é preciso estar preparado para o inesperado. Segundo Edgar Morin, o pensamento fragmentado e unidimensional causa sofrimento e é por si mutilador diante da complexidade da realidade. Segundo o autor, essa realidade, sempre mutante, exige um pensamento complexo e estrategista das organizações em geral (MORIN, 2005, p. 82-83).

Portanto, o Estado precisa abordar problemas complexos, para os quais deve formular políticas públicas adequadas para enfrentamento e solução. Ou seja, deve enfrentar o acesso à justiça pelos excluídos digitais, não obstante o grau de dificuldade, visto se tratar de problema que envolve diferentes partes interessadas (*stakeholders*) com diversos valores, interesses e visões de mundo. Esses problemas têm significativos impactos econômicos e sociais, são influenciados por inúmeros fatores interligados e ainda se modificam constantemente pela própria dinâmica dos fatos sociais (PRADO, 2021, p. 3).

Pode-se dizer então que há no acesso à justiça um *wicked problem*. A tradução literal pode ser de um “problema malvado”, porém uma tradução semântica mais apropriada seria de um “problema capcioso”. Trata-se de um

conceito cunhado primeiramente por Rittel-Webber (1973) e aplica-se para definir fenômenos complexos, incertos e ambíguos que desafiam líderes e especialistas em planejamento, formulação e implementação de políticas públicas.

Para tais problemas, Peter Senge, igualmente, traz uma abordagem sistêmica. Em sua obra é sugerida uma visão sistêmica de vida, do mundo e de todos os aspectos da vivência humana e das ferramentas. As ideias apresentadas servem para contestar a visão de que o mundo é feito de forças separadas, sem relações interligadas. Trata-se do chamado pensamento sistêmico, assim definido por SENGE:

O pensamento sistêmico é uma disciplina para ver o todo. É um quadro referencial para ver inter-relacionamentos, em vez de eventos; para ver padrões de mudança, em vez de “fotos instantâneas”. É um conjunto de princípios gerais – destilados ao longo do século XX, abrangendo campos tão diversos quanto as ciências físicas e sociais, a engenharia e a administração. É também um conjunto de ferramentas e técnicas específicas, originárias de duas linhas de pensamento: a dos conceitos de feedback da cibernética e a teoria de “servomecanismo” da engenharia, datadas do século XIX. (SENGE, 2019, p. 127-128)

Volta-se ao cenário pandêmico inicial, lá em março de 2020, quando tudo parou e uma incerteza extrema assolava a humanidade. Naquele momento, houve o primeiro enfrentamento da situação de isolamento social, com retração total de todos os serviços presenciais do Poder Judiciário. Houve uma verdadeira revolução dentro da prestação jurisdicional e, em pouco tempo, a grande maioria dos juízes e servidores do judiciário brasileiro já estavam operando em teletrabalho extraordinário, sendo que, imediatamente, a jurisdição passou a ser prestada *online*. Na sequência, vieram as teleaudiências, as perícias virtuais e os atendimentos ao jurisdicionados de forma virtual (*e-mail*, telefone, *chat*).

Ressalve-se que o Judiciário não conseguiu ter o mesmo desempenho em todas as jurisdições e locais. Embora a Justiça Federal já estivesse muito bem

informatizada (mas não em todas as regiões), a Justiça Estadual enfrentou dificuldades para dar tratamento aos processos que ainda estavam em meio físico.

O ordenamento jurídico já previa muitas das práticas aceleradas no contexto pandêmico, como o artigo 236, § 3º do Código de Processo Civil (CPC)⁴, que estabelecia a possibilidade de atos processuais por videoconferência. O artigo 198⁵, do mesmo código, dispõe sobre o dever de disponibilidade de equipamentos para a prática de atos processuais nas unidades do Poder Judiciário. A recente Lei n.º 13.994 de 24/4/2020, que alterou a Lei n.º 9.099/95, dispõe, em seu artigo 22, §2º⁶, que é cabível a conciliação não presencial pela utilização de meio tecnológico, prática que já era prevista no artigo 334, §7º do CPC⁷.

Como dito, houve um salto tecnológico no Poder Judiciário, avanços na digitalização dos processos e nas práticas de atos processuais virtuais. Processos

4 O § 3º do art. 236 do CPC assim dispõe: “art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. ”

5 Art. 198 do CPC: “As unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes. Parágrafo único. Será admitida a prática de atos por meio não eletrônico no local onde não estiverem disponibilizados os equipamentos previstos no caput”.

6 A Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020 altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, conforme: Art. 22 “ § 2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes.”

7 Conforme CPC: “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.”

que levariam ainda anos foram acelerados em poucos meses. Entretanto, é relevante apontar que se trata do Brasil, um país de proporção continental, com uma grande diversidade cultural e socioeconômica. Ou seja, há, no Brasil, duas (ou mais) realidades sociais, o que envolve mais de uma solução. Se por um lado se facilitou em muito o acesso à justiça para muitos advogados e jurisdicionados, para um grande número de brasileiros, esse abismo para o acesso à justiça somente aumentou.

Dentro dessa problemática, há uma perturbação alinhada a uma questão já há tempos debatida nos estudos sobre acesso à justiça. Há um paradoxo no acesso à justiça no Brasil? E, diante de toda virtualização que hoje se vivencia, não haveria um aumento desse abismo?

Referido paradoxo reside na possibilidade de o Poder Judiciário contribuir para acentuar as distâncias de natureza social e econômica, atuando como mais um elemento dentre os propulsores da situação qualificada como desigualdades cumulativas (SADEK, 2014, p. 60), ao passo que se vivencia uma explosão da litigância, havendo um patente excesso do acesso à justiça. Segundo Ferraz, o “excesso do acesso à justiça e a insistente aposta nos sintomas como forma de dar tratamento tem produzido resultados aquém dos esperados e, muito provavelmente, a retroalimentação do fenômeno pelo próprio Poder Judiciário” (FERRAZ, 2021, p. 56).

A incorporação de novas tecnologias na era digital sugere um avanço na prestação jurisdicional, em oposição ao anacronismo pelo qual o Poder Judiciário comumente é criticado. Entretanto, é preciso atentar às desigualdades sociais extremas existentes no Brasil, de modo que as inovações promovam inclusão social. Maria Tereza Sadek aponta que “A desigualdade de renda, combinada com graves deficiências nos resultados de políticas públicas, visando à garantia de direitos sociais, gera uma estrutura social baseada em desigualdades cumulativas” (SADEK, 2014, p. 58).

É extremante preocupante saber que no Brasil há essa disparidade, conforme ressaltado na pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa

INSPER, sobre “Informatização Judicial e Efeitos sobre a Eficiência da Prestação Jurisdicional e o Acesso à Justiça”. Percebeu-se que a maioria dos respondentes optou por não acessar à Justiça, mesmo em situações em que viu seus direitos violados. A seguir, transcreve-se um trecho sobre a abordagem do referido paradoxo, conforme INSPER (2020, p. 4):

Por outro lado, restou evidenciado a percepção de que o problema parece residir na concretização e distribuição desse acesso – uma espécie de “paradoxo do acesso à justiça” no Brasil, em que alguns conseguem acessar de maneira intensa o Judiciário, gerando o que se chama de uma “litigância excessiva” ou “super-litigância” – mas, ao mesmo tempo, outros estão longe dela, consideram-na cara e inacessível. O mais preocupante é que tal fenômeno tende a ter natureza regressiva: são sobretudo os mais pobres, mais necessitados, menos escolarizados que têm maiores dificuldades de acesso. (INSPER, 2020, p. 4).

Como se identifica na análise do impacto da virtualização dos atos processuais sentida pelos excluídos digitais, a questão perpassa por identificar quem seriam esses excluídos, porém, medir ou analisar o “não acesso” parece ser um real desafio. Aqui, pode-se mencionar os “ausentes” ou até mesmo “invisíveis”, aqueles que, por motivos diversos, não conseguiram buscar apoio do sistema de justiça, ao sentirem a violação de algum direito.

Há aqui um desafio sistêmico. A Justiça não pode parar, tanto para os incluídos como para os excluídos digitais. Uma visão linear e cartesiana do tema não soluciona a questão. Muito menos uma solução definitiva parece resolver. Alguns exemplos, a seguir, trazem a perspectiva de como o Poder Judiciário vem encarando o tema, tanto por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e das Cortes Superiores, como por parte dos Tribunais locais e pela criatividade das próprias unidades judiciárias.

Houve a edição da Resolução n° 345, de 09 de outubro de 2020, que trouxe o juízo 100% digital e autoriza que os tribunais adotem providências para o processamento completo dos atos processuais por meio remoto e eletrônico, via *internet*. A escolha por tal via de processamento é facultativa pela parte autora e, a rigor, em termos de denominação, talvez fosse o caso de se chamar “processo 100% digital” e não juízo, pois o juízo (unidade judiciária) deve continuar a atuar de forma presencial ou semipresencial, para os não optantes pela tramitação ora explanada na referida resolução.

Trazendo a perspectiva sistêmica, percebe-se que o “juízo 100% digital” abraça uma solução dentro dos parâmetros de uma das leis da quinta disciplina, ensinada por Peter Senge. O autor traz 11 “leis” que sugerem uma nova forma de pensar dentro da estrutura sistêmica. Para fins do presente trabalho, não se analisarão todas as leis, por não haver espaço, mas apenas as leis afetas à problemática ora proposta.

A 9ª lei prescreve que “você pode assobiar e chupar cana – mas não ao mesmo tempo”. Ou seja, às vezes, os dilemas mais complexos, quando analisados do ponto de vista sistêmico, não são absolutamente dilemas. São resultados do raciocínio “instantâneo”, e não do pensamento baseado em “processo”, e podem ser vistos, de forma diferente, quando você analisa conscientemente as mudanças ao longo do tempo (SENGE, 2019, p. 123-124).

A implantação do “juízo 100% digital” traz uma espécie de transição para um contexto pós-pandêmico, consciente de que há duas realidades no Brasil e que uma eventual inclusão digital não depende exclusivamente do Poder Judiciário. Isto porque trata-se, evidentemente, de política pública, e deve ser vista como um processo que respeite essa transição brasileira e garanta acesso à justiça aos que hoje não conseguem acessar os serviços digitais.

