

Revista do Tribunal Regional Federal da Sexta Região

Volume 1 | Número 1 | 2023



EXPEDIENTE

Revista do Tribunal Regional Federal da Sexta Região

Ano I – Volume 1 – Número 1
Julho-Dezembro de 2023

Periodicidade: Semestral

Idiomas aceitos nos artigos: Português, Inglês, Espanhol e Italiano

Responsável pela Publicação: Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da Sexta Região

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Grégore Moreira de Moura

Vice-Diretor – Pedro Felipe de Oliveira Santos

Coordenadora – Francine Figueiredo

Diagramação e Revisão – Max Ronald de Oliveira

Revisão – Sara Torres

Conselho Editorial

Alessandra Benedito

Anderson de Paiva Gabriel

Aury Celso Lima Lopes Junior

Cássius Guimarães Chai

Gisele Santos Fernandes Góes

Ministro Luiz Fux

Luiz Henrique Diniz Araujo

Márcio Carvalho Faria

Paula Pessoa Pereira

Reynaldo Soares da Fonseca

Pierpaolo Cruz Bottini

Valdir Moyses Simão

Pareceristas

Eugênio Battesini

Gabriela Exposito Tenorio Miranda de Moraes

Isabel Penido de Campos Machado

Jefferson Carlos Carús Guedes

João Carlos Souto

José Levi Mello do Amaral Júnior

Rodrigo Araújo Ribeiro



Revista do Tribunal Regional Federal da Sexta Região

A Revista do Tribunal Regional Federal da 6ª Região é um periódico semestral que tem por objeto a divulgação de artigos científicos com foco no direito aplicado, sem prejuízo das ciências interdisciplinares, como a filosofia, a antropologia, a ciência política, a sociologia, a psicologia, entre outras do painel das ciências humanas. Os artigos são selecionados por critérios de relevância, pertinência e maturidade no trato da matéria e publicados coletivamente, em cada número. A publicação é integrada ainda por julgados relevantes do TRF da 6ª Região. O objetivo é contribuir para a promoção do debate jurídico e o aprimoramento da Justiça.

Autor corporativo responsável pela publicação:

Tribunal Regional Federal da Sexta Região
Av. Álvares Cabral, nº 1805 – Santo Agostinho – CEP: 30170-001 Telefone: (31)3501-1300

SUMÁRIO

Apresentação	06
Editorial	07
Artigos	
Um sonho de desjudicialização Grégoire Moreira de Moura	08
Divergent paths: How to reconcile Constitutional Theory with Political Science Pedro Felipe de Oliveira Santos	36
Passado, Presente e Futuro dos Tribunais Regionais Federais Brasileiros Vallisney de Souza Oliveira	54
Notas sobre o tema 1.075: efeitos da coisa julgada coletiva e o art. 16 da LACP Notes on the 1.075 theme: res judicata effects on class actions Rita M. C. Dias Nolasco Edilson Vitorelli	74
Ação Afirmativa e Igualdade: O Tribunal Regional Federal da 6ª Região dá os primeiros passos na análise do tema André Prado de Vasconcelos Yasmin Alves Camargos	95
TRF6 – Esse outro “novo” desconhecido Álvaro Ricardo de Souza Cruz Guilherme Ferreira Silva	131
Standards probatórios para ingresso em domicílio sem autorização judicial: entendimento fixado pelo STJ no HC nº.598.051/SP Standards of proof for home entry without warranty: STJ’s opinion established on HC Nº.598.051/SP Carla Fernanda Fritsch Martins Matheus Felipe de Castro	144
Eficiência processual por meio dos atos Concertados entre juízes Procedural Efficiency Through Concerted Actions Among Judges Juliana Campos de Faria Stephanie Dettmer Di Martin Vienna	163

<p>Delegação de competência da Justiça Federal à Justiça Comum Estadual: Análise da circunscrição na questão da comarca de domicílio do segurado localizada a mais de 70km de municípios sede da vara federal Delegation Of Jurisdiction Of The Federal Court To The State Common Court: Analysis Of The Circumscription In The Question Of The District Of Domicile Of The Insured Located More Than 70Km From The Municipality Headquarters Of The Federal Court Denilson Victor Machado Teixeira</p>	184
<p>Apelação Criminal 1003288 - 71.2020.4.01.3815 Grégore Moreira de Moura</p>	203
<p>O Mínimo Existencial no Benefício Assistencial de Prestação Continuada The existential minimum in the assistance benefit of continued delivery Érica Jaqueline Dornelas Concolato Marcelo Barroso Lima Brito de Campos José Maurício Lourenço</p>	231
<p>Análise comparativa entre o elemento subjetivo do tipo de injusto no common law e no civil law: aproximação possível Marcos Vinicius Lipiensi</p>	250
<p>Acesso à Justiça e Inclusão Digital: Estudo de Caso da Subseção Judiciária de Paragominas Access to Justice and Digital Inclusion: Case Study of Paragominas Judicial Subsection Paulo César Moy Anaisse Tathiane Menezes da Rocha Pinto Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo</p>	267

APRESENTAÇÃO

Fui honrosamente encarregada pelo meu preclaro colega, Desembargador Grégore Moreira de Moura, Diretor da nossa Escola da Magistratura Federal e da Revista do Tribunal Regional Federal da 6ª Região a escrever a apresentação do primeiro número da Revista, que agora vem a público. Este primoroso trabalho editorial faz sua estreia no primeiro aniversário do TRF6 e vem na esteira das nossas comemorações por este ano de exaustivo, mas profícuo e desafiador trabalho de construção de um tribunal que nasce sob o signo da inovação, da tecnologia e da efetividade. Nasce também sob o ideal do humanismo, do resgate histórico dos valores da cultura, da reflexão, da necessidade do aprofundamento no estudo de temas essenciais à produção jurídica, como a filosofia, a história, a literatura, a poesia.

Nesse sentido, o nosso juiz poeta, Grégore Moura, na direção desta nossa Revista, traz na sua gestão o objetivo de contribuir não apenas para a ampla divulgação da produção acadêmica no âmbito interno e externo do Tribunal, mas também estimular o debate público, ao reunir artigos técnico-científicos com foco no direito aplicado e nas ciências humanas. Amparado num Conselho Editorial composto por notáveis juristas, a Revista oferece aos leitores um painel variado de análises fundamentadas e inéditas.

Esta primeira edição teve como tema basilar os estudos relacionados às matérias de competência da Justiça Federal. Nesse sentido, a Revista traz a oportunidade de aprofundar o conhecimento acerca dessa temática, que interessa tanto aos órgãos do sistema de justiça quanto à sociedade em geral, de modo a tornar conhecido e divulgar esse ramo do Poder Judiciário do qual nós nos orgulhamos em pertencer.

Agradeço, portanto, aos Senhores Desembargadores Federais Diretor e Vice-diretor da Revista do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, respectivamente, Grégore Moreira de Moura e Pedro Felipe de Oliveira Santos, e à valorosa equipe da Escola de Magistratura Federal, por este belíssimo trabalho de organização e execução deste primeiro número da Revista, certa de que esta edição irá inaugurar uma sequência exitosa de publicações.

A todos, desejo uma excelente e prazerosa leitura.

Mônica Sifuentes
Desembargadora Federal
Presidente do Tribunal Regional Federal da 6ª Região

EDITORIAL

É com muita alegria e satisfação que a Escola do Tribunal Regional Federal da 6º Região lança a primeira edição de sua Revista.

A comemoração é dupla. Por um lado, se celebra no dia 19 de agosto de 2023 o aniversário de um ano de instalação do Tribunal, o qual representa a concretização do sonho do povo mineiro de ter um acesso à justiça federal mais célere, eficaz, tecnológica e moderna.

De outro, se festeja o lançamento da primeira edição da Revista do Tribunal Regional Federal da 6º Região que congrega academia, o nosso Tribunal, juristas e sociedade civil, em sua missão de compartilhar conhecimentos e experiências jurídicas, fomentando as fontes motrizes da Justiça, quais sejam a conciliação e o diálogo.

A Revista, portanto, é a reverberação destes vetores, além de registrar na história jurídico-acadêmica do país, o Direito em sua forma mais vivente e atual.

Nesta primeira edição contamos com artigos de diversos temas como competência, desjudicialização, eficiência processual, ações afirmativas, os caminhos de criação e desenvolvimento do Tribunal Regional Federal da 6º Região e outros, na esteira propositiva de inovação e da concatenação entre teoria e prática, ou seja, uma estreia de gala, pois já nasce simples, objetiva, certa e, ao mesmo tempo, profunda e democrática.

São muitos os desafios que enfrentamos no sistema jurídico brasileiro, todavia, os debates e os desacordos razoáveis ínsitos ao sistema democrático dão o tom de uma mudança social, econômica e jurídica para um país com inclusão, cidadania e efetiva prestação jurisdicional, sendo que nossa Revista é mais um canal para promover a argamassa de todos nossos direitos constitucionalmente garantidos.

Em uma união de esforços de vários atores e com o apoio incondicional da nossa Presidente do Tribunal, Dra. Mônica Sifuentes, que vem desbastando todos os obstáculos para a construção diuturna desta casa, agradecemos na sua pessoa a realização de mais esse sonho de produzir presentes, já que conhecimento é um presente.

Também parabenizamos toda a equipe da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 6º Região que não tem poupado esforços para erguer as colunas de sustentação da nossa missão institucional de produzir ciência, conhecimento, educação e a consciência de justiça e fraternidade com muita responsabilidade social.

Que venham outras edições com a excelência deste primeiro ato de uma peça teatral, que promete ser longa, alvissareira e, acima de tudo, de muito sucesso não só institucional, mas também social.

Como disse certa vez em uma de minhas elucubrações poéticas: “Deus vai nos dando o conhecimento em gotas... E as gotas? Continuam a semear o conhecimento improvável”.

Que essas gotas estejam representadas nestas páginas e que o improvável venha em positivities.

Boa leitura a todos.

Grégore Moreira de Moura

Desembargador Federal

Diretor da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 6a Região

[Sumário]

Um sonho de desjudicialização

Grégore Moreira de Moura
Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região
Mestre em Ciências Penais e Doutor em Direito em Direito Constitucional pela UFMG
Professor de Direito Penal e Criminologia
Palestrante e autor de livros

Sonhar com matérias afetas ao nosso dia a dia não é nenhuma novidade. Diga-se de passagem, aqueles que estão estudando para concurso público, já que inúmeras noites são recheadas de conteúdos jurídicos que perpassam nos sonhos como filmes de longa-metragem com enredo de disciplinas exigidas em aprovações, enquanto dormem.

O conjunto de imagens, sensações, fantasias que permeiam os sonhos podem ser transformados em ações, já que a imaginação do subconsciente pode nos mover para mudanças concretas.

Esse texto pretende ser o relato de um sonho que pode ser um prenúncio de uma realidade, ainda que não tenha contornos eminentemente acadêmicos, já que foca no pragmatismo envolto pela experiência diuturna de um burocrata do Direito e busca o movimento que vem da abstração do inconsciente para a concretude da solução preconizada.

Para tanto, não se busca aqui solucionar o problema geral da judicialização no país, mesmo que seja um sonho de todos nós, principalmente, em um país que só no ano de 2021 julgou 26, 9 milhões de processos judiciais, segundo o CNJ.¹

O objetivo é apenas pincelar sonhos esparsos de possíveis soluções para diminuir os efeitos da judicialização no país, tanto na esfera cível como criminal, com vistas a tornar o Poder Judiciário mais célere, produtivo e efetivo.

O caminho escolhido passa por quatro temas aleatórios, pois sonhos são assim: análise da legislação penal, o instituto da justiça gratuita, o Juizado Especial Federal e os filtros recursais no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial.

Antes, porém, faz-se mister contextualizar a realidade da Justiça brasileira em números.

1 Disponível em <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/>. Acesso em 31.07.2023.

1. Judicialização em números

O Poder Judiciário brasileiro possui em torno de 80 milhões de processos judiciais, ou seja, esse número é estarrecedor quando se compara com a população do país, pois tem-se a estimativa de 203 milhões de brasileiros.² Portanto, a cada pouco mais de dois brasileiros temos um processo judicial, alavancando uma situação praticamente insustentável sob o aspecto econômico, gerencial e jurídico.

Conforme relatório do CNJ:

“O tempo de resolução de um processo físico foi em média de 6 anos e 6 meses, enquanto o processo eletrônico foi solucionado em 1 ano e 10 meses, ou seja, mais do triplo do tempo. Dos processos que estão em tramitação em forma física, há uma espera do jurisdicionado, em média, na escala de 9 anos e 9 meses, ao passo que, nas ações que tramitam em sistemas eletrônicos, a duração é reduzida para 3 anos e 4 meses. Os processos eletrônicos já representam a realidade em 97,2% dos casos novos, 80,8% dos processos em tramitação e de 89,1% dos casos baixados”³.

Já houve uma redução no tempo e no custo do processo judicial com a implantação do processo eletrônico, mas há muito que fazer quando se depara com o tempo de resolutividade e os gastos para manutenção do serviço de prestação jurisdicional que só na Justiça Federal estima-se que no ano de 2022 foram gastos R\$ 12.369.100.765, conforme infográfico abaixo:⁴

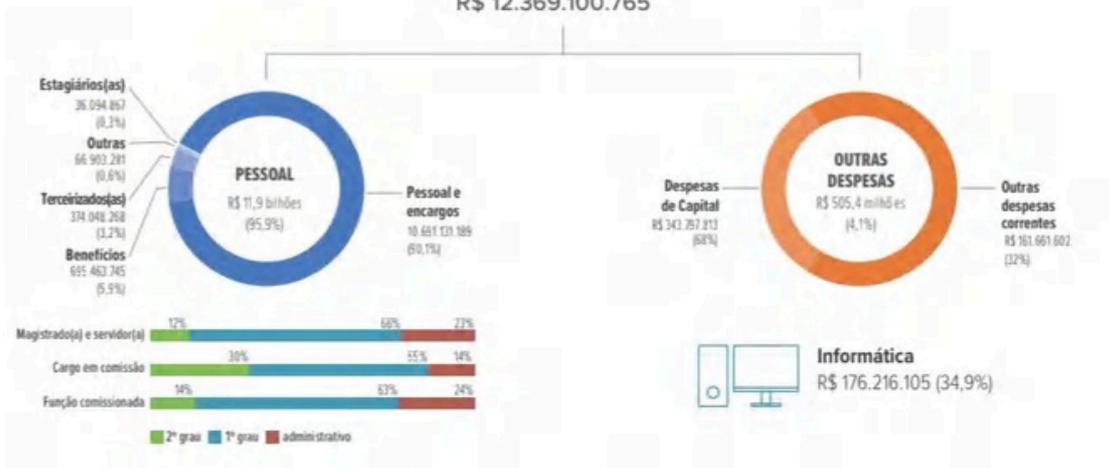
2 Disponível em <https://g1.globo.com/economia/censo/noticia/2023/06/28/censo-2022-brasil-tem-203-milhoes-de-habitantes-47-milhoes-a-menos-que-estimativa-do-ibge.ghtml>. Acesso em 31.07.2023.

3 Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 31.07.2022.

4 Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>.

JUSTIÇA FEDERAL

DESPESA TOTAL
R\$ 12.369.100.765



MAGISTRADOS(AS)

Cargos Existentes: 2.412



FORÇA DE TRABALHO



TOTAL: 41.730
MAGISTRADOS(AS): 1.900
SERVIDORES(AS): 28.100
 Eletivos(as): 25.869
 Cedido(as) (requisitado(as)): 2.050
 Sem vínculo efetivo: 181
AUXILIARES: 11.730

SERVIDORES(AS)

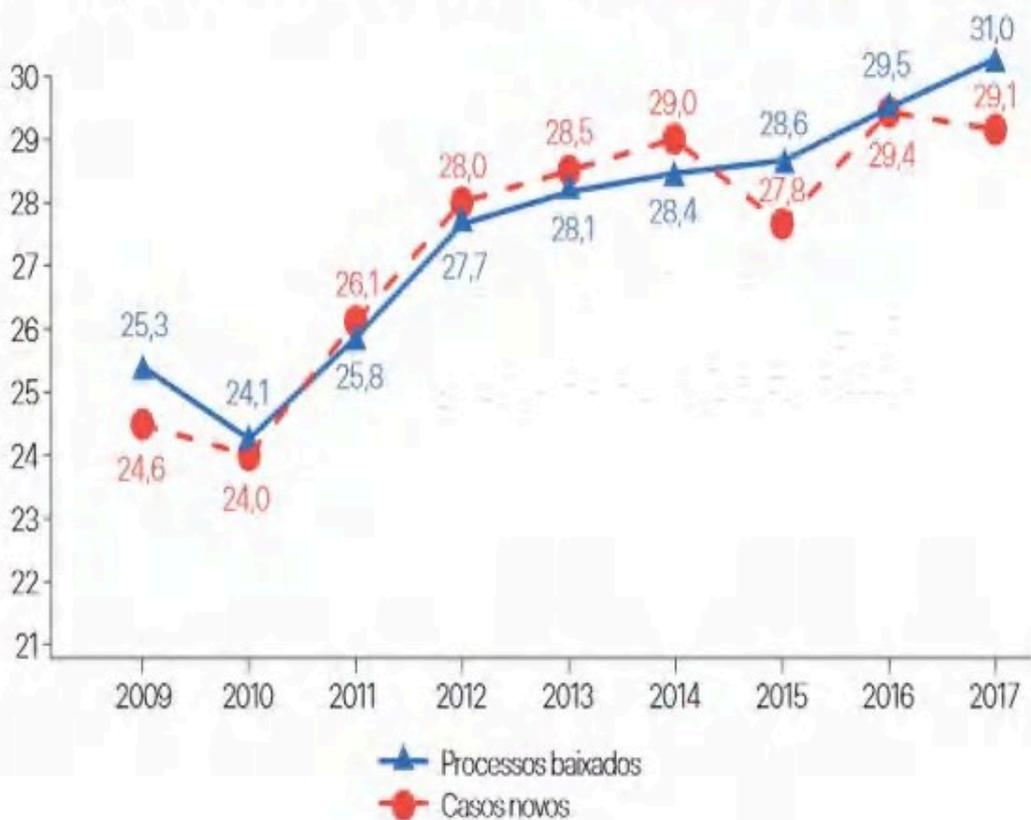
Cargos Existentes: 28.269



Sem contar o custo processo. No ano de 2015, por exemplo, cada brasileiro desembolsou R\$387,00 para manter o Poder Judiciário, o que equivalia a 1,3% do PIB. Se avaliarmos de 2009 a 2015 o crescimento foi de 31%. Em 2020, os gastos foram de R\$ 479,16 por habitante, a Justiça Federal teve 5.201.412 casos novos, 3.963.302 sentenças, 5.359.157 processos baixados e 10.636.165 pendentes com taxa de congestionamento de 66,5%.⁵

5 Fonte: CNJ em números 2020- ano base 2019.

Figura 45: Série histórica dos casos novos e processos baixados



MOVIMENTO PROCESSUAL

JUSTIÇA FEDERAL

PROCESSOS	2019	2020	2021	2022 (JAN-SET)
Distribuídos	3.772.386	3.146.793	4.293.881	2.891.621
Julgados	3.709.819	3.131.176	3.595.746	2.826.764
Acervo	10.258.881	10.507.801	11.504.794	10.918.148

Fonte: TRFs

MOVIMENTO PROCESSUAL POR REGIÃO 2021						
SEGUNDA INSTÂNCIA						
PROCESSOS	TRF-1	TRF-2	TRF-3	TRF-4	TRF-5	TOTAL
Distribuídos	142.864	54.797	121.685	152.878	38.929	511.153
Julgados	164.205	69.083	204.703	144.697	39.193	621.881
Acervo	593.264	87.446	296.424	173.418	69.766	1.220.318
PRIMEIRA INSTÂNCIA						
PROCESSOS	TRF-1	TRF-2	TRF-3	TRF-4	TRF-5	TOTAL
Distribuídos	1.146.441	395.623	805.795	791.963	642.906	3.782.728
Julgados	877.900	312.491	550.233	620.295	612.946	2.973.865
Acervo	3.435.436	930.623	3.146.702	1.899.741	871.974	10.284.476

Obs.: TRF-6, criado em agosto de 2022, não tem dados referentes ao período

Fonte: TRFs

Desta feita, sem desconsiderar os esforços que o Poder Judiciário tem feito diuturnamente para diminuir seu acervo, as soluções inovadoras também dependem de alterações macro, especialmente legislativas, para que haja efetiva mudança no contexto descrito acima.

2. Legislação Penal

O primeiro sonho na busca da desjudicialização é o enxugamento da lei penal e processual penal.

A redução da criminalidade perpassa por um fundamento muito mais amplo de inserção social, prevenção primária e outros elementos sociais e econômicos, o que realmente gera efeitos na diminuição da criminalidade.

No entanto, enquanto não alcançamos níveis educacionais, sociais, econômicos e culturais dos países nórdicos, como a Noruega que fechou prisões nos últimos tempos e tem um dos menores índices de reincidência do mundo, comecemos a adotar algumas práticas que podem ser um caminho inicial para a diminuição de processos criminais.

A proposta não beira a radicalidade do abolicionismo penal proposto por Louk Hulsman⁶ que parte da premissa de que a criminalidade é uma questão de poder e o conflito social é natural e comum. Neste sentido, para o abolicionismo a conciliação é a saída como forma de diminuição da violência institucional gerada pelo Estado como detentor do direito de punir.

Logo, o abolicionismo em última análise busca meios de justiça restaurativa e conciliadora.

“Para a resolução do problema, o autor propõe algumas medidas a serem tomadas, a fim de alcançar o abolicionismo. A primeira delas consistiria na modificação da própria linguagem penal, pois seria impossível superar a lógica do sistema penal sem rejeitar seu vocabulário, que constitui a base dessa lógica.[26] Este seria o chamado abolicionismo acadêmico e consistiria na inutilização de palavras como “crime”, “criminoso”, “política criminal” etc., pois estas seriam um reflexo do sistema punitivo do Estado.[27] Para Hulsman não existem crimes nem delitos, existem apenas situações problemáticas. “Segundo Hulsman, o câmbio na linguagem permitiria maior tolerância com modelos culturais diferenciados e a construção da situação problemática como acidente, caso fortuito, fato trágico da vida, não segregando de forma maniqueísta a sociedade entre vítimas e criminosos.”[28]O autor aposta nas estruturas das justiças civil e administrativa como alternativa ao direito penal, de modo que estas estruturas teriam melhores condições de promover a aproximação entre os indivíduos, fato que possibilitaria à vítima e ao imputado uma resolução do conflito ocorrido face a face, através do diálogo. “A estratégia não seria, portanto, centrada apenas na gradual abolição da coerção criminal, mas do próprio sistema de justiça penal, substituindo-o pelo mecanismo informal e flexível das justiças civil e administrativa.”[29] ⁷

6 Hulsman, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas: O sistema penal em questão. 3ª edição. Volume 5. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

7 PAVAN, Janaína Fernanda da Silva. O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade? Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7475/>. Acesso em 01.08.2023.

O abolicionismo tem como principais fontes as cifras ocultas da criminalidade e a ineficácia das sanções criminais.

Todavia, mesmo que se concorde com as fontes principais das teses abolicionistas, a proposta não enseja a abolição do Direito Penal, mas sua redução drástica, na esteira do que preconiza o movimento criminológico denominado direito penal mínimo.⁸

Com efeito, trata-se de uma diminuição do número de crimes previstos na legislação penal e na organização destas leis, para restringir o espectro de divergência interpretativa e jurisprudencial, ao sistematizar e enxugar a legislação.

A primeira opção consiste na revogação de todos os crimes de menor potencial ofensivo e a maioria dos crimes de médio potencial ofensivo, principalmente, os de cunho patrimonial ou que possuem objeto jurídico disponível.

Tal solução diminuiria significativamente o número de processos penais no país, já que os juizados especiais criminais se esvaziariam, tendo em vista que a maior parte dos crimes julgados são as contravenções de vias de fato, omissão de cautela na guarda ou condução de animais, perturbação do sossego, importunação ofensiva ao pudor e os crimes de ameaça, lesão corporal, desobediência, dano, ato obsceno, comunicação falsa de crime ou contravenção, exercício arbitrário das próprias razões e dirigir sem habilitação, isto é, ilícitos que poderiam ser combatidos por outras áreas do Direito com fixação de multas e outras sanções não criminais.

8 “Como uma variante destas posições extremas, há quem defenda o chamado Direito Penal mínimo (no Brasil com a influência das ideias do notável jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni), que não exclui o encarceramento como uma resposta repressiva adequada, mas remete esse tipo de punição a apenas algumas condutas dotadas de maior lesividade à coletividade, reservando aos demais ilícitos a adoção de medidas sancionatórias alternativas, como, por exemplo, a suspensão do gozo de alguns direitos, a prestação de serviços obrigatórios em favor da coletividade e a aplicação de multas penais”. Bessa, Marcelo Ávila de. O Direito Penal mínimo e o faz de conta do sistema prisional brasileiro. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-10/marcelo-bessa-direito-penal-minimo>. Acesso em 01.08.2023.

9 “Em 2021, ingressaram, no Poder Judiciário, 2,2 milhões de casos novos criminais (Figura 157), sendo 1,5 milhão (56,5%) na fase de conhecimento de primeiro grau, 11,1 mil (0,4%) nas turmas recursais, 573,5 mil (21,4%) no segundo grau e 140,2 mil (5,2%) nos Tribunais Superiores. Além dos 2,2 milhões, foram iniciadas 441,7 mil (16,5%) execuções penais, totalizando 2,7 milhões de novos processos criminais, quando computadas as execuções penais. A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 70,8% da demanda. Na área criminal, essa representatividade aumenta para 92,6%. A Figura 157 mostra que o quantitativo de processos novos criminais reduziu em 2020, com posterior aumento em 2021, registrando variação de 6,4%. Mesmo assim, os dois últimos anos da série histórica representam as menores demandas processuais criminais observadas desde 2009. Quanto ao acervo, há certa manutenção dos valores, que oscilam entre 5,3 e 5,5 milhões de processos, com redução no acervo de 1,9% entre os anos de 2020 e 2021. O número de baixados cresceu em 19%, registrando um total de 2,4 milhões casos solucionados durante o ano de 2021. As informações sobre os quantitativos de casos novos e pendentes por tribunal podem ser visualizadas na Figura 158. Os casos pendentes equivalem a 2,8 vezes a demanda. Apenas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, estão concentrados 1,1 milhão, o equivalente a 20,2% do acervo processual criminal do país”. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. p. 224. Acesso em 30.07.2023.

O impacto seria significativo, como comprovam os números abaixo do TJMG. Vejamos:



Conforme dados extraídos do sistema do TJMG, o Juizado Especial como um todo julgou em 2020: 92.448 processos; 2021: 144.896 processos; 2022 foram 145.203 e em 2023 já julgou 72.075.

Na estatística percebe-se que no Juizado Especial do TJMG os crimes mais recorrentes são ameaça, crimes de trânsito, lesão corporal leve, posse de drogas para uso pessoal e vias de fato. Só no ano de 2020 foram 17.648 processos por ameaça e 10.747 processos por crimes de trânsito em 2023.

Logo, se reduzida a legislação penal, especialmente os crimes de competência do Juizado Especial, o número de processos diminuiria sobremaneira, conforme demonstram os dados acima.

Além disso, diminuiria a violência institucionalizada na aplicação do Direito para crimes que não ofendem de maneira significativa a sociedade na escala valorativa feita pelo legislador.

Também haveria diminuição da seletividade penal que é direcionada para crimes contra o patrimônio e classes sociais menos abastadas financeiramente, conforme comprovam as estatísticas criminais, bem como o foco mudaria para a resolução de crimes realmente graves, como o homicídio.¹⁰

Sem dúvida isso afetaria o volume de inquéritos policiais nas delegacias de polícia e a força policial apurativa seria direcionada para casos graves e de maior potencial ofensivo, já que a quantidade de casos reduziria sensivelmente.

Como se não bastasse, os custos com o Judiciário, especialmente, o estadual seria readequado para atender o princípio da economicidade e eficiência.

Logo, não há dúvida de que os outros ramos do Direito teriam eficácia maior que o Direito Penal, uma vez que o processo pode ser menos burocrático e garantista como ocorre no processo penal.

Imagine a seguinte situação: perturbação do sossego alheio, com sanção de uma multa elevada ou o próprio despejo de um indivíduo que provoca tal fato. A eficácia neste caso é muito maior tanto no aspecto prático, quanto pedagógico.

Neste diapasão, na esteira do que propõe o princípio da subsidiariedade do Direito Penal acoplado ao movimento criminológico do Direito Penal Mínimo, a primeira proposta seria a revogação dos tipos penais de pequeno potencial e alguns de médio potencial ofensivo, especialmente aqueles que possuem bem jurídico disponível para reduzir o sistema judiciário criminal e lhe dar mais humanidade e racionalidade.

10 "Dados de 2014 do Ministério da Justiça mostram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300. Em junho de 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do CNJ, fez um levantamento inédito ao incluir nesta estatística as pessoas em prisão domiciliar. Os dados apresentados revelam que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, o que coloca o Brasil na terceira posição mundial de maior população de presos. Ao mesmo tempo há um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário. Se se considerarem os mandados de prisão em aberto – 373.991 – a população carcerária saltaria para mais 1 milhão de pessoas. Relatório divulgado pela Anistia Internacional em fevereiro de 2015 coloca o Brasil no topo dos países mais violentos do mundo. São pelo menos 130 homicídios por dia. O relatório aponta que a sensação de impunidade é um incentivador, já que 85% dos homicídios não são solucionados no Brasil, e cita como os principais fatores para a crise no Brasil a violência policial, registros de tortura e a falência do sistema prisional. A reincidência e as condições desumanas das unidades prisionais são também fatores preocupantes. Segundo a Anistia, sete em cada 10 presos voltam a praticar crimes. Dentro dos presídios tornou-se rotineiro encontrar condições precárias e sub-humanas. Falta de espaço, de higiene, doenças em série, profissionais mal treinados e corrupção são constantes no sistema prisional brasileiro. A violência é, sobretudo, um dos grandes desafios dos gestores do setor. Os relatórios dos mutirões carcerários do CNJ são provas das condições indignas de sobrevivência nesses ambientes". Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em 31.07.2023.

A segunda proposta seria sistematizar a legislação penal brasileira que é uma verdadeira colcha de retalhos. Divergências de interpretação, crimes esparsos e a desorganização da lei penal criam inúmeras demandas, geram inefetividade nas punições, aumentam o número de prescrições e promovem insegurança jurídica.

Em suma, a proposta é: revogados os crimes de menor potencial ofensivo e uma parte dos de médio potencial ofensivo, o caminho fica aberto para aplicação do princípio da reserva de código.

A reserva de código consiste em sistematizar e organizar todos os crimes em uma única peça legislativa, a qual possui método, regularização, ordem e estrutura idealizada em bens jurídicos a serem tutelados, o que promove facilitação de consulta, menores divergências interpretativas e reduz o sistema criminal a uma legislação caracterizada pela unicidade e racionalidade.

Sem o sistema dos Juizados Especiais, basta que se mantenha um código penal reduzido com capítulos específicos para os temas macro como crimes contra crianças e adolescentes, consumidores, crimes do colarinho branco, ambientais e tráfico de drogas. A se manter o sistema valorativo para que haja responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, pode haver uma lei penal das pessoas jurídicas abarcando crimes contra o sistema financeiro, tributários, ambientais, por exemplo.

O que importa é a sistematização e o enxugamento dos tipos penais, além da consolidação das leis extravagantes para que a reserva de código promova segurança jurídica e direcionamento aos destinatários e aplicadores da lei penal.

Fica então a proposta de realização do primeiro “sonho” de desjudicialização, qual seja o enxugamento das leis penais e a aplicação do princípio da reserva de Código.

3. A justiça gratuita

O segundo sonho na busca da desjudicialização é a definição de um critério objetivo para a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

É sabido que a regulamentação da concessão de assistência judiciária gratuita aos necessitados é feita pela Lei 1060/1950 que, diga-se de passagem, é bem antiga. Esta lei regulamenta o direito constitucional expresso no artigo 5º, LXXIV da Carta Constitucional.

A situação econômica do país, bem como nossa justiça mudou muito de 1950 até os dias de hoje, o que faz merecer uma reflexão sobre o tema.

Ao que parece, confunde-se no Brasil acesso à justiça com ausência de responsabilidade processual. Ajuizar uma ação demanda responsabilidade, inclusive, é mister que se arque com as consequências de tal ato, como tudo na vida.

Todavia, no Brasil há hipóteses de total ausência de responsabilidade das partes, demandas predatórias e aventuras processuais que permanecem incólumes, uma vez que sob o pálio da justiça gratuita impedem qualquer tipo de ônus ou responsabilização. Um exemplo disso são os juizados especiais.

A realidade precisa ser mudada, para que, como ocorrem em outros países, se permita o acesso à justiça, no entanto, se preveja sanções processuais para aqueles que se aventuram ao ajuizar ações judiciais.

Infelizmente, o STF perdeu a oportunidade de disseminar essas premissas ao julgar inconstitucionais dispositivos da legislação trabalhista na ADI 5766.¹¹

É preciso que o direito de ação, assim como qualquer outro, seja exercido com balizas mínimas e que as partes sejam responsabilizadas por seus atos.

Embora importante tal alteração das premissas que balizam a justiça gratuita no país, este trabalho não permite uma análise mais ampla do problema que envolve sucumbência, ônus processuais, custas e outros aspectos.

O foco aqui é a busca de um critério objetivo para a aferição do direito ao benefício da justiça gratuita.

A lei não fixa um critério objetivo, o que levou a jurisprudência a definir diversos elementos para a concessão do benefício, aumentando sobremaneira a insegurança jurídica e a judicialização.

Traremos aqui quatro critérios que ilustraremos com as decisões judiciais que os aplicam, alertando ao leitor que o tema repetitivo 1178 do STJ está com questão submetida a julgamento e pendente de decisão: “Definir se é legítima a adoção de critérios objetivos para aferição da hipossuficiência na apreciação do pedido de gratuidade de justiça formulado por pessoa natural, levando em conta as disposições dos arts. 98 e 99, § 2º, do Código de Processo Civil”.

Por outro lado, temos os seguintes critérios:

- 1) fixado sobre a renda mensal em salários-mínimos;
- 2) fixado sobre o teto de isenção do imposto de renda;
- 3) contratação de advogado particular;
- 4) valores a receber na fase de cumprimento de sentença.

11 EMENTA : CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE SOCIAL E DIREITO SOCIAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. MARGEM DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CRITÉRIOS DE RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário. 2. A ausência injustificada à audiência de julgamento frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais para o órgão judiciário e para a parte reclamada, o que não se coaduna com deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual, mostrando-se proporcional a restrição do benefício de gratuidade de justiça nessa hipótese. 3. Ação Direta julgada parcialmente procedente.

Critério 1: Fixado Sobre A Renda Mensal Em Salários-Mínimos

SPC PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ADOÇÃO DE CRITÉRIO NÃO PREVISTO EM LEI. IMPOSSIBILIDADE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA ANÁLISE CONCRETA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – O tribunal de origem, no julgamento do agravo de instrumento, asseverou que a presunção de hipossuficiência apta à concessão do benefício de gratuidade de justiça somente resta configura no caso de renda mensal até o valor três salários-mínimos.

III – Consoante orientação jurisprudencial desta Corte, a decisão sobre a concessão da assistência judiciária gratuita não pode ser amparada em critérios distintos daqueles expressamente previstos na legislação de regência, não havendo amparo legal para adoção de critérios abstratos, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita.

IV – A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V – Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VI – Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp n. 1.895.814/RJ, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 6/12/2021, DJe de 10/12/2021.)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. CRITÉRIO ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE.

1. É assente na jurisprudência do STJ que a simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, ainda que dotada de presunção iuris tantum, é suficiente ao deferimento do pedido de gratuidade de justiça quando não ilidida por outros elementos dos autos.

2. Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como a aferição de renda inferior a cinco salários mínimos, por não representar fundadas razões para a denegação da gratuidade de justiça.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp n. 1.940.053/AL, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 4/10/2021, DJe de 21/10/2021.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. JUSTIÇA GRATUITA. PARTE SUPOSTAMENTE HIPOSSUFICIENTE. PRESUNÇÃO RELATIVA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM A FALTA DE PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO. REQUISITOS LEGAIS. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. Cuida-se de Agravo Interno contra decisum que não conheceu do Recurso Especial.

2. Trata-se, na origem, de ação ajuizada por servidora pública estadual contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com o objetivo de suspender o processo administrativo contra ela instaurado devido à cumulação de cargos e de ver reconhecida a legalidade de tal cumulação. A controvérsia do presente Recurso Especial, porém, diz respeito somente ao pedido de gratuidade da justiça realizado pela servidora, sob o argumento de que tal instituto goza de presunção de veracidade e de que ficou comprovado nos autos que sua remuneração é inferior a 10 (dez) salários mínimos.

3. Consoante a jurisprudência do STJ, “a simples declaração de pobreza firmada pelo requerente, no pedido de assistência judiciária gratuita, tem presunção relativa, admitindo-se prova em contrário.” (AgInt no AREsp 632.890/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 30/10/2017). Nesse sentido: AgRg no AREsp 363.687/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º/7/2015.

4. Ademais, quanto ao argumento da recorrente de que percebe remuneração abaixo de 10 (dez) salários mínimos e por isso faz jus à gratuidade, o Superior Tribunal de Justiça vem rechaçando a adoção de critérios únicos não previstos na Lei 1.060/1950, porquanto não representam fundadas razões para denegação da gratuidade de justiça. A propósito: 11 AgRg no REsp 1.486.056/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/4/2017; AgRg no AREsp 353.863/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/9/2013. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

5. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.916.377/PE, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/6/2021, DJe de 1/7/2021.)

PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. FAIXA DE RENDA MENSAL. CRITÉRIO ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE.

1. É assente na jurisprudência do STJ que a simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, ainda que dotada de presunção iuris tantum, é suficiente ao deferimento do pedido de gratuidade de justiça quando não ilidida por outros elementos dos autos.

2. Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como faixa de renda mensal isoladamente considerada, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita.

3. Agravo interno desprovido.

AgInt no REsp 1836136 / PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 04/04/2021, DJe de 12/04/2022.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE GRATUIDADE TÃO SOMENTE COM BASE NA REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELO AUTOR DA DEMANDA. CRITÉRIO NÃO PREVISTO EM LEI. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Na linha da orientação jurisprudencial desta Corte, a decisão sobre a concessão da assistência judiciária gratuita amparada em critérios distintos daqueles expressamente previstos na legislação de regência, tal como ocorreu no caso (renda do autor), importa em violação aos dispositivos da Lei nº 1.060/1950, que determinam a avaliação concreta sobre a situação econômica da parte interessada com o objetivo de verificar a sua real possibilidade de arcar com as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

3. AgInt no AgInt no AREsp 868772/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 13/09/2016, DJe de 26/09/2016.)

1.1. Renda líquida:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI 1.060/1950. ADOÇÃO DE CRITÉRIO NÃO PREVISTO EM LEI. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NECESSÁRIO RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O critério que observa apenas a remuneração líquida da parte, adotado pelo Tribunal de origem como parâmetro para o indeferimento do benefício vindicado não encontra amparo na Lei 1.060/1950, além de consistir em critério objetivo.

2. Ao analisar a concessão do benefício, o magistrado deverá perquirir sobre as reais condições econômico-financeiras do requerente, podendo solicitar que comprove nos autos que não pode arcar com as despesas processuais e com os honorários de sucumbência. Isso porque, a fundamentação para a desconstituição da presunção estabelecida pela lei de gratuidade de justiça exige perquirir, in concreto, a atual situação financeira do requerente (REsp 1196941/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 23/03/2011).

3. Agravo interno não provido.

AgInt no AgInt no AREsp 1664505 / RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, STJ, julgado em 08.02.2021, DJe 11.02.2021.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI 1.060/1950. ADOÇÃO DE CRITÉRIO NÃO PREVISTO EM LEI. RENDA LÍQUIDA INFERIOR A 10 SALÁRIOS MÍNIMOS. NECESSÁRIO RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O exame da controvérsia não encontra óbice na Súmula 7/STJ, porquanto não exige o reexame do conjunto fático, haja vista limitar-se à questão exclusivamente de direito, in casu, à legalidade do critério adotado pelo Tribunal de origem a fim de deferir o benefício da assistência judiciária gratuita.

2. O Tribunal de origem decidiu que a recorrida faz jus à assistência judiciária gratuita porquanto auferia renda inferior a 10 (dez) salários mínimos, o que possibilitaria presumir o seu estado de miserabilidade. Contudo, o critério adotado como parâmetro para o deferimento do benefício vindicado não encontra amparo na Lei 1.060/1950. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 353.863/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013)

Critério 2: Fixação sobre o teto de isenção do imposto de renda

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CRITÉRIOS DE CONCESSÃO. PARÂMETRO OBJETIVO. RENDA INFERIOR AO LIMITE DE ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Quanto ao pedido de concessão da Assistência Judiciária Gratuita, observa-se que houve concessão do pedido pela Corte regional ao realizar o juízo de admissibilidade do Recurso Especial.

2. Todavia, a decisão proferida pelo Tribunal de origem não tem o condão de vincular o juízo de admissibilidade do Superior Tribunal de Justiça, pois cabe a esta Corte, órgão destinatário do Recurso Especial, realizar o juízo definitivo de admissibilidade.

3. O Tribunal a quo, ao julgar o recurso de Apelação, negou o pedido de AJG pelos seguintes fundamentos (fl. 313, e-STJ); Com efeito, verifica-se que o valor da condenação em honorários, qual seja, R\$ 33.789,73 (trinta e três mil setecentos e oitenta e nove reais e setenta e três centavos), encontra-se de acordo com os critérios legais aplicáveis, nos termos do art. 85, § 3º, inciso II, do CPC/15 (oito por cento), considerando-se que o Juízo sentenciante tomou como base de cálculo o valor apurado pelo contabilista do Juízo, qual seja, R\$ 425.106,31 (fls. 147). Posto isso, o requerimento de gratuidade de justiça não merece prosperar, uma vez que os documentos apresentados comprovam rendimento mensal superior ao limite de isenção do IRPF (aproximadamente três salários mínimos), conforme os documentos de fls. 297/305, destacando-se, por oportuno, o entendimento jurisprudencial adotado por esta Sexta Turma Especializada, na linha da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que trata-se de critério objetivo, independentemente da avaliação das despesas mensais do postulante ao benefício da gratuidade.

4. Com efeito, o Sodalício a quo, ao estabelecer que apenas fazem jus aos benefícios da justiça gratuita aqueles que possuem renda ao limite de isenção do Imposto de Renda da Pessoa Física, dissentiu da jurisprudência do STJ, que afasta a utilização de critérios exclusivamente objetivos para a concessão do benefício da Assistência Judiciária Gratuita, devendo ser efetuada avaliação concreta da possibilidade econômica de a parte postulante arcar com os ônus processuais. A propósito: REsp 1.706.497/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AgInt no AREsp 868.772/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26.9.2016; AgRg no AREsp 239.341/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 3.9.2013; AgInt no REsp 1.703.327/RS, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, DJe 12.3.2018; e EDcl no AgRg no AREsp 753.672/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 29.3.2016.

5. Ante a falta de elementos para decidir sobre o pedido concessão da Assistência Judiciária Gratuita e em razão da vedação ao reexame de fatos e provas em Recurso Especial, tendo em vista o teor da Súmula 7/STJ, compete ao Tribunal de origem reapreciar o pedido sem se utilizar de critérios objetivos.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para que reanalise o pedido de Assistência Judiciária Gratuita, à luz dos parâmetros aqui fixados. (REsp 1846232/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/12/2019, DJe de 19/12/2019.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS DO REQUERENTE. PRESUNÇÃO IURIS TANTUM. CONTRARIEDADE. PARTE ADVERSA E JUIZ, DE OFÍCIO, DECORRENTE DE FUNDADAS RAZÕES. CRITÉRIOS OBJETIVOS.

1. Trata-se de agravo regimental contra decisão que conheceu do agravo de instrumento para dar provimento ao recurso especial, determinando-se que Tribunal regional apreciasse o pedido de gratuidade de justiça.

2. A constatação da condição de necessitado e a declaração da falta de condições para pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios erigem presunção relativa em favor do requerente, uma vez que esta pode ser contrariada tanto pela parte adversa quanto pelo juiz, de ofício, desde que este tenha razões fundadas.

3. Para o indeferimento da gratuidade de justiça, conforme disposto no artigo 5º da Lei n. 1.060/50, o magistrado, ao analisar o pedido, perquirirá sobre as reais condições econômico-financeiras do requerente, podendo solicitar que comprove nos autos que não pode arcar com as despesas processuais e com os honorários de sucumbência. Isso porque, a fundamentação para a desconstituição da presunção estabelecida pela lei de gratuidade de justiça exige perquirir, in concreto, a atual situação financeira do requerente.

4. No caso dos autos, o critério utilizado pelas instâncias de origem para indeferir o pedido de justiça gratuita foi a ausência a percepção de renda superior ao limite de isenção do Imposto de Renda. Tal elemento não é suficiente para se concluir que a recorrente detém condições de arcar com as despesas processuais e os honorários de sucumbência sem prejuízo do sustento próprio e o de sua respectiva família.

5. Agravo regimental não provido.

AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.395.527/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 24/05/2011, DJe de 27/05/2011.

PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. IMPOSTO DE RENDA. FAIXAS DE RENDIMENTOS. CRITÉRIO ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE.

1. É assente na jurisprudência do STJ que a simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, ainda que dotada de presunção iuris tantum, é suficiente ao deferimento do pedido de gratuidade de justiça quando não ilidida por outros elementos dos autos.

2. Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como a faixa de isenção do imposto de renda, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita.

3. Agravo interno desprovido.

AgInt no REsp 1372128/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe de 26/02/2018.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI 1.060/1950. ADOÇÃO DE CRITÉRIO NÃO PREVISTO EM LEI. NECESSÁRIO RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte possui entendimento de que a percepção de renda superior ao limite de isenção do imposto de renda não é elemento suficiente para se concluir que o autor apresenta condições de arcar com as despesas processuais e os honorários de sucumbência, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.

2. Nesse contexto, o exame da controvérsia limita-se a questão exclusivamente de direito, qual seja, a legalidade do critério adotado pelo Tribunal de origem a fim de (in)deferir o benefício da assistência judiciária gratuita, não havendo que se cogitar de aplicação da Súmula 7/STJ. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento. AgInt no REsp 1401929 / SC, relator Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 05/09/2017, DJe de 11/09/2017.

Critério 3: Contratação de Advogado Particular

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS DO REQUERENTE. PRESUNÇÃO IURIS TANTUM. CONTRARIEDADE. PARTE ADVERSA E JUIZ, DE OFÍCIO, DECORRENTE DE FUNDADAS RAZÕES. CRITÉRIOS OBJETIVOS.

1. Trata-se de recurso especial cuja controvérsia orbita em torno da concessão do benefício da gratuidade de justiça.

2. O STJ, em sede de recurso especial, conforme delimitação de competência estabelecida pelo artigo 105, III, da Constituição Federal de 1988, destina-se a uniformizar a interpretação de direito infraconstitucional federal, razão pela qual é defeso, em seu bojo, o exame de matéria constitucional, cuja competência é do STF.

3. Há violação dos artigos 2º e 4º da Lei n. 1.060/50, quando os critérios utilizados pelo magistrado para indeferir o benefício revestem-se de caráter subjetivo, ou seja, criados pelo próprio julgador, e pelos quais não se consegue inferir se o pagamento pelo jurisdicionado das despesas com o processo e dos honorários irá ou não prejudicar o seu sustento e o de sua família.

4. A constatação da condição de necessitado e a declaração da falta de condições para pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios erigem presunção relativa em favor do requerente, uma vez que esta pode ser contrariada tanto pela parte adversa quanto pelo juiz, de ofício, desde que este tenha razões fundadas.

5. Para o indeferimento da gratuidade de justiça, conforme disposto no artigo 5º da Lei n. 1.060/50, o magistrado, ao analisar o pedido, perquirirá sobre as reais condições econômico-financeiras do requerente, podendo solicitar que comprove nos autos que não pode arcar com as despesas processuais e com os honorários de sucumbência. Isso porque, a fundamentação para a desconstituição da presunção estabelecida pela lei de gratuidade de justiça exige perquirir, in concreto, a atual situação financeira do requerente.

6. No caso dos autos, os elementos utilizados pelas instâncias de origem para indeferir o pedido de justiça gratuita foram: a remuneração percebida e a contratação de advogado particular. Tais elementos não são suficientes para se concluir que os recorrentes detêm condições de arcar com as despesas processuais e honorários de sucumbência sem prejuízo dos próprios sustentos e os de suas respectivas famílias.

7. Recurso especial provido, para cassar o acórdão de origem por falta de fundamentação, a fim de que seja apreciado o pedido de gratuidade de justiça nos termos dos artigos 4º e 5º da Lei n. 1.060/50 (REsp 1.196.941/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 23/3/2011).

Critério 4: Valores a receber na fase de cumprimento de sentença

Precedentes do TRF-4:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. HONORÁRIOS. AJG. COMPENSAÇÃO. DEFERIMENTO.

Em que pese a parte tenha obtido a concessão da Assistência Judiciária Gratuita, restou comprovado que posteriormente houve alteração da condição de hipossuficiência financeira. Deve, então, ser abatido o quantum referente à verba honorária do valor recebido pela autora. (TRF4, AG 5010492- 26.2014.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 25/07/2014) In casu, o valor reconhecido como devido pela UFRGS, na inicial dos embargos à execução, foi de R\$ 345.772,70 (trezentos e quarenta e cinco mil setecentos e setenta e dois reais e setenta centavos) (evento 1, PARECERTEC2, autos originários). Assim, comprovada a ocorrência de alteração da condição de hipossuficiência financeira, o benefício deve ser revogado.” (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5041506- 91.2015.4.04.0000/RS, 4ª Turma, Rel. Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, 15/03/2016)

Precedentes do TRF-1 em contrário:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

1. Estando a parte sob o pálio da justiça gratuita, a execução ficará suspensa, enquanto perdurar a situação de pobreza, pelo prazo máximo de cinco anos, quando estará prescrita, com base no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

2. O fato do embargado receber verbas indenizatórias atrasadas, por si só, não tem o condão de pressupor a perda da sua condição de beneficiária da gratuidade judiciária, bem como se houve ou não alteração de sua situação econômica. Assim, se torna impossível a compensação dos aludidos valores na mesma ação. Precedentes.

3. Apelação a que se nega provimento. (AC 0010172-98.2011.4.01.9199/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, 2ª Turma, TRF-1, e-DJF1 26.05.2011, p. 261, destaquei).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA DIÁRIA. INTUITO PROTELATÓRIO NÃO COMPROVADO. COMPENSAÇÃO ENTRE HONORÁRIOS. AÇÃO DE CONHECIMENTO E AÇÃO DE EXECUÇÃO. NÃO CABIMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. MANTIDA A CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA.

(...) 8. A concessão do benefício de assistência judiciária gratuita à parte no processo de conhecimento, nos termos da Lei n. 1.060/50, permanece válida enquanto estiverem presentes suas condições de hipossuficiência dentro do prazo prescricional, mesmo em sede de embargos à execução. 9. O fato de a parte beneficiária da assistência judiciária gratuita ter se sagrado vencedora na ação e ter valores a receber em virtude disso não altera sua condição de hipossuficiente, sendo incabível a compensação de tais valores para pagamento de honorários advocatícios

10. Apelação parcialmente provida para, reconhecendo que a parte embargada litiga sob o pálio da justiça gratuita, afastar a compensação da verba honorária fixada na sentença. (AC 0056798-73.2014.4.01.9199, Desembargador Federal Jamil Rosa De Jesus Oliveira, 1ª Turma, TRF1, e-DJF129/03/2017)

Conforme verificado acima, a Lei 1060/50 é vaga e aberta na definição do critério a ser seguido na concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Logo, há que ser alterada a legislação para tanto.

Há em tramitação no STJ a afetação do tema no ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.988.686 - RJ (2022/0061159-0) para fixar um critério objetivo para aferição da hipossuficiência na apreciação do pedido da gratuidade de justiça formulado por pessoa natural, consoante ementa a seguir:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PESSOA NATURAL. HIPOSSUFICIÊNCIA. (I)LEGITIMIDADE DA AFERIÇÃO MEDIANTE CRITÉRIOS E PARÂMETROS OBJETIVOS.

1. Tema proposto para afetação ao rito dos recursos especiais repetitivos: Definir se é legítima a adoção de critérios objetivos para aferição da hipossuficiência na apreciação do pedido de gratuidade de justiça formulado por pessoa natural, levando em conta as disposições dos arts. 98 e 99, § 2º, do Código de Processo Civil.

2. Afetam-se em conjunto os seguintes processos: REsp n. 1.988.687/RJ, REsp n. 1.988.697/RJ e REsp n. 1.988.686/RJ, todos aptos, em princípio, para a análise da controvérsia.

3. Proposta de afetação submetida e acolhida.

Logo, propõe-se a fixação de um critério de três salários-mínimos como aferição da hipossuficiência.

A quantidade de processos judiciais que discutem o tema, bem como a fase inicial do processo em que se travam debates sobre o andamento processual causam inúmeros problemas às partes e ao próprio Judiciário, gerando judicialização desnecessária, por falta de critério objetivo.

Ainda que seja julgado em breve o REsp 1.988.686/RJ e se defina o critério, melhor seria tal vir definido em lei com aplicação clara e precisa, sob o pálio da generalidade e abstratividade inerente à legislação. Neste diapasão, a proposta aqui seria a alteração da Lei 1060/50 para definir o critério de que o postulante ao benefício teria que ter uma renda de até três salários- mínimos para ser considerado hipossuficiente, sem qualquer outra consideração como gastos pessoais ou outras deduções, pois, do contrário, seria inútil o critério da objetivação.

A proposta, com efeito, seria inserir um artigo na lei 1060/50 com os seguintes termos: “Para os efeitos desta lei, considera-se hipossuficiente para fins de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita e seus consectários, aquele que ganha até três salários-mínimos em valor absoluto no momento da propositura da ação, não devendo ser considerados gastos ou demais despesas do requerente”.

Eis, pois, mais um “sonho” de contribuição para desjudicialização, qual seja a objetivação do critério de definição de hipossuficiência para concessão de assistência judiciária gratuita.

3. O Juizado Especial

O terceiro sonho na busca da desjudicialização é a modificação do sistema recursal dos Juizados Especiais.

Como é sabido, no Brasil o sistema dos Juizados Especiais fora criado para julgar as causas de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma do artigo 98 da Constituição Federal que diz:

“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 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;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

A regulamentação do artigo 98 da Carta Magna veio por meio de duas leis: a Lei 9099/95 no âmbito estadual e a lei 10.259/2001 no âmbito federal.

Ocorre que a ideia de descomplicar o processo judicial em casos de menor complexidade ou de crimes de menor potencial ofensivo foi desvirtuada quando se definiu o sistema recursal.

O paradoxo é gritante, visto que em causas que se discutem direitos materiais de pequena complexidade e pouca ofensividade criaram instrumentos complexos de recursos divididos em inúmeras instâncias.

Por óbvio, a proposta já feita neste trabalho nos itens acima, especialmente quanto à legislação penal (extinção dos juizados especiais criminais e enxugamento da legislação penal) não é prejudicial à que se faz agora, tendo em vista que sendo que ainda temos que analisar os juizados especiais cíveis.

Todavia, se não realizado o sonho proposto de revogação destes crimes de menor e médio potencial ofensivo, ainda assim há uma grande possibilidade de diminuir a judicialização nos juizados especiais criminais e cíveis com a diminuição de processos, bem como com a alteração do sistema recursal.

O custo do processo já foi abordado na introdução deste trabalho e é cristalino que o princípio da economicidade que rege a Administração Pública deve atingir o serviço de prestação jurisdicional, assim como o da eficiência.

Portanto, não justifica termos diversas instâncias recursais em processos que deveriam ser finalizados em uma jurisdição administrativa (como ocorre em alguns países), em uma única decisão judicial ou em no máximo duas instâncias.

A proposta é simples e abarca principalmente o juizado especial cível.

Temos as seguintes instâncias neste tipo de processo: primeira instância, recurso inominado para a Turma Recursal, Pedido de Uniformização Regional, Pedido de Uniformização Nacional, Pedido de adequação para o STJ de decisão da TNU e Recurso Extraordinário, ou seja, temos em tese seis instâncias em causas de pequena complexidade e de valores mais baixos. É, para dizer o mínimo, surreal.

A par do absurdo de uma causa desta natureza poder chegar à Suprema Corte do país, tem-se claramente que o sistema de justiça célere, não complexa e de casos corriqueiros e valorativamente menos importantes para a sociedade, falhou na sua missão de ser efetivo, rápido e simples.

Os juizados especiais federais tiveram 2.680.750 casos novos, segundo o Justiça em números 2022 e taxa de congestionamento de 63,3%, o que demonstra a necessidade de resolução e redução desta judicialização. Nas Turmas Recursais foram 849.452 casos novos,¹² ou seja, com este número é impossível atender de maneira eficiente o jurisdicionado.

¹² Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 10.08.2023.

Com todo o respeito aos que pensam diferentemente, não há justificativa alguma para se ter seis decisões judiciais, para causas deste gênero.

Portanto, a solução ideal seria prever apenas uma instância no Juizado Especial, o que extinguiria o processo imediatamente após a primeira decisão judicial.

Porém, pela possibilidade de erro humano, bem como por amor ao princípio do duplo grau de jurisdição, a proposta ora feita seria o juizado ter apenas duas instâncias, sem qualquer possibilidade de outros recursos, o que geraria a extinção das turmas regional e nacional de uniformização, o pedido de adequação ao STJ e a possibilidade de Recurso Extraordinário ao STF.

Por segurança jurídica, a proposta seria com efeito irradiador, isto é, para maior efetividade da medida, o ideal seria uma emenda constitucional ao artigo 98 da Carta Magna com a seguinte redação:

“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 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, sendo inadmitidos qualquer recurso da decisão de Turma Recursal, independente da instância, órgão ou matéria, garantindo-se apenas o duplo grau de jurisdição.

Também deveriam ser revogados todos os dispositivos que tivessem previsões relacionadas ao sistema recursal dos Juizados Especiais, como por exemplo os artigos 14 e 15 da lei 10.259/01.

O artigo 15 a lei 10.259/01 talvez poderia ser mantido com a seguinte redação:

“Art. 15: “As decisões de Turmas Recursais são irrecorríveis”.

Desta feita, o Juizado Especial seria mais consentâneo com os princípios esculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, bem como melhoraria sobremaneira o sistema de justiça brasileiro com efeito claro na desjudicialização e resolução rápida de conflitos de pequena complexidade.

Eis o sonho de número três: extinção do juizado especial criminal e redução do sistema recursal do juizado especial cível, para que as decisões de Turmas Recursais sejam irrecorríveis.

4. Filtros recursais no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial

A questão dos filtros recursais é tema polêmico e controvertido no meio jurídico, já que é confundido como fechamento de portas ao acesso judiciário. Mais uma vez, há uma confusão cultural na sociedade brasileira entre acesso à justiça e responsabilidade processual acoplada à efetividade do serviço público de prestação jurisdicional.

Erroneamente, entende-se que todas as decisões judiciais podem e devem chegar às cortes superiores como sinal de acesso à justiça.

Acesso à justiça é o direito de ser ouvido. E ele se perfaz na primeira instância e se confirma em segunda instância. Será mesmo necessário ser ouvido duas, três, quatro, cinco vezes para se perfazer um direito?

Direito justo é o direito rápido. Será que ser ouvido seis vezes é sinônimo de boa prestação jurisdicional? E o fator tempo? Quais os interesses jurídicos e econômicos na demora das definições? Quem paga a conta?

É óbvio que acesso amplo à Justiça não condiz com o fato de ser ouvido inúmeras vezes. Portanto, a regra geral deveria ser apenas o duplo grau de jurisdição e, somente em casos excepcionalíssimos, se permitiria chegar ao STF ou STJ o julgamento de questões extremamente relevantes para o país

A título de exemplo, o STF possuía em 2022 mais de 20 mil processos para serem julgados¹³ Já o STJ julgou 577.707 processos.¹⁴

Com a devida vênia, no Brasil não há 600 mil casos de extrema relevância que justifiquem o envio para os tribunais supracitados.

13 “Dos mais de 20 mil processos no STF, 3.805 se concentram nas mãos do presidente da corte, Luiz Fux. Ele tem ainda outras 94 ações, além dos processos endereçados a ele como presidente. Edson Fachin acumula 2.903 relatorias. Os indicados do presidente Jair Bolsonaro (PL), André Mendonça e Kassio Nunes Marques, têm 2.773 e 2.133 ações, respectivamente. Em seguida, Gilmar Mendes (1.464); Luís Roberto Barroso (1.331); Dias Toffoli (1.324); Lewandowski (1.089); Rosa Weber (1.068); Cármen Lúcia (668) e Alexandre de Moraes (635). Segundo o sistema do STF, também há outros 90 processos sob relatoria de magistrados aposentados”. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2022/06/19/interna_politica,1374376/supremo-tribunal-federal-tem-mais-de-20-mil-processos-para-julgar.shtml. Acesso em 10.08.2023.

14 “O ano de 2022 foi marcado por um novo recorde de produtividade do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que atingiu a marca de 577.707 julgamentos, considerados os chamados recursos internos (agravo interno, agravo regimental e embargos de declaração). O número é 4,6% superior ao registrado em 2021 e representa uma média diária de 1.580 decisões. Do total de julgamentos, 462.965 foram monocráticos e 114.742, colegiados. O STJ reduziu o estoque processual pelo quinto ano seguido. Atualmente, 268.314 processos estão em tramitação no tribunal, incluindo 84 casos afetados ao rito dos recursos repetitivos. No balanço das atividades feito na sessão da Corte Especial que marcou o encerramento do ano judiciário, nesta segunda-feira (19), o vice-presidente do STJ, ministro Og Fernandes, destacou os ganhos de produtividade do tribunal evidenciados pelos números”. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/2022/19122022-Tribunal-encerra-2022-com-recorde-de-julgamentos-e-reduz-estoque-processual-pelo-quinto-ano-seguido.aspx#:~:text=Atualmente%2C%20268.314%20processos%20est%C3%A3o%20em,ao%20rito%20dos%20recursos%20repetitivos..> Acesso em 10.08.2023.

Embora tenha se criado filtros como a questão federal infraconstitucional na forma da Emenda Constitucional 125 de 14 de julho de 2022¹⁵ e a repercussão geral no Recurso Extraordinário trazida pela Emenda Constitucional 45 de 2004, há possibilidade de afunilar, como demonstrado acima, a quantidade de recursos para estes tribunais com a criação de novos requisitos constitucionais, para sua interposição.

Um exemplo: a relevância de questões de direito federal infraconstitucional presumida nas ações penais ser limitada a condenações superiores a 4 anos, visto que regra geral nesses crimes há possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, ou seja, a contrário senso não haveria relevância nos casos em que a condenação do réu for a pena igual ou inferior a 4 anos.

Logo, esses e outros filtros poderiam ser regulamentados pela legislação infraconstitucional, já que o § 2º do artigo 105 da Constituição Federal permite que isso seja feito, na expressão “nos termos da lei”.

Outra hipótese seria criar o depósito recursal nos recursos extraordinário e especial, para o recorrente como já ocorre nos casos trabalhistas, como já ocorre em previsão da Consolidação das Leis do Trabalho, na forma do artigo 899.¹⁶

15 § 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento. § 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: I - ações penais; II - ações de improbidade administrativa; III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; IV - ações que possam gerar inelegibilidade; V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; VI - outras hipóteses previstas em lei. (NR) Art. 2º A relevância de que trata o § 2º do art. 105 da Constituição Federal será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, ocasião em que a parte poderá atualizar o valor da causa para os fins de que trata o inciso III do § 3º do referido artigo. Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

16 Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora. (Redação dada pela Lei nº 5.442, de 24.5.1968) (Vide Lei nº 7.701, de 1988)

§ 1º Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o salário-mínimo regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz. (Redação dada pela Lei nº 5.442, de 24.5.1968)

§ 2º Tratando-se de condenação de valor indeterminado, o depósito corresponderá ao que for arbitrado, para efeito de custas, pela Junta ou Juízo de Direito, até o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região. (Redação dada pela Lei nº 5.442, de 24.5.1968)

§ 3º - (Revogado pela Lei nº 7.033, de 5.10.1982)

§ 4º O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vide ADC 58) (Vide ADC 59) (Vide ADI 5867) (Vide ADI 5867) (Vide ADI 6021)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 6º - Quando o valor da condenação, ou o arbitrado para fins de custas, exceder o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região, o depósito para fins de recursos será limitado a este valor. (Incluído pela Lei nº 5.442, de 24.5.1968)

§ 7º No ato de interposição do agravo de instrumento, o depósito recursal corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrancar. (Incluído pela Lei nº 12.275, de 2010)

§ 8º Quando o agravo de instrumento tem a finalidade de destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito referido no § 7º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.015, de 2014)

§ 9º O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 11. O depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

O sonho seria nos aproximar dos números da Suprema Corte americana que recebe em torno de 7000 a 8000 casos por ano, mas ouve apenas 80 casos.¹⁷

Assim, a proposta seria criar mais filtros constitucionais e infraconstitucionais para a interposição dos recursos especial e extraordinário, o que levaria à fragmentariedade do sistema recursal brasileiro, reconhecendo essas cortes como julgadoras de casos excepcionais e relevantes para a sociedade brasileira, ou seja, aqueles que realmente pudessem alterar questões fundamentais no Estado brasileiro ou no arcabouço jurídico.

Eis o quarto sonho: filtros recursais para evitar o manejo desnecessário dos recursos especial e extraordinário.

Conclusão

Os sonhos são muitos! E a dificuldade de realização também, mas esse texto é apenas um devaneio de um burocrata acadêmico que busca uma justiça resolutive.

Propor soluções e ter vontade política pode ser o mote inicial para mudar nosso tão asoberbado judiciário brasileiro, o qual reflete na ausência de eficiência na prestação do serviço jurisdicional.

Tal serviço é elemento essencial da cidadania, logo, precisa ser reestruturado e isso perpassa pela fraternidade política dos outros Poderes.

Argumentos pífios, de reserva de mercado, de hostilidade a mudanças ou que se apegam a interpretações que confundem institutos ou maculam mudanças com o mantra falacioso de inconstitucionalidade não nos convencem.

Pode-se ser um solitário, escondido fazendo fita nas insônias ou nos sonhos, parafraseando o poeta, mas quer-se ver mesmo o mundo acordar, pro dia nascer feliz.

Que essas propostas metafóricas de sonhos de desjudicialização, se tornem reais.

¹⁷ Ver <https://www.supremecourt.gov>. Acesso em 10.08.2023.

Referências

BESSA, Marcelo Ávila de. O Direito penal mínimo e o faz de conta do sistema prisional brasileiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-10/marcelo-bessa-direito-penal-minimo>. Acesso em: 1 ago. 2023.

BOLZANI, Isabela; MARTINS Raphael; MURARO, Cauê. Censo 2022: Brasil tem 203 milhões de habitantes, 4,7 milhões a menos que estimativa do IBGE. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/centro/noticia/2023/06/28/centro-2022-brasil-tem-203-milhoes-de-habitantes-47-milhoes-a-menos-que-estimativa-do-ibge.ghtml>. Acesso em: 1 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Justiça em números 2022. Brasília: CNJ, 2022. Anual. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Justiça em Números 2022: Judiciário julgou 26,9 milhões de processos em 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/>. Acesso em: 1 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Sistema carcerário e execução penal. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em: 1 ago. 2023.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. v. 5

PAVAN, Janaína Fernanda da Silva. O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade? Revista Liberdades, São Paulo, n. 23, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/28/EscolasPenais2.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Justia U. S. Supreme Court. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov>. Acesso em: 1 ago. 2023.

Divergent paths:

How to reconcile Constitutional Theory with Political Science

Pedro Felipe de Oliveira Santos

Doutorando em Direito pela Universidade de Oxford

Mestre em Direito pela Universidade de Harvard

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região

1. Introduction

Constitutional theorists generally describe legal institutions – constitutions, regulations, precedents, courts, and others – as exogenous components of the political order. According to this perspective, the legal and the political orders are distinct and autonomous domains. Normative arguments built upon this framework state that each domain must not overlap each other. In this sense, a pure, reasoned legal practice should be safeguarded by language-based constraints. On the one hand, the legal order should speak the language of principles, rules, and legal arguments. On the other hand, the political order is allowed to speak a broader vocabulary, including policy-based and outcome-based arguments. According to this framework, constitutional theorists pose judicial review as one of the main mechanisms that protect the legal order against the tensions arisen throughout the political process. Judicial review is depicted as a central, countermajoritarian, and apolitical institution that safeguards, enforces, and reinforces the Rule of Law.

By contrast, political scientists have exposed how actual power dynamics challenge this perspective.¹⁸ They provide empirical evidence that show that the lines separating legal and political orders are more porous than how jurists claim. Political scientists state that interferences from one order to another are not only frequent but a regular pattern that profoundly influences the shape and the evolution of formal and informal social institutions. In sum, they denounce that the mainstream discourses raised by constitutional theorists became too detached from current social practices.

However, political scientists leave one question open: how is it possible to reconcile Political Science with Constitutional Theory? Indeed, these fields have different goals: the former aims to describe the reality of power interactions; the latter aims to build normative discourses to discipline the use of power under rational constraints. This work advocates that it is therefore a task for constitutional theorists to converge these fields, which would require them to formulate normative claims in line with actual power dynamics. One of the main tasks of this project would require to re-arrange how legal and political orders are theoretically framed. Indeed, theorists should portray constitutions and courts as integrated into – and not excluded from – the political order.¹⁹ This premise does not allow the conclusion that law is a subset of politics, but rather that, despite their own specificities, legal institutions emerge as a result of interactions among political actors within the political order, thus giving rise to properties that depend on how political institutions work.

¹⁸ See Deryl Levinson, Foreword: Looking for Power in Public Law, 130 Harv. L. Rev. 31 (2016).

¹⁹ See Barry R. Weingast, The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law, *The American Political Science Review*, Vol. 91, No. 2 (Jun., 1997), pp. 245-263.

Based on this assumption, this paper develops a set of basic theoretical premises that re-reads the way that the legal order interacts with the political order. This perspective will allow Constitutional Theory to bring back a missing detail from the shadows of the social practices: there is a feedback process through which constitutions influence the interactions between political actors, while these same interactions also contribute to what constitutions ultimately become.

The rest of the article is organized as follows. The first section describes the properties of the political order and how the constitutions are integrated into its whole. The second section explains how distinct properties of the political order emerge, affecting the sustainability of the constitution. The third section analyzes some implications of these premises on the idea of judicial review.

20 See Barry R. Weingast, *The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law*, *The American Political Science Review*, Vol. 91, No. 2 (Jun., 1997), pp. 245-263.

21 See Tom Ginsburg, *Constitutional Endurance*, IN Tom Ginsburg & Rosalind Dixon (Organ.), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar, 2011, p. 112).

2. Constitutions and the Political Order

Constitutions regulate the allocation of political power, as part of a project of disciplining and enabling the political process.²⁰ To accomplish this task, they i) define patterns of state and social behavior, ii) design and distribute power between institutions, iii) recognize who the citizens are, and iv) entrench fundamental rights and key principles of sovereignty and justice.

Whether as a single written document or as a group of doctrines and judicial decisions, constitutions are integrated into a complex, polycentric²¹ and dynamic order,²² which emerges from ongoing interactions between agents and information,²³ at the various levels of aggregation that both categories can develop – from individual players to social groups, from single vocabularies (e.g. rights) to institutions (e.g. judicial review). First, the order is complex because it is a whole comprising of a collection of aggregates, which entail interdependent relationships with one another – from cooperative and dialogical to competitive and predatory connections. Second, the²⁴ order is polycentric due to its plurality of focal points emitting incentives and disincentives of coordination that directly and indirectly affect its constituent elements.²⁵ Focal points assume a stabilizing effect, as they absorb and reduce tensions of the political process, thus allowing it to move forward. Although constitutions aim at standing as one of the most prominent focal points, other centers can also affect and shape the system. Some of them are established by the constitution itself (e.g. political institutions - Parliament, courts, agencies, etc.); others are relatively autonomous, even pre-existent to the constitution (e.g. social institutions - family, school, and informal norms.). Third, the order is dynamic as its state varies over time, due to simultaneous interplays between i) agents (citizens and congressmen, citizens and citizens, judges and regulators), ii) institutions (the Supreme Court and the Parliament, the Judiciary and the agencies, the District Court and the Supreme Court), iii) agents and institutions (Justices and the Supreme Court, citizens and the Parliament), iv) agents/institutions and norms/doctrines (the Supreme Court and its own precedents, official agents and regulations, citizens and the Constitution), and a number of other connections. Feedback loops arrange and re-arrange the aggregates, either increasing or reducing the variation of each component as time goes by.

When taking part of the political process, political actors – congressmen, judges, officials, entrepreneurs, human rights activists, social movements, parties, citizens – hold distinct personal and/or group strategies, which may or may not coincide with the institutional values and interests set by the Constitution.²⁶

20 See Tom Ginsburg, *Constitutional Endurance*, IN Tom Ginsburg & Rosalind Dixon (Organ.), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar, 2011, p. 112).

21 The idea of polycentrism in judicial review is developed in Jeff King, *Judging Social Rights*.

22 See Adrian Vermeule, *The System of the Constitution* (Oxford University Press, 2011).

23 See Cesar Hidalgo, *Why Information Grows* (Basic Books, 2015)

24 See Robert Axelrod & Michael Cohen, *Harnessing Complexity: Organizational Implications of a Scientific Frontier* (Basic Books, 2000); Robert Jervis, *System Effects: Complexity in Political and Social Life* (Princeton University Press, 1997).

25 See Daryl Levinson, *Parchments and Politics: The Constitutional Puzzle of Constitutional Commitment*, 124 *Harvard Law Review* 658 (2011), p. 701.

26 *Idem*, p. 706.

Since this picture is not static, strategies change according to how agents react and adapt to each other's behavior. These responses, whether deliberate or not, generate subsequent interactions that affect not only other agents, but also the storage of information. This scenario helps to explain why the design of the institutions, the commands of legal norms, the language of the decision-making process, and even the interpretation of a doctrinal principle may change overtime.

Nonetheless, since agents respond in different ways to similar incentives, non-linear patterns of behavior arise from social interactions.²⁷ For example, judges do not react in the same way when the Supreme Court issues a precedent. Some of them perceive the holding in a broader perspective, and tend to apply it in a number of cases; others read the ratio decidendi more strictly, and tend to apply the precedent less frequently; some of them might perceive the objective terms of the holding, but consciously refrain from adopting the precedent due to ideological purposes, by framing the holding in narrower terms to justify its distinguishing from other cases. In another example, a regulation that prohibits a business practice causes distinct responses from citizens: a group of people may promptly adapt its behavior to comply with the new rule; some entrepreneurs may question its constitutionality before the Supreme Court; other costumers might try to find alternatives to keep the same practice in different shape, even illegally. In another case, an electoral candidate tweeting fascist and homophobic messages can both attract voters and incentivize progressive groups to protest against his positions, by polarizing the political atmosphere in a way that congressmen decide to pass a law restricting freedom of speech, or even in a way the Supreme Court overturns a precedent that limits electoral discourse through a newly developed version of the balancing test. Subsequent reactions and adaptations may occur, affecting the electoral arena, the language of constitutional jurisprudence, and the Supreme Court's decision-making process.