Dentro dessa análise sistêmica, pode-se dizer que a questão ora analisada demanda alavancagens conjuntas e em constante processo de ajustes, sem opções rígidas. Dentro do fenômeno de transformação digital vivido hoje pelo judiciário brasileiro, não há como separar soluções, como “voltar tudo para o

atendimento presencial”, ou entrar totalmente em uma digitalização, transformando o Poder Judiciário em um serviço quase etéreo. Não se trata de “esse ou aquele” (SENGE, 2019, p. 124), pois a verdadeira alavancagem consiste em ver como as opções podem ser melhoras ao longo do tempo.

Sobre o estudo de pontos de alavancagens e locais para intervenção no sistema, Meadows (1999, p. 14) desenvolve sobre o poder de acrescentar, mudar, envolver ou auto organizar a estrutura de um sistema. Em um sistema biológico, esse poder se chama evolução e, na sociedade humana, pode-se chamar de avanço técnico ou revolução social.

Outro ponto de alavancagem evolutivo a ser analisado no presente estudo é a Recomendação nº 101 do CNJ, editada em 14 de julho de 2021, que orienta aos tribunais brasileiros a adoção de medidas específicas para o fim de garantir o acesso à justiça aos excluídos digitais, considerando que o Poder Judiciário traz novas tecnologias, com o fim de dar maior eficiência ao sistema. Assim, deve elaborar estratégias inclusivas, levando em conta também aqueles que não têm meios para acompanhar essa modernização e, considerando que os benefícios decorrentes da utilização de novas plataformas e ferramentas tecnológicas podem não ser usufruídos por uma significativa parcela da sociedade brasileira, em razão de sua dificuldade no acesso aos meios digitais.

Sendo assim, em seu artigo 2º, recomenda aos tribunais brasileiros que disponibilizem, em suas unidades físicas, pelo menos um servidor em regime de trabalho presencial durante o horário de expediente regimental, ainda que acumulando funções, para atendimento aos excluídos digitais. Essa recomendação tem por fim garantir o amplo acesso à justiça, efetuar o encaminhamento digital dos eventuais requerimentos formulados e auxiliar o jurisdicionado naquilo que se revelar necessário (CNJ, 2021).

Mais recentemente o CNJ editou a Recomendação nº 130 de 22 de junho de 2022, que orienta aos tribunais que envidem esforços para a instalação de Pontos de Inclusão Digital (PID), ainda que por meio de acordos de cooperação com outras instituições, na área territorial situada dentro dos limites de

sua jurisdição, especialmente nos municípios que não sejam sede de unidade judiciária, para maximizar o acesso à justiça e resguardar os excluídos digitais.

Trazendo para a visão sistêmica como integradora da realidade, percebe-se que as referidas recomendações não fecham a questão do acesso à justiça para os excluídos digitais. Pelo contrário, há nelas a premissa de que coexistem múltiplas versões sobre os fenômenos e descarta a necessidade de que se chegue a um entendimento unificador.

Vale trazer aqui um exemplo de prática exitosa do Tribunal de Justiça da Paraíba de ramificação dos serviços da Justiça, que avançou em muito na agenda do tema acesso à justiça e exclusão digital. Este tribunal vem inaugurando postos avançados de atendimento em diversos municípios, mediante termo de parceria firmada entre as prefeituras de municípios interessados e o juiz diretor do fórum da comarca, cuja jurisdição territorial abrange o município parceiro (TJPB, 2022).

Nessa mesma linha o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima inaugurou em 2021 o primeiro posto avançado do programa “Justiça Cidadã” do Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR), na terra indígena Waimiri-Atroari. Os serviços são executados por meio da justiça itinerante do Poder Judiciário, em parceria com o Instituto de Identificação Odílio Cruz (IIODC/RR), prefeituras de Caracará e Rorainópolis, cartórios da região, além da Fundação Nacional do Índio (Funai) e Receita Federal. O Ministério Público (MPRR) e a Defensoria Pública Estadual (DPE), também atuam em parceria no desenvolvimento dos trabalhos (RORAIMA, 2021).

Cabe aqui mencionar a última lei sistêmica trazida por Senge (2019, p. 126), a 11ª lei, que prescreve que “não existem culpados”. O autor explica uma tendência em culparmos as circunstâncias externas. O pensamento sistêmico mostra que não existe “lá fora”, que você e a causa de seus problemas fazem parte de um único sistema. No presente caso, sabe-se que a inclusão digital é uma questão de política pública, e isso vai além das funções institucionais do Poder Judiciário. Entretanto, simplesmente culpar outros poderes não resolve a

questão, de modo que trazer soluções efetivas para intervir no sistema funciona como ponto de alavancagem, como, no caso da Recomendação 101 do CNJ, que, por mais que seja óbvia e até simples de ser implementada, neutraliza o ciclo de interrupção de acesso à justiça.

Outro exemplo de ponto de alavancagem trazidos pelas unidades judiciárias foi a criação de *chatbot* para tirar dúvidas de cidadãos pelo aplicativo *WhatsApp*. Tanto no contexto pandêmico como pós pandêmico se notou a dificuldade que muitos usuários vinham tendo em obter informações processuais. Não que não houvesse outros canais de atendimento como os próprios *sites* dos tribunais, telefones disponíveis, *e-mail* ou mesmo o Balcão Virtual⁸, mas sim constatou-se a necessidade de um veículo de comunicação iterativo e intuitivo.

Pode-se citar, assim, o juizado especial federal em Campinas, que disponibilizou *chatbot* para tirar dúvidas de cidadãos pelo *WhatsApp*. A ferramenta auxilia na proposição de ação por quem teve o auxílio emergencial indeferido na esfera administrativa. Trata-se de serviço disponível 24 horas. O *chatbot* instrui o usuário ao autoatendimento, com orientações sobre as seguintes questões: como ingressar com ação; lista de documentos necessários e como enviar; dúvidas sobre intimações; como consultar e se manifestar em processos. As respostas incluem *links* diretos a sistemas, manuais e tutoriais, conforme a situação (TRF, 2020). Em casos específicos, ou quando não há resposta cadastrada são indicados os *e-mails* e telefones de contato para o atendimento com servidores.

Outra iniciativa nesse sentido que trouxe valor agregado principalmente para educação e conscientização de cidadania foi a criação de *chatbot* para as eleições. Trata-se de experiência exitosa nas eleições municipais de 2020 repetida nas eleições de 2022 (TSE, 2022). A principal inovação na ferramenta lançada

8 A implantação do Balcão Virtual nos tribunais veio como uma nova ação para desburocratizar e tornar mais ágil o atendimento do Judiciário aos cidadãos. Lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o “Balcão Virtual”, se tornou uma medida permanente do acesso remoto direto e imediato dos usuários dos serviços da Justiça às secretarias das Varas em todo o país. (CNJ, 2022).

pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) é que a nova versão do “Tira-Dúvidas do TSE”, como é conhecido o robô virtual, permite mais interação com o Tribunal por meio do canal. O objetivo é aumentar o número de usuários cadastrados para receber checagens sobre notícias falsas, bem como oferecer informações sobre serviços da justiça eleitoral e aprimorar a navegabilidade para os usuários.

Há, ainda, outras soluções criativas nas unidades judiciárias que, durante a pandemia da COVID-19, foram se adaptando às necessidades locais pontualmente. Porém, não há um conhecimento concentrado de todas elas, sendo que, por certo, seria muito interessante este levantamento.

Por fim, neste artigo, elencam-se outras sugestões de futuros pontos de alavancagem elucidados por Prado (2021), que abordou soluções concretas ao aparente impasse entre juízo 100% digital e exclusão digital. As soluções aventadas pela autora perpassam pela ideia de aproveitar a capilaridade de outras instituições, para ampliar o acesso à justiça, tais como a do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e dos cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, ressaltando estratégias, como as de inclusão digital de comunidades da zona rural, de indígenas e de quilombolas, por exemplo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão do acesso à justiça e excluídos digitais está longe de obter uma solução final, o que é típico de problemas complexos, e a vigilância constante e revisão de rotas é essencial para que o Poder Judiciário brasileiro continue progredindo na prestação jurisdicional num contexto pós-pandemia. A visão sistêmica traz inúmeros benefícios para mudança de paradigmas, no enfrentamento de problemáticas como o acesso à justiça e exclusão digital.

Soluções trazidas pelos órgãos do sistema de justiça, como a implantação do juízo 100% digital, observaram os pressupostos sistêmicos, ao pressuporem que a transição ocorreria de forma gradativa e considerarem a dinâmica constante dos dilemas do acesso à justiça.

O desafio atual é manter e avançar no desenvolvimento naquilo que se mostrou útil e abandonar o que pareceu ser problemático, ou talvez imaturo para o momento presente. Nesse contexto parece que se caminha para um sistema híbrido de acesso à justiça, acomodando as duas frentes “de portas abertas”, levando-se em consideração que as dificuldades na plenitude do acesso à justiça sempre existiram.

O momento atual é de aproveitamento das práticas exitosas, pois é notório, por exemplo, o fato de uma testemunha ou parte não precisar mais se deslocar quilômetros para participar de uma audiência ou mesmo perder um dia de trabalho, sendo este um salto na prestação jurisdicional. Porém, talvez este seja o momento de considerar as duas modalidades e garantir resultados que abarquem toda diversidade cultural e econômica do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

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

CAPRA, Frijot. LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. Tradução Mayra Teruya Eichenberg, Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014.

CNJ. **Balcão Virtual**. 2022. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/balcao-virtual/> > Acesso em: 26 set. 2022

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2022**: ano base 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em: 09 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação 101**: Recomenda aos tribunais brasileiros a adoção de medidas específicas para o fim de garantir o acesso à Justiça aos excluídos digitais. DJe/CNJ nº 179/2021, de 14 de julho de 2021, p. 2-3. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4036>. Acesso em: 27 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação 130**: Recomenda aos tribunais a instalação de Pontos de Inclusão Digital (PID), para maximizar o acesso à Justiça e resguardar os excluídos digitais. DJe/CNJ nº 150, de 23 de junho de 2022, p. 3-4. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4614>. Acesso em: 09 set. 2022.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Abordagens teóricas no campo de política pública no Brasil e no exterior: do fato à complexidade. **Rev. Serv. Público Brasília** 69, edição especial Repensando o Estado Brasileiro 53-84 dez 2018.

FERRAZ, Taís Schilling. **O excesso do acesso à justiça e a insistente aposta nos sintomas como forma de dar tratamento à litigiosidade**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 23, n. 128, p. 45-58, jul./ago. 2021.

FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. et. al. (Coord.). **Tecnologia e Justiça Multiportas**. Indaiatuba: Foco, 2021.