In sum, this is a general picture of this first theoretical argument: in order to coordinate the political process, agents interact with one another and with blocks of information to design a collection of focal points that spread incentives and disincentives toward the components of social life – political actors, institutions, legal norms, informal norms, languages, doctrines, etc. The constitutions, along with the political institutions that they set, have become prominent focal points.

27 See Scott E. Page, *Diversity and Complexity* (Princeton University Press, 2011); Robert Axelrod & Michael Cohen, *Harnessing Complexity: Organizational Implications of a Scientific Frontier* (Basic Books, 2000); Robert Jervis, *System Effects: Complexity in Political and Social Life* (Princeton University Press, 1997); Donella H. Meadows, *Thinking in Systems: a Primer* (Chelsea Green Publishing, 2008); David Peter Stroh, *System Thinking for Social Change* (Chelsea Green Publishing, 2015).

However, by the time that these focal points are introduced into the political order, they also become part of it, affecting and being affected by their environment. The whole complex remains in progress: deliberate and unintended outputs are routed back as inputs, as part of a cause-and-effect chain that forms loops. As political actors can adapt their strategies and behaviors and learn from past experiences, equilibrium is never achieved. Interactions reshape the system components from time to time, including the constitution itself. Overall, the constitution aims at coordinating the political order at the same time that the political order contributes to what the constitution become.

However, as I will argue in the next session, the lack of static equilibrium does not impede the political order from reaching sustainability. Constitutions should be able to provoke interactions that incentivize political actors to abandon their personal strategies as to engage with legal norms and institutional values. Under this scenario, it can be said that a constitution effectively developed self-enforcing and stabilizing mechanisms, and, therefore, it disciplines as much as it enables the political process.

3. The emergence of the properties of the political order

The collection of components of the political order can interact in different ways - cooperative, competitive, predatory, and even parasitic. All these relationships give rise to patterns of collective behaviors, which emerge either as an aggregate of simple components or as an aggregate of other aggregates. Each aggregate, as a whole, develops collective properties that are distinct from the arithmetic sum of the properties of its components²⁸ Like different constituent elements make up the cells, from which tissues, organs, and the human body emerge, the interdependent relationship between the whole and its parts is crucial to understand the political order. This task involves detailing what the whole does that its parts do not, as well as how behavior at larger scale emerges from the articulated structures and interactions at a finer scale. For example, a political order comprising political institutions whose elected members follow a majority decision-making process may not deliver an inclusive political order. However, it may be the case of turning the whole more inclusive by introducing an institution whose unelected members follow a decision-making procedure that incentivizes a minority-protective perspective.

28 For a comprehensive understanding of the key concepts of the complexity science, see Scott E. Page, *Diversity and Complexity* (Princeton University Press, 2011); Robert Axelrod & Michael Cohen, *Harnessing Complexity: Organizational Implications of a Scientific Frontier* (Basic Books, 2000); Robert Jervis, *System Effects: Complexity in Political and Social Life* (Princeton University Press, 1997); Donella H. Meadows, *Thinking in Systems: a Primer* (Chelsea Green Publishing, 2008); David Peter Stroh, *System Thinking for Social Change* (Chelsea Green Publishing, 2015). The approach taken by this proposal bears distinctions from the approach led by the sociologist Niklas Luhman in his "autopoiesis" systems model. On the disagreements between complexity theory and autopoiesis system theory, see Thomas E. Webb, *Exploring System Boundaries*, 24 *L. Critique* 131 (2013).

Two conclusions arise from this example. First, each interdependent part contributes to develop the properties of the whole, since changes in one the parts modify the whole. Second, identical parts do not necessarily build a complexity with their same properties.²⁹ On these grounds, for example, defenders of judicial review could defect the argument that courts with unelected members undermine the democratic legitimacy of the political order. It may be the case that the lack of democracy in few institutions, in fact, enhances the inclusive property of the whole, emerging from the relationship between democratic and undemocratic organizations.

From this perspective, interaction and emergence become key concepts to understanding how the properties of the political order and of its aggregates grow.

Constitutional theory attributes properties to political institutions: the constitution bears normativity; legislative bodies are inclusive organizations; the presidency conveys representativeness; judicial review is less democratically legitimate than the legislative decision-making process. Overall, some accounts treat these properties as implicit characters, as if they arose just at the time when political actors stoned some blocks of information in order to crystalize a stable and valued pattern of behavior, henceforth qualified as institutional interest. Actually, properties do not result from the institution's internal structure or from the information that it conveys alone, but also from the reciprocal interactions between these institutions and their environment. Normativity, inclusiveness, representativeness, legitimacy, and other properties are patterns of collective behavior whose origins may be rooted in a political institution, albeit distinct from it.

For instance, normativity, by which I mean the property of building self-enforcing mechanisms, must not be taken either as an implicit character or as the emergence of legal norms alone. The text of a legal norm is an inanimate block of information, which only gains force when political actors commit to uphold its entrenched values and interests. This purpose requires that the political order develops interactions that drive its agents to switch personal strategies to institutional commitments - in the case that they bear distinctions. When this pattern of behavior achieves a larger scale, normativity emerges as a property not of the legal norms, but of the relationship between legal norms and their environment, forming a new aggregate.

29 See Scott E. Page & John H. Miller, *Complex Adaptive Systems: an Introduction to Computational Models of Social Life* (Princeton University Press, 2007).

In practical terms, the interplay between the constitution and other components of the political order (citizens, institutions, officials, judges, regulations, laws, etc.) gives rise to constitutional enforcement. If any phenomenon obstructs this relationship, normativity slows down. For this reason, a bill of rights alone does not necessarily produce minority protection, unless citizens, political actors, and institutions engage with its terms. Plus, a bill of rights adopted by three countries may deliver three distinct outputs, as one draws by analyzing how the freedom of speech achieved different conceptions and frames in the US, in Canada, and in Europe. In the same fashion, as Ogendo teaches on the African case, decolonized states that borrowed constitutional provisions from the European states have struggled with building self-enforcing mechanisms. Those documents immersed in an environment whose political actors held personal strategies far from democratic values. Therefore, constitutional norms and institutions that were transplanted from other political orders proved to be unprepared to fulfill this huge gap. For this reason, in many cases, African constitutions, despite conveying democratic values, have not produced inclusiveness and normativity, turning into a weapon taken by local elites to undermine democracy and to maintain state control. Ogendo calls this picture as 'constitutions without constitutionalism'.³⁰

The enigma of how the properties of the political order emerge has been nuclear for constitutional design. As they are not implicit characters of any political institution, but an emergence arisen from patterns of behaviors, the design of institutions becomes more challenging and complex. Understanding feedback and agent adaptation turns as important as analyzing the values that underlie the structure of a political institution. Reasoned elaboration, selection of valued interests, and application of general principles certainly take part of a designing enterprise. However, as a priori properties must not be assigned to any artifact of the political order, institutions alone become a plan of journey rather than a concrete path to the normative commands that they convey. Predicting whether they will generate the proposed properties requires an empirical understanding of how they will impact and be impacted by political actors and the environment. Thus, a systemic, consequentialist, and experimentalist approach to constitutional design helps the craftsman to lapidate a detailed set of norms based not only on deontological conceptions, but on how this new piece, as part of the whole, will contribute to enhance the desired properties of the political order and of its aggregates.

30 OKOTH OGENDO. "Constitutions without constitutionalism: an African political paradox" in douglas Greenberg S.N. Kartz, B. Oliviero and S.C. Wheatley (Eds) *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* (Chapter 4) OUP, New York.". In: *Cent. Afri. J. Pharm.Sci.* 5(3): 60-66. *Cent. Afri. J. Pharm.Sci.* 5(3): 60-66; 1993.

In sum, within the constitutionalist project, the sustainability of the political order relies on the capacity of a constitution to position itself as a coordinative focal point, integrating with existing informal institutions (e.g. family, school, etc.). A constitution can do so by introducing new political institutions that stabilize systemic tensions and re-distribute power between players (e.g. judicial review, Parliament, universal vote, etc.). As institutions depend on collective behavior to activate the desired properties of the political order, constitutional design process assumes relevance. More than selecting abstract principles and values in a vacuum, analyzing the actual interactions within a political order becomes an essential step in defining the set of rules that will conform a proposed institution. Eventually, the larger the diffuse support that political institutions achieve, the stronger the self-enforcing mechanisms of the political order become.

4. The political order and the judicial review

Judicial review is an institution designed to protect constitutions against the tensions of the political order. Its task is twofold. First, judicial review performs a stabilizing function. It enforces constitutional norms and spreads out self-enforcing incentives, by i) issuing commands that uphold values and interests entrenched in the Constitution, and by ii) applying sanctions whenever political actors do not comply with rulings, through the legitimate use of force. Second, judicial review performs a dynamic function. It fulfills interpretive gaps found in the constitution, regarding both i) a priori issues, when political actors did not achieve consensus over a controversy during the constitution-making process, leaving it unsolved to be decided afterwards either by the general political process or by the courts, and ii) a posteriori issues, which arose by the ongoing interactions between political actors and other components of the political order, as its complexity increases. Both stabilizing and dynamic functions enable the constitution to endure over time.³¹

This formal definition aside, a number of theoretical accounts have developed some discourses that pictured judicial review as a central, essential, definitive, counter-majoritarian, apolitical and collaborative institution. Most of them have become a common sense in courts' opinions and doctrines of Constitutional Law. However, from our perspective, assigning those properties to an institution might be a mistake. First, these properties rely on patterns of collective behavior that emerge from the interaction between institutions and its environment, and not from judicial review itself. Second, there are theoretical and empirical researches that provide evidence that most of those properties are not seen as a general rule in many political orders. Based on the theoretical assumptions that I outlined in the previous sections, I aim at briefly falsifying those claims.

31 See David Landau, Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law, 51 Harvard International Law Journal 319 (2010);

First, judicial review does not assume a central location within the political order. There is no doubt that judicial review has become a prominent institution since the end of World War II, mainly due to a wave of global constitutionalism deepened by the constitutional reforms in Europe ('50s and '60s in Western Europe, and '80s and '90s in the post-socialist Eastern Europe), the adoption of written constitutions by the decolonized countries in Africa and South Asia (from the '60s), and the demilitarization of Latin America (from the '80s). During the second part of the 20th century, interactions between political orders induced a process of migration of constitutional ideas across nations, with an emphasis on a fourfold set of institutions: written constitutions, rule of law, human rights, and judicial review.³² This movement has roots in the political reactions against the atrocities led by the fascist and the Nazi governments, coupled with subsequent movements that gave rise to the 1948 Human Rights Declaration, the minority-protective jurisprudence of the U.S. Supreme Court from the '50s, the explosion of international agreements on political, social, and economic rights (called 'rights revolution'), and so on. Constitutional Courts and Supreme Courts with the power to strike down unconstitutional norms have spread worldwide. Although some countries adopted weaker versions, as the UK and Japan, judicial review became an important feature of constitutional enforcement. At finer scale, even the legal vocabulary has also evolved due to the expansion of judicial review: new expressions have been gradually introduced (e.g. proportionality, balancing, and empirical reasoning), while existing ones had been reassigned meaning (e.g. principles, rights, political morality, etc.).

In many countries, political actors have strategically used judicial review to shortcut constitutional enforcement, to lower the natural risks and costs of the political process, and to block opponents. Systemic dysfunctionalities - such as the malfunctioning of the state bureaucracy and the obstruction of political channels - have also encouraged agents to go to courts. The movement of judicialization of mega-politics, in which players take sensitive issues from the political process to bring them before the courts, along with judicial activist responses, have been widely criticized as impoverishing democracy.³³

32 See WEINRIB, Lorraine. Postwar Paradigm and American Exceptionalism. IN Sujit Shodhry, *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P. 89-90.

33 See Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the origins and the consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

However, saying that judicial review has become the central institution of the political order overestimates its contribution to the constitutionalist project. Mainly in common law countries, both Constitutional Theory and Jurisprudence have over-focused on understanding how judicial review operates. For some authors, such as Dworkin, the traditional question 'what is law?' turned into 'how judges (should) decide cases?'. On the other hand, the capacities of other institutions and their contributions to the political order remain underestimated and understudied by legal academics. Legislative bodies, executive agencies, presidencies, and electoral institutes are few examples of other organizations that function as important focal points of constitutional coordination, some of them producing legal norms that may in many cases impact many more aggregates than a precedent issued by the Supreme Court.³⁴

Although there is no empirical evidence that could support a claim that judicial review is less impacting than other institutions - and it might be the case that, in many political countries, judicial review is much more prominent than other focal points -, there is enough support to the claim that judicial review is not a central institution of the political order. As it has been said previously, political order is polycentric, within which a collection of focal points interact by emitting and receiving incentives of coordination.

Second, judicial review is not an essential institution. As Mark Tushnet poses, expressivist approaches in Comparative Constitutional Law induce us to think that a set of institutions is a unique and exclusive complex that could never be adequately replaced by any other organization.³⁵ This resembles the idea of false necessity. Nonetheless, albeit prominent, if judicial review were removed or weakened, agents would gradually adapt their strategies to reorganize the political process, in order to achieve new patterns of sustainability. Comparative Constitutional Law provides examples of experiences involving different strengths of judicial review, as well as experiences of judicial reforms or political backlashes that weakened this institute in some countries, without causing the decay of their political order.

34 For an account defending the legislative function over adjudication, see Paul Yowell, *Legislated Rights*, 2018.

35 See Mark Tushnet, *Some reflections on method in comparative constitutional law*. In: *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 81; Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. *Harvard Law Review*, Vol. 119:109, p. 128.

Third, judicial review is not definitive. The expression ‘the Supreme Court as the last interpretative resort’ has become popular in the American jurisprudence and has spread worldwide, sometimes as a rhetorical strategy to enhance the authority of judicial review. However, if the political process remains a dynamic complexity, within which agents react and adapt to each other’s behaviors, the idea that a precedent closes a constitutional issue has no support. Judicial review does not finish a book; it makes at most a chapter of a book. Once a precedent is issued, agents respond non-linearly, giving rise to new interactions that later might even overturn its ruling.

Fourth, judicial review is not always counter-majoritarian.³⁶ Again, the American jurisprudence built a defense of the democratic legitimacy of judicial review based on the idea of its minority-protective function. This approach was initially raised to justify the U.S. Supreme Court’s progressive jurisprudence in favor of disempowered groups from the ‘50s (blacks, women, LGBTs, etc.). Political Philosophy and Constitutional Theory adopted this discourse, transforming it into a normative claim to be universally assumed by judicial review. Indeed, the minority-protective jurisprudence around the globe is rich. Even so, as previously stated, a property cannot be aprioristically assigned to any institution. It is a character of the whole or of one of its aggregates, which arises due to collective patterns of behavior, not due to the deontological conceptions underlying this specific focal point.

In the U.S.,³⁷ in Brazil,³⁸ and Colombia,³⁹ empirical research challenges this normative claim, by supporting with evidence that judicial review has been quantitatively majoritarian rather than counter-majoritarian. Again, according to our theoretical premises, the chain of interactions within the political order may induce institutions to play distinct roles from the original plan. The future of the political order’s dynamic is unpredictable: institutions designed to activate some properties may deliver other results, or even change their roles over time.

36 See Matthew Stephenson, “When the Devil Turns...”: The Political Foundations of Independent Judicial Review, 32 *Journal of Legal Studies* 59 (2003);

37 Matthew E. K. Hall and Joseph Daniel Ura, “Judicial Majoritarianism,” *The Journal of Politics* 77, no. 3 (July 2015): 818- 832.

38 Juliano Zaiden Benvindo e Alexandre Araújo Costa, *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*, Working Paper, Universidade de Brasília (April 1, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2509541>. or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>.

39 David Landau, *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*, 51 *Harvard International Law Journal* 319 (2010); David Landau, *The Reality of Social Rights Enforcement*, 53 *HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL*, 2012, 191.

In practice, the same design of judicial review may function divergently in different countries, since no institution has inherited profile. Plus, two last hypotheses must be considered. First, not all conflicts before courts encompass a dispute between majorities and disempowered minorities. Many fundamental rights involve interests of majorities (or democratic interests), what would partially justify the empirical findings. Second, as legitimacy is not an inherited and implicit character of judicial review itself, it may be the case that a system of judicial review could not obtain diffuse support from the political agents if all the rulings issued by the Constitutional Court held minority- protective character. Judicial review, as any other focal points of coordination, seeks to introduce self-enforcing mechanisms into the political order, in order to build social commitment to its outputs. However, counter-majoritarian rulings are likely to be unpopular and to attract criticism to the courts, impeding judicial review from achieving diffuse support.⁴⁰ Thus, majoritarian rulings might help the court to build strong political capital, in order to neutralize a criticism against punctual counter-majoritarian holdings without critically damaging the legitimacy of the whole system.

Fifth, judicial review is as political as any other institution introduced by the constitution²⁵. Constitutional theorists tend to treat judicial review as a legal institution, whose nature would differ from political ones. Nonetheless, the fact that judicial review encompasses a distinct decision-making process as well as a collection of constraints regarding language and reasoning does not change its nature. It continues to function as a focal point of coordination. For sure, focal points differ from one another, emit distinct outputs, and receive distinct inputs, but as any organization designed by the constitution, judicial review comprises a set of norms that entrench valued behaviors and interests.

Sixth, judicial review is not always a collaborative institution. Constitutional theorists have overemphasized a dialogical approach between courts and other political institutions, by which they collaborate with one another to achieve constitutional enforcement. This would be the ideal picture of a sustainable political order, but I argue that it does not depict the complexity of the interactions that take place between the components of the system.

As mentioned in the previous sections, political actors, institutions, and other components can interact in different ways - cooperative, competitive, predatory, and even parasitic, among others. All these relationships give rise to patterns of collective behaviors. Dialogical accounts presume that a cooperative relationship is always desirable, but this might not be the general case.

40 Daryl Levinson, *Parchments and Politics: The Constitutional Puzzle of Constitutional Commitment*, 124 *Harvard Law Review* 658 (2011), p. 715.25 *Idem*.

Social Sciences bring experiences of how competitive interactions within a political order may give rise to desirable systemic properties. Acemoglu argues that inclusive political institutions come from a 'balanced increase in state capacity and the distribution of power'.⁴¹ His equation seems to pose two inversely proportional variables in a dynamic interaction. On the one hand, state capacity requires centralizing power to emerge. On the other hand, distribution of power demands decentralizing power from the state, which occurs as long as strong informal institutions and social norms block state capacity. Thus, according to Acemoglu's empirical analysis, inclusive institutions only emerge when society becomes strong enough to entail a competitive relationship with the state.⁴² As a result of this interaction, society ends up imposing the state to build institutions that comply with former's interests.

Predicting a situation in which a predatory or a parasitic relationship between institutions is desirable might not be impossible. Overall, constitutional coordination does not rely only on cooperative relationships. Different issues demand different kinds of responses. Systemic properties may emerge from any kind of relationship, depending on foreseeing the correct incentive to achieve constitutional enforcement. For this reason, instead of collaborative, our approach prefers coordinative goal; instead of dialogue, our approach adopts interaction.

In sum, as courts may assume distinct roles in contexts and issues, constitutional adjudication should accommodate and discipline context-based combinations of procedures, structures, and remedies, rather than holding a universal formula of review. To avoid what I have called elsewhere mis-enforcement of rights,⁴³ plasticity in dealing with strategic actors and institutions may improve the performance of courts towards the sustainability of the political order. This open perspective would require theorists to analyze **1)** types of non-linear interactions among judges, courts, and other political actors and institutions; **2)** aggregates that emerge from these interactions and acquire properties that exceed their components properties; **3)** impacts of judicial review over political order and on judicial review itself; and **4)** overall reactions, either to enhance (positive feedback) or to weaken (negative feedback) judicial independence⁴⁴

41 Daron Acemoglu and James A. Robinson, *Paths to Inclusive Political Institutions*. <https://economics.mit.edu/files/11338>. See also Daron Acemoglu & James Robinson, *Economic Origins of Dictatorship and Democracy* (Cambridge University Press, 2006).

42 Idem.

43 I call mis-enforcement of rights a scenario resulting from non-justified distributive and aggregate effects due to the judicial protection of a target group. I previously developed this concept in *Beyond Minimalism and Usurpation: Designing Judicial Review to control the mis-enforcement of socio-economic rights* (LL.M. Thesis, April 2016, on file with the Harvard Law School Library), regarding judicial enforcement of socio-economic rights.

44 See Adrian Vermeule, *The System of the Constitution* (Oxford University Press, 2011); Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *The Votes of Other Judges*, 105 *Geo. L.J.* 159 (2016); for another seminal work on this topic, see Ruhl, *Law's Complexity: A Primer*, 24 *Georgia State University Law Review* 885 (2012).

5. Conclusion: an agenda for further development

An important agenda for constitutional theorists involves reconciling Constitutional Theory with Political Science. Over the past decades, the latter has brought empirical findings that challenged ideational discourses adopted by the former, requiring a re-reading of hitherto unquestioned dogmas regarding constitutionalism and judicial review.

This work developed three basic premises that re-frame the relationship between the legal and the political orders, which can be summarized as follows:

a) A constitution, along with the institutions that it designs, is integrated into a complex, polycentric, and dynamic political order. As focal points of coordination, they interact with all components of social life. However, because political actors can adapt their behavior and can learn from past experiences, static equilibrium is never achieved, since the interactions in which they engage continuously reshape the political order - including the constitution itself;

b) Within the constitutionalist project, the sustainability of the political order relies on the capacity of a constitution to be integrated with existing institutions. The constitution may do so by introducing new political institutions that absorb systemic tensions and re-distribute power between players. As political institutions depend on collective behavior to activate their properties, analyzing the interactions between institutions and their environment becomes an essential step in constitutional design;

c) Designed to protect a constitution against the tensions of the political process, judicial review has been mistakenly depicted as a central, essential, definitive, counter-majoritarian, apolitical and collaborative institution. In fact, judicial review may play distinct roles in contexts and issues, developing a variety of properties that accommodate context-based combinations of procedures, interpretation rules, and remedies, rather than a universal formula of adjudication. Plasticity in dealing with strategic players and institutions may improve the performance of courts towards the sustainability of the political order.

This paper begins a project of theoretical alignment of ideational discourses with actual power dynamics. While reproducing normative arguments mostly embodying abstract, ideal moral obligations,⁴⁵ Constitutional Theory has disregarded descriptive accounts of how constitutions and courts build sociopolitical commitment. However, constitutions achieve diffuse support not only through assessments of justice and of procedural fairness, but also through assessments of their capacity to promote political coordination.⁴⁶ Indeed, constitutions enhance their ability to regulate the political process as long as they succeed in providing individuals with incentives to align self-interests with institutional values. Both institutions and ideational discourses play an important role in this endeavor. For this reason, the more responsive to power interactions Constitutional Theory is, the more efficient its normative arguments become in giving rise among citizens a shared sense of constitutional obligation that ultimately sustains the political order. This is exactly where the importance of Constitutional Theory lies.

45 See Cass Sunstein, *There Is Nothing that Interpretation Just Is* (August 29, 2014). Available at SSRN;

46 See Daryl Levinson, *Parchments and Politics: The Constitutional Puzzle of Constitutional Commitment*, 124 *Harvard Law Review* 658 (2011); Richard Fallon, *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 *Harv. L. Rev.* 1693 (2008); Bary Weingast, *The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law*, 91 *American Political Science Review* 245 (1997); James Fearon, *Self-enforcing Democracy*, (Aug. 24, 2006) (unpublished manuscript) (on file with the Harvard Law School Library); Daron Acemoglu, *A Theory of Political Transitions*, 91 *The American Economic Review* 938 (2001); Pavlos Eleftheriadis, *Power and Principle in Constitutional Law*, 45 *Netherlands Journal of Legal Philosophy* (2016); Daryl Levinson, *Foreword: Looking for Power in Public Law*, 130 *Harvard Law Review* 31 (2016).

Referências

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. A theory of political transitions. *American Economy Review*, Pittsburgh, v. 91, n. 4, Sep. 2001.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Economic origins of dictatorship and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. Paths to inclusive political institutions. Disponível em: <https://economics.mit.edu/files/11338>. Acesso em: 1 jul. 2023.

AXELDROD, Robert; COHEN, Michael. *Harnessing complexity: organizational implications of a scientific frontier*. [S. l]: Basic Books, 2000.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2509541>. Acesso em: 1 jul. 2023.

ELEFTHERIADIS, Pavlos. Power and principle in constitutional law. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, [s. l], v. 45, n. 2, 2016.

FALLON, Richard. The core of an uneasy case for judicial review. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 121, n. 7, May 2008.

GINSBURG, Tom. Constitutional Endurance. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (org.). *Comparative Constitutional Law*. [S. l]: Edward Elgar, 2011.

HALL, Matthew E. K.; URA, Joseph Daniel. Judicial Majoritarianism. *The Journal of Politics*, [s. l], v. 77, n. 3, Jul. 2015.

HILDALGO, Cesar. *Why information grows: the evolution of order, from atoms to economies*. [S. l]: Basic Books, 2015.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and the consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

JACKSON, Vicki. *Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 119, n. 1, p. 128, Nov. 2005.

JERVIS, Robert. *System effects: complexity in political and social life*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

LANDAU, David. Political institutions and judicial role in comparative constitutional law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 51, issue 2, 2010.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 53, issue 1, Jan. 2012.

LEVINSON, Daryl J. Looking for power in public law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 130, issue 1, Nov. 2016.

LEVINSON, Daryl J. Parchments and politics: the positive puzzle of constitutional commitment. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 124, issue 3, Jan. 2011.

MEADOWS, Donella H. *Thinking in systems: a primer*. [S.l.]: Chelsea Green Publishing, 2008.

OKOTH-OGENDO, H. W. O. Constitutions without constitutionalism: an African political paradox. In: KARTZ, Douglas Greenberg et al. *Constitutionalism and democracy: transitions in the contemporary world*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

PAGE, Scott E. *Diversity and complexity*. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

PAGE, Scott E; MILLER, John H. *Complex adaptive systems: an introduction to computational models of social life*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian Vermeule. The votes of other judges. *Georgetown Law Journal*, Washington DC, 2016, p. 105-159.

RUHL, J. B. Law's complexity: a primer. *Georgia State University Law Review*, Atlanta, v. 24, issue 4, 2012.

SUSTEIN, Cass. There is nothing that interpretation just is. *Constitutional commentary*, Minneapolis, v. 30, 2015.

STROH, David Peter. *System thinking for social change: a practical guide to solving complex problems, avoiding unintended consequences, and achieving lasting results*. [S. l.]: Chelsea Green Publishing, 2015.

STEPHENSON, Matthew. "When the Devil Turns...": the political foundations of independent judicial review. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 32, n. 1, Jan. 2003.

TUSHNET, Mark. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: SHOUDHRY, Sujit. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 81

VERMEULE, Adrian. The system of the constitution. Oxford: Oxford University Press, 2011.

WEBB, Thomas E. Exploring system boundaries. Law and Critique, [s. l], v. 24, p. 131-151, 2013.

WEBER, Grégoire et al. Legislated rights: securing human rights through legislation. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

WEINGAST, Barry R. The political foundations of democracy and the rule of law. The American Political Science Review, Cambridge, v. 91, n. 2, p. 245-263, Jun. 1997.

WEINRIB, Lorraine. Postwar paradigm and american exceptionalism. In: SHODHRY, Sujit. The migration of constitutional ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Passado, Presente e Futuro dos Tribunais Regionais Federais Brasileiros

Vallisney de Souza Oliveira
Desembargador Federal, Vice-Presidente e Corregedor Regional
no Tribunal Regional Federal da 6ª Região
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Introdução

A Justiça Federal do Segundo Grau passou por diversas fases.

No período republicano o primeiro grau era composto por Juízes Federais, tendo no Supremo Tribunal Federal o órgão de cúpula, substituído em 1946, pelo Tribunal Federal de Recursos.

Em 1988, a nossa Constituição criou os cinco tribunais regionais federais, ampliados em 2022 para seis tribunais, com a instalação do Tribunal Regional Federal da 6ª Região.

É nessa perspectiva histórica que este ensaio buscará demonstrar o passado e o presente, sem perder de vista as perspectivas de futuro para a Justiça Federal Brasileira, especialmente a de segundo grau de jurisdição.

A criação do Tribunal Regional Federal da 6ª Região veio em paralelo a modificações estruturais no âmbito dos TRFs, que aumentaram seus componentes e tais medidas se fizeram imperiosas para o enfrentamento atual da crise e das dificuldades da segunda instância da Justiça Federal.

Instalado em 19 de agosto de 2022, o Tribunal Regional Federal da 6ª Região, com sede em Belo Horizonte, consagra uma nova fase da Justiça Federal e direciona a concretude da preocupação com o princípio da razoável duração do processo no segundo grau.

Nesse novo cenário, procura-se expor os obstáculos, as preocupações, os projetos de funcionamento desses tribunais, destinados sobretudo à administração da Justiça Federal, bem como ao julgamento dos recursos contra decisões dos juízes, com a esperança de que novos tempos advirão com a adoção de modelos que possam somar no aprimoramento da Justiça no Brasil.

1 – Tribunais Regionais Federais: do passado à atualidade

Antes de tudo é importante olhar para trás e verificar que até a Constituição de 1988 não havia regionalização, nem interiorização da Justiça Federal, considerando-se o âmbito nacional da Justiça Federal.

O órgão do segundo grau da Justiça Federal, no início da nossa República, proclamada em 1889, foi o Supremo Tribunal Federal.⁴⁷

Assim, de 1890 a 1937, a Justiça Federal era composta no primeiro grau pelos Juízes Federais e no segundo grau pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que (conquanto houvesse previsão) não foram criados tribunais federais no início do Século passado.

No entanto, a Justiça Federal de primeiro grau foi extinta na Constituição de 1937.

Como registra Vladimir Passos de Freitas:

*“No sistema da Carta de 1937, extinta a Justiça Federal, os Juízes de Direito da Justiça dos Estados julgavam as ações envolvendo interesses da União. Tais causas deveriam ser propostas nas capitais dos Estados (art. 108), que, em sua absoluta maioria, criaram as chamadas Varas Privativas dos Feitos das Fazendas Públicas. Os recursos eram dirigidos ao Supremo Tribunal. Isto significava que a Corte Suprema passava a ser a segunda instância nos processos de interesse da União. Mas nos casos criminais como, por exemplo, o contrabando o recurso de apelação era julgado pelos Tribunais de Apelação, nome que à época se dava aos Tribunais Estaduais”.*⁴⁸

Com o advento da Constituição de 1946 o Tribunal Federal de Recursos – TFR, cujos membros eram denominados de Ministros, veio substituir o STF como órgão de segundo grau da Justiça Federal.⁴⁹

47 “Inspirou-se a criação da Justiça Federal, quanto à sua organização e alcance jurisdicional, na Justiça Federal norte-americana de 1789, extraído-se, também, quanto à delimitação de seu campo de atuação, alguma experiência da Justiça Federal da Suíça, de 1874, e da Justiça Federal da “Confederação Argentina”, por sua lei de organização judiciária de 1883. Na sua primeira organização, a Justiça Federal era exercida pelos juízes de secção, juízes substitutos e juízes ad hoc, como membros de primeira instância, todos de livre nomeação pelo Presidente da República. Os juízes ad hoc atuavam nos casos nos quais não pudesse funcionar o juiz substituto. Em segunda e última instância, a Justiça Federal era exercida pelo Supremo Tribunal Federal, composto por 15 juízes, livremente nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do nome pelo Senado. Atuava também o STF como órgão de competência originária e de única instância, e, desta, sendo de se destacar o controle de constitucionalidade verificado apenas de modo difuso”. (OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. Justiça Federal: Evolução Histórico-legislativa e a trajetória em seus 50 anos, p. 95. Revista CEJ, v. 21, n. 72, maio/ago 2017, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/issue/view/139>, acesso em 01 de agosto de 2023).

48 FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil. 1ª ed., 2003. Curitiba, Juruá, 2004, p. 47.

49 “O Supremo Tribunal Federal não conseguia dar vazão ao enorme volume de processos que lhe eram encaminhados. Decidiu, então, o constituinte de 1946, criar uma Corte intermediária entre o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados, ou seja, o Tribunal Federal de Recursos” (FREITAS, Vladimir Passos de Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil. 1ªed., 2003. Curitiba, Juruá, 2004, p.47).

O TFR permaneceu até 1988, enquanto a Justiça Federal de primeiro grau, extinta em 1937, renasceu em 1965, na ocasião em que foram nomeados os primeiros juízes federais escolhidos pelo Presidente da República.⁵⁰

De 1965 até hoje, a Justiça Federal de primeiro grau teve continuidade, conquanto o constituinte de 1988 manteve, em matéria previdenciária, a competência delegada da competência originária da Justiça Federal para a Justiça Estadual em lugares onde a Justiça Federal não alcança.⁵¹

Com a Constituição de 1988, tendo sido extinto o Tribunal Federal de Recursos, foram criados cinco Tribunais Regionais Federais, que passaram a ser os órgãos de segundo grau da Justiça Federal.⁵²

Os cinco tribunais regionais federais criados pelos constituintes de 1988 possuem jurisdição regional, cuja divisão originária tinha assim sido estabelecida:

- TRF-1 (Tribunal Regional Federal da 1ª Região), o maior deles, com sede em Brasília e jurisdição sobre os Estados da Região Norte (Pará, Amazonas, Amapá, Acre, Rondônia e Roraima), Centro Oeste (Goiás, Tocantins e Mato Grosso, além do Distrito Federal), Sudeste (Minas Gerais) e Nordeste (Piauí, Maranhão e Bahia), no total de quatorze unidades da jurisdição.
- TRF-2 (Tribunal Regional Federal da 2ª Região), com sede no Rio de Janeiro e jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo.
- TRF-3 (Tribunal Regional Federal da 3ª Região), com sede na cidade de São Paulo e jurisdição no Estado de São Paulo e Mato Grosso do Sul
- TRF-4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região), com sede em Porto Alegre e jurisdição em Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.
- TRF-5 (Tribunal Regional Federal da 5ª Região), com sede em Recife e jurisdição sobre os Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Ceará, Alagoas, Sergipe e Paraíba.

50 “Em 20.10.1965 o Diário Oficial da União publicava o Ato Institucional 2, dando nova redação à Carta Magna”, pelo qual se estabelecia “a competência dos juízes federais de primeira instância”, cuja Lei de regência passou a ser a Lei 5.010/1966; essas escolhas de novos juízes, substitutos e titulares, foram realizadas pela Presidência da República (FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil. 1ª ed., 2003. Curitiba, Juruá, 2004, p. 51).

51 Art. 109 da Constituição Federal: “§3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal”; “§4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau”.

52 “A criação de Tribunais Regionais Federais foi prevista pela primeira vez em 1921, através do Decreto-lei 4.381, que autorizava o Poder Executivo a criar três Regionais. Todavia, a ideia não prosperou. O seu fruto resumiu-se à criação do Tribunal Federal de Recursos, através da Carta Magna de 1946. No entanto, esta Corte, na década de 80, já dava mostras de não ter condições de receber os recursos de todo o Brasil, além de administrar a Justiça Federal. Daí a ideia de ser dividida em Cortes Regionais, tal qual nos Estados Unidos da América do Norte, onde existem as Cortes de Circuito. Porém o tema suscitava polêmica, e ainda havia quem identificasse a Justiça Federal com a revolução de 1964 e que por isso deveria ser extinta com a redemocratização do país” (FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil. 1ª ed., 2003. Curitiba, Juruá, 2004, p. 65).

Em 2022, passados mais de trinta anos da Constituição, o Tribunal Regional Federal da 6ª Região, sediado em Belo Horizonte e jurisdição sobre o Estado de Minas Gerais, surgiu como continuidade “tardia” do modelo da regionalização da Justiça Federal, mas ao mesmo tempo como ponto de partida para uma nova Justiça Federal em que o jurisdicionado se aproxima dos tribunais recursais à maneira estadualizada e descentralizada da Justiça do Trabalho.⁵³

Desde a criação dos cinco TRFs, o primeiro grau de jurisdição federal se estruturou e se expandiu, com sucessivos concursos públicos e nomeação de juízes federais substitutos. Em um segundo momento prosseguiu com a interiorização da Justiça Federal (criação de varas no interior) e a implantação dos Juizados Especiais Federais – JEFs (Lei 10.259/2001), e respectiva estruturação das Turmas Recursais, além da criação de varas federais especializadas, como de execução fiscal e em matéria criminal, e ainda especializada em combate a crimes de lavagem de capitais e contra o sistema financeiro.

Por outro lado, a Emenda Constitucional n. 45/2004, que alterou e acrescentou normativos relacionados com a Justiça Brasileira, previu a possibilidade da implantação das “Câmaras” Regionais nos TRFs, o que possibilitou a criação de turmas e seções para atender a outros lugares dentro da mesma Região, visando à desburocratização e principalmente à descentralização.⁵⁴

Em 2022 começou a expansão estrutural da Justiça Federal do segundo grau, precisamente com o nascimento do TRF6, já com um ano de funcionamento em 19 de agosto de 2023, e com a previsão do aumento do número de vagas de desembargadores nos outros cinco TRFs, cujos cargos foram preenchidos, na sua maioria em 2023.

53 Apenas para exemplificar, no Estado de São Paulo existem dois Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) num único Estado da Federação (com sedes na Capital São Paulo e em Campinas).

54 Art. 107 da Constituição de 1988: § 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. (incluído pela EC 45/2004).

2 – Tribunais Regionais Federais: Mudanças e desafios

Mantida na Constituição de 1988, a Justiça Federal de primeiro e segundo grau intensificou sua presença no cenário nacional, especialmente pelas decisões de grande repercussão e de amplitude social e econômica proferidas por juízes federais e pelos órgãos dos tribunais regionais federais.

Com o incremento do número de componentes dos cinco primeiros tribunais regionais federais e o acréscimo da Justiça Federal de segundo grau a perspectiva é de melhoria do sistema judicial como um todo, a fim de que as demandas sentenciadas em primeira instância sejam resolvidas de forma menos demorada no grau de apelação.

Mesmo porque, como registrou em voto o Ministro Luís Roberto Barroso, “a Justiça está para a alma como a saúde está para o corpo. Portanto, se a Justiça não estiver funcionando, há alguma coisa de não saudável em uma sociedade. Se não está funcionando, precisamos fazer alguma coisa”⁵⁵

Em análise ao anuário da Justiça Federal elaborado em 2023 pela Revista Consultor Jurídico, Conjur,⁵⁶ ainda que de passagem se pode constatar os desafios de cada um dos seis Tribunais Regionais Federal e as soluções adotadas ou programadas.

2.1- Tribunal Regional Federal da 1ª Região

O TRF-1 sofreu os efeitos da criação da Nova Corte Regional, ao mesmo tempo em que diminuiu consideravelmente o seu número de processos, com redução em torno de 30%, bem como aumentou o número de desembargadores de 27 para 43, o que significa menor acervo e maior número de julgadores, fator positivo para a prestação jurisdicional no Primeiro Tribunal Regional Federal.

De fato, o congestionamento dos processos que levava ao paroxismo da crise no TRF-1, com o surgimento do TRF-6 teve uma atenuação, visto que ocorreu a transferência inicial de 174 mil processos daquele para esse Tribunal Federal instalado em 19 de agosto de 2022.

55 Supremo Tribunal Federal. AP 937 QO / RJ – Rio de Janeiro. Questão de Ordem em Ação Penal. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 03/05/2018. Publicação: 11/12/2018; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-265.

56 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023.

O Desembargador Presidente José Amílcar Machado, do TRF-1, explica que “em termos de produtividade, o maior gargalo está na segunda instância, em consequência do crescimento desproporcional do número de juízes federais ao longo do tempo em relação aos desembargadores”. Segundo o seu Presidente, o TRF-1 contava em 2021 com uma média de 21 juízes federais para cada um dos então 27 desembargadores, e na proporção (média) de 5.291 recursos para cada desembargador, ao passo que para cada juiz federal da 1ª Região, no mesmo ano, foram distribuídos 1.921 processos no primeiro grau, o que evidenciava um disparate entre as duas instâncias.⁵⁷

A perspectiva para a 1ª Região, dentre outras, será a diminuição do tempo médio de tramitação dos processos, em face dessa nova realidade: mais de 174 mil processos transferidos para o TRF-6 e o aumento do número de desembargadores de 27 para 43 membros.

É fato notório que o TRF-1 tem problemas no primeiro grau, agravada com a extinção de cargos de juiz federal substituto para a ampliação daquela Corte Regional e para a criação dos cargos de desembargadores do TRF-6.⁵⁸

Por se tratar de uma região muito extensa, que atualmente conta com 13 unidades da Federação, especialmente as da região Amazônica, além da Bahia e Goiás etc., a carência de juízes é um problema a ser resolvido pela Direção daquele Tribunal, o que já parece estar bem encaminhado, uma vez que está em curso um concurso público para os cargos de juiz federal substituto da 1ª Região.⁵⁹

Por fim, outro problema que é comum aos TRFs, tem no TRF-1 a sua maior dimensão: “o déficit de servidores é dos principais gargalos para melhorar a atuação do TRF-1 na primeira instância, que há anos recebe mais processos do que julga. Segundo a direção [daquele tribunal], além do déficit de provimento de 60 cargos de juízes substitutos, houve a extinção de 39 cargos, sendo 19 destinados à criação do TRF-6 e 20 para a ampliação do TRF-1”.⁶⁰

57 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023, Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p.19.

58 20 cargos de juiz federal substituto foram transformados em 18 cargos de desembargadores – art. 6º da Res. 742/2021/CJF.

59 “Será realizada neste domingo, dia 23 de julho, das 13 às 18h (horário de Brasília/DF), a prova objetiva do 17º Concurso Público para provimento de cargos de juiz federal substituto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1). A avaliação ocorre simultaneamente nas cidades de Belém/PA, Boa Vista/RR, Brasília/DF, Cuiabá/MT, Goiânia/GO, Macapá/AP, Manaus/AM, Palmas/TO, Porto Velho/RO, Rio Branco/AC, Salvador/BA, São Luís/MA e Teresina/PI”.

(<https://portal.trf1.jus.br/portaltf1/comunicacao-social/imprensa/noticias/institucional-prova-objetiva-de-concurso-para-juiz-federal-substituto-do-trf-1-regiao-ocorre-neste-domingo-23.htm>, acesso em 27 de julho de 2023).

60 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023, Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023p.20.

Para o Presidente do TRF-1, “foi criado um grupo de trabalho que promoverá estudos e apresentará proposta de nova estrutura organizacional que permita corrigir as distorções entre varas federais observando a diversidade da 1ª Região em termos de especialidade, características geográficas, demográficas e de infraestrutura”.⁶¹

Na mesma matéria, do Anuário da Justiça Federal da Revista Consultor Jurídico, colhe-se que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região investiu maciçamente em tecnologia, renovando seu parque tecnológico e em mobiliário e imobiliário dos prédios da 1ª Região.

“O Presidente José Amílcar Machado destaca que um dos pontos positivos para aperfeiçoar a prestação jurisdicional foi a adesão ao Programa Justiça 4.0 que tem iniciativas voltadas ao desenvolvimento de estratégias, estudos, metodologias e ações com foco na promoção da inovação e da transformação digital”. E acrescenta que os destaques do programa em 2021 (Justiça 4.0) foi a implantação do balcão virtual, a Justiça 100% e os Núcleos de Justiça 4.0, o que facilitou o sistema processual eletrônico (pje) da 1ª Região.⁶²

Como conclui o Desembargador Federal Corregedor da 1ª Região, Néviton Guedes: “A criação do Tribunal da 6ª Região e a ampliação do número de desembargadores nos fornecerá as ferramentas necessárias para uma prestação jurisdicional mais rápida, mais efetiva, que tem sido ao longo dos anos o grande esforço do nosso tribunal que, atualmente, enfrenta muitas dificuldades”.⁶³

O Tribunal Regional Federal, o mais extenso dos Tribunais Federais, por mais que tenha implantado, ao longo do tempo, mecanismos de julgamentos em massa de processos no segundo e primeiro grau, tais como juizados itinerantes para sentenças, Turmas Suplementares e Câmaras Regionais para julgamento dos recursos, considerado o grande volume de processos permaneceu com muitas dificuldades para prestar uma justiça célere e efetiva.⁶⁴

61 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023, Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p.20.

62 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023, Revista Consultor Jurídico, São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p.22.

63 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023, Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p.22.

64 Além das Câmaras regionais, descentralizadas, o art. 107 da Constituição de 1988 prevê: § 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade

Com esse novo ambiente, da retirada do Estado de Minas Gerais, TRF-6, e o aumento do número de desembargadores e novos concursos para juízes, com a ajuda das novas tecnologias e inovações o TRF-1 poderá ter melhores condições de prestar o serviço de Justiça em prol do jurisdicionado do Norte- Nordeste e Centro-Oeste Brasileiro.

2.2- Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Assim como ocorre em toda segunda instância da Justiça Federal, é larga a base do primeiro grau, que, em comparação com juízes de segundo grau, conta com muito mais magistrados, principalmente pelos contínuos concursos públicos para juiz federal substituto realizados nas últimas três décadas.

Ainda que se possa vislumbrar que nem toda decisão impugnável ou sentença proferida seja impugnada por recurso, o número de julgadores de segundo grau ficou apequenado diante da quantidade crescente e incessante de agravos de instrumento, apelações e outros meios de recursais que aportam os gabinetes dos desembargadores federais.

Esse diapasão foi sentido no Tribunal Regional Federal da 2ª Região,⁶⁵ com sede no Rio de Janeiro e jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, que em 2022 se beneficiou da ampliação da segunda instância, passando aquela Corte de 27 para 35 desembargadores.

Tal mudança trouxe a expectativa “de aumento de produtividade e melhora na qualidade da prestação jurisdicional, impulsionados não apenas pelo trabalho dos oito novos integrantes, mas também com investimentos em tecnologia”.⁶⁶

Em entrevista à Revista Consultor Jurídico, Conjur, o Presidente do TRF- 2, Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, discorre sobre alguns problemas a serem enfrentados pelo Tribunal.⁶⁷

65 “Apesar do TRF-2 julgar mais do que recebe na segunda instância, o acervo vem crescendo ano a ano. De 2019 até 2021, o crescimento foi de 5%. Em dezembro de 2021, o acervo era de 89 mil processos – dez mil deles sobrestados por decisão do STF e STJ” (Anuário da Justiça Federal, 2022-2023, Revista Consultor Jurídico – Conjur, p. 68).

66 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023, Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 68.

67 Auxílio da Tecnologia: Novo presidente [Guilherme Calmon Nogueira] do TRF-2 quer aumentar uso de IA e de métodos consensuais. Revista Consultor Jurídico, 25 de dezembro de 2022. www.conjur.com.br. Acesso em 27 de julho de 2023. [Sumário]

“Apesar de a produtividade do TRF-2 ter aumentado durante a epidemia de Covid-19, proporcionalmente ou comparativamente a outras regiões, ela ainda está abaixo da média. Há vários aspectos que contribuem para isso. E o TRF-2 está tomando diversas medidas para mudar esse cenário. Uma delas é o Grupo de Apoio aos Gabinetes. Temos uma preocupação muito grande em relação ao cumprimento das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça a respeito dos temas e questões mais urgentes, relevantes e sensíveis. Por exemplo, ações de improbidade administrativa, que precisam ser solucionadas em um tempo razoável”.⁶⁸

O Presidente Guilherme Calmon acrescenta que o TRF-2 enfrenta “um problema muito sério de aposentadoria de servidores sem reposição por questões orçamentárias. Além disso, há um aumento do número de servidores que estão prestes a se aposentar. Vale ressaltar que a seção do Rio de Janeiro é diferenciada em relação às demais, porque aqui a cidade foi capital da República e um grande número de aposentados e pensionistas ainda é desse período”.⁶⁹

O referido magistrado aponta algumas soluções para a sua gestão à frente daquele Tribunal:

“A principal ideia que eu tentarei implementar nesse período é aumentar a utilização da inteligência artificial no âmbito da Justiça Federal. Já há projetos em andamento no TRF-2. Inclusive neste ano, por minha iniciativa, começamos um projeto do Centro de Inteligência do TRF-2 que visa, no âmbito da Vice-Presidência, utilizar algumas ferramentas de inteligência artificial para avaliar a admissibilidade de recursos extraordinários e recursos especiais. A minha ideia é expandir algumas dessas práticas de inteligência artificial para toda a Justiça Federal da 2ª Região, e não apenas o TRF-2. Porém, não quero perder de vista a segurança jurídica na prestação jurisdicional nem excluir grupos que não tenham acesso digital”.

O Desembargador Presidente expõe outra ideia de sua gestão que é “estimular, cada vez mais, a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal da 2ª Região”, sem prejuízo do contínuo reforço extra nos gabinetes dos membros da Corte, por meio de uma equipe para minutar acórdãos para os gabinetes dos desembargadores que necessitem.

68 Auxílio da Tecnologia: Novo presidente [Guilherme Calmon Nogueira] do TRF-2 quer aumentar uso de IA e de métodos consensuais. Revista Consultor Jurídico, 25 de dezembro de 2022. www.conjur.com.br. Acesso em 27 de julho de 2023.

69 E observa: Além disso, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial é sediado no Rio de Janeiro, bem como diversas agências reguladoras, como a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Isso concentra muitas questões, que só podem ser julgadas pelo TRF-2. Tais aspectos acabam interferindo na produtividade (Auxílio da Tecnologia: Novo presidente [Guilherme Calmon Nogueira] do TRF-2 quer aumentar uso de IA e de métodos consensuais. Revista Consultor Jurídico, 25 de dezembro de 2022. www.conjur.com.br. Acesso em 27 de julho de 2023).

Quanto ao primeiro grau, “a 2ª Região decidiu extinguir ao menos oito varas federais no Rio de Janeiro e no Espírito Santo para instalar o programa Justiça 4.0. São nove núcleos especializados em saúde pública e em Direito Previdenciário, que funcionam totalmente on line. Todas as audiências, os atos processuais e as decisões acontecem pela internet, dentro do programa Juízo 100% digital”.⁷⁰

Como evidenciado no TRF-2, mesmo diante de diversas dificuldades, como falta de pessoal, necessidade de aumento da produtividade cada Tribunal procura encontrar soluções adequadas para os seus problemas, seja com o auxílio da tecnologia, métodos consensuais de resolução de conflitos e outras medidas positivas impactantes.

2.3- Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Segundo informações do Anuário da Justiça Federal 2022-2023, Revista Consultor Jurídico, Conjur, no ano de 2021 o TRF-3 julgou 200 mil processos.⁷¹

Recentemente ampliou o número de 43 para 55 desembargadores Federais, o que por si só já mostra tratar-se de um Tribunal que recebe um volume muito grande de demandas, conquanto sua área territorial seja pequena (São Paulo e Mato Grosso do Sul).

No primeiro grau a Terceira Região é composta por 397 juízes federais, duas Seções Judiciárias, 144 Varas, 50 Juizados Especiais Federais e 17 turmas recursais.⁷²

Explica a Presidente do TRF-3, Desembargadora Marisa Santos, que, em face do aumento do número de desembargadores sem a contrapartida do aumento de despesas, haverá redução no número de servidores dos gabinetes dos magistrados: de 18 para 16 funcionários para cada desembargador.⁷³

A mesma notícia aponta a carência de juízes no primeiro grau de jurisdição: “a carência de mão de obra é grande: faltam hoje, na 3ª Região, 109 juízes e 500 servidores”.⁷⁴

70 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023, Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 71.

71 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 102.

72 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 102.

73 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 102.

74 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 103.

Outro dado no Anuário da Justiça Federal 2022-2023, da Revista Consultor Jurídico sobre a Justiça Federal de primeiro grau na 3ª Região é o de que “de 2019 a 2022, houve crescimento de 19,5 % do acervo, atualmente com 3,2 milhões de processos, com a ressalva de que 1,9 milhão desse total corresponde a processos sobrestados em primeiro grau” e “o primeiro grau, nos últimos quatro anos, não vem conseguindo julgar mais que a distribuição, ao contrário do segundo. Chama a atenção o aumento exponencial da distribuição de casos em 2021: de 535 mil no ano anterior para 805 mil, 90% disso nos Juizados Especiais”.⁷⁵

Existem varas federais, como o JEF de Araçatuba/SP, que possuem 23 mil processos em curso, o que leva à observação do juiz federal Denilson Branco que “ainda há muito por fazer para diminuir a morosidade processual”. Uma delas, conforme a Presidente do TRF-3 Marisa Santos, é: “instalar a terceira vara do Juizado Especial de Campinas. A iniciativa é de dois juízes de uma Vara de Execução Fiscal, que ofereceram a Vara de Execução Fiscal para transformá-la na terceira vara do Juizados Especial de Campinas. Oferecimento imediatamente aceito”.⁷⁶

O TRF-3 investiu na segurança do sistema, com realce da Presidente Marisa Santos: “o problema é a falta de servidores em geral, especialmente na área de Tecnologia da Informação, em que esses profissionais são mais bem remunerados pelas empresas privadas do que no setor público”.⁷⁷

“Com os gastos limitados desde a entrada em vigor da “emenda do teto de gastos”, a Presidente procura aproveitar as boas ideias dos servidores. Para desenvolver essas ideias, foram criados laboratórios de inovação”.⁷⁸

Vale citar aqui uma curiosidade: “Dos 49 milhões de jurisdicionados na 3ª Região, apenas três milhões são de Mato Grosso do Sul”,⁷⁹ o que explica que a grande demanda no primeiro e segundo grau está em São Paulo, o Estado mais populoso do Brasil.

75 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 103-4.

76 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 105.

77 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 106.

78 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 106.

79 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 106.

2.4- Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Com a ampliação decorrente da Lei 14.253/2021, no TRF-4 a quantidade de desembargadores foi acrescida, passando de 27 para 39 desembargadores. A ampliação criou a expectativa de tornar mais célere a prestação jurisdicional na segunda instância federal sulista. O TRF-4 é um tribunal que apostou na regionalização e na descentralização da Corte, montando turmas no Paraná e em Santa Catarina, com desembargadores federais. São as denominadas turmas regionais, autorizadas pela Emenda Constitucional n. 45/2004. “O eproc, sistema criado pela 4ª Região e em funcionamento desde 2003”⁸⁰ é um dos pontos altos que caracterizam a gestão processual naquele tribunal, por ser considerado pelos usuários como um sistema processual mais atual, moderno, ágil, fácil e mais instrumental. Na 4ª Região, entre os tipos de demandas, a de matéria previdenciária aparece em primeiro lugar, seguida da cobrança da dívida ativa,⁸¹ o que parece ser a tendência da Justiça Federal do Brasil, a demonstrar que as causas de Direito Previdenciário crescem e se multiplicam em maior velocidade do que as demais matérias, superando-as ao mesmo tempo que requerem um tratamento adequado para dar vazão ao grande número de ações contra o INSS. Outra frente de atuação do TRF-4 ocorreu na denominada equalização da carga de trabalho, projeto inovador de gestão processual lá implantado. O então Corregedor do TRF-4, Desembargador Federal Cândido Leal Júnior, um dos idealizadores do sistema, em entrevista ao Anuário Conjur, da Revista Consultor Jurídico, falou sobre a equalização: “Meu trabalho é realizar os ajustes para que uma vara trabalhe tanto quanto a outra. Percebemos que as execuções fiscais diminuíram bastante e as ações previdenciárias aumentaram muito, por exemplo, e esta situação será enfrentada”.⁸²

80 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 148.

81 “A situação da primeira instância na 4ª Região é ainda mais complicada da que a da segunda. Em 2021, a distribuição chegou perto dos 800 mil processos novos e o acervo dos dois milhões de processos em tramitação. Em contrapartida, os juízes conseguiram julgar 620 mil ações durante o ano. Pedidos de auxílio-doença previdenciário estão no topo da lista, seguidos por diversos tipos de aposentadoria e de cobranças de dívida ativa” (Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 149.

82 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 149.

Em suma, o TRF-4 que abrange a região sul do país, conquanto tenha sentido as consequências da epidemia e o aumento de demandas, assim como os demais tribunais focou no problema e nas suas respectivas soluções, tais como o fortalecimento dos julgamentos, o uso da tecnologia, e a implantação do sistema processual eproc, além da busca pela distribuição equânime dos processos entre as Varas Federais.

2.5- Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Tendo sede em Recife e jurisdição sobre os Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba, Alagoas, Sergipe e Ceará, o TRF-4 também foi contemplado pela Lei 14.253/2021, passando de 15 desembargadores federais para 24 membros naquela Corte.

Em 2022, o TRF-5 tinha um acervo na segunda instância (incluindo os processos sobrestados) de 64.909 processos recursos.⁸³

Dentre muitas medidas de aprimoramento da prestação jurisdicional, o então Presidente Edilson Nobre afirmou que o tribunal investiu em inovação e governança.⁸⁴

“Neste propósito, o tribunal firmou parceria com universidades públicas da região para oferecer aos formandos dos respectivos cursos de direito um programa de residência, nos moldes da residência médica dos cursos de medicina. “alunos, já graduados, fazem uma especialização dentro do ambiente judicial e, no decorrer do programa, apresentam soluções e os proporcionam avançar em uma prestação jurisdicional mais céleres e eficaz”.

Uma das principais preocupações do TRF-5 é com a morosidade e se direciona, entre outras, na solução administrativa, dotando os gabinetes dos desembargadores de boas condições para que tenham boa produtividade. Mas também investe em inteligência artificial, inclusive possui um projeto desenvolvido com a Universidade Federal de Campina Grande/PB, a fim de que possa identificar processos da mesma matéria com mais rapidez e eficiência visando a colocá-lo em julgamento em conjunto, conforme as palavras do então Presidente Edilson Nobre.⁸⁵

Contando atualmente com 24 desembargadores e 217 juízes federais, adotando medidas inovadoras, permanentes e inovadoras, o TRF-5 se prepara para enfrentar esses novos desafios gerados pelo aumento de demandas e os acúmulos de processos, tanto na segunda quanto na primeira instância.

83 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 192.

84 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 194.

85 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 195.

2.6- Tribunal Regional Federal da 6ª Região

O Tribunal Regional Federal da 6ª Região foi criado pela Lei n. 14.226, de 20 de outubro de 2021, complementada pela Resolução n. 72, de 2021, do Conselho da Justiça Federal.

Diante da estrutura complexa de duas instâncias judiciais, os desafios no TRF-6 se iniciaram efetivamente com a assunção de 18 desembargadores empossados, em 19 de agosto de 2022, que logo se depararam com a imprescindibilidade de um corpo de servidores satisfatório e com a necessidade de uma gestão capaz de garantir o funcionamento dos serviços administrativos e judiciais da Corte.

Para ser implantado o TRF-6 contou com a colaboração do TRF-1, que deu os suportes necessários para a implantação do processo judicial eletrônico (pje), e dos demais sistemas informatizados hoje existentes na 6ª Região.

Conforme a Lei n. 14.226/2021, que criou o TRF-6, o Conselho da Justiça Federal deveria adotar medidas administrativas para instalação do TRF-6, conforme o seu art. 11, que, nos § e incisos do dispositivo acrescenta:

“I - das varas federais da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais localizadas em Belo Horizonte, até 3 (três) de competência cível, até 2 (duas) de juizado especial federal e até 1 (uma) criminal poderão ser extintas, mesmo que criadas por lei específica, com redistribuição de cargos de servidor e funções comissionadas, assegurado aos juízes federais e aos juízes federais substitutos o exercício da jurisdição na mesma localidade em que estiverem lotados; II - as secretarias das varas federais da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais serão unificadas por área de competência e poderão ser ampliadas conforme a necessidade (art. 11, § 2º); § 3º A resolução referida no § 2º deste artigo deverá dispor, ainda, sobre a organização inicial do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, observadas as seguintes disposições: I - o exercício da Corregedoria Regional será atribuído ao Vice- Presidente do Tribunal; II - os gabinetes e os órgãos colegiados serão auxiliados por secretaria única; III - o Tribunal Regional Federal da 6ª Região poderá, nos 2 (dois) primeiros anos após sua instalação, propor ao Conselho da Justiça Federal modificação na resolução referida neste parágrafo.”

Em entrevista à Revista Consultor Jurídico, eis as palavras da Presidente Mônica Sifuentes, em 11 de dezembro de 2022:⁸⁶

86 Tempos modernos. Minha gestão pretende dar muita atenção à tecnologia, diz presidente do TRF-6. Revista Consultor Jurídico. <https://www.conjur.com.br/2022-dez-11/entrevista-monica-sifuentes-presidente-trf>. Acesso em 06 de agosto de 2023.

“Nós iniciamos com a transformação de cargos de juiz substituto para cargos de desembargador. Subiram servidores do primeiro grau para o tribunal e, com isso, o primeiro grau ficou com carência de servidores. Os desafios iniciais foram fazer essa equação de criar o tribunal e montar estrutura física com tudo: salas de sessão (de julgamento), salas de audiência, colocar cada servidor na sua função. Grande parte do nosso quadro perdeu as funções comissionadas”.

No aspecto de pessoal, o Tribunal conta com aproximadamente 400 servidores, incluindo os agentes de Polícia Judiciária e outros da área administrativa, que vieram da primeira instância (Subseção Judiciária de Belo Horizonte e das demais Subseções mineiras) para o segundo grau.

A entrevistada, Presidente Mônica Sifuentes, ressaltou:⁸⁷

“No tocante à migração de processos do TRF-1, tivemos grandes problemas. Vieram 175 mil processos para 16 desembargadores. (...) Nós só recebemos admissibilidade de recursos especial e extraordinário. E só de admissibilidade vieram 16 mil processos. Tudo isso estava represado no TRF-1. Tivemos esse trabalho de estruturar as sessões do tribunal, turmas, divisão de competência. (...) Hoje, cada gabinete tem, em média, 12 mil processos. (...) Tivemos de fazer o nosso regimento interno, aprovamos em prazo recorde. São atividades estruturantes do tribunal”.

Além dos problemas próprios da organização inicial, o TRF-6 também enfrenta as dificuldades comuns de todos os tribunais federais, pois já nasceu com 174 mil processos, agravadas pela falta de estrutura e impossibilidade de aumento de despesas extraordinárias.

Mas é nos tempos de crise que as instituições se fortalecem e o TRF-6, com resultados positivos pelos julgamentos multiplicados e com uma atenção particularizada e próxima ao seu jurisdicionado de Minas Gerais, desbrava os caminhos trilhados pelos cinco primeiros tribunais regionais federais, com o enfrentamento da realidade e com soluções inovadoras, tais como a implantação de um novo sistema processual (eproc). Para esse desiderato, conta com o esforço e o trabalho dos seus dezoito desembargadores e desembargadoras federais, dos seus juízes federais e do seu abnegado quadro de servidores.

87 Tempos modernos. Minha gestão pretende dar muita atenção à tecnologia, diz presidente do TRF-6. Revista Consultor Jurídico. <https://www.conjur.com.br/2022-dez-11/entrevista-monica-sifuentes-presidente-trf>. Acesso em 06 de agosto de 2023.

3 – Perspectivas dos Tribunais Regionais Federais

Em artigo na coluna ponto de vista do Anuário da Justiça, da *Revista Consultor Jurídico*,⁸⁸ a Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Juiz Federal Daniel Marchionatti detalham o comparativo de processos distribuídos para cada desembargador federal após a criação do TRF da 6ª Região.

Para esses autores, o TRF-1 teve uma queda de 17 mil para 7 mil em face da transferência dos processos para o TRF-6 e com o aumento dos membros da Corte de 27 para 43 membros, no que resultou em 7 mil processos para cada desembargador. O TRF-2, com a criação de oito cargos da segunda instância, passou a ter 2,3 mil processos para cada desembargador e o TRF-3, que aumentou de 43 para 55 desembargadores, passou a contar, como carga processual, com 5 mil processos em média por cada um dos seus 55 desembargadores. No TRF-4, que pulou de 27 para 39 desembargadores, a carga processual de cada desembargador resultou em 4 mil processos e o TRF- 5, que subiu de 15 para 24 desembargadores passou a ter um pouco menos de 3 mil processos para cada desembargador federal. Por fim, o TRF6, que possui 18 desembargadores, a média é de mais de 9 mil feitos para cada julgador. Em acréscimo, em 28/02/2023 o quadro de processos por desembargador federal nos Tribunais Regionais Federais,⁸⁹ (incluindo os suspensos e arquivados provisoriamente no 2º grau) é o seguinte: TRF-1: 361.563 (41 membros): média de 8.818 processos/recursos recebidos por cada desembargador; TRF-2: 78.199 (32 membros): média de 2.443 processos/recursos recebidos por desembargador; TRF-3: 266.915 (52 membros): média de 5.132 processos/recursos recebidos por desembargador; TRF-4: 206.025 (36 membros): média 5.722 processos/recursos recebidos por desembargador; TRF-5: 59.973 (25 membros): média 2.398 processos/recursos recebidos por desembargador; TRF-6: 202.544 (16 membros): 12.659 processos/recursos recebidos por desembargador.

Em continuidade à análise, quanto aos recursos humanos dos gabinetes dos desembargadores federais, conforme as Resoluções específicas de cada tribunal as funções comissionadas (FC) e cargos em comissão (CJ) de assessoria estão assim distribuídos: TRF-1: 16 CJ/FC (gabinetes antigos) e 13 CJ/FC (gabinetes novos); TRF-2: 13 CJ/FC, com quadro limitado a 20 servidores; TRF-3: 14 CJ/FC, com quadro limitado a 20 servidores; TRF-4: 15 CJ/FC; TRF- 5: 16 CJ/FC (gabinetes antigos) 8 CJ/FC (gabinetes novos); TRF-6: 7 CJ/FC.

88 Anuário da Justiça Federal, 2022-2023. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico – Conjur (edição impressa e eletrônica): 2023, p. 10-11.

89 Fonte: DATAJUD: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html> e Portal do TRF6. Acesso em 25 de maio de 2023.

Diante de tal cenário de carência de recursos humanos e aumento do número de feitos, uma das perspectivas sobre os Tribunais Regionais Federais é que possam otimizar a gestão processual, apostar na produtividade e na inventividade técnica, sobretudo com o apoio da inteligência artificial. E que possam trabalhar em conjunto com os outros órgãos essenciais à Justiça visando a firmar convênios e buscar em comum soluções para resolução de demandas na fase pré-processual, tudo a fim de diminuir de forma maciça e com engenhosidade os recursos que são distribuídos nas Cortes Regionais Federais e nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais.

Por outro ângulo, no aspecto normativo, a criação do TRF-6 e o aumento dos desembargadores nos cinco primeiros tribunais regionais direcionam na descentralização da Justiça Federal de segundo grau.

No plano legislativo, vale registrar o efeito da Emenda Constitucional oriunda da Proposta de Emenda Constitucional 162, de 2019, quanto à movimentação de magistrados: a remoção passará ser permitida entre juízes do mesmo segmento e juízes do segundo grau de tribunais diversos.

Essa recente Emenda altera o art. 93, VIII-A da Constituição, que passa a ter a seguinte redação: “A remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância, quando for o caso, e dentro do mesmo segmento de justiça, inclusive entre os juízes de segundo grau, vinculados a diferentes tribunais, na esfera da justiça estadual, federal ou do trabalho, atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a, b, c e e do inciso II deste caput e no art. 94 desta Constituição” (PEC 162/2019/2023).

Outra perspectiva no âmbito das normas é a delegação da competência, visto que se nota que dada a extensão territorial brasileira e as peculiaridades regionais nota-se a prevalência de questões previdenciárias sobre as demais questões, o que requer a criação de mais varas federais para que o mapa brasileiro da Justiça Federal seja preenchido em todos os quadrantes.

A Justiça Federal no Brasil possui a peculiaridade das diferenças regionais com Estados de dimensões territoriais pequenas e outros com vastidão geográfica, o que requer a diminuição das competências delegadas da Justiça Federal para a Justiça Estadual, uma vez que os Tribunais Regionais Federais possuem condições efetivas de receber recursos dos juízes federais na atuação decorrente da interiorização, que é um dos caminhos a serem perseguidos para a plenitude da jurisdição pela Justiça Federal.

O desequilíbrio que há de varas de Justiça Federal instaladas, muitas delas concentradas em grandes centros, ao passo que, sobretudo em matéria previdenciária a Justiça Federal está ausente aumenta a necessidade de criação de leis que ampliem a justiça federal de primeiro grau para se aproximar cada vez mais do jurisdicionado, diminuindo-se ou extinguindo-se as competências delegadas estaduais em matéria previdenciária.

Por fim, pode-se dizer que a Justiça Federal na atualidade, depois do emperramento/gargalo/afogamento no segundo grau decorrente da criação de inúmeras varas federais e da elasticidade do acesso à Justiça na primeira instância leva ao aumento das arestas na segunda instância, ao mesmo tempo procura tornar mais flexível a regra de movimentação dos juízes, com impacto na composição dos novos tribunais regionais federais.

Por fim, conclui-se aqui com a evocação de um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Agenda 30 da ONU, segundo o qual compete ao Estado “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.⁹⁰

Conclusão

Na sua rica história republicana, a Justiça Federal Brasileira trilhou caminhos incontornáveis rumo à interiorização ao sair das capitais dos Estados e da descentralização de seu segundo grau ao dividir-se em Cortes Regionais Federais.

Num momento de enfrentamento dos desafios e perspectivas pelos quais passavam os cinco Tribunais Regionais Federais então existentes surgiu o Tribunal Regional Federal da 6ª Região, ele mesmo sendo, parte da solução do próprio TRF 1, com alguns problemas bastante conhecidos, como a falta de pessoal e necessidade de ampliação estrutural e tecnológica.

É inegável que os desafios iniciais foram e ainda são múltiplos e diversos nesse início de uma empreitada incessante desta e das próximas gerações de juízes e servidores da Justiça Federal.

Ainda enfrentando problemas como o aumento do número de processos e pequena estrutura administrativa os Tribunais Regionais Federais seguem em expansão na trilha da extensão que ocorreu nas últimas décadas com a Justiça Federal de primeira instância.

A preocupação atual dos dirigentes e desembargadores dos seis tribunais federais, dentre outras passa pelo aperfeiçoamento estrutural, adoção de novidades tecnológicas, como inteligência artificial, sem prejuízo de medidas adequadas para a solução da crise no segundo grau, e mais do que isso, também para que o duplo grau de jurisdição se alinhe ao princípio da razoável duração do processo.

Por fim, é fundamental aparelhar a Justiça Federal e tornar sua presença efetiva como órgão do Estado, não apenas de forma vertical (nas duas instâncias) mas também de maneira horizontal a fim de que possa chegar em todos os lugares do Brasil, especialmente nos grandes rincões onde a presença do Estado é deficitária, e com isso aproximar cada vez mais a Justiça do cidadão.

90 Objetivo 16: Paz, justiça e instituições eficazes/Agenda 30/Organização das Nações Unidas.

Referências:

ANUÁRIO DA JUSTIÇA FEDERAL. São Paulo: Consultor Jurídico, 2023. Anual. Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-federal-2022-2023>. Acesso em: 27 jul. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Questão de Ordem em Ação Penal 937 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Roberto Barroso, 3 de maio de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>. Acesso em: 27. jul. 2023.

FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil. Curitiba: Juruá, 2004.

OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. Justiça Federal: evolução histórico-legislativa e a trajetória em seus 50 anos. Revista CEJ, Brasília, DF, v. 21, n. 72, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/issue/view/139>. Acesso em: 1 ago. 2023.

RODAS, Sérgio. Auxílio da tecnologia: novo presidente do TRF-2 quer aumentar uso de IA e de métodos consensuais. Entrevistado: Desembargador Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-25/entrevista-guilherme-calmon-presidente-eleito-trf/>. Acesso em: 27 jul. 2023.

Notas sobre o tema 1.075: efeitos da coisa julgada coletiva e o art. 16 da LACP

Notes on the 1.075 theme: res judicata effects on class actions

Rita M. C. Dias Nolasco

Procuradora da Fazenda Nacional

Doutora pela PUC/SP

Professora de Direito Processual Civil na COGEAE – PUC/SP

Coordenadora e Professora da Disciplina "Precedentes Judiciais" no Curso de Pós-Graduação

Lato Sensu da Escola Superior da Advocacia-Geral da União

Edilson Vitorelli

Desembargador Federal do Tribunal Regional da 6ª Região

Pós-doutor em Direito pela UFBA

Doutor em Direito pela UFPR

Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professor na Universidade Católica de Brasília

Resumo

Este artigo discute as implicações teóricas e práticas do tema de repercussão geral 1.075, no qual o Supremo Tribunal Federal rediscutiu os limites territoriais da coisa julgada coletiva, contidos no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Aponta que o entendimento atualmente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que considera inaplicável a referida limitação, é consentâneo com a disciplina processual coletiva brasileira. Conclui que a vinculação da coisa julgada coletiva aos limites territoriais do órgão prolator viola direitos de todos os envolvidos no processo: vulnera as garantias de efetividade da jurisdição, direito de todos os cidadãos, de acesso à justiça, por parte das vítimas da lesão e de economicidade e coerência da prestação jurisdicional, relativamente aos réus.

Palavras-chave: Processo Coletivo; coisa julgada; Supremo Tribunal Federal

Abstract

This paper discusses the theoretical and practical implications of the Theme 1.075, which is the Supreme Court re-discussed the territorial limits of res judicata in class actions. We point out that the decisions adopted by the Superior Court of Justice, which consider that the res judicata has no territorial boundaries is more appropriate to the rules of class actions that are in force in Brazil. Therefore, they should be upheld by the Supreme Court. We conclude that if the current Superior Court of Justice's precedents are overturned by the Supreme Court, there will be more expenses for the Judicial System as a whole and also harms to both plaintiffs and defendants.

Key-words: Class actions; res judicata; Supreme Court

1 – Introdução

O presente trabalho trata das recentes decisões dos Tribunais Superiores a respeito do art. 16 da Lei 7.347/1985 e demonstra as consequências pragmáticas geradas pela limitação da eficácia de sentenças proferidas em ações civis públicas, imposta pela Lei 9.494/1997.

A compreensão do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema foi pacificada no sentido da impossibilidade de limitação territorial da eficácia da sentença proferida em ação civil pública:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO APRIORÍSTICA DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE. DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP N.º 1.243.887/PR, REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMÃO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante.

2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85.

(EResp 1.134.957/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/2016, DJe 30/11/2016).

No referido caso, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) propôs “Ação Coletiva de Revisão Contratual”, com pedido de liminar, em face de diversas entidades bancárias (Caixa Econômica Federal, ABN Amro Bank, Banco América do Sul, Banco Bradesco, Banco de Crédito Nacional, HSBC Bank Brasil, Banco Itaú, Banco Sudameris, Bank Boston, Banco do Estado de Pernambuco, Banco do Estado de São Paulo – BANESPA, Banco Nossa Caixa, Eurameris), buscando a revisão de contratos de financiamento habitacional celebrados pelos consumidores.