INSPER, **Informatização Judicial e Efeitos sobre a Eficiência da Prestação Jurisdicional e o Acesso à Justiça**, Projeto de Estudo Desenvolvido com o Apoio do Instituto Betty e Jacob Lafer Relatório Final Equipe Técnica Luciana Yeung (coord.), Paulo Eduardo Alves da Silva, Carolina Langbeck Osse, 2020.

MEADOWS, Donella. **Leverage points: Places to intervene in a system**, *The Sustainability Institute*, 1999, EUA.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria A. S. Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**; tradução do francês Eliane Lisboa.— Porto Alegre: Sulina, 2006.

NAÇÕES UNIDAS, ONU - **High-level Panel Follow-up Roundtable 3A/B - Digital Human Rights**, disponível em: <<https://www.un.org/en/pdfs/HLP%20Followup%20Roundtable%202%20Digital%20Helpdesks%20-%201st%20Session%20Summary.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2022

PRADO, Eunice Maria Batista, Juízo 100% Digital X Exclusão Digital: Soluções Concretas ao (Aparente) Impasse, **Anais ENAJUS 2021**, disponível em: <<http://www.enajus.org.br/anais/2021/juizo-100-digital-x-exclusao-digital-solucoes-concretas-ao-aparente-impasse>>. Acesso em: 25 set. 2022.

RITTEL, H. W. J.; WEBBER, M. M. **Dilemmas in a general theory of planning. Policy sciences**, v. 4, n. 2, p. 155–169. Springer. doi: 10.1007/BF01405730, 1973

RORAIMA. Poder Judiciário do Estado de Roraima. **Acesso à Justiça** - Waimiri-Atroari recebe posto avançado de atendimento judiciário. 2021. Disponível em: <<https://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/15206-acesso-a-justica-waimiri-atroari-recebe-posto-avancado-de-atendimento-judiciario>> Acesso em: 26 set. 2022.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, [S. l.], n. 101, p. 55-66, 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814>>. Acesso em: 20 dez. 2021.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Acesso à justiça como direito fundamental e a igualdade em face dos direitos sociais. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (coord.). **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador: JusPodvm, 2008.

SILVA, Fernanda Tartuce. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequilíbrio no processo civil**. 2011. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2011.

SENGE, Peter M. **A quinta disciplina: a arte e a prática da organização que aprende**. 34. ed. Tradução: Op Traduções e Gabriel Zide Neto. Rio de Janeiro, BestSeller, 2019.

TIC Domicílios 2020, **Resumo Executivo** - Pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2020, disponível em: <<https://www.cetic.br/pt/publicacao/resumo-executivo-pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-domicilios-brasileiros-tic-domicilios-2020/>>. Acesso em: 28 de junho 2022.

TJPB - Tribunal De Justiça Da Paraíba. Postos avançados. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/tags/postos-avancados>. Acesso em: 26 de set. 2022.

TRF - Justiça Federal Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Juizado especial federal em campinas disponibiliza chatbot para tirar dúvidas de cidadãos pelo whatsapp**. 2020 Disponível em <<https://web.trf3.jus.br/noticias/Noticiar/ExibirNoticia/398141-juizado-especial-federal-em-campinas-disponibiliza>> Acesso em 26 de set. 2022.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral. **Chatbot: Tira-Dúvidas do TSE no WhatsApp traz novidades para as Eleições 2022**. 2022. Disponível em <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Abril/chatbot-tira-duvidas-do-tse-no-whatsapp-traz-novidades-para-as-eleicoes-2022>> Acesso em 26 de set. 2022.

Submissão: 31.ago.23

Aprovação: 11.set.23

**DEMANDAS FABRICADAS E NOVAS MEDIDAS DE
CONTENÇÃO: UM ESTUDO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA
DO 4º JUIZADO ESPECIAL CÍVEL, CRIMINAL E DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MOSSORÓ/RN**

***REPETITIVE CAUSES IN THE SCOPE OF THE SMALL CLAIM
CIVIL COURT: THE ROLE OF THE 4th SMALL CLAIM
CIVIL COURT OF THE DISTRICT OF MOSSORÓ/RN IN THE
RETENTION OF “MANUFACTURED DEMANDS”***

Sara Maria de Andrade Silva

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em em Ciência da Informação pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Bacharela em Direito (1998), com certificação de conclusão de Formação Avançada pelo Programa de Doutorado em Ciências Histórico-Jurídicas da Universidade de Lisboa (Portugal) e Diploma de Estudos Avançados em *Sociología Jurídica e Instituciones Políticas* pelo Programa de Doutorado em Direito da Universidad de Zaragoza (Espanha). Integra o Centro de Investigação em Teoria e História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal) e compõe, na condição de pesquisadora, o Grupo de Pesquisa “JusPolítica” (Diálogos, Historicidades e Judicialização de Políticas/UPE) e o Grupo Interinstitucional de Pesquisa “Corpo e Ancestralidade” (UFBA),

E-mail: saraandrade@tjrn.jus.br

Jardiel Oliveira

Mestre em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Aluno do Curso de Preparação à Magistratura (CPM) da Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba. Especialista em Direito Cons-

titucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Ciências Criminais pelo Centro Universitário de João Pessoa- Unipê/PB. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Residente Judicial pela Escola da Magistratura do Estado do Rio Grande do Norte (ESMARN). Advogado.
E-mail: stj.criminal@gmail.com

Resumo

O presente artigo tem como objeto o estudo das demandas fabricadas alusivas a contratos de empréstimos bancários e ações declaratórias de inexistência de débitos, propostas no âmbito do 4º Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública da Comarca de Mossoró amadurecer as medidas já existentes, como também propor novas formas de contenção de ações de tais natureza, evitando a afetação da eficiência e celeridade da prestação jurisdicional. Para isso, foram recrutados dados empíricos da experiência adquirida pelo pesquisador, organizados por temática e definidos por amostragem, de modo a fornecer um panorama sobre o perfil dos litigantes e suas estratégias para obtenção de vantagens indevidas pela via judicial. Outrossim, foi possível apresentar mecanismos para o aperfeiçoamento do sistema de freio da litigância inconsequente, na intenção de inibir os excessos praticados pela advocacia predatória sem comprometer o acesso à justiça, ainda que diante de posturas fraudulentas no contexto da judicialização de conflitos.

Palavras-chave: Juizado Especial Cível. Demandas Agressoras. Medidas de Contenção.

Abstract

The purpose of this article is to study the fabricated demands alluding to bank loan contracts and declaratory actions for the absence of debts, proposed within the scope of the 4th Small Claim Civil Court of the District of Mossoró to mature measures to contain actions of this nature, avoiding the affect the efficiency and celerity of

the judicial provision. For this, empirical data from the experience acquired by the researcher were recruited, organized by theme and defined by sampling, in order to provide an overview of the profile of the litigants and their strategies for obtaining undue advantages through the judicial process. Furthermore, it was possible to present mechanisms for the improvement of the brake system of inconsequential litigation, with the intention of inhibiting the excesses practiced by predatory law without compromising access to justice, even in the face of fraudulent postures in the context of the judicialization of conflicts

Keywords: *Small Claim Civil Court. Aggressive Demands. Containment Measures.*

1 INTRODUÇÃO

O direito de ação, numa perspectiva constitucional, encontra suporte no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Outrossim, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais e o redimensionamento do sistema de justiça pós Constituinte de 1988 abriu porta para uma maciça adesão ao microssistema da Justiça brasileira.

Porém, o acesso à justiça tem trazido questionamentos acerca das medidas de controle das demandas em excesso submetidas ao judiciário brasileiro, afetando a eficiência e celeridade da prestação jurisdicional.

Sem o refinamento e construção de medidas de acesso, os conflitos antes “não jurisdicionáveis” levaram o judiciário à impossibilidade de atender ao número de processos a ele submetidos, de modo que se pode dizer que pretensão legítima passou a dar lugar ao *demandismo* repetitivo, com exercício de uma litigância inconsequente, cujo objeto é obter vantagens indevidas, independentemente da plausibilidade do direito, denominada de demanda agressora ou ação fabricada.

Com isso, os Juizados Especiais Cíveis, antes protagonistas de um sistema de justiça eficiente, deram espaço para conflitos de massa, a banalização da gratuidade de justiça, da facilidade de acesso ao judiciário e sem risco financeiro ou econômico para os litigantes, sendo campo fértil para as ações frívolas, tornando-as o foco da pesquisa, diagnosticadas a partir das demandas

formuladas para discussão de contratos bancários e a pretensão de declaração de inexistência de débito com instituições financeiras.

Ressalte-se que o acesso à justiça não é abordado na pesquisa como causa ao abuso do direito de ação, mas como importante instituto que passou a apresentar deficiências diante do contexto de postulantes fraudulentos, o que resulta em um invencível congestionamento de processos.

Para isso, adotar-se-á inicialmente a hipótese de que a aplicação de técnica processual de contenção de demandas fabricadas auxilia no gerenciamento adequado dos processos judiciais da unidade judicial escolhida, dificultando o ajuizamento maciço de ações e prevenindo seu efeito multiplicador.

Agora numa dimensão específica, com foco nos juizados especiais cíveis estaduais da Justiça potiguar, ainda há um grande desafio para gerenciamento e equacionamento das demandas decididas e dos novos processos ajuizados.

Além do mais, a Nota Técnica 01/2020 – TJRN, elaborada pelo Centro de Inteligência dos Juizados Especiais no Rio Grande do Norte, indicou que as demandas fabricadas transformaram os juizados em um “verdadeiro cassino gratuito”.

As estratégias para lidar com esse novo cenário são muitas, merecendo realce as sugestões que serão apresentadas como resultado da presente produção científica diante da carência de pesquisa a respeito da temática, a partir dos estudos acadêmicos desenvolvidos no Programa de Residência Judicial.

Para tanto, foram levantados dados junto ao 4º Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública da Comarca de Mossoró/RN. De posse desses dados, tais informações foram organizadas por categorias definidas a partir das temáticas repetitivas presentes nos processos ajuizados na unidade judicial escolhida, a saber: contratos de empréstimo bancário e declaração de inexistência de débito.

No aspecto temporal, os processos foram escolhidos por amostragem a partir dos temas definidos como categoria da pesquisa e ações propostas no primeiro semestre de 2021, em razão do acesso do pesquisador à unidade judicial ter se dado no referido período, além da desnecessidade de repetição de análise realizada.

Toma-se, assim, como problema de pesquisa o questionamento: quais as medidas de natureza processual/procedimental que podem ser implementadas para a contenção das demandas agressoras/fabricadas alusivas a contratos de empréstimo bancário e declaração de inexistência de débito no âmbito dos juizados especiais cíveis - 4º JECCFP Mossoró/RN?

No que diz respeito à busca pelo escopo da pesquisa, destaca-se, preliminarmente, a abordagem doutrinária acerca do acesso à justiça na perspectiva normativa que deu origem aos juizados especiais cíveis e seus princípios norteadores. Importa também compreender o conceito de demandas agressoras (frívolas, inconsequentes ou fabricadas) a partir da elaboração da Nota Técnica 01/2020 do Tribunal de Justiça do RN, já que o presente estudo se debruçou também sobre o referido documento.

Por último, serão apresentadas algumas considerações acerca do cenário de litigância fabricada no âmbito do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública da Comarca de Mossoró/RN, a apresentação dos resultados empíricos recolhidos e as estratégias sugeridas para o refreamento das demandas inconsistentes no contexto dos contratos de empréstimos bancários e declaração de inexistência de débito. Tais propostas certamente são condizentes com a ideia de acesso à justiça, uma vez que sua presença vai além do acesso aos ditames do Poder Judiciário, alcançando a efetividade e valor da ideia de justiça pela sociedade.

2 JUIZADO ESPECIAL CÍVEL: O ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA LEI 9.099/95.

Inicialmente, pode-se afirmar que, em razão da expansiva afirmação presente na doutrina especializada, os juizados especiais cíveis, no âmbito da justiça estadual, foram criados como mecanismo para atender a uma demanda reprimida e minorar os efeitos decorrentes de uma *litigiosidade contida*¹.

1 Por todos: WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas dos Juizados Especiais de Pequenas Causas**. In: WATANABE, Kazuo (Coord). *Juizados Especiais de Pequenas Causas*. Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

Foi também a evolução da sociedade que trouxe mudanças na concepção de acesso à justiça (RIGHI, 2017), que passou a ser o núcleo do sistema processual moderno.

Já lecionava Capelletti e Garth (1988, p.8):

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.

A própria Constituição Federal de 1988² já se preocupava com a **viabilidade do acesso à justiça, já que a ritualística do procedimento ordinário da Justiça Comum se revelava insatisfatório na busca por uma prestação jurisdicional célere**³.

Prevê a Carta Magna, no seu art. 98, inciso I:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial

2 Apesar das duras críticas, as constituições anteriores trouxeram alguns institutos facilitadores do acesso à justiça, com exceção da Constituição Federal de 1891 que se manteve silente. Sobre o tema: RIGHI, Gabriel Braz. **O Novo Código de Processo Civil e suas implicações frente ao sistema dos juizados especiais cíveis**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. 2017

3 É bem verdade que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova dimensão ao sistema brasileiro de justiça, traçando novos espaços e bases para o aperfeiçoamento dos instrumentos processuais até então existentes e, claro, outros que foram concebidos a partir dela. Sobre o assunto: Conselho Nacional de Justiça. Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. Brasília, 2015.

ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, 1988);

Não só a acessibilidade ao Poder Judiciário, mas também o tempo é vetor que qualifica a prestação eficiente da busca pelo cidadão ao alcance de uma pretensão por meio do processo judicial.

Nesse sentido leciona MARINONI (2002, p. 1):

Se o cidadão possui, como direito fundamental e assim assegurado pela Constituição da República (art. 5º, XXXV, C.F.), o direito de ir ao Poder Judiciário, é evidente que para que tal direito possa ser usufruído de forma plena e efetiva por todos, importa não só o custo do processo jurisdicional, como também a sua tempestividade.

Foi exatamente numa expectativa de uma providência jurisdicional efetiva (XAVIER, 2016), por meio de um processo justo, acessível e realizado em tempo razoável (DINAMARCO, 2003), que o legislador pautou uma estrutura simplificada, estabelecendo o procedimento inserido na Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995⁴.

No plano teórico, os juizados especiais cíveis – estadual⁵ - “representam a síntese do modelo idealizado de acesso à justiça” (CNJ, 2015, p. 10) e traz no seu bojo os princípios norteadores do procedimento.

4 “Na realidade, a Lei 9.099/95 foi antecedida pela Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, que instituiu os juizados especiais de pequenas causas, inspirados na experiência de outros países, particularmente nas *Small Claims Courts* do sistema norte-americano, adaptada à realidade brasileira” (XAVIER, Cláudio Antônio de Carvalho. **Juizados Especiais e o Novo CPC**, Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 7-22, set./dez. 2016, p. 8).

5 Diz-se isso pois integra o sistema jurídico dos juizados especiais cíveis: a Lei 9.99/95, a Lei 10.259/01 (Juizado Especial Federal) e a Lei 12.153/2009 (Juizado Especial da Fazenda Pública).

Tratando os princípios como diretrizes gerais do ordenamento jurídico (RIGHI, 2017), importa tecer alguns comentários acerca do princípio que exerce influência não só na lei de regência dos juizados especiais cíveis estaduais, mas também sobre o ordenamento jurídico brasileiro, a saber: duração razoável do processo⁶,

A partir de uma justificativa constitucional, dispõe o art. 5º da Constituição Federal de 1988 que:

“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: (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, **são assegurados a razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 1988)”. [grifo nosso]

Na esfera infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução do mérito, como também todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (arts. 4º e 6º, do CPC).

O artigo da Constituição Federal já indicado outorgou normativamente o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. É um princípio redigido como *cláusula geral*, conforme ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016). E continuam:

Seu conteúdo mínimo está em determinar: (i) ao *legislador*, a adoção de técnicas processuais que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos em prazo razoável, a edição de legislação

6 Não seria pessimista afirmar que alguns princípios recebem a função de verdadeiras garantias processuais (de patamar constitucional) que asseguram às partes o exercício de suas pretensões.

que reprima o comportamento inadequado das partes em juízo e regulamente minimamente a responsabilidade civil do Estado por duração não razoável do processo; (ii) ao *administrador judiciário*, a adoção de técnicas gerenciais capazes de viabilizar o adequado fluxo dos atos processuais, bem como organizar os órgãos judiciários de forma idônea e (iii) ao *juiz*, a condução do processo de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 265/266).

Defende a doutrina que o direito à duração razoável do processo não significa direito a processo rápido ou célere⁷. Então o que a Constituição Federal determina? O que ela determina é “a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre a duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 266).

A mesma coisa pode-se afirmar sobre técnicas processuais que têm o objetivo de garantir a tempestividade da tutela jurisdicional. E é também do ponto de vista da estruturação do processo e dos procedimentos voltados para a tutela dos direitos que se faz perceber que os juizados especiais, caracterizados pela celeridade da prestação jurisdicional, constituem “órgãos jurisdicionais cuja supressão pode redundar em retrocesso violador do direito fundamental à duração razoável do processo⁸” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 269).

7 “A ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à *fisiologia processual*. As expressões não são sinônimas” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 266). Claro que a imposição de reflexão aqui não é de se desconsiderar o tempo de duração do processo, mas buscar uma explicação de *eficiência* sem qualquer filtro, desatento a outros princípios normativos.

8 “Quis o legislador criar uma via alternativa de acesso à jurisdição, sem rigor e os trâmites burocráticos do processo comum, sendo errôneo pensar que a finalidade dos juizados é simplesmente dar maior agilização aos processos” (XAVIER, 2016, p. 9).

À luz dessa perspectiva, o legislador não se descuidou e trouxe na Lei 9.099/95, em seu art. 2º, um reforço principiológico⁹:

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da **oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade**, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (BRASIL, 1995).

Preferindo indicar os critérios ou princípios informativos dos juizados especiais, não deixa dúvida quanto à sua aplicação irrestrita, já que a adoção de critérios informativos assume maior relevância no sistema dos juizados especiais, na medida em que servem de “fontes norteadoras” da atividade das partes, do juiz, do Ministério Público, dos auxiliares da justiça, do processo e do procedimento, ao tempo em que impõe ao juiz a necessária aplicação das regras e a busca por uma melhor solução para o litígio (XAVIER, 2016).

O princípio da oralidade retoma o período clássico, que possuía várias funções dentro do processo, auxiliando na busca de efetivos resultados (CATALAN, 2010).

Nesse sentido já lecionou Cintra, Grinover e Dinamarco (1993, p. 274):

Exclusivamente oral era, entre os romanos, o procedimento no período das ações da lei. Inteiramente oral era o procedimento entre os germanos invasores, o que veio a influir no do povo conquistado [...] Mas o direito canônico reagiu contra o sistema e no direito comum generalizou-se o procedimento escrito [...] Na França, porém, o código de processo napoleônico acentuou o traço oral do procedimento, que não fora jamais abandonado.

9 Por essa razão que a pesquisa indicou a duração razoável do processo como “pedra” fundamental, que implica diretamente no procedimento dos juizados especiais cíveis estaduais, sem desconsiderar a presença de tantos outros (devido processo legal, ampla defesa etc). De igual modo, ponderou Nery Junior (2006) que a Lei de regência dos juizados especiais optou pela positivação dos princípios fundamentais, diferente do que fez o CPC/73, cuja situação foi modificada com o Novo CPC, agrupando em capítulo específico os princípios orientadores dos atos processuais.

Em decorrência da natureza dos atos e a destinação dos fins do procedimento estabelecido no juizado especial cível, tem-se como consequência lógica a prevalência da forma oral (GAIO JÚNIOR, 2015), apesar de não ser erigida ao seu ponto máximo nos demais procedimentos, a exemplo do art. 13, §§ 2º e 3º¹⁰, e art. 14¹¹.

Ensina Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 293):

(...) nota-se das claras disposições da Lei dos Juizados Especiais a nítida orientação no sentido de que o processo se desenvolva de maneira absolutamente oral, minimizando-se a burocratização e acelerando-se, conseqüentemente, a solução da controvérsia.

As vantagens da oralidade se apresentam pela agilidade do procedimento, o que se põe a termo apenas o essencial à demanda, pela sensação de influência das partes perante o magistrado ao se pronunciarem, como também pela possibilidade de conciliação, o que propicia uma maior aceitação das situações em razão das decisões a serem tomadas por mútuo consenso (CATALAN, 2010; CAPELLETTI; GARTH, 1988)¹².

10 Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, **atendidos os critérios indicados no art. 2º** desta Lei.

§ 1º (...)

§ 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação.

§ 3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão. “grifo nosso”.

11 Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.