O Superior Tribunal de Justiça, nesse EREsp 1134957/SP, confirmou o posicionamento do TRF da 3ª Região, no sentido de que a eficácia das decisões tomadas na ação civil pública não podem ficar restritas ao âmbito regional. Assim, concluiu pelo afastamento da limitação territorial para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, aludida no artigo 16 da Lei no 7.347/1985.

Em face da decisão dos Embargos de divergência, houve a interposição de dois Recursos Extraordinários. No primeiro, interposto pelo ITAÚ UNIBANCO S/A, com amparo no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alega-se violação aos arts. 5o, XXXVII, LIII e LIV; 22, I; e 97 da CF/1988, pois (a) ao entender pela possibilidade de a eficácia da sentença coletiva se estender para além da competência territorial, o acórdão recorrido diverge da tese fixada, pelo Plenário do STF, no julgamento do RE 612.043-RG (Tema 499, Rel. Min. MARCO AURÉLIO); (b) no julgamento do RE 612.043-RG, o Supremo Tribunal Federal reafirmou esse entendimento (...) quando considerou constitucional o disposto no art. 2o-A da Lei no 9.494, de 1997, a dispor que a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator e (c) ao afastar a incidência do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública - LACP, o acórdão recorrido violou a cláusula de reserva de plenário, uma vez que inobservou o rito previsto para a declaração incidental de inconstitucionalidade.

O outro Recurso Extraordinário foi interposto pela Caixa Econômica Federal e Outros, com amparo no art. 102, III, a e b, da Constituição Federal. Nele alega-se violação aos arts. 2o; 22, I; e 97 da CF/1988, ao argumento de que (a) houve afronta à regra constitucional de reserva de plenário, tendo em vista que o acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade tácita do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública - LACP; e (b) o acórdão recorrido divergiu do entendimento desta CORTE firmado no julgamento da ADI 1576-1, bem como da tese fixada no Tema 499, com repercussão geral reconhecida.

Os dois Recursos Extraordinários foram admitidos e a questão da aplicabilidade do art. 16 da Lei 7.347/1985 voltou a ser discutida no STF, tendo, de um lado, como recorrentes, os cinco maiores bancos do país e, como recorrido, o Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC.

2 – A limitação territorial da coisa julgada nas ações coletivas: Art. 16 da Lei 7.347/1985 (redação dada pela Lei 9.494/1997)

A tutela jurisdicional coletiva (realizada por meio das ações coletivas) é apontada como efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à justiça⁹¹ e efetivação da cidadania⁹² tendo em vista que pode eliminar os entraves relacionados com os custos processuais, o desequilíbrio entre as partes e a falta de formação e informação jurídica, na medida em que o direito das pessoas mais humildes e menos esclarecidas juridicamente poderá ser defendido por terceiro, legitimado para a tutela transindividual.⁹³ É, apontada, também, como medida de economia judicial e processual⁹⁴ por evitar a multiplicação desnecessária de ações ajuizadas para solucionar litígios de natureza essencial ou acidentalmente coletiva,⁹⁵ e, neste sentido acaba eliminando ou reduzindo as possibilidades de decisões variadas e até mesmo contraditórias.⁹⁶

91 CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo: RT, 2002, p. 30-32.

92 BUENO, Cassio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155.

93 Como bem acentuou Luis Guilherme Marinoni, “a noção de direito transindividual, como é óbvio rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária”. (Novas Linhas do Processo Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 89-90). No mesmo sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery esclarecem que “a dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não está atendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito.” Trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo, pois a lei legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial para a defesa dos direitos difusos e coletivos. (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil extravagante em vigor. São Paulo: RT, 2003). Concordamos com as conclusões de Luiz Manoel Gomes Jr, segundo o qual as Ações Coletivas emergem no contexto de uma temática inteiramente diferenciada. O processo tradicional possui caráter individual. Logo, para se tratar das ações coletivas faz-se necessário uma releitura de conceitos clássicos, como por exemplo, os conceitos de legitimação e interesse. (Curso de Direito Processual Civil Coletivo. 2 ed. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 84-85).

94 CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 33-37.

95 Barbosa Moreira afirma que os direitos individuais homogêneos podem ser classificados como “acidentalmente coletivos” do ponto de vista processual. Como bem esclarece Teori Zavascki, não se deve confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos (individuais). (Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 38).

96 Nolasco, Rita Dias. Contornos Nucleares da Execução Coletiva. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 431-432.

O sistema processual ocidental foi concebido para lidar com demandas individuais. Além disso, há diversas ações não passíveis de coletivização, tais como as cobranças bancárias, as execuções fiscais e as demandas previdenciárias, que dependem de características pessoais das partes e de análise de fatos específicos a cada relação. Isso quer dizer que, além de o sistema não estar estruturalmente concebido para lidar com o processo coletivo,⁹⁷ ele também não está apropriadamente equipado para tratar de todas as espécies de casos repetitivos, eis que nem todos eles são padronizáveis.⁹⁸

Segundo o relatório “Justiça em Números”, editado pelo CNJ, o assunto mais recorrente na justiça estadual, em todo o País, refere-se a litígios relativos a obrigações civis de natureza contratual. Na justiça federal, os três assuntos mais recorrentes são execuções fiscais, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Todos esses assuntos são de difícil coletivização, seja por vedação legal (art. 1º, parágrafo único da LACP), seja pela prevalência de características individuais nos casos, o que torna inadequada a tutela coletiva. A construção de um processo coletivo impõe mudanças na estrutura clássica dos litígios, ao ponto de se verificar a existência de um devido processo coletivo⁹⁹ Esse devido processo legal coletivo exige que o sistema processual seja capaz de assegurar à sociedade a tutela adequada e participativa de seus direitos, de acordo com as características do litígio.¹⁰⁰

O artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da coisa julgada no âmbito do processo coletivo, prevê que será erga omnes (direitos difusos e individuais homogêneos) ou ultra partes (direitos coletivos, limitados a certo grupo de classe, grupo ou categoria). A eficácia erga omnes da coisa julgada para as hipóteses de procedência (todos os integrantes da comunidade serão beneficiados). No caso de direitos difusos, a improcedência da ação por falta de provas não faz coisa julgada material, possibilitando a repositura pelo mesmo autor da ação rejeitada, como por qualquer um dos legitimados, desde que fundada em novas provas. Se a ação for julgada improcedente por qualquer outro motivo, excluída a falta de provas, a coisa julgada terá efeitos ultra partes, ou seja, atingirá os legitimados (art. 82 do CDC) da ação coletiva, o que não impedirá a propositura de ação individual pelo particular lesado, de acordo com o art. 103, § 3º do CDC.

97 O processo civil coletivo possui perfil distinto do processo civil individual, devendo ser pautado por regras e parâmetros próprios, delineados nas leis especificamente criadas para a tutela coletiva. (Nolasco, Rita Dias. Op. Cit., p. 432).

98 VITORELLI, Edilson; ZANETI JR, Hermes. O futuro do processo coletivo: considerações sobre relatório analítico propositivo do Conselho Nacional de Justiça. Revista de Processo. vol. 295. São Paulo: RT, 2019. p. 195-233.

99 VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: RT, 2016. cap. 3.

100 Idem, cap. 2.

Essa compreensão acerca dos limites da coisa julgada coletiva já havia gerado problemas interpretativos no que tange à delimitação do papel das associações no processo coletivo. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a atuação das associações em defesa de seus associados (ou seja, na condição de representante processual, não de substituta processual, como ocorre no processo coletivo), definiu, no Tema de Repercussão Geral 499, RE 612.043/PR,¹⁰¹ uma restrição do alcance subjetivo da coisa julgada que foi por muitos interpretado erroneamente, como se fosse aplicável ao processo coletivo. O STJ também foi presa desse equívoco, aplicando erroneamente o precedente, até que o próprio STF o esclareceu, em embargos de declaração (Terceiros-Emb.Decl. no Recurso Extraordinário 612.043/PR).

A limitação aos associados prevista no Art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 (incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001), se restringe apenas às ações por representação (art. 5º, XXI, CF/1988), não atingido as ações civis públicas, relativas a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.¹⁰²

A pretendida redução territorial da coisa julgada tende a ser ineficaz e inócua, porque competência jurisdicional e limites subjetivos da coisa julgada não podem ser tratados conjuntamente, dado serem institutos sem qualquer relação. Além disso, o sistema da competência e da coisa julgada do Código de Defesa e Proteção do Consumidor — junto à Lei da Ação Civil Pública cria um todo orgânico destinado ao que se convencionou denominar de processo civil coletivo. Como bem ilustra Cassio Scarpinella Bueno em um exemplo: “ação civil pública ajuizada para coibir a poluição de um dado rio é julgada procedente e, esgotado o segmento recursal, transita em julgado. É lícito ao réu desta ação (que foi obrigado, por exemplo, a não jogar detritos industriais naquele rio) confortavelmente mudar suas instalações para a comarca ou para a seção judiciária vizinha, em que o mesmo rio ainda corre, para desconsiderar a decisão anterior? Pode ele tomar esta atitude já que os efeitos e a coisa julgada da ação que o condenou àquele comportamento só vale em um determinado território?”¹⁰³

101 “A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesse dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento”. (Tema de Repercussão Geral 499, RE 612.043/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, por maioria, 10.05.2017).

102 VITORELLI, Edilson; ZANETI JR, Hermes. O futuro do processo coletivo: considerações sobre relatório analítico propositivo do Conselho Nacional de Justiça. Revista de Processo. vol. 295. São Paulo: RT, 2019. p. 195- 233.

103 BUENO, Cassio Scarpinella. A Ação Civil Pública e o Poder Público. Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo de Araçatuba, vol. 4, n. 1. Editora da Universidade: Araçatuba, julho de 2004, p. 81-106. Disponível também em <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/001.pdf>. Referido autor esclarece que para setorizar a eficácia e a coisa julgada de sentenças proferidas em ações coletivas que digam respeito a interesses e a direitos difusos e coletivos em sentido estrito seria preciso alterar (expressamente) a competência para propositura das ações coletivas.

A corte Especial do STJ, no REsp. 1.243.887/PR, afetado ao rito dos repetitivos, decidiu que não se aplica a limitação territorial prevista no Art. 16 da Lei 7.347/1985 (alterado pela Lei 9.494/1997). O Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, deixa claro que jurisdição e competência não se confundem com os limites subjetivos da coisa julgada. Destacamos do seu voto:

“A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos — como coisa julgada e competência territorial — e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os "efeitos" ou a "eficácia" da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada — a despeito da atecnia do art. 467 do CPC — não é "efeito" ou "eficácia" da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la "imutável e indiscutível".

É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os "limites da lide e das questões decididas" (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) — tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat.

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.

A questão principal, portanto, é de alcance objetivo ('o que' se decidiu) e subjetivo (em relação 'a quem' se decidiu), mas não de competência territorial.”

(RESP 1.243.887/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011).

Mais recentemente, e de modo ainda mais eloquente, o Ministro Herman Benjamin reiterou esse entendimento:

“A *res iudicata* nas ações coletivas é ampla, em razão mesmo da existência da multiplicidade de indivíduos concretamente lesados de forma difusa e indivisível, não havendo confundir competência do juiz que profere a sentença com o alcance e os efeitos decorrentes da coisa julgada coletiva. 3. Limitar os efeitos da coisa julgada coletiva seria um mitigar esdrúxulo da efetividade de decisão judicial em ação coletiva.

Mais ainda: reduzir a eficácia de tal decisão à "extensão" territorial do órgão prolator seria confusão atécnica dos institutos que balizam os critérios de competência adotados em nossos diplomas processuais, mormente quando - por força do normativo de regência do Mandado de Segurança (hígido neste ponto) - a fixação do Juízo se dá (deu) em razão da pessoa que praticou o ato (*ratione personae*).

4. Por força do que dispõem o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública sobre a tutela coletiva, sufragados pela Lei do Mandado de Segurança (art. 22), impõe-se a interpretação sistemática do art. 2º-A da Lei 9.494/97, de forma a prevalecer o entendimento de que a abrangência da coisa julgada é determinada pelo pedido, pelas pessoas afetadas e de que a imutabilidade dos efeitos que uma sentença coletiva produz deriva de seu trânsito em julgado, e não da competência do órgão jurisdicional que a proferiu”.

(AgInt nos EDcl no AgRg no REsp 1431200/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016).¹⁰⁴

104 No mesmo sentido: “(...) Os efeitos da sentença proferida em ação civil pública versando direitos individuais homogêneos em relação consumerista operam-se erga omnes para além dos limites da competência territorial do órgão julgador, isto é, abrangem todo o território nacional, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, já que o art. 16 da Lei nº 7.347/1985 (alterado pelo art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997) deve ser interpretado de forma harmônica com as demais normas que regem a tutela coletiva de direitos. Precedentes.” (REsp 1594024/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 05/12/2018).

3 – Reconhecimento da repercussão geral do Tema 1.075 e a tese fixada

O reconhecimento da existência de questão constitucional relativamente aos limites territoriais da coisa julgada coletiva, no tema 1.075, pegou a doutrina especializada de surpresa.

Isso porque o STF havia afirmado a ausência de questão constitucional relativa à questão da limitação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva no Tema 715, (ARE 796.473). O Ministro relator, Gilmar Mendes, acompanhado de todos demais ministros votantes, afirmou:¹⁰⁵

“Verifico que a controvérsia em exame discute questão atinente à limitação territorial da eficácia da decisão proferida em ação coletiva, questão que se restringe ao âmbito infraconstitucional (Lei de Ação Civil Pública e Código de Processo Civil).

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que configura ofensa reflexa ao texto constitucional mera alegação de ofensa a dispositivos constitucionais, quando a controvérsia cingir-se à interpretação ou aplicação de normas infraconstitucionais, o que inviabiliza o prosseguimento do recurso extraordinário. Nesse sentido, cito os precedentes: ARE 768.851 e ARE 778.121, ambos de Relatoria do Min. Roberto Barroso; ARE 777.885 e ARE 778.464, de Relatoria da Min. Cármen Lúcia, DJe 29.11.2013; ARE 789.485, de minha relatoria, DJe 7.3.2014; e o RE-AgR 468.140, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26.9.2013”.

No entanto, o Supremo reconheceu, por maioria, a existência da questão constitucional que antes considerara não existir, bem como a repercussão geral da mesma matéria, atribuindo ao Tema o número 1.075, nos autos do Recurso Extraordinário 1.101.937. Além disso, o relator, Ministro Alexandre de Moraes, também determinou a suspensão de todas as ações coletivas no país, em qualquer grau de jurisdição, seja qual for a fase em que estejam (conhecimento, cumprimento de sentença, ou execução), independentemente da matéria em discussão, que pretendam a atribuição de efeitos nacionais a suas decisões de mérito.

Notamos as idas e vindas da repercussão geral em um sistema de precedentes. Ao reconhecer a presença de questão constitucional na matéria, o tribunal sequer faz referência ao teor da decisão do Tema 715. Nos termos do art. 926, do CPC, é dever de todos os tribunais, inclusive da Corte Maior, manter sua jurisprudência “estável, íntegra e coerente”. Além disso, nos termos do art. 927, §2º, do CPC, “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. No §4º, o mesmo dispositivo reitera que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

105 Há diversas outras decisões do STF nesse mesmo sentido, anteriores e posteriores ao tema 715. Para um levantamento completo, ver ZANETI JR., Hermes; VITORELLI, Edilson; PASSAMANI, Brígida e LINO, Daniela. Ainda e Sempre os Limites Territoriais da Coisa Julgada Coletiva: os horizontes do tema de repercussão geral 1.075. In: VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes. Casebook de Processo Coletivo. Vol. 1. São Paulo: Almedina, 2020.

O STF superou seu entendimento anterior e passou a reconhecer questão constitucional em uma disposição na qual antes não conhecia.

Por fim, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.101.937/SP, o Supremo andou bem ao definir que a limitação territorial dos efeitos da decisão nas demandas coletivas contraria a Constituição de 1988. Seis ministros acompanharam o voto do relator, Alexandre de Moraes, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei 7.347/1985, com redação dada pela Lei 9.494/1997, fixando a tese:

“I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.”

STF. Plenário. RE 1101937/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 7/4/2021 - Repercussão Geral – Tema 1075. (Informativo 1012 do STF).

Após a decisão do plenário do STF, foram opostos embargos de declaração visando a modulação de efeitos da decisão. O Supremo rejeitou o pedido de modulação, sob o fundamento de que, no caso, não houve alteração, mas sim a confirmação da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

4 – Competência de foro (territorial) nas ações coletivas: implicações empíricas na delimitação da coisa julgada

O Brasil é uma das únicas federações com três esferas constitucionais de poder – federal, estadual e municipal –, além do Distrito Federal. A Constituição Federal de 1988 assegura a autonomia administrativa: da União, dos 26 Estados, do Distrito Federal e dos 5.560 Municípios.

A Constituição de 1988 adotou a técnica clássica de enumerar as competências da União (arts. 21 e 22) e deixar os remanescentes aos Estados (art. 25, § 1º), além de definir, explicitamente, as competências privativas dos Municípios (art. 30); e combinou a técnica acima com possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único). O Distrito Federal acumula as competências reservadas aos Municípios e Estados-membros. As competências comuns (art. 23) expressam a previsão de atuações paralelas da União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A competência concorrente cumulativa é inovação introduzida pela atual Constituição e surge na hipótese de inexistir norma geral federal. Os Estados- membros possuem competência concorrente com a União, cabendo à União o estabelecimento de políticas, diretrizes e normas gerais¹⁰⁶ (CF, arts. 21, XIX, XX, XXI; 22, IX, XXI, XXIV, e 24, §1º), aos Estados cabem as normas específicas para atender às peculiaridades regionais/estaduais e, aos Municípios a competência suplementar com base no interesse local (CF, 24, §§ 2º e 3º; art. 30, II).

Esses sistemas de competências repercutem na definição da jurisdição competente (competência “jurisdicional”).

A Constituição de 1988 consagrou o acesso coletivo à justiça e significativas conquistas sociais de proteção aos interesses meta-individuais se intensificaram com as ações de mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ação popular.

Os princípios, as regras e os critérios basilares de fixação da competência de juízo estão condensados na Constituição Federal, na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). A pretendida limitação dos efeitos da coisa julgada do art. 16 da Lei n. 7.347/85 tem gerado frequentes polêmicas em torno da prevenção e da reunião no juízo prevento das ações coletivas idênticas, conexas ou continentes.

O Art. 109, I, da Constituição Federal prevê que a competência da Justiça Federal é fixada, em regra, em razão da pessoa.¹⁰⁷ Assim, será competente a Justiça Federal quando evidenciado o interesse das pessoas previstas no referido dispositivo.

106 Enquanto não editada a norma geral pela União, os Estados e o Distrito Federal são autorizados a legislar plenamente sobre a matéria, para atender as suas peculiaridades (art. 24, § 3º), inclusive estabelecendo normas gerais. Sobrevindo a norma geral federal, a solução de eventual conflito se dá pela técnica da suspensão da eficácia da legislação estadual, no que lhe for contrária (§ 4º).

107 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.”

“§ 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.”

Justiça Federal quando evidenciado o interesse das pessoas previstas no referido dispositivo.

A competência para processar e julgar a Ação Civil Pública é determinada pelo local do dano. De acordo com o disposto no art. 2º da Lei 7.347/1985, as ações serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. A utilização do local do dano como critério definidor da competência da ação civil pública visa à celeridade no processamento do feito, uma vez que é mais fácil a apuração dos danos e de suas provas no juízo em que os fatos ocorreram.¹⁰⁸

Se os efeitos do dano transbordam os limites de uma comarca ou de um Estado, competente será o juízo preventivo. De acordo com o parágrafo único do Art. 2º da Lei 7.347/1985, incluído pela medida provisória nº 2.180 -35 de 2001, a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

O art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) disciplinou a possibilidade de que o litígio coletivo gerasse efeitos em mais de uma comarca ou em mais de um estado estabelecendo os conceitos de dano regional e dano nacional, prevendo, nessas hipóteses, a competência da justiça das capitais de algum dos estados afetados. Embora esse critério esteja contido no capítulo relativo aos direitos individuais homogêneos, ele vem sendo aplicado pelo STJ também a casos de direitos difusos e coletivos.¹⁰⁹

108 Nesse sentido, "a ratio essendi da competência para a ação civil pública ambiental, calca-se no princípio da efetividade, por isso que, o juízo federal do local do dano habilita-se, funcionalmente, na percepção da degradação ao meio ambiente posto em condições ideais para a obtenção dos elementos de convicção conducentes ao desate da lide" (CC 39.111/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 28/02/2005).

109 Por exemplo: "2. Trata a hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com a finalidade de discutir a prestação de serviço de telefonia para a defesa de consumidores de todo o Estado do Rio Grande do Sul.

1. O art. 2º da Lei 7.347/1985 estabelece que a competência para o julgamento das ações coletivas para tutela de interesses supra-individuais seja definida pelo critério do lugar do dano ou do risco.

2. O CDC traz vários critérios de definição do foro competente, segundo a extensão do prejuízo. Será competente o foro do lugar onde ocorreu ou possa ocorrer o dano, se este for apenas de âmbito local (art. 93, I). Na hipótese de o prejuízo tomar dimensões maiores - dano regional ou dano nacional-, serão competentes, respectivamente, os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal(art.93,II).

3. Ainda que localizado no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para defesa de direitos

Essa expansão do texto do art. 93 é, no entanto, criticável, primeiro, por estabelecer uma espécie de hierarquia entre varas da capital e varas do interior que, atualmente, não mais se justifica – basta pensar que, na justiça estadual, diversas cidades do interior têm status de entrância especial, sendo, para todos os efeitos, idênticas à capital. Segundo, porque, a depender do local do dano, ele pode estar localizado a centenas de quilômetros das capitais de quaisquer dos estados implicados, o que rompe precisamente com a noção fundamental que orienta o sistema de competências coletivas, que é a facilitação da tramitação da causa e da produção de provas. Não por acaso, mais recentemente, o STJ vem migrando para um critério de competência adequada, que considera, de modo mais flexível, o foro mais apropriado para a tramitação da demanda.¹¹⁰ Esse também é o sentido da doutrina mais atual, que deixa claro que a definição de competência, no processo coletivo, deve pautar-se pelo potencial qualitativo de tomada de decisão pelo juízo, não por regras formais, aplicadas de modo irrefletido.¹¹¹

Essa digressão importa para os propósitos deste artigo por uma simples razão: fica claro que os critérios para a definição da competência jurisdicional nada têm a ver com os critérios para definir o alcance subjetivo e objetivo da decisão. Competência é uma questão de distribuição de trabalho entre os diferentes juízes. O alcance da decisão não pode ficar ao sabor dessa contingência. É bom lembrar, inclusive, que comarcas e subseções judiciárias têm suas dimensões alteradas por atos administrativos dos respectivos tribunais. Permitir que esses atos influenciem na abrangência da tutela do direito material constituiria indisfarçável comprometimento do princípio da legalidade. Qualquer tribunal poderia ampliar ou diminuir o alcance da decisão coletiva por simples ato administrativo.

110 Nesse sentido, ver CC 144.922/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 09/08/2016, afirmando: “Dessas circunstâncias, observa-se que a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais possui melhores condições de dirimir as controvérsias aqui postas, decorrentes do acidente ambiental de Mariana, pois além de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já tem sob sua análise processos outros, visando não só a reparação ambiental stricto sensu, mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de mais efetividade, que não corram o risco de ser neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos”.

111 MARINONI, Luiz Guilherme et al. Novo Curso de Processo Civil. 3. ed. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 522. DIDER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 121. BRAGA, Paula Sarno. Competencia Adequada. Revista de Processo, vol. 219, 2013, p. 13-42.

Para além desse aspecto técnico, é importante evitar a dispersão de decisões judiciais, que pode gerar a quebra da isonomia de tratamento dos jurisdicionados. Podemos citar como exemplo a privatização da Companhia Vale do Rio Doce, ocorrida em 6 de maio de 1997, que acarretou mais de uma centena de ações (entre ações populares e ações civis públicas). O Supremo Tribunal Federal (Rcl 2.259) decidiu reunir todas as ações que propunham a suspensão do processo, para evitar decisões conflitantes sobre o mesmo tema. As ações foram então encaminhadas à Justiça Federal em Belém.

Outro exemplo recente é o desastre causado pelo rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana, na Região Central de Minas, que acarretou milhares de ações repetitivas. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (CC 144.922) decidiu que a competência para julgar processos que envolvem a empresa Samarco Mineração no caso do rompimento da barragem do Fundão é da Justiça Federal de Minas Gerais, uma vez que o acidente envolveu atividade de mineração, de competência da União; afetou um rio federal, pertencente à União; e provocou danos em territórios de dois estados da Federação. A Justiça estadual deve ficar responsável apenas pelo julgamento de ações locais e pontuais, como forma de facilitar o acesso à Justiça das pessoas atingidas pelo desastre ambiental. O STJ notou que a complexidade do caso e as necessidades do direito material exigiam mais que uma simples aplicação formal de regras.

5 – A limitação territorial e os efeitos negativos sobre as partes e sobre o sistema de justiça

Se é certo que a restrição dos efeitos da decisão coletiva evidentemente não faz sentido do ponto de vista das vítimas do ato ilícito, também é possível constatar que é deletéria ao sistema de justiça e, em última análise, às próprias expectativas legítimas do réu.

Do ponto de vista de um sistema de justiça, que precisa lidar com quase 80 milhões de processos em andamento ao custo de mais de R\$ 100 bilhões ao ano, é difícil supor qual seria a vantagem em se exigir a tramitação de centenas de ações idênticas, uma em cada comarca ou, mesmo em uma interpretação generosa do texto, uma ação por estado da federação. É bom lembrar que, desses R\$ 100 bilhões, apenas R\$ 13,1 bilhões correspondem a custas, taxas e emolumentos. Logo, R\$ 86,9 bilhões de reais são extraídos dos impostos pagos pelo cidadão para manter o funcionamento da justiça. É difícil supor o que esse cidadão, que sequer utilizou o Judiciário e que convive com um sistema tributário fortemente regressivo, que penaliza os mais pobres, tem a ganhar com o aumento artificial de ações coletivas, complexas e custosas, em todo o país.¹¹²

Da perspectiva do réu, a limitação imposta até pode parecer vantajosa, uma vez que ele pode contar com a possibilidade de que alguma das ações locais não seja ajuizada e, com isso, ainda que ele seja culpado pela lesão, possa se apropriar parcialmente dos benefícios dela decorrentes. Essa, no entanto, é uma expectativa juridicamente ilegítima. Quem atua no mercado nacional, oferece seus produtos em todo o país e, com isso auferir lucro a partir de relações jurídicas travadas nacionalmente, travando relações jurídicas padronizadas e massificadas, não pode legitimamente pretender ser processado apenas localmente. Os efeitos nacionais da decisão são uma consequência lógica do caráter nacional das relações jurídicas sobre as quais o processo incide.

A ilegitimidade dessa pretensão de restrição aos efeitos do processo coletivo torna-se ainda mais patente quando se nota que ela só beneficia os causadores de grandes lesões. Uma mercearia que vende seus produtos apenas localmente estará sujeita a uma coisa julgada coletiva capaz de abarcar a integralidade dos seus negócios. Uma grande rede de hipermercados poderá causar danos massivos e se beneficiar do fato de fazer negócios em todo o país para evitar que um único processo possa abarcar a totalidade da lesão. Como é fácil perceber, não há como justificar essa distorcida lógica de quanto pior, melhor. Quanto mais lesão, menos responsabilidade.

112 BRASIL. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020, p. 76-77.

Excluída essa expectativa ilegítima, o réu só pode se beneficiar dos efeitos nacionais da coisa julgada coletiva. Esse caráter nacional evita que ele tenha que se defender de diversas ações idênticas, tramitando em comarcas distintas, em todo o país e acarretando, com isso, custos processuais desnecessários. O réu também se imuniza do risco de ser compelido a adotar comportamentos distintos com relação a diferentes clientes, apenas em virtude da localidade em que eles vivem. Isso implica redução de custos administrativos e de riscos jurídicos. Logo, para o réu que não quer se apropriar ilegitimamente dos benefícios de seus atos ilícitos, a manutenção do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça é benéfica.

Em síntese, não há nenhum interesse legitimamente protegido pela limitação dos efeitos da decisão coletiva, já afastada com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Ela prejudica os autores, prejudica o sistema de justiça e, excluídas pretensões absolutamente ilegítimas, prejudica também o réu. Elevam-se os custos de transação para todas as partes, para o sistema de justiça e, em consequência, para a sociedade.

5.1 Exemplo empírico de prejuízos decorrentes das incertezas relacionadas ao alcance da coisa julgada coletiva

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha, nos últimos anos, construído a interpretação de que a restrição territorial à eficácia da decisão coletiva, decorrente do art. 16 da LACP é inaplicável ao sistema processual coletivo atual, a incerteza que perdurou por anos quanto a essa questão acarretou, ao longo do tempo, a multiplicação de ações civis públicas idênticas ou similares, em todo o território nacional, sobre os mais variados assuntos.

Para demonstrar essa questão, realizamos uma pesquisa empírica no Sistema de Gestão e Acompanhamento das Ações Prioritárias da Advocacia Geral da União, em busca de ações relacionadas ao pagamento do benefício de prestação continuada (BPC), previsto no art. 203, inciso V, CF. As discussões e divergências giram em torno do conceito de necessidade estabelecido no art. 20, §3º, da Lei Orgânica da Assistência Social - Lei 8.742/93.¹¹³

113 Art. 20, §3º, da Lei 8.742/93: "Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo".

No Julgamento da ADI 1.232/DF¹¹⁴ adotou-se o entendimento de que o critério objetivo previsto no §3º, do art. 20 da LOAS não era inconstitucional. No Recurso Extraordinário n.º 275.140-5/SP, o STF reafirmou o entendimento de que o requisito imposto pela LOAS, de renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, é obrigatório para concessão de benefício assistencial. O Superior Tribunal de Justiça assumiu o posicionamento de que o critério estabelecido no art. 20, §3º, da LOAS (Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98), “não deve ser considerado a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade” ou “condição de miserabilidade do beneficiado”.¹¹⁵ Houve mudança do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 567.985/MT (Tema 27 de Repercussão geral), no sentido de que o critério não pode ser absoluto.¹¹⁶

Afastada a interpretação literal do referido dispositivo da LOAS, várias ACPs foram ajuizadas, discutindo a interpretação dos critérios de pagamento do BPC. Na referida pesquisa empírica constatamos a existência de 54 ações civis públicas discutindo o mesmo litígio coletivo. O Ministério Público Federal é o autor de 46 dessas demandas, seguido pela Defensoria Pública da União, que ajuizou 6 ações. O Município de Nova Trento propôs uma ação e o Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, também uma.

114 “CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.” (ADIN- 1232-1/DF – Tribunal Pleno – Relator Min. Ilmar Galvão e para o acórdão Min.NelsonJobim-Julg.27.8.1998-DJ1º.6.2001).

115 (STJ - RESP n.º 1.112.557/MG – Terceira Seção – Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - Julg. 28/10/2009 – DJE 20.11.2009)

116 Destacamos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, o entendimento de que o critério objetivo da LOAS é visivelmente insuficiente para possibilitar a efetividade do benefício assistencial: “Se, antes da edição da Lei 8.742/93, o art. 203, inciso V, da Constituição Federal era despido de qualquer eficácia – o que a doutrina especializada costuma denominar de norma constitucional de eficácia limitada -, o advento da legislação regulamentadora não foi suficiente para dotá-lo de plena eficácia”. O Tribunal Regional Federal da Terceira Região, em consonância com o RE 567.985/MT, também flexibiliza o critério, ao apreciar o Recurso de Apelação e Reexame Necessário nº 0024335-29.2002.4.03.6100/SP, destaca-se do voto condutor: “Nesse contexto de significativas mudanças econômico-sociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentado para ½ do salário mínimo o valor padrão da renda familiar per capita. (...) Diversos programas de assistência social no Brasil utilizam atualmente o valor de ½ salário mínimo como referencial econômico para a concessão de benefícios: Programa Nacional de Acesso à Alimentação (Lei 10.689/2003), do Programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), do Bolsa Escola (Lei 10.219/2001), do Bolsa Alimentação (MP 2.206-1/2001) e do Programa Auxílio-Gás (Decreto 4.102/2002).”

Essas ações estão espalhadas por diversas subseções judiciárias federais no país. Há duas ações em Brusque/SC, três em Lajeado/RS, três em São Paulo/SP, três em São Carlos/SP, duas em Caxias do Sul/RS e uma ação em várias outras capitais e cidades do interior. Como se percebe, o litígio relativo aos critérios de cálculo do pagamento do BPC foi fragmentado em diversas ações, em todo o país. Esse cenário fez com que a União, que é responsável pelo benefício, bem como o INSS, que o operacionaliza, ficassem sujeitos a respeitar critérios de concessão distintos em localidades diversas do país.

Por exemplo, em virtude da decisão da ACP 2009.38.00.005945-2, a renda de outro BPC e de um benefício previdenciário de valor mínimo deve ser desconsiderada na análise de concessão do BPC, em todo o estado de Minas Gerais. Porém, essa decisão não estava vigente na Bahia. Logo, o cidadão residente em Salto da Divisa-MG faz jus a esse cálculo mais generoso, enquanto o habitante de Itapebi- BA, a 61 quilômetros de distância, não recebia o benefício, ainda que estivesse nas mesmas condições. De modo similar, a ACP 00000036120104047111/RS foi julgada procedente com o propósito de estabelecer outros critérios específicos de concessão do BPC apenas para os habitantes de Gramado Xavier, Herveiras, Santa Cruz do Sul, Sinimbu, Vale do Sol, Vale Verde e Vera Cruz, “prevalecendo o CEP de residência do requerente do benefício assistencial para aplicação do critério definido na determinação judicial”. É claro que, tratando-se de um benefício regulado em lei federal e disponível em todo o país, o CEP de residência do beneficiário deveria ser completamente irrelevante.

Nota técnica do Ministério do Desenvolvimento Social, de março de 2016, dava conta da pendência de apenas 17 ações civis públicas relativas ao BPC, número que, como observado, triplicou em quatro anos.¹¹⁷ Com a ampliação do fluxo de informações, decorrente da universalização do processo eletrônico, do crescimento dos sites dedicados a notícias jurídicas e da ampliação da transparência da informação, um único litígio coletivo poderia, rapidamente, ser judicializado centenas de vezes, em todo o país.

Relevante notar que esses processos envolvem, como autor, o Ministério Público Federal e, como réus, a União e o INSS. Por essa razão, sua tramitação exige a remuneração, pelos cofres públicos federais, de um procurador da República, um advogado da União, um procurador federal, um juiz federal e as suas respectivas equipes de apoio, sistemas de informação etc. No caso das ações propostas pela Defensoria Pública da União, esse custo ainda é adicionado, dado que o MPF continua funcionando como custos legis (art. 5º, §1º, da LACP). O erário federal, alimentado com os impostos pagos pelos cidadãos, custeia, portanto, a propositura, a defesa e o julgamento da causa. É difícil imaginar quais seriam os benefícios públicos de reproduzir essa estrutura em todas as localidades do país. Assim, inclusive em termos econômicos, é acertada a decisão de afastar a restrição territorial da coisa julgada coletiva.

117 BRASIL. Nota Técnica sobre as concessões judiciais do BPC e sobre o processo de judicialização do benefício. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social, 2016. Disponível em http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/NotaTecnica_n03_Judicializacao_BPC.PDF. Acesso em 30.9.2019.

6 – Consenso acadêmico: o Anteprojeto de nova Lei das Ações Coletivas no Brasil

Em 2020, o Conselho Nacional de Justiça designou uma comissão de juristas¹¹⁸ para estudar e elaborar um anteprojeto de nova lei da ação civil pública. A iniciativa é de reconhecida importância, embora haja dissensos quanto ao teor do documento final aprovado (os autores deste trabalho discordam de diversos de seus dispositivos). Destacamos que a questão debatida neste texto foi apreciada e recebeu da Comissão proposta de dispositivo legal nos termos do entendimento sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça e confirmado pelo Supremo Tribunal Federal. Consta do teor do anteprojeto:

Art. 25. A sentença de mérito proferida na ação coletiva, de procedência ou improcedência, fará coisa julgada material (...)

Art. 26. A eficácia da sentença e a coisa julgada operar-se-ão erga omnes, em todo o território nacional.

Logo, conquanto se reconheça que a tutela coletiva é um tema que inspira recorrentes divergências entre os autores, há inegável consenso no sentido de que os efeitos da sentença não se limitam ao território do órgão que a proferiu.

V – Conclusões

Sempre presentes as lições da Professora Ada Pellegrini Grinover, de que as linhas mestras dos processos coletivos e os princípios gerais que o regem não podem ser involutivos.¹¹⁹

À luz dessa inspiradora referência, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a coisa julgada na ação coletiva é ampla, definindo-se pela extensão do direito material litigioso, não pela análise da competência jurisdicional do juiz prolator da decisão. Competência jurisdicional é um conjunto de critérios pautados na distribuição de processos entre juízes, não tendo qualquer relação com o alcance das decisões por eles proferidas.

Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, andou bem por manter a compreensão adotada pelo STJ ao julgar o Tema 1.075.

Essa decisão contribui para a distribuição eficaz dos recursos públicos aplicados pelos cidadãos no sistema de justiça, permitindo a solução uniforme e isonômica das controvérsias. Além de evitar, também, que o réu seja obrigado não apenas a se defender em diversas ações distintas, quanto também a adotar comportamentos divergentes em relação a pessoas que deveriam ter o mesmo direito, apenas porque o seu CEP de residência é distinto.