12 O princípio da oralidade intrinsecamente traz consigo outros princípios processuais, entre eles o da imediação, que consiste no contato do juiz da causa com os litigantes e as provas que estão a produzir, recebendo o magistrado, sem a interferência de terceiros, o conteúdo probatório que formará sua convicção (CATALAN, 2010, P. 9; CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1993, p. 275)

O princípio da simplicidade desonera o procedimento da complexidade própria do procedimento ordinário (ROSSAO, 2012), o que faz dos atos informais os mais céleres¹³.

O princípio da informalidade se coloca como ponto de distinção do rito dos juizados especiais cíveis quando comparado ao rito ordinário da justiça comum, já que nesta são apresentados requisitos específicos para o exercício do direito de ação (ROGÉRIO, COURINI e TEÓFILO DE SÁ, 2017).

Na busca por uma otimização e racionalização do procedimento, nasce o princípio da economia processual, que preza pela efetividade do processo nos Juizados.

Cintra, Grinover e Dinamarco (1993, p. 92) trazem lições importantes:

Ainda como postulado do princípio da economia processual incluísse a adoção de procedimentos sumaríssimos em causas de pequeno valor, os quais são destinados a proporcionar maior rapidez ao serviço jurisdicional (CPC, art. 275, inc. I e art. 550)¹⁴.

O processo das pequenas causas civis (lei 9.099, de 26.9.95), agora elevado à estatura constitucional é mais um sistema de intensa aplicação do princípio econômico.

Outrossim, lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) que minimizar economicamente o procedimento tendente ao oferecimento da prestação jurisdicional, ganha-se de forma menos complicada uma resposta jurisdicional mais barata e rápida, o que estimula o acesso à Justiça¹⁵.

13 A simplicidade do procedimento deve se sobrepor a qualquer exigência formalista, quando este se apresenta sem qualquer justificativa (GAIO JÚNIOR, 2015).

14 Contexto do CPC de 1973.

15 “A concentração dos atos processuais em uma única audiência, conforme o disposto nos artigos 21 e 27 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, é um grande exemplo de economia processual, uma vez que permite a realização de um maior número de atos de uma única

Por fim, aglutinando respaldo ao que já foi mencionado sobre o *tempo* do e no processo, o princípio da celeridade traz mais uma vez à discussão a natureza temporal como imposição democrática (MARINONI, 2016).

Com esse princípio, os atos processuais tendem a ser realizados de forma célere, evitando-se protelações. Contudo, o tempo, que antes era visto como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo, como se o problema da demora fosse culpa exclusivamente do autor (MARINONI, 2016), passou a ser encarado como um problema de todos: do juiz, que dele precisa para formar suas convicções e das partes para participação adequada no processo¹⁶.

Não é ousado defender a ideia de que o fato do procedimento ser simples ou tratar-se de causas menos complexas resulta numa resolução mais rápida, se há uma desenfreada expansão de litigiosidade, impactando o dever do Estado de prestar uma jurisdição tempestiva, ainda mais quando se trata de uma litigância agressora.

Logo, conforme será demonstrado a seguir, o impacto no aumento das demandas fabricadas interpostas nos juizados especiais cíveis na Justiça Estadual, no contexto de uma litigância inconsequente, afeta de forma significativa a tutela jurisdicional efetiva, o que suplica medidas de contenção.

3 DEMANDAS FABRICADAS E O ESBOÇO DO CENÁRIO DO JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA JUSTIÇA POTIGUAR: UMA LEITURA DA NOTA TÉCNICA 01/2020-TJRN

O relatório do Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números 2021 – indicou que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva (CNJ, 2021).

vez, de forma a agilizar o percurso de tempo e economizar os gastos dentro do processo” (ROGÉRIO, COURINI e TEÓFILO DE SÁ, 2017, p. 5).

16 Expressão viva do princípio do contraditório.

Ademais, considerando apenas as ações efetivamente ajuizadas em 2020, tem-se que ingressaram com 17,6 milhões de ações novas. Só no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte foram propostos 256.756 novos casos.

É nesse contexto que se insere a reflexão sobre a expansiva litigiosidade fabricada submetida ao Poder Judiciário, com destaque ao judiciário potiguar, quando se propõe uma análise crítica acerca do comportamento abusivo no exercício do direito de ação e os instrumentos utilizados para refreamento das demandas inconsistentes.

De início, destaca-se uma peculiaridade normativa na lei de regência dos processos submetidos ao rito dos juizados especiais cíveis: a eliminação dos riscos econômicos da demanda, diante da ausente sucumbência.¹⁷

Por certo que nem todos os processos que tramitam com os benefícios da gratuidade de justiça¹⁸ são desnecessários¹⁹. Contudo, é evidente que não se pode deixar de registrar um grave problema com relação ao baixo ou quase nenhum risco econômico que incentiva a litigância oportunista:

17 Ressalvada a hipótese de má-fé, a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado; outrossim, o acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas (Art. 54, caput, e art. 55 da Lei 9099/95).

18 Raciocínio exposto por CROCE GUILHERMINO, Marina. *In* A necessidade de mudanças nos parâmetros da justiça gratuita: uma análise de sua influência negativa no Judiciário. Revista de Artigos Jurídicos. EMERJ. v. 10 n. 1. 2018, p. 207-221. A mesma autora complementa: “percebe-se, dessa forma, que a lei elimina os riscos econômicos da demanda, uma vez que a parte autora sucumbente e beneficiária da justiça gratuita, não arca com qualquer obrigação”

19 Leciona Tenenblat: “a ponderação entre os custos e benefícios no momento de se tomar uma decisão, com vistas à obtenção dos maiores ganhos possíveis, é característica própria do comportamento humano, não sendo diferente no que diz respeito às ações judiciais”. Tenenblat, F. (1). LIMITAR O ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO PARA AMPLIAR O ACESSO À JUSTIÇA. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011, p. 26. Acesso em março de 2022.

De um lado, um litigante tomador de risco, que calcula cada passo sabendo das consequências que determinada ação ou inação pode acarretar, em sentido pecuniário. Tem-se a sucumbência funcionando, aqui, como um regulador ético do processo. De outro lado, um litigante “impune”, pois sabe que as suas ações não acarretam nenhuma consequência em termos monetários. Perdendo ou ganhando, não deverá arcar com os custos de sua atuação em juízo. Tem-se, nesse caso, exercício de liberdade sem a contrapartida da responsabilidade (ABREU, 2014, p. 15).

É nesse contexto que se tem a presença das seguintes espécies de litigância: demandas frívolas e demandas agressoras como resultado de uma advocacia predatória²⁰.

A diferenciação se faz oportuna para delimitar aspectos importantes acerca do objeto da presente pesquisa, já que “a investigação de todas as causas e origens da famigerada crise do poder judiciário é tarefa árdua e muitos processualistas indicam fatores distintos para tal problema” (SOUZA, 2020, p. 10)²¹.

Marcelo Júnior (2014, p. 16) define demanda frívola como sendo “demandas que são propostas por jurisdicionados com baixa probabilidade de êxito”²².

20 A fim de evitar interpretações equivocadas, é necessário deixar claro que não se pretende criminalizar o exercício da advocacia, pois assim se estaria a rebaixar a Constituição Federal ao patamar de “Constituição Penal”, já que nela reside a justificativa constitucional de tratar o advogado como indispensável à administração da justiça (art. 133, da Cf/88).

21 Já lecionava Ada Pellegrini Grinover: “a morosidade e o custo dos processos; a burocratização em sua gestão; a compilação procedimental; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários” (GRINOVER, 2008, p. 24). Com a mesma opinião: RODRIGUES DE SOUZA, Felipe. O Acesso À Justiça Pela Via Do Litígio Estratégico: *enfrentando a litigiosidade habitual predatória*. Revista Científica do Superior Tribunal de Justiça. 2020.

22 Importante destacar que a frivolidade apresentada na pesquisa se apresenta como característica própria da litigância enquanto exercício do direito de ação, já que também pode estar associada

Ocorre também “quando o litigante propõe a demanda, mesmo com a consciência de que o benefício a ser obtido ao final será muito inferior ao custo de tramitação do feito” (PATRÍCIO, 2005, p. 64). Há elementos que favorecem tal postura de litigância frívola no direito brasileiro, destacando-se o baixo custo de exercício do direito de ação perante os juizados especiais.

Inserida como forma de abusividade do acesso à justiça, o fenômeno da litigância inconsequente ou frivolidade, já se está a alcançar um estágio de “pandemia processual”, com efeitos negativos no número de ações que tramitam no judiciário brasileiro²³.

Já a demanda agressora, com suporte numa tese jurídica “fabricada”, define-se como uma litigância frívola qualificada, uma vez que se utilizam de ajuizamento em massa de ações ausente de qualquer plausibilidade do direito. Além do mais, há um agente propulsor desse tipo de postura inconsequente: a advocacia predatória.

O uso predatório da justiça pela advocacia se caracteriza como verdadeira aventura jurídica com nítida intenção de enriquecimento ilícito por parte dos causídicos que as patrocinam²⁴, situação bem diversa do direito de ação tutelado constitucionalmente, sendo bom lembrar que o advogado é sempre o primeiro juiz da causa que lhe é exposta pelo cliente, desbordando em muito do dever de lealdade processual previsto no art. 79 do Código de Processo Civil vigente.

A militância predatória da advocacia não se confunde com uso predatório da justiça (ou da jurisdição), já que nessa última os litigantes habituais se

ao exercício do direito de defesa e ao direito de recorrer. Ao estar se referindo ao direito de ação, em sentido estrito, “tratamos apenas da iniciativa que dá início ao processo e delimita seu objeto” (COSTA SILVA, 2019, p. 2; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 120).

23 É um fenômeno processual que gera inviabilização parcial do acesso à justiça àqueles que realmente têm pretensões sérias (COSTA SILVA, 2019).

24 Em razão da escassez de doutrina que aborde de forma mais aprofundada o conceito exposto, não será possível explorar esse ponto nesta pesquisa.

apropriam do Judiciário para obstar ou dificultar acesso a direitos (RODRIGUES DE SOUZA, 2020)²⁵.

Nesse ambiente, diante da replicação dos processos judiciais no Poder Judiciário Potiguar, o Centro de Inteligência dos Juizados Especiais do Rio Grande do Norte elaborou a Nota Técnica n. 01/2020 sobre o tema “causas repetitivas: litigância agressora e demandas fabricadas”. Trata-se de um objeto importante para análise e aperfeiçoamento do sistema de justiça a partir desta pesquisa e de outras contribuições doutrinárias e normativas sobre a matéria.

Num terreno fértil para a proliferação de demandas fabricadas, os Juizados Especiais se tornaram um “cassino gratuito”, nos quais a demanda agressora se apresenta, como já dito, por meio de ajuizamento de causas “fabricadas” em lotes de processos, concentradas por escritórios de advocacia que capitam ilicitamente clientes, independente da plausibilidade do pedido (TJRN, 2020).

No plano da litigância racional perante os juizados especiais cíveis, a maioria dos casos possui dois elementos em comum que estimulam a judicialização: a redução dos custos em razão da gratuidade da tramitação do feito e, por vezes, o benefício pretendido é efetivamente baixo²⁶. “Se quanto menor for o custo da litigância, menor certamente poderá ser a probabilidade de êxito para justificar o ajuizamento da demanda” (COSTA SILVA, 2019, p. 16), porém essa perspectiva é importante a partir de uma relação entre a gratuidade de justiça e a litigância frívola.

25 Em outras palavras, “o uso predatório da justiça pode ser definido como a instrumentalização do Poder Judiciário, por parte de grandes conglomerados econômicos, para violar garantias jurídicas reconhecidas aos consumidores e, com isso, potencializar a obtenção de lucros. Trata-se de um fenômeno macroscópico, observável no vasto quantitativo de ações judiciais consumeristas que são interpostas corriqueiramente” (MARTINS, 2018, p. 63).

26 A exemplo de demanda que tramitou no 4º Juizado Especial da Comarca de Mossoró: pretensão compensação financeira por suposto abalo moral pelo fato de cartão de crédito ter sido recusado no caixa de supermercado.

No que diz respeito às demandas agressoras, não só a ausência de custo pela sucumbência fomenta o uso da litigância inconsequente. Também a incapacidade de gerenciamento dos processos pelas partes que figuram no polo passivo da demanda (a exemplo de instituições financeiras), impede a capacidade de defesa efetiva (TJRN, 2020).

Acrescenta-se como consequência do ponto abordado pela nota técnica o fato de que o “esforço de defesa” pelo demandado passa a ser mais custoso, abrindo espaço para que o autor da demanda seja beneficiado com um acordo, além da possibilidade de ocorrência de erros judiciais na condenação (TEIXEIRA, 2005).

As causas fabricadas, tão logo obtenham uma decisão favorável em um Juízo, replicam-se em outras comarcas de forma itinerante, **levando as empresas a firmarem acordos**, ainda que não se tenha nenhuma plausibilidade do direito, para evitar novas condenações em valores superiores (TJRN, 2020, p. 02). *Nossos destaques*

A litigância se destaca nas demandas que buscam a declaração de inexistência de débitos em decorrência de inscrição indevida nos órgãos de cadastro negativo e nos contratos bancários de empréstimos consignados “supostamente” realizados por idosos beneficiários do INSS²⁷.

Há outras tentativas de fraudes indicadas pelo Centro de Inteligência dos Juizados Especiais do RN: “a) fragmentação de ações entre as mesmas partes decorrentes da mesma relação negocial, em busca da maximização do ressarcimento; b) alegações vazias de perda de *chip* ou troca de plano de empresas de telefonia móvel, quando em verdade a contratação se deu por meio de contato telefônico; etc” (TJRN, 2020, p. 7).

As ações com teses fabricadas decorrem de um sistema especializado e devidamente estruturado por uma rede de escritórios de advocacia, com divulgação em massa do serviço, conforme exemplo indicado na nota técnica:

27 Justifica a especificação dos processos a serem discutidos no próximo capítulo.

Figura 1 - Divulgação em massa de serviços



Fonte: Nota técnica 01/2020 - TJRN

Nesse sentido destacou a Nota Técnica:

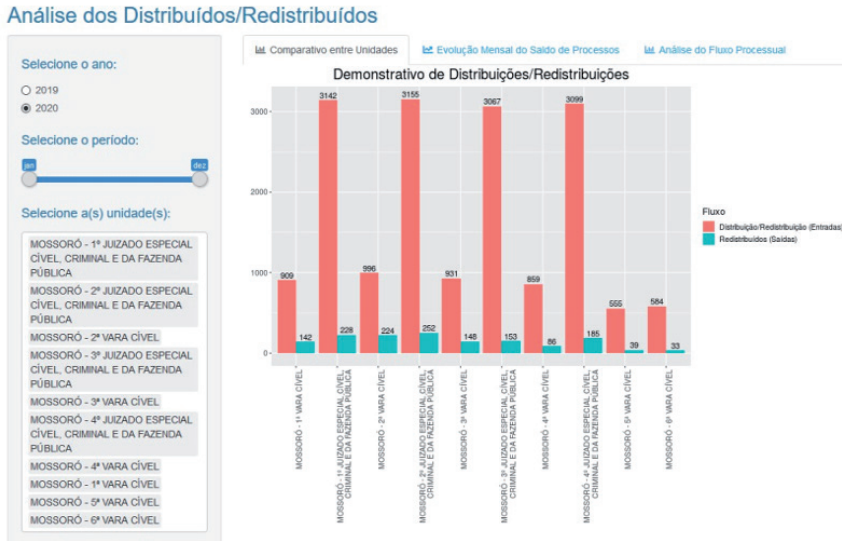
No âmbito dos Juizados Especiais do Rio Grande do Norte, foi feita uma consulta por meio do painel do PJe e constatou-se que apenas quatorze advogados, *em sua imensa maioria com a inscrição na Ordem dos Advogados do Mato Grosso*, já ajuizaram quase 15.000 (*quinze mil processos*) nas unidades jurisdicionais do nosso Estado, **todas sobre o mesmo tema, qual seja, inscrição indevida em cadastro de inadimplentes decorrente da negativa de contratação** (TJRN, 2020, p. 7). *Grifo nosso*

Agora numa perspectiva dos Juizados Especiais do Rio Grande do Norte, a Comarca de Mossoró recebeu a maior distribuição de novos casos em comparação às outras unidades jurisdicionais do Estado (TJRN, 2020).

(...) **os quatro Juizados Especiais da Comarca de Mossoró receberam em média 3.115 (três mil, cento e quinze) processos, num total de 12.463 (doze mil, quatrocentos e sessenta e três) feitos distribuídos;** por sua vez, as seis Varas Cíveis da mesma Comarca receberam, em média, apenas 850 (oitocentos e cinquenta) casos novos no mesmo período, num total de 5.104 (cinco mil, cento e quatro) feitos distribuídos (TJRN, 2020, p. 8)²⁸.

28 Com exceção das Varas de Execução Fiscal.

Gráfico 1 - Análise dos distribuidores/redistribuídos



Fonte: Nota Técnica 01/2020

Se, de um lado da balança, existem fatores que influenciam a litigância agressora com teses fabricadas encampadas por uma advocacia predatória, do outro lado, tem-se mecanismos de contenção desse perfil de litigância. É o ponto que interessa para o devido aprofundamento no próximo capítulo da pesquisa.

4 O CENÁRIO DO 4º JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE MOSSORÓ/RN E AS MEDIDAS DE CONTENÇÃO DAS DEMANDAS PRE-DATÓRIAS.

Não restam dúvidas de que a categoria de processos propostos nos juizados especiais “é derivada de relações de consumo (propostas por pessoa física contra pessoa jurídica)”. (CNJ, 2015, p. 52). Não seria diferente porque a própria lei que originou os juizados especiais é a de um tribunal para causas de menor complexidade destinado a cidadãos que, até então, não faziam uso do sistema formal de justiça (CNJ, 2015).

A partir dos temas que envolvem a litigância perante os juizados especiais, pode-se identificar a postura processual das partes envolvidas, a exemplo da lista apresentada pelo Relatório do Conselho Nacional de Justiça:

Figura 2 - Perfil de acesso à justiça nos juizados especiais cíveis

cobrança indevida	20,66%
não pagamento de indenização do DPVAT	14,05%
vício de produto ou serviço	9,92%
Inscrição em cadastro de inadimplente	8,82%
cobrança abusiva	6,34%
negativa de tratamento de saúde	5,23%
descumprimento do contrato pelo fornecedor	4,96%
Correções decorrentes de planos econômicos	4,13%
não entrega do produto	3,03%
movimentação indevida em conta corrente	2,75%
cancelamento do serviço	2,75%

Fonte: CNJ – Perfil de acesso à justiça nos juizados especiais cíveis

Dada essa apresentação, iniciando a perspectiva do *locus* da pesquisa, o presente estudo se propõe caminhar por uma trajetória elegida como forma de apresentar a realidade da unidade judicial de atuação do pesquisador em contato com as demandas agressoras/fabricadas. Por isso, o tratamento científico dos dados coletados será realizado a partir de uma pesquisa qualitativa, exploratória e documental.

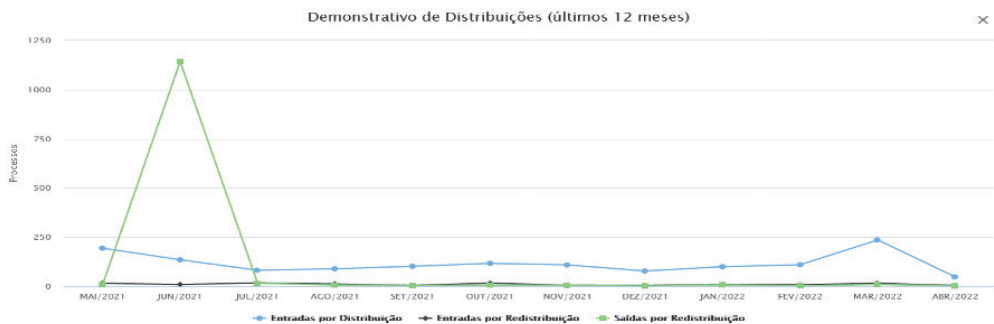
Desse modo, a pesquisa qualitativa apresenta-se como a mais adequada para este estudo à medida que, sendo o recurso mais utilizado pelas ciências sociais, objetiva descrever e compreender o fenômeno estudado a partir do contexto que ele se apresenta (NEVES, 1996).

No que tange a relevância da pesquisa documental, Oliveira (2007, p.69) discorre que “caracteriza-se pela busca de informações em documentos que não receberam nenhum tratamento científico, como relatórios, reportagens

de jornais, revistas, cartas, filmes, gravações, fotografias, entre outras matérias de divulgação”.