118 O grupo de trabalho no âmbito do CNJ que formulou a proposta foi instituído por meio da Portaria nº 152/2019, assinada pelo ministro Dias Toffoli, e coordenado pela ministra Maria Isabel Gallotti (STJ). Integraram o grupo os conselheiros do CNJ Maria Tereza Uille e Henrique Ávila, os ministros Luiz Alberto Gurgel de Faria (STJ) e Bruno Dantas (TCU), o desembargador federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (TRF2), o desembargador Sérgio Seiji Shimura (TJSP), o secretário Especial de Programas do CNJ, Richard Pae Kim, o juiz de direito Rogério Marrone de Castro Sampaio (TJSP), o promotor de Justiça Ricardo de Barros Leonel (Ministério Público de São Paulo), e os advogados Fredie Souza Didier Júnior, Georges Abboud, Humberto Theodoro Júnior, Patrícia Miranda Pizzol, Teresa Celina de Arruda Alvim e Welder Queiroz dos Santos.

119 A ação civil pública refém do autoritarismo. Revista de Processo vol. 96. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1999, p. 36

Referências

- BUENO, Cassio Scarpinella. O poder público em juízo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. A ação civil pública e o poder público. *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo de Araçatuba, Araçatuba-SP*, v. 4, n. 1, jul. 2004.
- CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: RT, 2002.
- CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p.76-77.
- GOMES JR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, out./dez., 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3.
- NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: RT, 2003.
- NOLASCO, Rita Dias. Contornos nucleares da execução coletiva. In: MAZZEI, Rodrigo Reis;
- NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.
- VITORELLI, Edilson; ZANETI JR, Hermes. O futuro do processo coletivo: considerações sobre relatório analítico propositivo do Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 95, 2019.
- ZANETI JR., Hermes; VITORELLI, Edilson; PASSAMANI, Brígida e LINO, Daniela. Ainda e sempre os limites territoriais da coisa julgada coletiva: os horizontes do tema de repercussão geral 1.075. In: VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes. *Casebook de processo coletivo*. São Paulo: Almedina, 2020. v. 1
- ZAVASCKI, Teori. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Ação Afirmativa e Igualdade:

O Tribunal Regional Federal da 6ª Região dá os primeiros passos na análise do tema

André Prado de Vasconcelos

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1991)

Mestrado em MCL - Master in Comparative Law-Samford University (2007)

Desembargador do Tribunal Regional Federal da 6ª Região

Yasmin Alves Camargos

Estudante Universitária da Faculdade de Direito Dom Helder Escola Superior e estagiária no

gabinete do Desembargador Prado de Vasconcelos

1. Introdução:

Com o edital de chamamento para a primeira edição da Revista do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, fomos todos conclamados a participar da construção desse poderoso instrumento de divulgação do pensamento da Nova Corte.

Entendemos que sobre todos nós, que estamos participando da construção dessa realidade, uma corte de apelação que nasce mais de 30 (trinta) anos depois do desenho constitucional original do Poder Judiciário Federal e que traz consigo tanta esperança ao povo das Minas Gerais, repousa a obrigação de contribuir com nossa voz para dizer ao que veio a “Corte da Liberdade”.

Somos mineiros e nos orgulhamos do nosso passado, reafirmamos o compromisso com o presente e projetamos nosso futuro nas mesmas bases sólidas de que herdamos nossas raízes. Somos “filhos da liberdade” e para ela dedicamos nossa força.

E, se vamos falar de liberdade, começamos por falar em exclusão, em vergonha, em escravidão. Nada, como mineiros, nos envergonha mais. Mas, a despeito da vergonha, também não podemos esquecer que esse fenômeno nos fez o que somos.

Por isso, tem o presente trabalho o escopo de apresentar a escravidão como formadora da sociedade brasileira e mineira e seus contrastes.

A partir de tal constatação, procuraremos verificar se existe um “melhor critério” para definição de raça. É o fenotípico? É o genotípico? Dessas indagações e do que restou decidido após a edição da Lei nº 12.711/12 com alterações pela Lei nº 13.409/16, se procurará fazer uma análise dos critérios existentes para tratar da matéria.

Seguimos nos aprofundando para examinar o que diz o Supremo Tribunal Federal a respeito do tema de inclusão racial nas universidades públicas brasileiras, para, em seguida, cuidar de como doutrina e prática administrativa tentam encontrar o melhor método de controle da autodeclaração para fins de acesso afirmativo às instituições de ensino públicas.

A partir daí, a ideia é dar um vislumbre do que pensa a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, sem um caráter científico-empírico, mas apenas para apresentar, exemplificativamente, o que vem entendendo os julgadores de um dos órgãos fracionários na nova corte federal na questão da adoção de critérios de auto e heteroindentificação no acesso às vagas por critério étnico-racial nas instituições de ensino públicas de Minas Gerais.

Então, passa-se ao exame do direito comparado, em especial o julgado da Suprema Corte Americana *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U. S. 265, que orientou, por mais de quatro décadas, a jurisprudência norte-americana a respeito do tema, orientação reafirmada no julgado *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306 (2003) vinte e cinco anos depois do histórico voto do Ministro Lewis F. Powell, e, ao fim, cuida-se do julgado *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC., PETITIONER 21–707 v. UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA, ET AL.* 600 US (2023).

Dessa “reviravolta” jurisprudencial, procuram-se constatações a respeito do efeito do tempo sobre ações afirmativas.

Trata-se, pois, do objeto desse singelo estudo comparado, da verificação de suas premissas, dos êxitos e das contradições de tal política pública, à luz da interpretação dada pelo direito americano, pelo Supremo Tribunal Federal e, também, pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região.

Segundo Ministro Barroso: “Em 1998, eu dei a aula inaugural da universidade, falando para uma plateia de professores e de alunos em que quase 100% eram brancos. A cota racial era inequívoca: só entravam brancos. Este ano” – 2013 – “voltei a dar a aula inaugural, já agora celebrando 25 anos da Constituição. Os professores continuavam todos brancos. Mas a audiência” – beneficiária da política de cotas – repleta, interessada e calorosa, era um arco-íris de cores, de Angola à Escandinávia. Um dia será assim, também, no corpo docente. Um esclarecimento: não se trata de imitação do que se passa nos Estados Unidos, pois lá cotas raciais não são admitidas pela Suprema Corte”.¹²⁰

São essas indagações/aspirações que nos inspiram aqui.

2. A escravidão como elemento ativo da formação da sociedade brasileira e mineira com seus contrastes:

A escravidão como fenômeno social não está adstrita à formação da sociedade brasileira/mineira e nem mesmo à estruturação social moderna. Ao contrário, é fenômeno que se observa pelos registros históricos desde as mais antigas eras registradas.

A título de exemplo, como não lembrar da história de “José do Egito”, hebreu e filho preferido de Jacó (primogênito de Jacó com Raquel, a filha mais bela de Labão e “mulher que mais amou”).

O favoritismo de que José era alvo por parte do pai, valeu o ciúme dos irmãos. Estes, quando ele contava 17 para 18 anos, venderam-no como escravo a mercadores ismaelitas que o levaram ao Egito, no período da XVII dinastia.

Seria José, o grande artífice da fixação do povo hebreu no Egito, onde também foram escravizados, até que libertados pela liderança de Moisés.

Essa breve citação histórica tem como escopo apenas demonstrar ser a escravidão um fenômeno que acompanha a humanidade desde os primórdios, No particular esse entendimento é compartilhado por escritor Laurentino Gomes no seu livro “Escravidão” – Volume I quando assevera:

“A escravidão é um fenômeno tão antigo quanto a própria história da humanidade. No mundo inteiro, desde a mais remota Antiguidade, da Babilônia ao Império Romano, da China Imperial ao Egito dos Faraós, das conquistas do Islã na Idade Média aos povos pré-colombianos da América, milhões de seres humanos foram comprados e vendidos como escravos. Provinham e todas as regiões, raças e linhagens étnicas, incluindo eslavos (designação que originou a palavra “escravo”) de olhos azuis das regiões do Mar Báltico.”¹²¹

De ver-se, pois, que a escravidão é uma chaga que acompanha o homem desde sempre, mas tal fenômeno apresentou características mais marcantes quando da colonização das Américas e, particularmente, do território brasileiro e, por consequência, mineiro.

Foi um fenômeno social estruturado que promoveu a maior migração forçada de que se tem notícia, pelo qual foram responsáveis quase todos os seres humanos à exceção dos próprios cativos e que redesenhou a organização demográfica da então colônia de Portugal, gerando como efeitos a segregação e o preconceito racial.

A obra de Laurentino Gomes é particularmente rica ao demonstrar, com lógica Durkheimiana, a transformação do Brasil, como de resto, das Américas, por esse fenômeno que gerou o tecido social que encontramos hoje, pelo que merece citação:

“A descoberta e a ocupação de um novo continente pelos europeus na virada do século XV para o XVI, porém, adicionaria ingredientes inteiramente novos a essa história. Nada foi tão volumoso, organizado, sistemático e prolongado quanto o tráfico negreiro para o Novo Mundo: durou três séculos e meio, promoveu a imigração forçada de milhões de seres humanos, envolveu dois oceanos (Atlântico e Índico), quatro continentes (Europa, África, América e Ásia) e quase todos os países da Europa e reinos africanos, além de árabes e indianos que dele participaram indiretamente. Além disso, redesenhou a demografia e a cultura da América, cujos habitantes originais, os indígenas, foram dizimados e substituídos por negros escravizados. Até 1820, para cada branco europeu que aportava no continente americano, chegavam outros quatro africanos cativos. Também, pela primeira vez, escravidão se tornou sinônimo da cor de pele negra, origem da segregação e do preconceito racial que ainda hoje assustam e perturbam a convivência entre as pessoas em muitos países, caso do Brasil e dos Estados Unidos.

Até meados do século XIX, com exceção dos próprios cativos, quase todos os demais seres humanos estiveram envolvidos, participaram ou lucraram com o tráfico negreiro, incluindo reis e chefes africanos, que forneciam escravos para seus parceiros europeus. Na Europa, o negócio do tráfico negreiro nunca foi restrito aos países mais ativos na colonização da América, caso de Portugal, da Espanha e Inglaterra. Entre os demais participantes, estavam os alemães, os italianos, os suecos e os dinamarqueses. A Inglaterra, baluarte do abolicionismo no século XIX, fora a maior traficante de escravos no século anterior. Por volta de 1780, os ingleses transportavam em média 35 mil cativos por ano da África, numa frota de aproximadamente noventa navios negreiros. O primeiro grande traficante inglês, John Hawkins, tinha como sócia ninguém menos do que a rainha Elizabeth I, a mesma soberana que foi a mecenas do poeta William Shakespeare. Fernando, rei da Espanha, chamado de “Atleta de Cristo” pelo papa Alexandre VI, assinou o primeiro assento, alvará de licença para o transporte de escravos em larga escala para o Império Colonial Espanhol na América.”¹²²

122 In Op. Cit – págs. 25/26.

Prosseguindo, o autor apresenta o resultado, em dados sociológicos irrefutáveis do quanto a escravidão e, por consequência, o preconceito e a discriminação dela advindos, é responsável por uma chocante, para dizer o mínimo, exclusão de um grupo populacional (no caso brasileiro majoritário) do acesso à equidade em termos de posição no contexto social mesmo depois de banida da legalidade pela abolição, senão veja-se:

“Oficialmente, a escravidão acabou em 1888, mas o Brasil jamais se empenhou, de fato, em resolver “o problema do negro”, segundo expressão usada pelo próprio Nina Rodrigues. Liberdade nunca significou, para os ex-escravos e seus descendentes, oportunidade de mobilidade social ou melhoria de vida. Nunca tiveram acesso a terras, bons empregos, moradias decentes, educação, assistência de saúde e outras oportunidades disponíveis para os brancos. Nunca foram tratados como cidadãos. Os resultados aparecem nas estatísticas a respeito da profunda e perigosa desigualdade social no país:

Negros e pardos — classificação que inclui mulatos e uma ampla gama de mestiços — representam 54% da população brasileira, mas sua participação entre os 10% mais pobres é muito maior, de 78%. Na faixa dos 1% mais ricos da população, a proporção inverte-se. Nesse restrito e privilegiado grupo, situado no topo da pirâmide de renda, somente 17,8% são descendentes de africanos.

Na educação, enquanto 22,2% da população branca têm 12 anos de estudo ou mais, a taxa é de 9,4% para a população negra. O índice de analfabetismo entre os negros em 2016 era de 9,9%, mais que o dobro do índice entre os brancos. A brutal diferença se repete na taxa de desemprego, de 13,6% e 9,5%, respectivamente. Os negros no Brasil ganham em média R\$ 1.570,00 por mês, enquanto a renda média entre os brancos é de R\$ 2.814,00.

Nos cursos superiores, em 2010, os negros representavam apenas 29% dos estudantes de mestrado e doutorado e 0,03% do total de aproximadamente 200 mil doutores nas mais diversas áreas do conhecimento e só 1,8% entre todos os professores da Universidade de São Paulo (USP).

Um homem negro tem oito vezes mais chances de ser vítima de homicídio no Brasil do que um homem branco. Afrodescendentes formam a maior parte da população carcerária e são mais expostos à criminalidade. São também a absoluta maioria entre os habitantes de bairros sem infraestrutura básica, como luz, saneamento, segurança, saúde e educação.

Entre os 1.626 deputados distritais, estaduais, federais e senadores brasileiros eleitos em 2018, apenas 65 menos de 4% do total - são negros. Incluindo os pardos, o número chega a 27%, ainda assim, proporcionalmente a metade da população brasileira total que se encaixa nessas duas classificações (54%). No Senado, a mais alta câmara legislativa do país, a proporção é ainda menor. Só três dos 81 senadores (3,7%) se declaram negros. Entre os governadores dos estados e do Distrito Federal, não há nenhum. E também nenhum entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, desde que Joaquim Barbosa se aposentou, em 2014.

Nas quinhentas maiores empresas que operam no Brasil, apenas 4,7% dos postos de direção e 6,3% dos cargos de gerência são ocupados por negros. SPC Os brancos são também a esmagadora maioria em profissões de alta qualificação, como engenheiros (90%), pilotos de aeronaves (88%), professores de medicina (89%), veterinários (83%) e advogados (79%). SPC Só 10% dos livros publicados no Brasil entre 1965 e 2014 são de autores negros. Entre os diretores de filmes nacionais produzidos de 2002 a 2012, apenas 2%.¹²³

Como se observa, os dados falam por si só, há uma brutal diferenciação de oportunidades na sociedade brasileira que depende exclusivamente da cor, como, de resto, ocorre em outros países mundo afora.

O mais interessante de ver avaliado no âmbito nacional, contudo, é como tem sido tímida a resposta da sociedade brasileira a esse cenário de absurda distorção. Não conseguimos enfrentar esse problema de frente como sociedade até bem pouco tempo. E, agora, as iniciativas ainda podem ser consideradas tímidas quando comparadas à realidade retratada por Laurentino Gomes.

Vale aqui, ainda, mencionar passagem que com Patrus Ananias, ex- prefeito da Capital Mineira, ex-ministro de Estado e, atualmente, Deputado Federal quando tratamos do tema em breve conversa.

Estávamos no aeroporto de Confins a aguardar o avião para Brasília quando nos encontramos naqueles instantes que antecedem o embarque. Em breve conversa, falamos a respeito do tema escravidão.

Ao ouvir que estava muito impressionado com os dados sociológicos apresentados na obra de Laurentino Gomes a respeito da escravidão, houve concordância mútua de que o Brasil e a sociedade brasileira não enfrentaram de maneira adequada e suficientemente profunda a questão ao longo da história.

Com a educação e elegância de sempre o deputado Patrus Ananias sacou da bolsa um livro de sua autoria com o título “Reflexões sobre o Brasil”, e, presenteando-o, afirmou que a questão da discriminação racial já era tratada com maestria por Machado de Assis, o maior escritor brasileiro.

No livro que há uma série de textos que cuidam de literatura, políticas sociais, soberania nacional, estado democrático de direito e educação.

Particularmente, no texto “Machado de Assis e a escravidão”, as conclusões de Patrus sobre a formação jurídica brasileira, a relação do direito de propriedade, presença do Estado na construção do tecido social e os motivos da quase perene exclusão da população negra são muito pertinentes e merecem citação:

“O tema, presente em nossos dias, não passou indiferente ao sábio do Cosme velho. O personagem machadiano [Barão de Santa-Pia] quer, como tantos hoje querem, o Estado mínimo. Ele não admite o Estado agindo em nome e em sintonia com a sociedade para promover avanços e conquistas civilizatórias, o bem comum, o projeto nacional. A questão dos escravos, “seres humanos impossibilitados de SER”, para o barão era um assunto privado, uma questão de propriedade privada, nada a ver com a sociedade, com o Estado. Ademais ele tinha certeza, considerando os limites em que se deu a abolição, que os nossos antepassados escravos não foram objeto de nenhuma reparação, nenhuma política pública que lhes abrisse as portas dos direitos referentes à nacionalidade e à cidadania; que a questão, não obstante a Lei Áurea, continuaria no terreno privado, em face omissão do Estado em garantir desdobramentos à lei. Ciente dessa realidade, o personagem ousa dizer, com a segurança dos coronéis “donos de terra, gado e gente”: “estou certo que poucos deles deixarão a fazenda; a maior parte ficará comigo, ganhando o salário que lhes vou marcar, e alguns até sem nada - pelo gosto de morrer onde nasceram”.

Considerando as condições em que se deu a abolição, apenas no campo formal, os escravos não tinham para onde ir. As portas da inclusão e da cidadania permaneceram rigorosamente fechadas.

O contrário é a obra esplêndida de Machado: abre com genial estilo e elegância literária, acompanhada de refinadíssimo senso crítico que, ora um pouco mais se explicita; mergulha, às vezes, nas entrelinhas, nos entretons das metáforas, dos pensamentos sutis que mais questionam ou sugerem em uma descrita linha montaigneana, mas, no limite, abre com delicadeza as portas para que melhor possamos compreender os limites, conflitos e mistérios da alma humana e as enormes ambiguidades e desafios que se colocam àqueles que querem melhor compreender os caminhos e descaminhos de nossa formação, a formação do povo brasileiro. Machado de Assis foi uma expressão muito singular, genial, discretamente iluminadora dessa caminhada de um povo em busca de sua identidade e independência. Com suas raízes profundamente brasileiras expressa na sua obra genial as grandes possibilidades do povo brasileiro”.¹²⁴

124 In Ananias, Patrus - Reflexões sobre o Brasil – Brasília/DF: 2021.

Levando em conta as lições acima, uma primeira conclusão que fica é que grande parte da problemática de estratificação social brasileira e, por consequência, mineira advém da estruturação da ordem jurídica através da história para privilegiar uma separação/segmentação que impede a igualdade de oportunidades entre todos. Um “país de imigrantes” que, curiosamente, nega aos descendentes dos imigrantes africanos a cidadania dos que no passado não quiseram vir pra cá, só o fazendo porque foram forçados. Isso se dá com a construção de “muros legais” que isolam para fora da legalidade as residências dos aglomerados e favelas, que isolam pelas dificuldades econômicas o acesso aos melhores locais de compras, às melhores escolas e, porque não dizer, quando se tenta ultrapassar essas diferenciações, criam novíssimas formas de distinção como, por exemplo, os condomínios horizontais, simulacros de cidades protegidas por muros que substituem as barreiras legais por obstáculos concretos à equidade.

Partindo dessas premissas, avulta a indagação sobre se há um critério científico mais adequado do qual se possa partir para definir “raça” e, conseqüentemente, medidas de compensação por políticas públicas para tentar diminuir essa realidade de desigualdade hoje existente.

3. Afinal de contas existe “melhor critério” para definição de raça? Fenotípico ou genotípico: o que restou decidido após a edição da Lei nº 12.711/12 com alterações pela Lei nº 13.409/16

Segundo o Desembargador Federal Edilson Vitorelli “não há dúvidas de que o critério para se definir que alguém é negro, para fins de cotas, no Brasil, deve ser fenotípico, não genotípico”¹²⁵A definição do autor parte do consenso científico da falta de precisão que uma análise genotípica redundaria.

Até porque, o conceito de raça é mais uma construção social, política e cultural do que propriamente biológica. Segundo Sérgio Danilo Junho Pena e Maria Cátira Bortolini, sob o ponto de vista estritamente biológico, toda a discussão racial gravita em torno de 0,0005% do genoma humano, sendo, pois muito mais correlacionadas com o continente de origem da linhagem à qual pertence o indivíduo.

É dizer, a questão racial de maneira geral tem muito mais que ver com aceitação dos grupos sociais entre si do que efetivamente com alguma diferença entre os indivíduos pertencentes aos respectivos grupos.

E mais, Sérgio Danilo Junho Pena e Maria Cátira Bortolini demonstram, com base em pesquisas empíricas já existentes embora com pouca acuidade, que não há nem mesmo correlação direta entre o coeficiente de brasileiros autodeclarados negros ou pardos e as respectivas matrilineagens africanas. Em outras palavras, a própria autodeclaração, o próprio autoconhecimento/autoreconhecimento dos brasileiros não se coaduna com sua verdade genotípica.

Demais disso, dada à miscigenação em nossa população, por razões históricas próprias, pode-se dizer que nem mesmo as características físicas no Brasil são marcadores significativamente suficientes para assegurar tratar-se o indivíduo de ascendência branca, negra ou parda, senão veja-se:

“Em resumo, as diferenças icônicas de "raças" correlacionam-se bem com o continente de origem (já que são selecionadas), mas não refletem variações genômicas generalizadas entre os grupos. Desta forma, deve ficar claro que se e quando a expressão "raça" for utilizada, ela irá representar uma construção social, política ou cultural, e não uma entidade biológica. Mesmo assim, as sociedades humanas construíram elaborados sistemas de privilégio e opressão baseados nessas insignificantes diferenças genéticas, que envolvem pouquíssimos genes.

Pelas frequências regionais de haplogrupos mitocondriais africanos encontrados em brasileiros brancos e pelas proporções populacionais das várias regiões, pode-se (assumindo que a proporção de linhagens mitocondriais do Centro-Oeste seja a mesma do Sudeste) calcular uma proporção ponderada de 31% de linhagens mitocondriais africanas em indivíduos brancos no Brasil como um todo. Considerando este valor e as 90.647.461 pessoas classificadas como brancas no censo de 2000, pode-se calcular que há aproximadamente 28 milhões de afrodescendentes entre os brasileiros autotransmitidos como brancos. Para se ter uma contabilidade completa é preciso incluir neste cálculo a proporção de linhagens mitocondriais africanas presentes em brasileiros pretos e pardos. Bortolini et al. (1997) estudaram o mtDNA em 42 indivíduos negros (pretos + pardos). Entre os 34 indivíduos dos quais a origem da linhagem podia ser seguramente estabelecida, havia 27 matrilineagens africanas (80%) e apenas sete (20%) que não eram de origem africana (cinco ameríndias e duas européias). Extrapolando essa porcentagem de 80% de linhagens africanas para a população negra (preta e parda) do censo de 2000 (76.419.233), pode-se, então, computar que aproximadamente 61 milhões de brasileiros negros têm matrilineagens africanas. Somando-se esse número aos 28 milhões de brasileiros brancos que também apresentam linhagens africanas, conclui-se que 89 milhões de pessoas, ou seja, 52% dos brasileiros são comprovadamente afrodescendentes pelo lado materno. Obviamente, essas cifras têm limites de confiança muito amplos por serem baseadas em uma amostra pequena. Entretanto, elas permitem verificar que a proporção de afrodescendentes no Brasil é majoritária, sendo desta forma bastante superior aos 45% dos brasileiros que se declararam pretos ou pardos no censo de 2000. Esses estudos demonstram que esses marcadores genéticos autossômicos permitiram, com precisão, uma classificação ao nível individual do grau de ancestralidade genômica africana. Mostra ainda que, na população brasileira analisada, o alto índice de mescla gênica faz com que características físicas icônicas, como cor da pele, olhos, cabelos, lábios e narizes, sejam marcadores significativamente pobres na determinação da origem geográfica dos ancestrais de um indivíduo, quando comparados com estudos em populações africanas e européias, consideravelmente menos mescladas.”¹²⁶

Partindo-se, pois, dessas constatações observa-se que a própria noção de escravidão, de seu não enfretamento de maneira adequada com resgate histórico da dívida social para com as populações afrodescendentes logo após a abolição da escravatura, somadas à alta miscigenação populacional que tem motivos diversos, são elementos que acabam por dificultar qualquer política pública de reparação ou ação afirmativa.

Talvez por essa razão tenha o legislador privilegiado, como critério de ingresso nas universidades federais e instituições federais de ensino técnico de nível médio, levando em conta o que restou decidido na ADPF nº 186/DF (meses antes da promulgação do texto legal) não apenas e tão somente a raça, mas sim uma mescla com critérios sociais (ser oriundo de escola pública, ser de família com renda mensal per capita igual ou inferior a 1 e ½ salário mínimo).

Em outras palavras as cotas são raciais, mas são também e, sobretudo, sociais, na medida em que procuram enxergar a lógica da estratificação social como resultado de um complexo conjunto de circunstâncias que impede indivíduos de um determinado grupo de ter acesso igual aos benefícios sociais que, supostamente, são fruto do trabalho coletivo (da sociedade como um todo) apenas e tão somente por pertencer a esse segmento.

Partindo, pois, do problema e assumindo que só através da ampla igualdade de oportunidades na promoção da educação que poderemos alterar tal circunstância, isso nos leva ao passo seguinte, que é de avaliar como a jurisprudência e doutrina brasileiras tem enxergado o problema e como tem visto a necessidade desse resgate, em especial, no tema de inclusão racial nas universidades públicas brasileiras.

4. O que diz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema de inclusão racial nas universidades públicas brasileiras

Na análise do tema de inclusão racial nas universidades públicas brasileiras, um julgado do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância, a saber, a ADPF nº 186/DF (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 26/04/2012 – Supremo Tribunal Federal). Tal julgado, complementado pelas razões do decidido na ADC nº 41/DF (Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, julgado em 08/06/2017 (repercussão geral) – Supremo Tribunal Federal) estabelecem a perspectiva de enfrentamento ao racismo e à discriminação no Brasil.

A ADPF nº 186/DF foi ajuizada pelo Partido Democratas – DEM com o escopo de obter a declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília – UnB, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE, os quais instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, o relator Ministro Ricardo Lewandowski, trata da adoção do princípio da isonomia como algo que supera a mera igualdade formal para possibilitar que se atinja a igualdade material, podendo o Estado atingir tal desiderato seja através de políticas de cunho universalista, seja através de ações afirmativas. Diz ele:

“No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

(...)

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados.

Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno.

Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observar-se o citado princípio.

(...)

Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial.

(...)

As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas.

A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multissecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão¹²⁷.

Como se pode observar, o brilhante voto do Min. Ricardo Lewandowski giza, de maneira clara, a necessidade de enfrentamento da questão racial como forma de eliminação de desigualdades que vão desde o campo material até o simbólico, permitindo à população negra e parda se visualizar como construtora do desenvolvimento, da riqueza, do bem estar da sociedade brasileira e, por consequência, da mineira.

Finaliza o ilustre Ministro seu voto, pois, esclarecendo que as políticas de ação afirmativa são constitucionalmente aceitas, podem ser usadas para seleção de estudantes, especialmente nas escolas públicas e não há impedimento do uso do critério étnico-racial seja na modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas.

Por outro lado, não há como deixar de mencionar problemas que o critério fenotípico gera na execução de tal política pública. No dia a dia, nas decisões que tem de ser tomadas ora pra incluir cidadãos, ora para evitar que, sob o manto da equidade racial, sejam albergadas situações de injustiça e iniquidade.

E essas dificuldades oriundas do processo de miscigenação que ocorreu na sociedade brasileira ao longo dos séculos não passaram despercebidas no julgamento da ADPF nº 186/DF. No particular, dignas de citação as observações do Ministro Gilmar Mendes em seu voto, senão veja-se:

“Não é possível negar, tendo em vista a realidade que nós temos - o Ministro Cezar Peluso focou isso muito bem, e nós temos de julgar isso para o Brasil, e, obviamente, não para outros sistemas, não podemos negar que, a despeito de termos um modelo de integração racial e de termos enorme dificuldade na classificação, isso é evidente, mesmo a autodesignação prepara dificuldades: quem é branco, quem é negro? Há pouco tempo, a mídia publicava aquela célebre declaração do jogador Ronaldo, o Fenômeno, em que ele dizia do preconceito no futebol; ele dizia: "mesmo branco como eu...". E aí logo alguém apontou que não era exatamente assim, ou pelo menos que ele tinha uma ascendência negra. Em suma, nós temos uma enorme dificuldade de fazer essa classificação. Mas, a despeito disso, não podemos negar que, em razão da sistemática adotada, do nosso desenvolvimento social - isso já foi falado aqui -, do modelo escravocrata de desenvolvimento, que, ao fim e ao cabo - e o que interessa é o resultado, o acesso à universidade pública; é o que interessa aqui, porque a discussão é o modelo da Universidade de Brasília - acaba sendo dificultado. E nós sabemos por quê. Porque, é claro, em geral, essa população assim entendida é aquela mais débil economicamente por razões históricas e, em princípio, não logra condições de pagar, essa perversidade do nosso sistema, que nós ainda fazemos mais perverso quando não permitimos a discussão sobre alguma forma de financiamento. Quer dizer, só chega à universidade quem, em princípio, passou pelas escolas privadas, porque esses vão ter condições de enfrentar esse sistema de vestibular que, em alguns casos, é um concurso de dificuldade quase que lotérica”

(...)

"Mas, Presidente, eu tenho muitas dúvidas - e deixo isso no meu voto - em relação ao critério puramente racial, porque também aqui não se contempla, ou melhor, permite-se uma possível distorção, que pessoas que tiveram, embora consideradas de uma determinada raça, mas que tiveram um desenvolvimento educacional absolutamente adequado agora sejam convidadas a trilhar um esse caminho facilitário das cotas, porque não se leva em conta o referencial de índole social. Parece-me que esse é um ponto que precisa ser discutido. Mas como é um projeto com essa demarcação de caráter de experimentalismo institucional, que deve ser reelaborado..."

- Esse é um ponto que realmente me incomoda. Eu anotei isso aqui, chamando a atenção para esses aspectos. Fatos que são publicados na Imprensa:

"Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado 'negro', mas ela não" - (por esse, assim chamado, tribunal racial). "Em 2007, os gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha (assunto que já foi referido) foram considerados de 'cores diferentes' pela comissão da UnB. Em 2008, Joel Carvalho de Aguiar foi considerado 'branco' pela comissão, enquanto sua filha Luá Resende de Aguiar foi considerada 'negra', mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo 'branca'". Quer dizer, veja as dificuldades que esse modelo prepara. E isso decorre do próprio sistema de miscigenação e da dificuldade que nós temos - e é bom até que não queiramos ter um critério tão científico de identificação. Então, este é um ponto delicado, por isso que - e acredito que há um certo consenso entre os críticos desse modelo - diferentemente do sistema adotado no ProUni, aqui falta esse referencial de índole social. E se a gente olhar o que ocorre, por exemplo: quem são os moradores de favela ou dos bairros pobres? Pode ter a maioria de pessoas de cor negra, mas nós temos brancos e negros. Agora, porque contemplar apenas os negros neste caso? Claro, nós temos a discussão sobre o modelo da escola pública, que é um referencial, que talvez seja até uma forma de, por figura de linguagem, entender que as pessoas que hoje frequentam, tendo em vista essa distorção brasileira, as escolas públicas são, em princípio, pessoas pobres. Por isso, acabou-se adotando aqui um critério racial - matéria que será objeto, inclusive, do debate que vai se seguir naquele recurso extraordinário".¹²⁸

Do transcrito se observa, já no julgamento da ADPF nº 186/DF, que havia preocupação com as dificuldades que um critério fenotípico poderia gerar e, definitivamente, vem gerando na execução da política pública brasileira de inclusão racial nas Universidades Públicas.

Por tal razão, na análise do tema inclusão racial, há de se incluir os fundamentos da ADC nº 41/DF, que, embora trate do acesso aos cargos públicos mediante regime de cotas, previstas na Lei nº 12.990/14, traduz nova manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de se promover o resgate histórico com as populações marginalizadas de nossa sociedade.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo por objeto a Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

O cerne da questão deduzida em juízo era de que havia decisões contraditórias a respeito da validade da Lei nº 12.990/14 nas instâncias judiciárias do Brasil. Havia decisões que afastaram a aplicação da lei, em controle difuso, por considerarem que a política de reserva de vagas para negros em concursos públicos viola o direito à igualdade (CF/1988, art. 5º, caput), a vedação à discriminação (CF/1988, art. 3º, IV), o princípio da eficiência (CF/1988, art. 37, caput), o princípio do concurso público (CF/1988, art. 37, II) e o princípio da proporcionalidade. Por outro lado, quando do ajuizamento da ação haveria concursos públicos em andamento com previsão de reserva de vagas e ações que visavam assegurar efetiva aplicação da lei, tal como a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal relativa a concursos para ingresso na carreira militar citada pelo relator em seu relatório.

No seu voto, o Ministro Roberto Barroso, cerca de cinco anos depois das dúvidas apresentadas pelo Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 186/DF, inspirado na tese do Professor Adilson Moreira intitulada [na tradução em português] "Justiça Racial no Brasil: A Luta por Igualdade em Tempos de Novo Constitucionalismo", identifica as três posições básicas em relação à questão racial no Brasil, a saber, a racista, baseada na crença de que alguns grupos de pessoas são superiores a outros; a da superação do racismo pela miscigenação onde se conhecem desequilíbrios no acesso à riqueza e às oportunidades, mas eles seriam de natureza puramente econômica e não racial; e a última que entende ser fora de dúvida que negros e pessoas de pele escura, em geral, enfrentam dificuldades e discriminações ao longo da vida, claramente decorrentes de aspectos ligados à aparência física, sendo que tal preconceito "vem desde a escravidão e que foi potencializada por uma exclusão social renitente".¹²⁹

Após tratar das razões pelas quais percebe que a resistente discriminação que sofrem os negros pelos fatores sociais anteriormente já apresentados, estabelece que tal circunstância só será superada com uma política pública que possibilite uma nação "repleta, interessada e calorosa, [como] um arco-íris de cores, de Angola à Escandinávia" e passa a tratar das dificuldades que a implementação de tal política pública gera.

No particular cuida das fraudes no procedimento de autodeclaração e termina por conceder espaço a mecanismos heterônomos de controle do procedimento de apuração desde que observado o respeito da dignidade da pessoa humana, senão veja-se:

"Não existem raças humanas sob o ponto de vista genético. As diferenças que separam brancos e negros no aspecto do genótipo são insignificantes e puramente superficiais. Como é natural, essa descoberta significativa da ciência não acabou com o racismo enquanto fenômeno social; apenas serviu para deixar ainda mais claro o quanto essa forma de menosprezo ao outro é cruel, arbitrária e autointeressada. Essa questão já foi objeto de manifestação por parte do STF, que rejeitou a ideia de que a inexistência biológica de raças humanas teria tornado insubsistente o racismo e as demais formas de preconceito baseado no fenótipo ou em fatores correlatos. Feita a observação, é preciso reconhecer que a definição de critérios objetivos para identificar os beneficiários de eventuais programas de cotas de viés racial esbarra em dificuldades variadas. Dentre todas as opções, a que parece menos defensável é o exame do genótipo, uma vez que o preconceito no Brasil parece resultar, precipuamente, da percepção social, muito mais do que da origem genética. A partir desse ponto, porém, a eleição de determinado critério parece envolver avaliações de conveniência e oportunidade, sendo razoável que sejam levados em conta fatores inerentes à composição social e às percepções dominantes em cada localidade. O sistema da autodeclaração, que tem sido adotado com maior frequência no país, apresenta algumas vantagens, sobretudo no que diz respeito à simplificação dos procedimentos e ao fato de se privilegiar a autopercepção, a partir do fenótipo – das características exteriores do organismo.

129 In, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral). 11 In, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral)

Ela encoraja, ainda, os indivíduos a assumirem a sua raça, contribuindo para o reconhecimento dos negros na sociedade brasileira. Há, todavia, problemas associados a esse modelo. Em especial, o risco de oportunismo e idiosincrasia, que poderia levar ao parcial desvirtuamento da política pública. Esse fato foi apontado pelo Professor Daniel Sarmiento, que afirmou que “é evidente que a inexistência de mecanismos de controle abre espaço para autodeclarações oportunistas, da parte de pessoas que não se consideram efetivamente pertencentes a grupos raciais historicamente discriminados”.

(...)

Para dar concretude a esse dispositivo, entendo que é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação para fins de concorrência pelas vagas reservadas, para combater condutas fraudulentas e garantir que os objetivos da política de cotas sejam efetivamente alcançados. São exemplos desses mecanismos: a exigência de autodeclaração presencial, perante a comissão do concurso; a exigência de fotos; e a formação de comissões, com composição plural, para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração. A grande dificuldade, porém, é a instituição de um método de definição dos beneficiários da política e de identificação dos casos de declaração falsa, especialmente levando em consideração o elevado grau de miscigenação da população brasileira. É por isso que, ainda que seja necessária a associação da autodeclaração a mecanismos de heteroidentificação, para fins de concorrência pelas vagas reservadas nos termos Lei nº 12.990/2014, é preciso ter alguns cuidados. Em primeiro lugar, o mecanismo escolhido para controlar fraudes deve sempre ser idealizado e implementado de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos. Em segundo lugar, devem ser garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato. Por fim, deve-se ter bastante cautela nos casos que se enquadrem em zonas cinzentas. Nas zonas de certeza positiva e nas zonas de certeza negativa sobre a cor (branca ou negra) do candidato, não haverá maiores problemas. Porém, quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial”.¹³⁰

130 n, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

Estabelecidas, pois, as premissas da política pública de acesso afirmativo no âmbito do controle constitucional concentrado, quando se considerou como tese de repercussão geral que “é constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”, passa-se então a avaliar o que diz a doutrina a respeito de como melhor fixar uma metodologia de forma a tornar o menos subjetiva possível a escolha sobre quem tem e quem não tem direito à reparação racial.