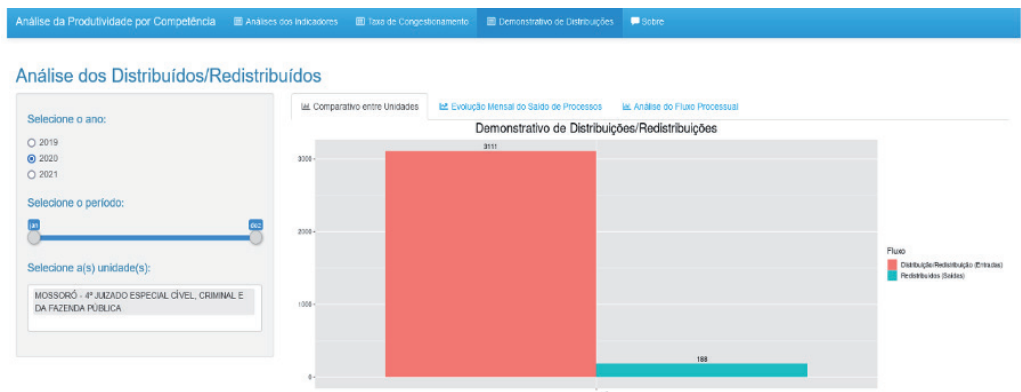
De início, houve a busca do demonstrativo de distribuição de ações judiciais no 4º Juizado Especial da Comarca de Mossoró, de acordo com gráfico extraído do sistema GPS-jus, o que representa a necessidade de busca por estratégia de gestão e filtro das demandas propostas:

Gráfico 2 – Distribuição de demandas no 4º JECCFP – Mossoró/RN



Fonte: GPS-jus/TJRN)

Gráfico 3 - Distribuição de demandas no 4º JECCFP – Mossoró/RN



Fonte: GPS-jus/TJRN – ano 2020

Embora o último gráfico não faça distinção entre demandas com pretensões legítimas e ações agressoras com teses fabricadas, o fluxo crescente de litigância no âmbito dos juizados especiais, especialmente na unidade judicial escolhida, despertou o interesse pelo estudo.

No aspecto temporal, foram selecionados os processos judiciais sentenciados entre os meses março a julho de 2021, resultando em 235 sentenças²⁹.

A partir do recrutamento dos documentos que integraram o *corpus* da análise da presente pesquisa, estes foram lidos na íntegra e alinhada ao documento elaborado pelo Centro de Inteligência dos Juizados Especiais do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte - Nota **Técnica 01/2020**.

A sistematização nesse formato permitiu a análise dos processos a partir de dois temas selecionados: contratos de empréstimos bancários e declaração de inexistência de débito em razão de inscrição indevida nos cadastros negativos de consumidor inadimplente.

A compilação intercruzada dos dados permitiu, primeiro, identificar o perfil dos litigantes que figuram no polo passivo das demandas fabricadas, conforme gráfico a seguir:

Gráfico 4 – Perfil dos litigantes – Polo passivo

PERFIL DOS LITIGANTES - Polo passivo



Fonte: Gráfico elaborado pelo pesquisador

29 Apesar da natureza pública dos processos judiciais, não será possível mencionar todos os dados identificadores das ações analisadas.

A “fatia” do gráfico representa uma numeração simbólica, porém traz uma verdade sobre o demandado que mais se repetiu nos processos selecionados. De mesmo modo, é importante destacar que, diferentemente dos processos sobre empréstimos bancários, as ações declaratórias de inexistência de débito não são propostas apenas em face de instituições financeiras, mas também em desfavor de empresas de telefonia móvel, e fornecedores de serviços e/ou produtos.

Em razão do caráter repetitivo das demandas e como último momento de levantamento dos dados, passou-se a identificar o perfil de litigância da advocacia predatória a partir de “processo – modelo”, ou seja, por um método de amostragem.

Associada como objeto de análise da pesquisa, a Nota Técnica 01/2020-TJRN indicou as manobras utilizadas pela prática fraudulenta realizada no âmbito dos Juizados Especiais do Rio Grande do Norte, com atenção para “a fragmentação de ações entre as mesmas partes decorrentes da mesma relação negocial, em busca da maximização do ressarcimento; alegações vazias de perda de *chip* ou troca de plano de empresas de telefonia móvel, quando em verdade a contratação se deu por meio de contato telefônico” (TJRN, 2020, p. 7).

Apesar de despidiêda a identificação de todos os processos recrutados pela pesquisa, a análise dos processos selecionados também identificou o perfil de atuação da parte autora nos processos com teses fabricadas.

No processo de n.0800643-XX.20XX.8.20.5148 e de n.0807626-XX.20XX.8.20.5106, o – comprovante de residência foi apresentado nos autos com endereço diverso da comarca que foi proposta a demanda, como também era identificado em nome de terceiros sem justificativa plausível.

A análise comprova o que se discutiu na Nota Técnica como postura de fraude judicial: “d) ajuizamento da mesma demanda em várias comarcas diferentes, pedindo desistência naquelas em que a defesa for mais consistente” (TJRN, 2020, p. 7).

Em hipótese semelhante, a exemplo do Processo n.0811976-XX.20XX.8.20.5106, não só o comprovante de residência estava em nome de

terceiros, como também a data indicada no documento não era contemporânea à propositura da demanda.

Apesar da parte autora alegar que não contratou empréstimo bancário, no contexto dos autos indicados acima, percebeu-se que não havia pedido de tutela de urgência, instituto comum presente nas situações que a permanência dos descontos realizados nos proventos ou benefício de aposentadoria causariam danos de difícil reparação. Todos os processos analisados com esse perfil foram julgados improcedentes.

Os relatos indicados na Nota Técnica 01/2020 – TJRN de que havia processo no qual a parte autora não reconhecia a assinatura apresentada na procuração e juntada foram comprovados a partir da análise do processo de n. 0822747-XX.201X.8.20.5106, cuja conclusão foi possível pela simples comparação com o documento pessoal da parte promovente³⁰:

Outras posturas que funcionas como *modus operandi* dos causídicos que ajuízam lides fabricadas podem ser representadas a partir dos seguintes dados coletados:

Primeiro, os processos que discutiam a declaração de inexistência de débito em razão de inscrição indevida no SPC/SERASA, a exemplo dos autos de n. 0807478-XX.2020.8.20.5106 e n. 0821799-XX.2019.8.20.5106, manipulavam os dados extraídos do site ou outro meio de consulta ao banco de dados com registros de consumidores inadimplentes com dois claros objetivos:

a) omissão de cadastro pretérito realizado de forma legítima por credor diverso, para que a compensação por danos morais não restasse impedida em razão do filtro construído pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça sacramentado na súmula 385³¹; e,

30 Os documentos pessoais não serão mostrados na pesquisa para não haver exposição desnecessária.

31 Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, **não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição**, ressalvado o direito ao cancelamento.

b) a obtenção da retirada imediata do nome do autor do cadastro de inadimplentes por meio de tutela de urgência deferida ou a obtenção de vantagem pecuniária indevida à revelia do promovido, que não possui gestão e estratégia suficientes para trazer aos autos elementos concretos que impeçam a pretensão fraudulenta deduzida no processo.

Outra postura processual dos litigantes inconsequentes é a ausência de impugnação à contestação, a partir do momento que a empresa Ré comprova a legitimidade da cobrança e os meios utilizados para frenar a obtenção de crédito pelo devedor contumaz.

Ademais, os causídicos também apresentavam pedido de desistência dos autos ou não compareciam à audiência de instrução determinada pelo juízo. Foi possível identificar a postura nas demandas abaixo:

Tabela 1 – Processo, postura e mérito.

Processo	Postura processual	Mérito
0805096-XX.2020.8.20.5106	ausência de impugnação	improcedência do pedido
0802103-XX.2021.8.20.5106	ausência de impugnação	improcedência do pedido
0821838-XX.2019.8.20.5106	ausência de impugnação	improcedência do pedido
0807478-XX.2020.8.20.5106	designação de audiência	pedido de desistência
0800949-XX.2020.8.20.5106	designação de audiência	pedido de desistência
0810969-XX.2020.8.20.5106	ausência de impugnação	improcedência do pedido

Fonte: Tabela elaborado pelo pesquisador

Da mesma postura identificada nos processos que discutiam a contratação de empréstimo bancário já mencionados, também não havia pedido de tutela de urgência nos processos sobre pedido de declaração de inexistência de débito cumulado com pedido de danos morais. Todos os processos analisados com esse mesmo perfil de demanda foram julgados improcedentes.

Diante de todos esses problemas, a consequência mais grave é um sistema dos Juizados Especiais cada vez mais abarrotado de processos complexos e fraudulentos e no qual os Juízes não conseguem observar os critérios orientadores do art. 2º da Lei nº 9.099/95 que regulam o seu funcionamento e que são a razão de sua existência (TJRN, 2020).

Apesar do direito de ação ser tratado como fundamental, o uso inconsequente do Poder Judiciário para propagar demandas agressoras com teses fabricadas passou a exigir condicionamentos como forma de filtrar esses tipos de demandas.

Primeiro, a Nota Técnica 01/2020 indicou medidas para repressão de atuação da advocacia predatória, dentre as quais destacam-se (TJRN, 2020):

- a) Ocorrência da prática do crime de associação criminosa (art. 288);
- b) Apuração do cometimento pelos advogados de infração disciplinar prevista no Estatuto da OAB (art. 34, inciso III e IV da Lei n. 8.906/95;
- c) Condenação das partes e seus procurados, de forma solidária, por litigância de má-fé (art. 79, 80, incisos I, II e II, art. 81, caput e § 1º, todos do Código de Processo Civil c/c art. 55, § único, inciso I da Lei 9.099/95 e enunciado do FONAJE);
- d) Análise das liminares após formação do contraditório;
- e) Concessão de prazo para apresentação do contrato firmado entre as partes, em favor da empresa Ré e tomada do depoimento pessoal da parte autora em audiência de instrução;
- f) Indeferimento do pedido de desistência formulado pela parte na hipótese de apresentação do contrato que embasa a relação jurídica entre as partes, em decorrência da ressalva proposta pelo Enunciado n. 90 do FONAJE;
- g) Análise de provas das contratações por todos os meios tecnológicos lícitos e disponíveis, em consonância com outros documentos pessoais apresentados nos autos pelas partes (art.s 225, 440 e 441, todos do CPC); e

h) Desenvolvimento de ferramenta de pesquisa – inteligência artificial – para busca e identificação de demandas repetitivas a partir de litigantes contumazes.

A pesquisa realizada na unidade judicial escolhida, com base nos processos já mencionados e outros devidamente analisados, passa agora a propor novas posturas de natureza processual ou procedimental com o fim de estabelecer estratégias de contenção das demandas agressoras.

Primeiro ponto diz respeito à análise inicial da documentação anexada aos autos.

Observou-se a tentativa de manipulação da competência do 4º Juizado Especial Cível da Comarca de Mossoró por meio da apresentação de comprovante de residência em nome de terceiros, sem uma razão plausível que justificasse tal postura. De mesma forma, foi possível identificar causas fabricadas que se quer apresentaram documentação comprobatória da residência do litigante.

Desta feita, o filtro inicial pode ser realizado por meio de simples despacho determinando a juntada de comprovante de residência.

Nos processos judiciais que apresentaram determinação judicial nesse sentido, vários foram extintos sem resolução de mérito por declaração de incompetência territorial (art. 51, inciso III, da Lei 9.099/95) ou extinção com fundamento no art. 485, inciso III, do CPC.

Segundo ponto diz respeito à concessão de tutela de urgência com “bloqueio” da margem consignável até o julgamento do mérito.

Apesar da recomendação apresentada na Nota Técnica, no sentido de postergar a análise da liminar após o contraditório e apresentação da defesa pela instituição financeira (art. 300, §2º do CPC), foi possível identificar nos processos que tramitaram na unidade judicial pesquisada, decisões concessivas de tutela de urgência, determinando a suspensão de descontos bancários, no contexto de discussão de efetiva contratação de empréstimo.

Figura 3 - Processos de n. 0822747-XX.2019.8.20.5106, n. 0809935-XX.2020.8.20.5106 e n. 0810969-XX.2020.8.20.5106

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de tutela de urgência para determinar que o demandado suspenda a realização dos descontos objeto da lide, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de fixação de multa cominatória.

Oficie-se ao INSS para fins de cumprimento da presente liminar.

Fonte: imagem dos processos de n. 0822747-XX.2019.8.20.5106, n. 0809935-XX.2020.8.20.5106 e n. 0810969-XX.2020.8.20.5106).

O tratamento processual adequado diante da situação acima exposta é no sentido de determinação de “bloqueio da margem consignável”, uma vez que a parte requerente pode aproveitar da “vantagem” conferida por determinação judicial precária para realizar outros contratos bancários, uma vez que o limite de crédito será devolvido à folha do benefício. Essa recomendação parte da razão de que todos os processos indicados foram julgados improcedentes em razão da apresentação, pela instituição financeira Ré, da efetiva contratação de empréstimo bancário. A permanência da vulnerabilidade da unidade judicial quanto ao engajamento das medidas necessárias para refreamento das demandas agressoras é um ponto negativo que atrai a atenção dos litigantes inconsequentes.

E, por último, diz respeito a temperamento acerca da regra da inversão do ônus da prova nas demandas de consumo que envolvem contratos de empréstimos bancários e as ações declaratórias de inexistência de débito, operada por decisão judicial e a valoração das provas apresentadas pela empresa demandada.

Na inversão judicial (*ope judicis*), caberá ao juiz analisar, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança das suas alegações.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que “a inversão do ônus da prova não dispensa a comprovação mínima, pela parte autora, dos fatos constitutivos do seu direito”³². Logo, assiste razão a nota Técnica 01/2020 – TJRN ao fundamentar que o “cenário de apego ao contrato assinado deve dar lugar a uma análise mais acurada sobre outros elementos de prova, o que resultou num aumento da quantidade de improcedências” (TJRN, 2020, p. 12).

Tais medidas, aglutinadas às propostas apresentadas pelo Centro de Inteligência dos Juizados Especiais do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte, certamente irão inibir os excessos praticados pelos litigantes inconsequentes sem comprometer o acesso à justiça, ainda que existam atitudes fraudulentas no contexto da judicialização de conflitos.

5 CONCLUSÃO

A mudança de paradigmas acerca do acesso à justiça influenciou de forma significativa na formação do perfil dos litigantes perante o judiciário brasileiro. Isso gerou expectativa numa providência jurisdicional efetiva, com sérios reflexos pela busca de um modelo ideal de sistema que acolhesse a pretensão desejada pelo cidadão. E foi a partir de então que o legislador estruturou o procedimento simplificado dos juizados especiais que, no plano teórico, representou a síntese do modelo idealizado.

32 STJ. AgInt no Resp 1.717.781/RO, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe de 15/06/2018; AgInt no AREsp 1951076/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2022, DJe 25/02/2022

A complexidade de causa passou a dar lugar ao objetivo de garantir a tempestividade do provimento jurisdicional de forma célere e simplista sem desconsiderar o procedimento correto voltado para a tutela dos direitos. Contudo, a minimização da burocracia e a aceleração da solução da controvérsia abriram portas para uma desenfreada expansão da litigiosidade, um campo fértil para o demandismo inconsequente, teses fabricadas e o exercício da advocacia predatória.

Sem qualquer intenção de criminalizar a advocacia, a forma como se dá o exercício abusivo do acesso ao judiciário, especificamente no âmbito dos juizados especiais, permitiu construir o conceito de demanda agressora e apresentar o perfil da advocacia predatória. Esse ambiente restou materializado por meio da elaboração da Nota Técnica n. 01/2020 pelo Centro de Inteligência dos Juizados Especiais do Rio Grande do Norte com o tema “causas repetitivas: litigância agressora e demandas fabricadas”.

Logo, diante dos dados apresentados na presente pesquisa, é possível verificar o cenário dos juizados especiais cíveis da Justiça Potiguar, com destaque para a unidade judicial escolhida, a saber, o 4º Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública da Comarca de Mossoró/RN, o que possibilitou registrar um grave problema com relação à litigância oportunista na busca de vantagens ilícitas a partir das ações judiciais que discutem a realização de contratos bancários e a declaração de inexistência de débito.

Retomando a pergunta de partida que conduziu o presente estudo, indaga-se quais as medidas de natureza processual/procedimental podem ser implementadas para a contenção das demandas agressoras/fabricadas alusivas a contratos de empréstimo bancário e declaração de inexistência de débito no âmbito dos juizados especiais cíveis, a partir da experiência vivenciada no 4º JECCFP Mossoró/RN.

A estratégia de contenção das demandas agressoras pode ser fixada a partir das condicionantes de contenção apresentadas pela nota técnica 01/2020 do Centro de Inteligência dos Juizados Especiais do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte, além do tratamento processual indicado como produto da pesquisa, a saber: análise documental para controle da competência territorial, o bloqueio de

margem consignável na hipótese de concessão da tutela de urgência que determina a suspensão de contrato ou a postergação da análise da liminar requerida nas demandas declaratórias de inexistência de débito, após o contraditório pela parte requerida e, por fim, o temperamento acerca da regra judicial de inversão do ônus da prova, como medida que possibilita acurar outros elementos de prova indicados nos autos.

Por fim, além dos dados concretos acerca da eficácia das medidas de contenção apresentadas, pode-se afirmar que as combinações de tais condicionantes irão, de forma positiva, proporcionar em breve a construção de um sistema processual, acolhedora de demandas menos complexas no âmbito dos juizados especiais cíveis e capaz de representar o ideal de acesso à justiça sem os percalços proporcionados pela litigância agressora.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC, **Revista de Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 5, out./2014

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. IN: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça: **Demandas Repetitivas E A Morosidade Na Justiça Cível Brasileira**. CNJ. 2011

BRASIL, LEI Nº 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**, Brasília, 12 de julho de 2001.

BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, 16 de março de 2015.

BRASIL, LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**, Brasília, 26 de setembro de 1995

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **100 maiores litigantes**. Brasília: 2012

BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, jan./abr. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Reimpr. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2015.

CATALAN. Marcos Jorge. **Juizados Especiais Cíveis**: uma abordagem crítica à luz da sua principiologia. Disponível em: http://portal.tjpr.jus.br/c/document_library/get_file?p_lid=421234&folderId=674522&name=DLFE-14568.pdf. Acesso em fevereiro 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**: ano-base 2020/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em outubro de 2021

CORREA, Priscilla P. Costa. Meios consensuais de solução de conflitos e demandas repetitivas de direito público: um desafio a ser enfrentado. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Org.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: ENFAM, 2016.

CUNHA, L. G.; GABBAY, D. M. (Orgs.). **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça**. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. 302 f. **Tese (Doutorado)** – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. 302 f. **Tese (Doutorado)** – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MARINHO, João Henrique de Brito. **Os danos sociais e a atuação do Judiciário na concretização da função social da responsabilidade civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília: 26 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55737>>. Acesso em dezembro 2021.

MARINHO, João Henrique de Brito. **Os danos sociais e a atuação do Judiciário na concretização da função social da responsabilidade civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília: 26 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55737>>. Acesso em fevereiro 2022.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005

PORTELA, Fabio **Quando a busca pela eficiência paralisa o Judiciário**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>>. Acesso em abril de 2021

RIGHI, Gabriel Braz. O Novo Código de Processo Civil e suas implicações frente ao sistema dos juizados especiais cíveis. **Monografia (Graduação em Direito)** – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. 2017

ROSA, Alexandre Moraes da. **Judiciário entre Eficiência e Eficácia: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88**. Disponível em: <https://alexandremoraesdarosa.blogspot.com.br/2009/06/eficiencia-x-eficacia.html%22%20/l%20%22axzz3CxsjOXT7>. Acesso em outubro de 2022

SADEK, M. T. (org.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SILVEIRA NETO, Antônio. Conflitos de massa e gestão dos processos judiciais. In: MORAES, Vânia Cardoso Andrade de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016.

Tenenblat, F. (1). Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, 15(52). Recuperado de [//revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1487](http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1487)

WATANABE, K. (Coord.). **Juizado especial de pequenas causas** (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984). São Paulo: Ed. RT, 1985.

XAVIER, Cláudio Antônio de Carvalho. **Juizados Especiais e o Novo CPC**, Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 7-22, set./dez. 2016

Submissão: 28.mar.23

Aprovação: 23.nov.23



<i>Formato</i>	17 x 24 cm
<i>Tipologia</i>	Minion Pro 10/12/14
<i>Papel</i>	Sulfite Alta Alvura 75 g/m ² (miolo) Supremo 250 g/m ² (capa)
<i>Número de Páginas</i>	257
<i>Impressão</i>	Coordenadoria de Apoio Operacional Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
<i>Data</i>	Dezembro 2023