Por tal razão, seguimos para examinar se há consenso doutrinário a respeito da melhor forma de identificar um padrão racial dignitário de enfrentar os problemas diuturnos que uma política afirmativa de acesso às universidades públicas e como isso vem ocorrendo na prática.

5. Doutrina e prática administrativa já se acertaram para encontrar o melhor método de controle da autodeclaração para fins de acesso às instituições de ensino públicas

Quando se trata dos estudos doutrinários a respeito do tema racial, verifica-se há grande perplexidade a respeito dos critérios a seguir que, de alguma forma, reduzam o grau de subjetividade que cerca o controle da autodeclaração de qualquer indivíduo.

Dúvidas não pairam, e é bom que se parta dessa premissa, de que em todas as nações onde o tema foi estudado o melhor critério é o da autodeclaração, até porque, como já estabelecido, a diferenciação por raça é, sobretudo, um critério social.

Em outras palavras, a melhor maneira de se identificar um indivíduo é observar como ele mesmo se enxerga, se vê, se sente na vida social diária.

Contudo, como bem asseverado pelo Ministro Barroso ao citar o Professor Daniel Sarmiento, “é evidente que a inexistência de mecanismos de controle abre espaço para autodeclarações oportunistas”¹³¹e, por isso, há de se perquirir a melhor forma de controle.

No interessante artigo “Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação” o Desembargador Federal Edilson Vitorelli chama atenção da dificuldade de se estabelecer critérios para definir limites objetivos sobre quem é ou não é negro. Diz ele:

“Assim, ao procurar estabelecer critérios para definir, a partir de critérios, em algum limite, objetivos, quem é ou não é negro, para fins de cotas, o estudioso e o aplicador do direito precisam ser conscientes de que se estará ingressando em terreno pantanoso, sobre o qual nenhum outro país considerou adequado que o Estado interviesse. Pior ainda, quando se considera em perspectiva histórica, o único Estado que buscou estabelecer critérios objetivos para definir, de acordo com aparência, o pertencimento de uma pessoa a um grupo racial, foi o Estado nazista.”¹³²

Passado o “susto” de imaginar que o estabelecimento de controle possa levar ao absurdo interpretativo da segregação em norma que pretende inclusão, a verdade é que o exercício diário da política pública tem apresentado desafios que vão desde a aprovação de candidatos na cota racial por uma instituição de ensino e desaprovação por outra, até resultados diferentes de avaliação para componentes de um mesmo grupo familiar como já constava das observações do Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da ADPF nº 186/DF.

Embora o presente estudo, até por força da sua superficialidade, não pretenda fazer uma avaliação empírica quantitativa, apenas para fins exemplificativos, toma-se como modelo o edital da “Chamada Pública para seleção de Membros da composição complementar à autodeclaração étnico-racial nos processos seletivos da UFMG”¹³³ datado de 06 de janeiro de 2.023.

131 n, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

132 In <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71649> - visto em julho/2023.

133 In file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef_16732661640705_102657042 3.pdf - visto em julho/2023

O texto no item 3.1 deixa claro que os critérios para participação nas bancas é “estar em efetivo exercício na UFMG ou regularmente matriculado (3.1.1)”¹³⁴ e “participar do curso de preparação dos membros das comissões específicas de heteroidentificação (3.1.2)”¹³⁵, ao passo que no item 4.2 estabelece que “a composição das bancas de heteroidentificação deverá atender ao critério da diversidade, garantido que seus membros sejam distribuídos por cor e raça, gênero e os diferentes segmentos da comunidade acadêmica da UFMG”.¹³⁶

A despeito das boas intenções de diversidade e inclusão que o ato administrativo apresenta, a verdade é que os conceitos continuam vagos e não impedem um grau de subjetividade inadequado para se tratar de um tema tão sensível.

Se levarmos em consideração a constatação do Ministro Barroso na ADC nº 41/DF de que “os professores continuavam todos brancos” fica a dúvida de como garantir uma análise plural e objetiva por indivíduos talvez não representem a diversidade que se quer implementar.

É dizer, o edital de chamada procura promover a diversidade, mas até por seu caráter universal e público, dada a própria estrutura social ainda não transformada pela modificação de critérios prevista em lei, há possibilidade de que a definição de quem é ou não é beneficiário do programa ser ditado por pessoas, em sua maioria, não pertencentes ao grupo social que se quer atingir.

Frise-se, mais uma vez, que tal afirmação não foi contrastada empiricamente com a composição real dessa ou de qualquer outra comissão de heteroidentificação, mas não se pode fechar os olhos de que há grande possibilidade que tal distorção ocorra, tendo como consequência práticas clientelistas para com essa parcela da sociedade cujo escopo da lei foi justamente retirar da condição de hipossuficiência e dependência.

134 In file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef_16732661640705_102657042 3.pdf - visto em julho/2023

135 In file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef_16732661640705_102657042 3.pdf - visto em julho/2023

136 In file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef_16732661640705_102657042 3.pdf - visto em julho/2023

Por outro lado, interessante a proposição do Desembargador Federal Edilson Vitorelli no artigo “Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação” de uma forma de seleção que se pretende objetiva para identificação e seleção de beneficiários de cotas.

Segundo o autor, o procedimento teria início pela contratação de modelos raciais que seriam fotografados e cujo fenótipo constaria previamente no edital, até por força da orientação jurisprudencial que deu ao ato administrativo de chamada pública um lugar central.

À partir dos modelos previamente publicados, a decisão da comissão de heteroidentificação se restringiria às razões pelas quais o candidato preencheria ou não um grau de semelhança com os modelos previstos em edital com preponderância do tônus da pele. Tal decisão seria pública e, portanto, sujeita a sindicabilidade por critérios mais objetivos. A respeito, vejam-se as razões expostas pelo autor:

“A adoção das providências de elaboração do edital descritas anteriormente facilita sobremaneira a superação dessa dificuldade. Se o candidato é chamado a se autoidentificar de acordo com um modelo fenotípico predefinido, é tarefa fácil para a comissão apontar as razões pelas quais seu perfil físico é distinto do parâmetro apontado. Isso se fará, primeiramente, pela diferença de tonalidade da pele, sempre em comparação com o modelo fenotípico indicado pelo candidato. É certo que, no Brasil, a questão racial vem sendo tratada, predominantemente, a partir da tonalidade da pele e esse deve ser o critério prevalente, uma vez que é ele o móvel do preconceito racial. Ninguém sofre racismo apenas por ser filho de pais negros, ou por ter alguma outra característica física usualmente associada a essa etnia, se tiver a pele branca. A comissão, portanto, deve se limitar a fundamentar a sua decisão na comparação entre a tonalidade da pele do candidato e a dos modelos apresentados no edital.

(...)

Também devem ser excluídos fundamentos que pretendam atribuir ou negar a condição de cotista a candidato com fundamento em outras características fenotípicas, dissociadas da cor da pele, como o tipo de cabelo, de nariz ou de lábios, conforme propôs o Instituto Federal do Pará. O fato de alguém ter, por exemplo, um formato de nariz associado à etnia negra não fará com que o sujeito seja alvo de racismo, se tiver a pele branca.

De outro lado, o fato de ter características físicas não associadas a essa etnia, por exemplo, olhos azuis, não fará com que a pessoa seja significativamente isenta de preconceito, se sua pele for negra. Assim, embora se negue que a questão da cor, para efeitos de cotas, possa ser definida apenas dermatologicamente, também se exclui a possibilidade de que esse elemento seja ignorado. A margem lícita de discricionariedade da comissão está na comparação entre a cor da pele do candidato e a dos modelos apresentados no edital, não na extrapolação dessa análise para outras características não diretamente associadas ao racismo

(...)

As cotas, raciais e sociais, já percorreram um longo caminho no Brasil. Passaram de uma política marginal a protagonistas de uma das maiores mudanças já produzidas no perfil dos estudantes universitários nas últimas décadas. Pela primeira vez em muitos anos, os cidadãos mais pobres estão deixando de financiar ensino público e gratuito para os mais ricos. No caso dos concursos públicos, a situação é mais complexa e, inevitavelmente, acabará sendo resolvida apenas por decisão do Supremo Tribunal Federal.

De todo modo, o cenário atual é o de que as cotas continuarão sendo aplicadas, tanto nas universidades quanto na seleção de servidores públicos. Por essa razão, é papel da academia desenvolver procedimentos que viabilizem sua aplicação mais justa e compatível com os princípios constitucionais que se impõem sobre toda a administração pública.

No presente estudo, sugerem-se três etapas de aperfeiçoamento dos editais de seleção que seriam capazes de cumprir esse desiderato. Primeiramente, a administração deveria fazer constar, em anexo do edital, fotografias de modelos profissionais reputados pretos, pardos e brancos, determinando aos candidatos que, ao formularem as respectivas autodeclarações, indicassem qual modelo seria, em sua visão, o mais similar às suas características fenotípicas. Esse procedimento incrementaria a objetividade do procedimento administrativo interno e atribuiria parâmetros de análise para os candidatos pretendentes à cota, melhorando o grau de segurança jurídica. Ademais, a seleção de modelos poderia uniformizar os parâmetros de análise em toda a administração e ser precedida de debate público que ampliasse o consenso sobre sua escolha.

Em segundo lugar, a avaliação elaborada pela comissão deve ser fundamentada na semelhança ou dessemelhança das características fenotípicas do candidato com o modelo fotográfico por ele mesmo apontado. Na hipótese de recusa, a decisão administrativa deve explicitar quais fatores dessemelhantes foram ponderados e ser instruída com a fotografia tanto do candidato quanto do modelo. Esse procedimento homenageia o princípio da motivação das decisões administrativas e permitirá que, na hipótese de questionamento judicial, a demonstração de que se trata de decisão arrazoada e proporcional.

Finalmente, as decisões referentes à aceitação de candidatos cotistas, tornadas definitivas no âmbito da administração, devem ser publicadas, inclusive com as fotografias dos cotistas aceitos e do modelo que serviu de parâmetro a cada um deles. A publicação das decisões atende ao imperativo de transparência da administração pública e viabiliza o controle social da concessão de um benefício competitivo a um grupo de candidatos. Essa providência não fere a dignidade ou a imagem do candidato, uma vez que quem pretende obter uma vantagem do Estado deve estar disposto a demonstrar, na esfera pública, que dela é merecedor.

Com essas providências, seria possível contornar diversos problemas que o sistema de cotas atualmente vem enfrentando e permitir que ele se adapte aos ditames legais e constitucionais de modo mais preciso. Nenhum direito material pode ser implementado sem a providência processual adequada, que garanta sua implementação em conformidade com os valores que originalmente se pretendeu promover¹³⁷

As conclusões do doutrinador são consistentes, mas também esbarram na impossibilidade prática de universalização frente ao princípio constitucional da autonomia universitária que o artigo 207 estabelece ao dispor: “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

É verdade, traça um caminho, mas como será que suportaria o teste de viabilidade nas cortes federais brasileiras? Uma pergunta cuja resposta é extremamente difícil num país continental como o Brasil, mas também e sobretudo, porque sua construção ocorre diuturnamente por julgados aqui e acolá que nem sempre guardam coerência sistêmica com a aplicação de um sistema de precedentes vinculantes que também é novo e disruptivo com nossa tradição secular de filiação ao “Civil Law”.

Por tal razão, sem a pretensão de fazer uma análise científico-empírica dos julgamentos da questão no ramo federal do Poder Judiciário comum brasileiro, seguimos adiante para análise de alguns julgados do dia a dia na 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, órgão fracionário que vem lidando com frequência do tema.

137 In <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71649> - visto em julho/2023.

6. O que diz a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região a respeito do tema de inclusão racial nas universidades públicas mineiras

De tudo o que foi dito até aqui, passa o presente estudo a uma análise de como vem se manifestando o Tribunal Regional Federal da 6ª Região na questão da adoção de critérios de auto e heteroindentificação no acesso às vagas por critério étnico-racial pelas instituições de ensino públicas de Minas Gerais.

Como já esclarecido anteriormente, não há pretensão de dar ao presente um caráter científico-empírico, mas apenas apresentar, exemplificativamente, o que vem entendendo os julgadores de um dos órgãos fracionários na nova corte federal instalada, de forma a propiciar um vislumbre de para onde caminha a jurisprudência mineira no particular.

Por tal motivo, far-se-á apenas e tão somente um recorte de decisões colegiadas por Desembargador Federal componente da Quarta Turma associado às impressões particulares que cada voto trouxe sobre o assunto.

Não obstante, uma constatação geral que se observa dos votos dos julgadores da Quarta Turma, é uma tendência a se respeitar a autonomia didático-científica das Instituições de Ensino.

Consta expressamente do voto da Desembargadora Simone S. Lemos, aprovado à unanimidade na apelação cível nº 1033596-04.2021.4.01.3800, “que as instituições de ensino superior gozam de autonomia administrativa que lhes assegura legitimidade para a criação e regulamentação de programas de reservas de cotas como política afirmativa que garante o ingresso de alunos egressos de escolas públicas, de baixa renda, negros ou pardos em cursos de nível superior. O procedimento de checagem¹³⁸ da autodeclaração por comissão de verificação é constitucional, como já definido pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que na espécie desenvolveu-se, ao que tudo indica, de forma regular, não tendo havido demonstração de ilegalidade ou arbitrariedade manifestas”.

138 In, ApCiv nº 1033596-04.2021.4.01.3800, Rel. Des. Fed. Simone S. Lemos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 08/11/2022.

É dizer, não há razão para intervenção a menos que exista prova de flagrante ilegalidade, o que de certa forma inviabilizaria o uso, por exemplo, do Mandado de Segurança, ação de índole constitucional que prima pela velocidade na entrega da prestação jurisdicional, mas que exige “prova pré-constituída dos fatos que amparam o direito do impetrante, não admitindo dilação probatória”.¹³⁹

Demais disso, é interessante observar que no mérito, cada Desembargador Federal componente da turma vem apresentando votos que confirmam, na esteira da orientação do Supremo Tribunal Federal, o procedimento de heteroidentificação, mas a construção da jurisprudência ainda oscila sobre se é possível um maior controle dos requisitos previstos no edital ou se há mais espaço para subjetividade no âmbito das comissões de heteroidentificação.

Nos autos da ApCiv nº 1001302-14.2022.4.01.3815 o Desembargador Federal Ricardo Machado Rabelo validou o edital de seleção que não tratava de caracteres genotípicos, até porque protegido pela autonomia universitária, asseverando ser desnecessário o detalhamento daqueles caracteres no instrumento administrativo.

Segundo o julgado “o fato dessas características [a cor da pele, a textura do cabelo, traços da face e outras características que possibilitam a identificação da raça] não terem sido detalhadamente descritas no edital, não o tornam nulo, haja vista que se enquadram no conceito de fenótipo”¹⁴⁰

Conclui-se não haver impedimento de utilização de critérios subjetivos na verificação da raça do candidato, desde que observada a legalidade, a ampla defesa e a dignidade da pessoa humana, ao que, não tendo sido demonstrada a existência de qualquer arbitrariedade por parte dos membros da comissão que pudesse eivar de vício o julgamento realizado, opta-se por negar provimento à apelação.

Frise-se que a fundamentação passou pela demonstração de que a igualdade que pressupõe a neutralização de injustiças históricas, econômicas e sociais tem três dimensões, a saber, a igualdade formal, a igualdade material e a igualdade como reconhecimento.

A partir dessa constatação, entende como válido o critério do fenótipo sem maior necessidade de descrição pormenorizada e prévia, pois o controle se dá mais sobre o mérito da decisão administrativa de admissão/inadmissão do que propriamente dos editais de chamamento. Mais espaço discricionário para decisão da comissão de heteroidentificação, portanto.

139 In, ApCiv nº 1033596-04.2021.4.01.3800, Rel. Des. Fed. Simone S. Lemos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 08/11/2022.

140 In, ApCiv nº 1001302-14.2022.4.01.3815, Rel. Des. Fed. Ricardo Machado Rabelo. Lemos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 18/06/2023

Por fim, nos autos da ApCiv nº 1000829-96.2020.4.01.3815, eu, embora também partindo do pressuposto de que ao Poder Judiciário cabe apenas o controle da legalidade no caso concreto, acabo por examinar de forma minudenciada os requisitos do edital e abro viabilidade para maior controle quando adoto o parecer do Ministério Público Federal, proferido ainda em primeiro grau de jurisdição, que assevera “nos parece certo é que a via estreita deste writ, sabidamente incompatível com dilação probatória, não comporta debate sobre a questão de o impetrante ser ou não pardo, melhor dizendo, se ele possui ou não fenótipo de pardo. (...) Trata-se de matéria fática para cuja elucidação se prestariam variados elementos de prova, que não apenas documentos (v.g. perícia, depoimento pessoal, inspeção judicial etc)”.¹⁴¹

Indiscutivelmente, uma orientação que prevê maior possibilidade de controle dos atos administrativos, com redução do âmbito de subjetividade permissível ao administrador, embora sem a possibilidade de apreciação na estreita via do Mandado de Segurança.

Como se pode observar, a contribuição da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região para o tema, ainda que em construção, como de resto tudo no recém-nascido Tribunal, somente ressoa as dificuldades de execução de uma política pública extremamente necessária, ao mesmo tempo que naturalmente [ou, pelo menos deveria ser assim] transitória de resgate histórico e resposta institucional efetiva para endereçar as mazelas da escravidão no país.

Partindo dessas constatações, cabe agora uma avaliação no direito comparado, mais especificamente do direito americano, no qual, segundo o Desembargador Federal Edilson Vitorelli, nos miramos para enfrentar o problema.

No direito norte-americano foram criados programas de ação afirmativa sob a proteção dos julgados *Bakke v. Regents of the University of Califórnia* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003). Mas houve recentíssimo julgamento pela Suprema Corte Americana do fenômeno, nas ações *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE* e *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC., PETITIONER 21–707 v. UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA, ET AL.* (2023), com orientação diametralmente oposta.

7. Como a jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana enxerga os programas de ação afirmativa

Um dos aspectos importantes das ações de caráter afirmativo é seu caráter de temporalidade. O próprio programa examinado na ADPF nº 186/DF (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 26/04/2012 – Supremo Tribunal Federal) previa o prazo de 10 (dez) anos.

Embora pouco tenha sido examinado, nas ações afirmativas, sob esse prisma, até aqui, inexoravelmente há um “encontro marcado” da política pública com suas consequências no tempo.

Nesse particular, no direito comparado, a experiência de ações afirmativas tem sido objeto de exame de constitucionalidade por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos da América por longo tempo e nos serve para melhor compreensão dos efeitos desse mesmo tempo sobre as verdades que instruem a convivência em sociedade.

O julgado que orientou por mais de quatro décadas a jurisprudência norte-americana a respeito do tema era *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U. S. 265. Tal orientação foi reafirmada no julgado *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306 (2003) vinte e cinco anos depois do histórico voto do Ministro Lewis F. Powel.

No julgado de 2003 transcrito, em parte, na ADPF nº 186/DF no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, restou estabelecida a constitucionalidade da manutenção de permissão do critério de raça como elemento da política de admissão de estudantes.

Consta do voto do Ministro Ricardo Lewandowski o seguinte sumário das razões da Ministra Sandra Day O'Connor que se transcreve em parte:

“A fim de conferir legitimidade a nossos líderes aos olhos da comunidade, é necessário que o caminho para a liderança seja visivelmente aberto a indivíduos qualificados e talentosos de todas as raças e etnias. Todos os membros de nossa sociedade heterogênea devem ter confiança na abertura e integridade das instituições de ensino que fornecem esse treinamento (...). O acesso (...) à educação (...) deve estar aberto a indivíduos talentosos e qualificados de todas as raças e etnias, de modo a que todos os membros de nossa sociedade heterogênea possam ingressar nas instituições de ensino que fornecem o treinamento e a educação necessária ao êxito na América”

(...)

a Equal Protection Clause não proíbe que a Escola de Direito utilize a ideia de raça nas decisões de admissão dos estudantes, desde que especificamente concebida para alcançar os benefícios educacionais que advém de um corpo discente plural”.¹⁴²

Além das razões já expostas, o “voto da maioria” traz considerações a respeito da temporalidade de que se deve revestir a política de ação afirmativa. Asseverou a Ministra Sandra Day O’Connor em seu voto:

“Nós entendemos que as escolas de direito em suas palavras “gostariam mais de encontrar uma forma de admissão neutra racialmente” e finalizar os programas de admissão com base em raça assim que possível sob o ponto de vista prático. (ver resumo para o réu Bollinger et al. 34; Bakke, supra, at 317-318 (opinion of Powell, J.) (presumindo a boa fé dos responsáveis pela Universidade de mostrar o contrário). Já se passaram 25 anos desde que o Ministro Powell aprovou o uso da raça como formar encontrar a diversidade do corpo de estudantes como interesse no contexto da educação pública superior. Desde esse tempo, o número de candidatos das minorias com notas altas e bons escores, de fato cresceu. Ver Tr. of Oral Arg. 43. Nós esperamos que em 25 anos pra frente, o uso de preferências raciais não seja mais necessário para reconhecer o interesse aprovado hoje”¹⁴³ (tradução livre).”

142 In order to cultivate a set of leaders with legitimacy in the eyes of the citizenry, it is necessary that the path to leadership be visibly open to talented and qualified individuals of every race and ethnicity. All members of our heterogeneous society must have confidence in the openness and integrity of the educational institutions that provide this training (...) Access to legal education (and thus the legal profession) must be inclusive of talented and qualified individuals of every race and ethnicity, so that all members of our heterogeneous society (...) the Equal Protection Clause does not prohibit the Law School's narrowly tailored use of race in admissions decisions to further a compelling interest in obtaining the educational benefits that flow from a diverse student body. In <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/> - visto em julho/2023.

143 We take the Law School at its word that it would “like nothing better than to find a race-neutral admissions formula” and will terminate its race-conscious admissions program as soon as practicable. See Brief for Respondent Bollinger et al. 34; Bakke, supra, at 317-318 (opinion of Powell, J.) (presuming good faith of university officials in the absence of a showing to the contrary). It has been 25 years since Justice Powell first approved the use of race to further an interest in student body diversity in the context of public higher education. Since that time, the number of minority applicants with high grades and test scores has indeed increased. See Tr. of Oral Arg. 43. We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today. In <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/> - visto em julho/2023.

Pelo voto, evidencia-se que a Suprema Corte “mais liberal” antevia um “encontro marcado” da permissão da ação afirmativa com um futuro de maior igualdade e inclusão. O vaticínio da ilustre julgadora talvez não tenha se cumprido, até porque a ocorrência do movimento “Black Lives Matter” (que teve início em 2013) fala em contrário da integração racial naquele país, mas uma reversão de entendimento pela Suprema Corte ocorreu 20 (vinte) anos depois do julgado *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306 (2003). Para ser mais exato mais exato, 20 (vinte) anos e seis dias depois.

Numa composição mais conservadora, a Suprema Corte dos Estados Unidos acabou por reverter um entendimento de quase 45 (quarenta e cinco) anos para proibir políticas de ação afirmativa nas emblemáticas Universidades de Harvard e da Carolina do Norte.

Por desnecessário tratar de Harvard uma das mais, se não a mais, prestigiosas universidades do mundo, cita-se apenas o fato de que a Universidade da Carolina do Norte em Chapel Hill é uma das três escolas que reivindicam o título de universidade pública mais antiga dos Estados Unidos da América.

Curiosidades históricas à parte, a fundamentação do voto majoritário do Presidente da Suprema Corte Roberts demonstra que há, no pensamento jurídico norte-americano, uma reafirmação igualdade formal como prevalente sobre a material no âmbito de uma sociedade que até os dias de hoje se caracteriza como uma nação de imigrantes, senão veja-se:

“Mas a liberdade de uma Universidade não era ilimitada. “Distinções étnicas e raciais de qualquer espécie são inerentemente suspeitas”. O Ministro Powell explicou, e a antipatia para com elas estava profundamente “enraizada na história constitucional e demográfica de nossa nação” *Id.*, at 291. Uma Universidade não poderia empregar um sistema de cotas, por exemplo, reservando “um número específico de assentos em cada classe para indivíduos oriundos de grupos étnicos preferidos”, *Id.*, at 315. Nem poderia impor um “programa múltiplo com um número prescrito de assentos a serem deixados separados para cada categoria identificável de candidatos”. *Ibid.* E nem poderia ainda usar a raça para impedir um indivíduo “de ser de qualquer forma considerado simplesmente por causa de não ter a cor correta” *Id.*, at 318.

Pelas razões apresentadas acima, os programas de admissão de Harvard e UNC não podem ser ponderados à luz das garantias constitucionais da Clausula de Proteção Igual. Os dois programas demonstram a falta de objetivos suficientemente focados e mensuráveis garantindo o uso da raça, inevitavelmente aplicam raça numa maneira negativa, envolvem a estereotipagem racial, e carecem de finalidades significativas. Nós nunca permitimos programas de admissão para operar de tal maneira, e não o faremos hoje.

Ao mesmo tempo, todas as partes concordam, nada nesse voto deve ser interpretado como proibição às Universidades de considerar uma discussão do candidato de como a raça afetou sua vida, seja através de discriminação, inspiração ou de outras maneiras. Ver, e.g., 4 App. in No. 21–707, at 1725– 1726, 1741; Tr. of Oral Arg. in No. 20–1199, at 10. Mas, apesar das afirmações em contrário da divergência, Universidades não podem simplesmente estabelecer através de um sumário de inscrição ou outros meios o regime que nós julgamos ilegal hoje. (Um voto contrário é, geralmente, a melhor fonte de pareceres jurídicos em como estar de acordo com o voto predominante) “O que não pode ser feito diretamente, não pode ser feito indiretamente. A Constituição lida com a substância, não com sombras”, e a proibição contra discriminação racial está “nivelada à coisa e não ao nome”. *Cummings v. Missouri*, 4 Wall. 277, 325 (1867). Um benefício para o estudante que superou a discriminação racial, por exemplo, deve estar ligada à coragem e à determinação do mesmo. Ou um benefício para um estudante cuja herança ou cultura o/a motivou a assumir o papel de liderança ou pelo menos ter uma meta em particular deve ser ligado à sua habilidade única para contribuir com a Universidade. Em outras palavras, o estudante deve ser tratado com base em suas experiências como indivíduo – não com base em sua raça. Muitas universidades por muito tempo vem fazendo justamente o oposto. E, em fazendo assim, eles tem concluído, equivocadamente, que a pedra de toque da identidade de um indivíduo não são os desafios superados, as habilidades construídas, ou lições aprendidas, mas a cor de sua pele. Nossa história constitucional não tolera essa escolha. Os julgamentos das Cortes de Apelação do Quinto Circuito e da Corte Distrital para o Distrito do Meio da Carolina do Norte são revertidas (tradução livre).”¹⁴⁴

144 But a university’s freedom was not unlimited. “Racial and ethnic distinctions of any sort are inherently suspect,” Justice Powell explained, and antipathy toward them was deeply “rooted in our Nation’s constitutional and demographic history.” *Id.*, at 291. A university could not employ a quota system, for example, reserving “a specified number of seats in each class for individuals from the preferred ethnic groups.” *Id.*, at 315. Nor could it impose a “multitrack program with a prescribed number of seats set aside for each identifiable category of applicants.” *Ibid.* And neither still could it use race to foreclose an individual “from all consideration . . . simply because he was not the right color.” *Id.*, at 318. For the reasons provided above, the Harvard and UNC admissions programs cannot be reconciled with the guarantees of the Equal Protection Clause. Both programs lack sufficiently focused and measurable objectives warranting the use of race, unavoidably employ race in a negative manner, involve racial stereotyping, and lack meaningful end points. We have never permitted admissions programs to work in that way, and we will not do so today. At the same time, as all parties agree, nothing in this opinion should be construed as prohibiting universities from considering an applicant’s discussion of how race affected his or her life, be it through discrimination, inspiration, or otherwise. See, e.g., 4 App. in No. 21–707, at 1725– 1726, 1741; Tr. of Oral Arg. in No. 20–1199, at 10. But, despite the dissent’s assertion to the contrary, universities may not simply establish through application essays or other means the regime we hold unlawful today. (A dissenting opinion is generally not the best source of legal advice on how to comply with the majority opinion.) “[W]hat cannot be done directly cannot be done indirectly. The Constitution deals with substance, not shadows,” and the prohibition against racial discrimination is “levelled at the thing not the name.” *Cummings v. Missouri*, 4 Wall. 277, 325 (1867). A benefit to a student who overcame racial discrimination, for example, must be tied to that student’s courage and determination. Or a benefit to a student whose heritage or culture motivated him or her to assume a leadership role or attain a particular goal must be tied to that student’s unique ability to contribute to the university. In other words, the student must be treated based on his or her experiences as an individual— not on the basis of race. Many universities have for too long done just the opposite. And in doing so, they have concluded, wrongly, that the touchstone of an individual’s identity is not challenges bested, skills built, or lessons learned but the color of their skin. Our constitutional history does not tolerate that choice. The judgments of the Court of Appeals for the First Circuit and of the District Court for the Middle District of North Carolina are reversed. In *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC.*, PETITIONER 21–707 v. *UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA, ET AL.* 600 US (2023).

A conclusão no sentido de que os programas das duas prestigiosas Universidades “inevitavelmente aplicam raça numa maneira negativa, envolvem a estereotipagem racial, e carecem de finalidades significativas” é, de fato, uma mudança radical na concepção da ação afirmativa como programa de inclusão.

As consequências dessa mudança de entendimento para o mundo e, porque não dizer, para nós outros brasileiros, só o tempo dirá. Mas um aspecto se revela relevante: a passagem do tempo altera, oxida, envelhece também as “verdades” e “certezas” de outrora. E as ações afirmativas nos Estados Unidos da América também sofreram mudanças de percepção com o passar dos anos.

E, por essa razão, as sombras com as quais se estabeleceu que a Constituição Americana não lida, também sofrerão os efeitos do tempo para dizer se impedem que lá todos se vejam como iguais ou não. Mas isso, como dito, o tempo dirá.

8. Conclusões :

Do exposto, levando em conta o escopo do presente trabalho, de apresentar um dos temas que vem ocupando a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região em seus primeiros passos, podem ser apresentadas algumas conclusões:

1) Grande parte da problemática estratificação social brasileira e, por consequência, mineira advém da estruturação da ordem jurídica através da história para privilegiar uma separação/segmentação que impede a igualdade de oportunidades entre todos. Um “país de imigrantes” que, curiosamente, nega aos descendentes dos imigrantes africanos a cidadania dos que no passado não quiseram vir pra cá, só o fazendo porque foram forçados.

2) O conceito de raça é mais uma construção social, política e cultural do que propriamente biológica, pelo que a questão racial de maneira geral tem muito mais que ver com aceitação dos grupos sociais entre si do que efetivamente com alguma diferença entre os indivíduos pertencentes aos respectivos grupos, ao que deve ser tomada como correta a afirmação do Desembargador Federal Edilson Vitorelli de que “não há dúvidas de que o critério para se definir que alguém é negro, para fins de cotas, no Brasil, deve ser fenotípico, não genotípico”.¹⁴⁵

145 In <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71649> - visto em julho/2023.

3) As constatações referentes à raça e à própria noção de escravidão, de seu não enfretamento de maneira adequada com resgate histórico da dívida social para com as populações afrodescendentes logo após a abolição da escravatura, somadas à alta miscigenação populacional que tem motivos diversos, são elementos que dificultam qualquer política pública de reparação ou ação afirmativa.

4) Na ADPF nº 186/DF o brilhante voto do Min. Ricardo Lewandowski giza, de maneira clara, a necessidade de enfretamento da questão racial como forma de eliminação de desigualdades que vão desde o campo material até o simbólico, permitindo à população negra e parda se visualizar como construtora do desenvolvimento, da riqueza, do bem estar da sociedade brasileira, bem como que as políticas de ação afirmativa são constitucionalmente aceitas, podem ser usadas para seleção de estudantes, especialmente nas escolas públicas e não há impedimento do uso do critério étnico-racial seja na modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas.

5) Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF, o Ministro Roberto Barroso, após tratar das razões pelas quais percebe que a resistente discriminação que sofrem os negros por diversos fatores sociais anteriormente, estabelece que tal circunstância só será superada com uma política pública que possibilite uma nação “repleta, interessada e calorosa, [como] um arco-íris de cores, de Angola à Escandinávia”,¹⁴⁶ cuida das fraudes no procedimento de autodeclaração e termina por conceder espaço a mecanismos heterônomos de controle do procedimento de apuração desde que observado o respeito da dignidade da pessoa humana fixando a seguinte tese de repercussão geral: “é constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.¹⁴⁷

6) Qualquer caminho doutrinário a estabelecer critérios mais objetivos de heteroidentificação, tal como o proposto do Desembargador Federal Edilson Vitorelli, terá suportar o teste de viabilidade nas cortes federais brasileiras. Um teste cuja resposta é extremamente difícil num país continental como o Brasil, mas também e, sobretudo, porque sua construção ocorre diuturnamente por julgados aqui e acolá que nem sempre guardam coerência sistêmica com a aplicação de um sistema de precedentes vinculantes que também é novo e disruptivo com nossa tradição secular de filiação ao “Civil Law”.

146 In, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

147 In, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

7) A contribuição da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região para o tema, ainda que em construção, como de resto tudo no recém-nascido Tribunal, somente ressoa as dificuldades de execução de uma política pública extremamente necessária, em especial quanto à viabilidade de se conceder ou não maior autonomia discricionária às comissões de heteroidentificação, mormente quando se pensa no caráter que terá de ser transitório do resgate histórico e resposta institucional efetiva para endereçar as mazelas da escravidão no país.

8) A grande lição do direito comparado, em especial do direito norte-americano que lida com programas de ação afirmativa por mais de quarenta anos começando pelo julgado *Bakke v. Regents of the University of Califórnia* (1978), passando por *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003) e no recentíssimo *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE* e *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC., PETITIONER 21–707 v. UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA, ET AL.* (2023), é que a passagem do tempo altera, oxida, envelhece também as “verdades” e “certezas” de outrora. Foi o que ocorreu nas ações afirmativas nos Estados Unidos da América com o passar dos anos.

9) A construção das ações afirmativas no Brasil, a despeito das dificuldades quanto à universalização típicas de um país continental e plural como o nosso, tem de se preocupar em construir efetividade com rapidez para que se tenha, na esteira das palavras do Ministro Barroso “uma nação ‘repleta, interessada e calorosa, [como] um arco-íris de cores, de Angola à Escandinávia’”, sob pena do tempo envilecer, também aqui, nossas certezas sobre sua necessidade e justiça.

Referências

ANANIAS, Patrus. Reflexões sobre o Brasil. Brasília/DF: [s.n], 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPFn.186 Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCn.41 Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso, 8 de junho de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em 20 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região (4. Turma). ApCiv n. 1033596-04.2021.4.01.3800. Relatora: Des. Fed. Simone S. Lemos, 8 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região (4. Turma). ApCiv 1001302-14.2022.4.01.3815. Relator: Des. Fed. Ricardo Machado Rabelo, 18 de junho de 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região (4. Turma). ApCiv 1016605-21.2019.4.01.3800. Relatora: Des. Fed. Simone S. Lemos, 18 de junho de 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região (4. Turma). ApCiv n. 1007739-49.2018.4.01.3803. Relator: Des. Fed. Lincoln Rodrigues de Faria, 1º de março de 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região (4. Turma). ApCiv 1000829-96.2020.4.01.3815. Relator: Des. Fed. Prado de Vasconcelos, 1º de março de 2023.

GOMES, Laurentino. Escravidão: do primeiro leilão de cativos de Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. v. 1

PENA, Sérgio; BORTOLINI, Maria Cátira. Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas? Estudos avançados, São Paulo, n. 18, abr. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/6Ym7R859tBjyNgV96LcZmKr/?lang=pt>. Acesso em: 20 jul. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Justia U. S. Supreme Court. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/>. Acesso em: 20 jul. 2023

UNITED STATES OF AMERICA. Justia U. S. Supreme Court. Students for fair admissions, INC.v.President and Fellows of Havard College. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

VITORELLI, Edilson. Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71649>. Acesso em: 20 jul. 2023.

TRF6 – Esse outro “novo” desconhecido

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Pós Doutor e Doutor em Direito pela UFMG
Desembargador Federal da 6ª Região
Professor Adjunto III da graduação e pós-graduação em Direito pela PUCMG

Guilherme Ferreira Silva
Doutor em Direito pela UFMG
Chefe de Gabinete de Desembargador no Tribunal Regional Federal da 6ª Região
Professor de Direito

Em uma obra clássica da história do direito brasileiro, de lavra de Aliomar Baleeiro, o então ministro escreveu, ainda na década de 1960, sobre o Supremo Tribunal Federal como um desconhecido,¹⁴⁸ um tribunal que passava despercebido para a grande maioria dos brasileiros, quanto mais nos tempos de chumbo da ditadura civil-militar. Em momentos outros, em situações díspares no tempo e no espaço, uma nova corte apresenta suas credenciais na orquestra do Judiciário: o Tribunal Regional Federal da 6ª Região.

A instauração do TRF6, criado pela Lei nº 14.226, de 2021, no dia 19 de agosto de 2022, trouxe inovação marcante para a estrutura do design institucional do Judiciário brasileiro. Destaca-se, pois, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 o país não verificou um evento de tal magnitude, a criação de um novo Tribunal. No entanto, essa instalação não foi fácil. Pelo contrário, foi resultado de um processo de luta, conflituoso e cheio de avanços e retrocessos.

Para a melhor compreensão destes obstáculos, começamos com a reflexão sobre o processo constituinte e a relação com a organização do Poder Judiciário. Observamos que, sobre os órgãos que compõem o Judiciário, tanto os tribunais especializados do Trabalho, Eleitoral, quanto na justiça comum Estadual, houve previsão pelo Poder Constituinte de um Tribunal para cada Estado. Assim, cada capital de Estados no Brasil possui um Tribunal Regional Eleitoral, Tribunal Regional do Trabalho e Tribunal de Justiça Estadual.

Por outro lado, por meio do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu § 6º do art. 27, ficou estabelecido a instalação de apenas cinco Tribunais Regionais Federais em todo território nacional, com jurisdição a ser definida pelo extinto Tribunal Federal de Recursos – TFR.

148 Vide: Aliomar Baleeiro, O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1968

Assim, se por um lado a extinção do TFR trouxe a descentralização territorial dos processos de sua competência para outros novos cinco órgãos, é possível afirmar, por perspectiva de comparação, que os TRFs mantiveram um maior distanciamento do jurisdicionado em relação às citadas esferas especializadas e estadual, que possuem Tribunais nas capitais de cada Unidade Federativa.

Não obstante essa questão, retornamos ao processo de criação e delimitação da jurisdição dos novos Tribunais Regionais em 1988, quando, por meio da Resolução nº 1, de 6 de outubro de 1988, o Tribunal Federal de Recursos prescreveu quais estados da federação estariam vinculados a cada Tribunal Federal, estabelecendo assim a jurisdição das regiões dos TRFs da seguinte maneira:

1) Tribunal Regional Federal da 1ª Região: Seções Judiciárias do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins;

2) Tribunal Regional Federal da 2ª Região: Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e Espírito Santo;

3) Tribunal Regional Federal da 3ª Região: Seções Judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul;

4) Tribunal Regional Federal da 4ª Região: Seções Judiciárias do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina;

5) Tribunal Regional Federal da 5ª Região: Seções Judiciárias de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.

Dessa maneira, um dia após a promulgação da Constituição Federal, de fato foram criados os Tribunais Regionais Federais. Sendo que, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sediado em Brasília, acabaria como aquele com mais Estados a compor sua jurisdição. Em um total de quatorze entes federados, com oito a mais em relação ao segundo Tribunal com mais representação estadual – o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com sede em Recife. O TRF da 1ª Região, portanto, ficou responsável pela jurisdição federal dos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima, Tocantins e o Distrito Federal.

Foi neste contexto que alguns problemas apresentavam-se prenunciados desde o fim dos anos 1980. Observamos que, apenas um Tribunal Regional ficou responsável por processar e julgar recursos de mais da metade de Estados- membros, o que representa cerca de 37% da população nacional.¹⁴⁹

Visto sob o número de habitantes, a desproporção no atendimento da prestação do serviço público parece até pequena se compararmos à porção territorial das quatorze unidades federativas, que significa cerca de 70% de todo o território brasileiro.¹⁵⁰ Essa porção de terras, segundo o World Factbook da CIA,¹⁵¹ com cerca de 5.9 bi de Km², seria maior do que aproximadamente metade de todos os países reconhecidos pela ONU.

Para continuar com a ilustração, esse espaço é maior do que o dobro da somatória territorial da Alemanha, França, Reino Unido, Portugal, Espanha, Itália, Suíça, Bélgica, Luxemburgo, Áustria, Irlanda, Eslovênia, Croácia, Grécia, República Tcheca e Dinamarca, o que poderia representar facilmente um continente.

Esses números jogam luzes para o tamanho do problema com a criação de apenas cinco tribunais federais e como isto foi agravado com a sobrecarga de um Tribunal com tamanha porção geográfica e demográfica.

Se o Judiciário já é acusado de um distanciamento do jurisdicionado, então como encarar tais críticas quando, um mesmo Tribunal, possui uma diversidade incontável de questões fáticas e jurídicas a serem resolvidas, com um deslocamento e centralização em Brasília?

A um só tempo, o TRF 1 era responsável para processar e julgar pedidos relativos a aposentadorias especiais de trabalhadores rurais do extremo norte do Acre, bem como daqueles que trabalham na árida Caatinga do Norte mineiro, recebendo recursos de todos os juízes estaduais em regime de competência constitucional delegada.

149 O dado leva em conta que, segundo o IBGE 2021, a população brasileira gira em torno de 213 milhões de pessoas, ao lado que as 14 unidades federativas do TRF1 originário representa um montante aproximado de 80 milhões de pessoas.

150 <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15761-areas-dos-municipios.html#:~:text=O%20c%C3%A1lculo%20da%20C3%A1rea%20territorial,foi%20de%208.510.345%2C540%20km%C2%B2.>

151 <https://www.cia.gov/the-world-factbook/europe/>

Com ampla diversidade de costumes, tradições e culturas, os jurisdicionados eram combinados entre si, com uma tendência de apagamento das diferenças regionais. As dificuldades da tutela ambiental, por exemplo, na Amazônia legal – território que compreende a jurisdição do TRF1, em muito se distanciam das particularidades da intensa atividade de mineração desenvolvida em Minas Gerais.

Considerando os seis principais biomas nacionais, cinco deles encontravam representação nos territórios citados e, como esperado, exigem olhares especializados para as demandas e conflitos a eles dirigidos. Dos desembargadores federais daquele Tribunal eram exigidos conhecimentos especializados para a solução de conflitos tanto sobre os impactos da agropecuária no pantanal mato-grossense, quanto sobre as interações entre a agricultura e o cerrado mineiro, responsável tanto por vários leitos de rios, como pela grande bacia hidrográfica do São Francisco.

Os exemplos são fartos, e aduz ainda à problemática da barreira aos operadores do direito, como advogados e defensores públicos que necessitam despachar ou realizar sustentação oral em Brasília. As amostras são fartas, como procuradores que deslocam de Cáceres, no Mato Grosso, divisa com a Bolívia, assim, como aqueles que buscam tutela jurisdicional em Guajará-Mirim, em Rondônia, e necessitam viajar centenas de quilômetros até a capital federal. A esses, temos a esperança de que os meios de tecnologia e informação possam auxiliar na superação desse distanciamento com a capital e sede do Tribunal da Primeira Região.

Todas essas questões levariam a intuir, à época da instauração dos Tribunais, que em pouco tempo Estados como a Bahia e Amazonas acabariam por se desmembrar em um novo Tribunal. Contudo, a história mostrou que tal fato não ocorreu, tendo decorrido quase trinta e cinco anos desde a redemocratização para a criação da primeira corte. Assim, ao final de 2021, o TRF1 continha mais de 593 mil processos, contando apenas com vinte e sete desembargadores,¹⁵² o que acarretava em um acervo pessoal médio de quase 22 mil processos.

Esse quadro caótico tinha como seu principal complicador a “clientela” originária de Minas Gerais, responsável por cerca de 35% de todos os processos do TRF1. O estado, que tem uma população estimada em 21.411.923¹⁵³ de habitantes, com um PIB de mais de 900 milhões de reais, possuidor de um produto interno que representa quase 10%¹⁵⁴ do índice nacional. Assim, estávamos diante da necessidade de uma solução na adequada prestação jurisdicional para a segunda Unidade Federativa mais populosa do país, com uma economia diversificada pela indústria, mineração, agricultura e turismo, conhecido como um retrato da diversidade brasileira, não só pelas relações econômicas, mas também o panorama social, o ecossistema, e as infinitas expressões culturais presentes em solos mineiros.

152 Desde a nomeação de 28 de abril de 2023, o TRF1 passou a ter 43 Desembargadores Federais, sendo que ainda há 3 vagas a serem preenchidas nos termos da Lei nº 14.253/2021, o que indica um fortalecimento do órgão, que deixou de ter cerca de 35% de seus processos, com a redução de apenas 2 desembargadores (menos de 5% de julgadores).

153 <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg.html>

154 O PIB nacional registrou valor de aproximadamente 9.9 trilhões de reais segundo o IPEA. Vide <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2023/03/desempenho-do-pib-no-quarto-trimestre-de-2022/#:~:text=Com%20isso%2C%20o%20PIB%20encerrou,9%20trilh%C3%B5es%20em%20valores%20correntes.>

Minas Gerais, que possui extensão e população semelhante à da África do Sul, com território maior que o francês ou o espanhol, com número de habitantes pouco menor do que os da Austrália, com um PIB maior do que o suíço, estado detentor de todas essas grandezas teve como justificado os anseios pela criação ou desmembramento do TRF1, com uma unidade que pudesse ser mais próxima dos mineiros e especializada diante das particularidades deste povo hospitaleiro.

Inclusive, foi diante destes elementos que muitas tentativas de criação de um novo Tribunal Federal foram realizadas, por mais de 20 anos, para que chegássemos neste êxito. Nessa sentida, uma breve reconstrução histórica se faz necessária.

A edição da Emenda à Constituição nº 73/2013 chegou como um alento para esse quadro dantesco, tinha como objeto único a criação de mais quatro Tribunais Regionais Federais com a inserção do § 11 ao art. 27 do ADCT, conforme transcrevo:

“§ 11. São criados, ainda, os seguintes Tribunais Regionais Federais: o da 6ª Região, com sede em Curitiba, Estado do Paraná, e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; o da 7ª Região, com sede em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, e jurisdição no Estado de Minas Gerais; o da 8ª Região, com sede em Salvador, Estado da Bahia, e jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e o da 9ª Região, com sede em Manaus, Estado do Amazonas, e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.”(NR)

Da leitura do texto é possível perceber que, dos quatorze Estados originários, a mudança reduziria o TRF1 para um total de oito UF, com uma redistribuição significativa entre territórios, população e processos envolvidos, o que resultaria na aglutinação do Amapá, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí e Tocantins.

Por força do destino, a EC nº 73 foi objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5017¹⁵⁵ que, por sua vez, o presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Joaquim Barbosa, com base no inciso VIII do art. 13 do Regimento Interno da Corte, que autoriza o julgamento de questões urgentes em períodos de férias ou recesso, acolheu o pedido cautelar da Associação Nacional dos Procuradores Federais – ANPAF – e suspendeu os efeitos da alteração da Constituição.

Na decisão liminar, em 17 de julho de 2013, a suspensão se deu cautelarmente sob fundamentos de ordem orçamentária que ponderaram os gastos que seriam demandados, com impacto negativo na estrutura dos órgãos do Poder Judiciário e demais entidades essenciais à justiça, como as procuradorias federais, OAB, Defensoria Pública, Ministério Público dentre outros.

Dentre as razões, é possível perceber, sem valorar se acertadas ou não, que os argumentos de natureza consequentialistas sobre a criação dos Tribunais ganharam uma centralidade maior nas razões do julgador, que, para a suspensão do desejo do Poder Constituinte Reformador, discorreu pouco sobre como o inciso II do art. 96 da Constituição deveria ser interpretado no contexto do trâmite das emendas constitucionais, que não inclui os órgãos judicantes como legitimados à propositura.

Assim que o então Ministro Joaquim Barbosa afirmou que a criação de outros Tribunais seria matéria exclusiva do Poder Judiciário, sobre pena de ingerência pelo Legislativo em outra função estatal. Em que pese o ministro não ter encarado o fato do art. 60 da CF não trazer a possibilidade dos Tribunais Superiores apresentarem Proposta de Emenda à Constituição,¹⁵⁶ sustentou que a emenda não poderia ter sido proposta pelos órgãos do Congresso.

Após discorrer que seria mais efetivo investir no Magistrado, em vez da criação de novos Tribunais Regionais, o Ministro cita que o vício de iniciativa seria “densamente plausíveis” no caso concreto.

Como dito, sem adentrar no mérito da decisão, o que se mostrou preocupante foi o fato de que, passados quase dez anos, a alteração Constitucional permanece suspensa por uma medida cautelar, sem ter sido julgado o mérito. A ausência de decisão definitiva simplesmente trouxe a supressão da decisão legislativa por tempo indeterminado, com insegurança jurídica e frustração daqueles que lutam pela descentralização dos TRF's no país.

Observa-se que, o otimismo de Ricardo Machado Rabelo e Anderson Furlan¹⁵⁷ não se concretizou. Os autores, em artigo escrito ainda em fevereiro de 2016, alertavam sobre o impacto positivo que a criação de novos tribunais traria e que a ADI 5017 estaria em condições de julgamento. E mais, o processamento das informações trazidas nos autos levaria ao STF julgar pela constitucionalidade da Emenda. Porém, não contavam os autores que até o ano de 2023 essa ação ainda estaria pendente de julgamento, com a supressão da vontade legislativa sendo sustentada por aquela decisão monocrática.

Apesar da frustrada alteração da ADCT, a nobre mobilização do STJ e do CJF, sob a presidência do Ministro João Otávio de Noronha, resultou no Projeto de Lei nº 5.919/2019, de agosto de 2020. Ainda, apresentado à Câmara dos Deputados exigiu mobilização daquele Tribunal Superior, quando o presidente já era o Ministro Humberto Martins,¹⁵⁸ que, com muito trabalho, conseguiu a aprovação do projeto diante do Poder Legislativo.

156 Ainda, a decisão não perpassa pelo precedente da EC nº 45, em que foi criado o Conselho Nacional de Justiça, que por sua vez é um órgão do Poder Judiciário a partir da referida alteração constitucional e que fora proposta por um deputado federal. Dessa forma, de maneira semelhante, haveria precedente autorizativo para a não limitação ao poder constituinte reformador na criação de novo Tribunal.

157 <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-crise-e-os-novos-tribunais-regionais-federais->

158 <https://portal.trf6.jus.br/tribunal-regional-federal-da-6a-regiao-e-instalado-em-bh-novos-desembargadores-tomam-posse-e-elegem-dirigentes/>

O presidente do STJ à época destacou que o novo Tribunal teria a chance de descentralizar, com mais agilidade, os julgamentos dos processos, com um órgão ágil, moderno e eficiente. Destacou também a necessidade do gestor público buscar alternativas para solucionar as demandas do cidadão de forma mais otimizada possível. Tudo isso, com o olhar na economia dos cofres públicos, vez que o início do Tribunal se deu sem criação de cargos, com a utilização de patrimônio já existente na seção judiciária mineira.¹⁵⁹

Observa-se que a proposta buscou contornar as razões do julgamento realizado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Da sanção presidencial da Proposição, em outubro de 2021, até o início das atividades em agosto de 2022, a expectativa foi grande, pois, Minas Gerais, que, repita-se, representava mais de 35% da carga processual¹⁶⁰ do TRF1 na antiga composição, teria para si a chance de aproximar o jurisdicionado dos julgadores de segunda instância.

Desse montante, temos que no fim do mês de setembro, período em que ocorreram as principais migrações dos processos pelo Tribunal de origem, tínhamos um acervo de aproximadamente 168 mil processos em tramitação no TRF6, sendo que, passados dois meses, com os Desembargadores já no pleno exercício de suas funções, havia um aumento de mais de 21 mil processos. Na virada do ano, por sua vez, o Tribunal detinha em seu acervo um total de 194.796 processos, ainda que, os colegas tenham se manifestado em cerca de 48 mil processos naquela data.¹⁶¹ E, destacamos, que boa parte dos processos do TRF6 ainda não haviam migrado do TRF1. Logo, esse número aqui apresentado está aquém da realidade.

Os números são de grande monta e assevera o enorme volume que adveio do TRF1. Para uma comparação que auxilia a compreensão do que representa este volume, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais possuía cerca de 162 mil processos em tramitação em dezembro de 2022. Todavia, é de se observar que, se por um lado o novo órgão possui 18 desembargadoras e desembargadores, o TJMG conta com 150 julgadores na segunda instância.¹⁶²

Uma conta rápida e simples aponta um acervo médio de 1.080 processos para cada desembargador no Tribunal Estadual, enquanto no Tribunal Federal esse número chega a aproximadamente 10.800 processos.

O ano de 2022 terminou com 95.584 processos tramitando na 1ª Seção do TRF6, enquanto a 2ª Seção detinha em seu acervo 89.616 processos. Neste cenário, em que são excluídos do cálculo a presidência e vice-presidência, temos uma média de 11.575 processos para cada julgador, sem contabilizar os mais de 10 mil novos processos já distribuídos este ano, o que amplia ainda mais a tarefa de cada um dos desembargadores.¹⁶³

159 <https://www.stj.jus.br/sites/portaip/Paginas/Comunicacao/Noticias/20102021-Na-sancao-da-criacao-do-TRF6--Humberto-Martins-diz-que-nova-corte-vai-acelerar-julgamentos-sem-despesa-extra.aspx>

160 <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/trf6-nascera-moderno-automatizado-e-sera->

161 Dados disponíveis no e-siest.

162 <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/magistratura/desembargadores.htm>

163 Informação de 18 de maio de 2023

Dessa forma, ainda que os mais de 11,8 mil processos julgados demonstrem os esforços para que haja mais vasão de trabalho do que demandas recebidas, os dados apontam para uma dificuldade na redução do acervo que foi herdado. Não obstante o acumulado de demandas, o início dos serviços tem se dado sob uma dinâmica de muita novidade, com quadro enxuto de servidores. Neste modelo que busca eficiência nas atividades prestadas, como exemplificado pela Secretaria Unificada que é responsável pelo total dos Gabinetes, o número de assessores disponíveis por Desembargadores é de apenas sete – de forma oposta aos quatorze servidores e juízes auxiliares disponíveis no TRF1, que juntamente dos dois estagiários possíveis, são incumbidos no auxílio para a análise de todos os processos mencionados, além de diversas atividades administrativas inerentes ao funcionamento do setor, conciliado com os problemas tecnológicos que são mais habituais do que o esperado.

No plano do serviço jurisdicional prestado, é importante perceber que não estamos a referir sobre processos burocráticos ou repetitivos. Os números ocultam nuances e valores primordiais para aqueles que buscam a solução do conflito pelo Estado.

As questões previdenciárias, que remetem ao número de 81.488 processos atualmente, avaliam a possibilidade ou não da parte requerente ser beneficiada com capital que impacta substancialmente sua vida, muitas vezes sendo a única fonte de renda de pessoas com grande vulnerabilidade socioeconômica.

Enquanto, por outra via, as centenas de processos criminais, no vulto de número de 4.822, garantem a ampla defesa e mecanismos da busca da verdade processual, em um difícil cálculo que lida com o valioso bem jurídico, a liberdade. Percebe-se a árdua missão dos julgadores nestes casos, que de um lado buscam trazer medidas punitivas àqueles que não respeitam as regras sociais, enquanto também sustentam os direitos fundamentais daqueles que, apesar da acusação, são inocentes.

Em um paralelo semelhante, o total de 39.366 processos tributários e de execução fiscal possibilitam aos entes estatais auferirem os tributos e valores devidos à sociedade, ao mesmo tempo que servem aos indivíduos como instrumento de efetivação de tutelas em face de abusos e cobranças indevidas.

Sobre as matérias tributárias, ainda, a perspectiva da aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019, apresentada pelo deputado Baleia Rossi, traz o alerta da possibilidade de aumento dos conflitos que envolverão o novo tributo do consumo, que terá competência compartilhada entre os quatro entes federativos. A nova taxaço, o Imposto sobre Operações com Bens e Serviços – IBS – provavelmente inaugurará novas querelas a serem dirimidas por esta Justiça.

Não é possível esquecer, ainda, dos mais de mil processos que tramitam no TRF6 e discutem o acesso ao ensino. Sejam debates relativos a cotas raciais, FIES ou outras contendas que envolvam o assunto, a questão é que a análise, além de acertada, vem sempre acompanhada da necessidade de celeridade, pois, para alguém que está matriculado indevidamente, ou aquele que busca o acesso ao ensino, o tempo de solução da demanda poderá trazer a perda do próprio objeto pleiteado.

Inclusive, neste aspecto, ainda mais sensível e delicada é a exigência de celeridade processual nos mais de 4.300 processos que discutem acessos a tratamentos de saúde. O tema, sempre muito controvertido, é capaz de impactar profundamente os cofres públicos, ou sentenciar uma pessoa à impossibilidade de cuidados médicos e farmacológicos para sua sobrevivência.

Todos estes números deixam claro que há um trabalho hercúleo a ser realizado. Para um egresso do Ministério Público Federal que desenvolve pesquisas em hermenêutica jurídica, ou para um professor com experiência na administração pública, tem-se a impressão que o juiz Hércules de Dworkin,¹⁶⁴ neste contexto, além de desenvolver um trabalho interpretativo nos casos difíceis, está intimamente ligado à tarefa de conseguir gerenciar essa quantidade de pretensões das partes em detrimento do tempo que parece estar contra nossos objetivos.

Assim como o já citado Baleeiro descreveu sobre a importância do STF como sentinela da Constituição e das liberdades, indagamos se o Tribunal, esse outro novo desconhecido, trará a tutela dos direitos envolvidos enquanto uma corte que certamente terá suas divergências internas, mas também deverá agir seguindo o princípio da colegialidade.

164 Referência à teoria desenvolvida no livro *O império do direito*, de Ronald Dworkin (tradução de Jefferson Luiz Camargo, publicação de Martins Fontes, 2007).

Haverá a necessidade de um olhar sobre as possibilidades de julgamentos monocráticos autorizados pelo art. 932 do CPC, que possibilitam uma resolução mais célere dos recursos, ao mesmo tempo em que se promova maior debate e estabilização das compreensões conjuntas sobre os litígios levados às sessões de julgamento das Turmas, Seções e do plenário.

Os próximos meses e anos revelará os traços do TRF6, seja como um órgão punitivista ou que tenderá por um olhar garantista em matérias criminais. Ou, ainda, se teremos a autocontenção como viés de privilegiar as ações produzidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, em contraposição a posturas de maior ativismo judicial, sob a lógica de efetividade de políticas públicas e normas programáticas. O futuro poderá, inclusive, trazer um caminho que transborde esses dualismos e imprima uma marca própria deste novo desconhecido.

Se o fio condutor do presente texto é o desafio, jogamos luzes para, talvez, o maior de todos obstáculos que estes números representam, a necessidade e esperança na exposição dos rostos¹⁶⁵ que estes dígitos ocultam.

Para o gestor público – o que inclui o administrador de um gabinete – os números representam quantidades auferidas que merecem atenção e técnicas de gerenciamento para melhor equacionamento do trabalho a ser realizado. Por outro lado, para construir um Poder Judiciário no qual o julgador assuma sua responsabilidade, sem se omitir ou transbordar em subjetivismos heroicos, é necessário que as partes envolvidas e impactadas por esses processos transbordem o numeral e apareçam enquanto faces e subjetividades possíveis. É imprescindível que a diferença seja acolhida de forma hospitaleira.¹⁶⁶

Neste sentido, dar uma resposta em tempo satisfatório a aquele que pleiteia é tão importante quanto uma instrução e análise processual que perceba as nuances de cada litígio a ser sentenciado. O destaque para a humanidade do Outro deve inspirar a maneira de gestar as dezenas de milhares de processos e interesses, o desafio quantitativo o é, também, uma provocação quanto a assertividade.

Assim que, se outrora me manifestei teoricamente a favor de uma postura franciscana em busca da verdade,¹⁶⁷ aqui percebo que esse comportamento em prol da resposta correta deve vir com o traço da difícil tarefa da justiça, com o compromisso de se fazer cumprir as promessas da criação do Tribunal, com vistas ao porvir, sempre caminhando em direção a um aperfeiçoamento dessa nova instituição. Que a esperança esteja sempre acessa para a continuidade desse caminhar, ainda que em direção ao desconhecido...

165 A influência da fenomenologia e de Emmanuel Lévinas (1980 e 1997), expressados pela grafia “ex-posição” e “rostro”, deixa em nós o traço da escrita e nossa leitura ética sobre os fatos lançados neste artigo, que induz à reflexão dos possíveis desvelamentos e posicionamentos existenciais que este novo estranho poderá realizar, ao mesmo tempo em que esperamos por uma atitude diante da revelação do Outro/Próximo, daquele que interpela pelo Poder Judiciário.

166 Uma conduta ética hospitaleira, nos termos de Jacques Derrida (2004 e 2003), impõe um agir a partir da Diferença (différance), em que, no lugar do apagamento das particularidades de cada sujeito que se apresenta no processo, seja realizado movimento em que o hóspede receba o Outro (desconhecido, estranho...), pautado pelo cálculo impossível que estabeleça a medida justa entre dar o máximo de si – de maneira hospitaleira, ao mesmo tempo em que respeite regras da própria casa.

167 De minha autoria, vide: A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2011.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na sanção da criação do TRF6, Humberto Martins diz que nova corte vai acelerar julgamentos sem despesa extra. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20102021-Na-sancao-da-criacao-do-TRF6—Humberto-Martins-diz-que-nova-corte-vai-acelerar-julgamentos-sem-espesa-extra.aspx>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5017 Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux, 17 de julho de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=158713747&ext=.pdf> Acesso em: 25 maio 2023.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA (Brasil). TRF6 nascerá moderno, automatizado e será modelo para outros tribunais, afirma secretária-geral do CJF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/trf6-nascera-moderno-automatizado-e-sera-modelo-para-outros-tribunais-afirma-secretaria-geral-do-cjf>. Acesso em: 25 maio 2023.

DERRIDA, Jacques. Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade. Tradução Antônio Romane. São Paulo: Escuta, 2003.

DERRIDA, Jacques. Adeus a Emmanuel Lévinas. São Paulo: Editora Perspectiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/pt/inicio.html>. Acesso em: 25 maio 2023.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Desempenho do PIB no quarto trimestre de 2022. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2023/03/desempenho-do-pib-no-quarto-trimestre-de-2022/#:~:text=Com%20isso%2C%20o%20PI%20encerrou,9%20trilh%C3%B5es%20em%20valores%20correntes>. Acesso em: 25 maio 2023

LÉVINAS, Emmanuel. Totalidade e Infinito. Tradução José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980.

LÉVINAS, Emmanuel. Descobrindo a existência com Husserl e Heidegger. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Desembargadores. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/magistratura/desembargadores.htm>. Acesso em: 25 maio 2023.

RABELO, Ricardo Machado; FURLAN, Anderson. A crise e os novos Tribunais Regionais Federais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-crise-e-os-novos-tribunais-regionais-federais-27022016>. Acesso em: 2 maio 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Central Intelligence Agency. The World Factbook. Disponível em: <https://www.cia.gov/the-world-factbook/>. Acesso em: 25 maio 2023.

**Standards probatórios para ingresso em domicílio sem autorização judicial:
entendimento fixado pelo STJ no HC nº.598.051/SP**

**Standards of proof for home entry without warrant: STJ's opinion
established on HC N°.598.051/SP**

Carla Fernanda Fritsch Martins

Mestranda do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Acesso à Justiça da UFSC
Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pela

Universidade do Estado do Amazonas

Professora de Direito Penal e Processo Penal da Escola Superior da Magistratura Federal do
Estado de Santa Catarina – ESMAFESC

Juíza Federal em Santa Catarina

Matheus Felipe de Castro

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Doutor em Direito pela
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Professor de Direito Processual Penal na Graduação em Direito e no Programa de Mestrado
Profissional em Direito e Acesso à Justiça (UFSC)

Professor de Criminologia na Graduação em Direito e Titular do Programa de Pós-Graduação
em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc)

Coordenador do “Cautio Criminalis” – Grupo de Estudos em Realidade do Sistema Penal
Brasileiro(UFSC) e Vice Coordenador do Grupo “Proteção das liberdades na sociedade do
controle” (Unoesc)

Advogado em Florianópolis.

Resumo: Considerando a relevância do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, estabelecido no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, e a possibilidade de seu afastamento em casos de flagrância delitiva, com impactos diretos na legalidade da produção de provas de materialidade e autoria no processo penal, objetivou-se no presente artigo, mediante pesquisas dirigidas ao leading case do HC n. 598.051/SP, realizar um levantamento dos standards de prova mínimos definidos pelo STJ como autorizadores da diligência. O método da pesquisa foi o estudo de caso jurisprudencial.

Abstract: Considering the relevance of the fundamental right to home inviolability, established in the Constitution of 1988, and the exception in cases of criminal flagrancy, with direct impacts on the legitimacy of the production of evidences in criminal proceedings, the objective of this article is researching the legal basis of the leading case judged on HC n. 598.051/SP, while carrying out a study of the minimum standards of proof standards defined by STJ. The research method was the jurisprudential study.

Palavras-chave: Home inviolability; Evidences legitimacy; Standards of proof.

Key words:

Sumário: 1. Introdução. 2. Standards probatórios no processo penal. 2.1 Standards probatórios para entrada em domicílio 2.2 Standards probatórios fixados pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº. 598.051/SP. 3. Considerações Finais. 4. Bibliografia.

1. Introdução

Em março de 2021, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça realizou importante julgamento em sede de habeas corpus a respeito do delicado tema do ingresso em domicílio por agentes de segurança pública, nas hipóteses de possível prática criminosa no interior de suas dependências.

O tema é bastante sensível na prática judicial brasileira, visto que a Constituição Federal de 1988 previu, em seu artigo 5º, inciso XI, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”, limitação esta que impacta diretamente na legalidade da produção de provas no processo penal em casos hipotéticos de flagrância delitiva.

Após vários anos de debates e diferentes interpretações dadas pelas turmas integrantes do tribunal, o voto condutor do acórdão proferido no HC nº. 598.051/SP, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, trouxe uma cuidadosa análise da jurisprudência e da doutrina a respeito do tema, tendo também consolidado a necessidade de serem estabelecidos standards probatórios mínimos para legitimar essa entrada em residências, de forma a se minimizar a ocorrência de violações a direitos fundamentais e de se evitar declarações de nulidade das provas dela decorrentes.

Tendo em vista a relevância de serem estipulados critérios objetivos que legitimem o ingresso em domicílio pelas forças policiais em situação de flagrância, pretende-se com este artigo sintetizar os fundamentos deste leading case com foco na teoria dos standards probatórios e sua aplicação no direito processual penal brasileiro, além de tratar também a respeito da garantia da inviolabilidade do domicílio.

A fase da coleta e organização das informações foi promovida com o apoio de pesquisa bibliográfica e de pesquisa jurisprudencial. O artigo foi estruturado com uma breve apresentação da teoria dos standards probatórios no processo penal, passando à exposição dos standards probatórios para entrada em domicílio em virtude da limitação constitucional e, enfim, uma exposição dos standards probatórios fixados pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº. 598.051/SP.

2. Standards probatórios no processo penal

O processo penal democrático estabelecido pela Constituição Federal trouxe como salvaguarda do acusado a exigência de motivação de todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, impondo ao magistrado a análise fundamentada de todos os elementos probatórios que foram produzidos durante a instrução processual (MEZZALIRA, 2021, p. 263).

Badaró resume as várias fases da prova no processo penal, iniciando-se com o direito à investigação, relacionado à busca de fontes de provas, que acaba sendo exercido, no processo penal, principalmente por meio do inquérito policial (2021). Na sequência, a fase de proposição, quando a parte postula a produção dos elementos de convicção, seguida da fase de admissibilidade, em que o magistrado irá verificar a licitude da prova a ser colhida, sua pertinência com a alegação fática objeto de comprovação e sua aptidão para fornecer informações úteis (PONZONI, 2020, p. 24-25).

Após, passa-se para a fase de produção da prova, para então se adentrar na fase de valoração, momento em que serão atribuídos credibilidade e peso à prova. Finalmente, quando da prolação da decisão, será averiguado o nível de corroboração da prova valorada e se ela atende ao patamar considerado como suficiente, isto é, se foi atingido o standard de prova, o que deverá ser exposto na motivação da decisão (PONZONI, 2020, p. 24-25).

Um standard é, por definição, um padrão, uma regra, um modelo, um tipo, uma forma. Aplicado à teoria das provas como standard probatório ele se apresenta como uma definição de padrões mínimos de exigência para o reconhecimento judicial de uma certa situação juridicamente relevante. Ele não pretende impor uma limitação ao livre convencimento do magistrado, mas lhe conferir um padrão mínimo de verificação probatória para que a fundamentação de sua decisão seja considerada estritamente técnica.

Daí ele se relacionar muito mais com a fundamentação (conjunto dos procedimentos técnicos utilizados pelo magistrado para justificar a aplicação da lei no caso concreto respondendo ao pedido condenatório), do que com a motivação propriamente dita (momento psicológico de captura do convencimento judicial em torno do mérito da causa, a causa de pedir), de modo que um magistrado possa, por exemplo, se convencer em torno da culpabilidade de um acusado, mas não encontrar elementos técnicos suficientes para sustentar uma condenação.

Esse tipo de exigência legal é um tema clássico do Processo Penal, perpassando a teoria dos sistemas de valoração da prova. Como se sabe, convivem no processo penal brasileiro pelo menos três sistemas de valoração da prova, o livre convencimento motivado (em relação a juízos técnicos monocráticos), a íntima convicção (em relação a alguns coletivos julgadores, como no Júri) e a prova tarifada, quando se restringem as formas de prova de certas situações a elementos previamente definidos, tal como ocorre com a materialidade delitiva, nos moldes definidos nos artigos 158, 159 e 167, todos do Código de Processo Penal.

No Brasil, assim como em grande parte dos países de tradição romano- germânica que abandonaram largamente os sistemas preponderantemente tarifados em prol de sistemas de convicção motivada, são raras as previsões legais com formulação clara a respeito de standards probatórios (como acontece com o princípio do *in dubio pro reo*, previsto no art. 386, VII, do CPP), a serem utilizados na valoração das provas, havendo largo espaço para a discricionariedade judicial (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.176).

Apesar de ser obrigatório o dever de motivar e fundamentar (art. 315, do CPP), inexistente detalhamento a respeito de seus requisitos limitando-se o Código de Processo Penal em seu artigo 381, incisos III e IV, a determinar como requisito da sentença a indicação “dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”, bem como “dos artigos de lei aplicados” (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.177).

O Código de Processo Civil, por sua vez, exige como elemento essencial da sentença em seu artigo 489, inciso II, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”, sem que seja feito qualquer indicação posterior a respeito de critérios mínimos para o julgamento das questões de fato.

Mesmo o §2º, do artigo 315, do CPP e o §1º, do artigo 489, do CPC, estabelecem critérios negativos de fundamentação, ou seja, aquilo que o juiz não pode fazer numa fundamentação a partir da adoção de critérios orientados para um sistema de precedentes judiciais.

Em relação à questão de fato, Michele Taruffo (2018, p.131) esclarece que o fato emerge no processo na forma de entidades linguísticas, isto é, através das diferentes narrativas referentes a um evento que se afirma ter ocorrido no passado, especificando que no processo várias narrativas do fato que é objeto da controvérsia são construídas e apresentadas por diferentes sujeitos do processo (partes, testemunhas...), sendo a última narrativa aquela que o juiz coloca como fundamento em sua decisão final.

Sobre este mesmo ponto, Streck, Raatz e Dietrich, após fazerem uma crítica à busca pela verdade real e inalcançável no processo, assinalaram só haver uma verdade no processo, a verdade hermenêutica, que será construída com base em um processo democraticamente gerido, o qual tem como pressupostos básicos para considerar uma narrativa provada - ou não - o respeito às regras processuais e a utilização de standards probatórios, a serem empregados para a adequada valoração do conjunto probatório (2017, p. 412).

Nota-se, portanto, que os standards probatórios podem atuar como instrumento de grande valia na valoração da prova, na medida em que conferem maior concretude à livre convicção motivada, tarifando certos padrões probatórios e conferindo ao magistrado um instrumento de apoio na definição técnica de padrões de verificação mínimos a serem aplicados na sentença, potencializando sua legitimidade no Estado democrático de Direito

Essa teoria surgiu inicialmente nos países de common law, tendo sido pensada a partir do procedimento do júri, em razão de os países que adotam tal sistema, em especial os Estados Unidos, predominantemente fazerem uso da atuação do júri na avaliação dos fatos, o que acabou por demandar a elaboração de critérios objetivos que auxiliassem os jurados a compreender os requisitos para a comprovação das questões fáticas durante o julgamento de um caso (PEIXOTO, 2020, p. 135/136).

Um dos primeiros a tratar do assunto em nosso país, Danilo Knijnik (2001, p. 21) conceituou standards probatórios ou modelos de controle do juízo de fato como enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão, a partir dos quais se desenvolve um complexo de regras lógicas de caráter auxiliar, cuja finalidade é estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção. Já Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa (2019) definiram standards probatórios como critérios para aferir a suficiência probatória, ou seja, a “quantidade” de prova que é necessária para proferir uma decisão e legitimá-la.

No entanto, se não dispomos de um standard de prova que estabeleça de forma clara quando a prova é suficiente, a mera remissão na decisão à suficiência da prova pelo julgador não produz garantia alguma ao cidadão, sendo a função do standard de prova exatamente esta, determinar quando a prova é suficiente para justificar uma condenação (FERRER BELTRAN, 2018, p. 164).

Neste ponto, convém frisar que essa suficiência da prova está associada com os modelos de prova adotados por cada ordenamento jurídico e com a concepção de verdade escolhida por este mesmo ordenamento, correspondendo o modelo de prova eleito em maior ou menor grau à preocupação com a certeza, se absoluta ou provável, que se espera alcançar com o processo (ZANETTI, 2004, p. 127).

No processo penal, houve a adoção de um elevado standard, comumente reconhecido pela expressão “além de qualquer dúvida razoável”, o qual, segundo Gustavo Badaró (2018, pp. 71-72), configura claramente uma escolha política, visto que se quer deliberadamente privilegiar a manutenção do estado de inocência, e, por isso, todo o ônus da prova fica a cargo do acusador.

A partir de uma curiosa analogia com o esporte do salto com vara, Matida e Rosa (2020) explicam que “um standard probatório funciona como o sarrafo no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara graus distintos de dificuldade ao jogador”. E, no contexto do processo penal, para os autores a estratégia consiste em posicionar o sarrafo alto para a hipótese acusatória, dificultando que hipóteses acusatórias de menor qualidade produzam resultados não desejados, como a condenação de um inocente (2020).

Além dessas importantes considerações feitas pela doutrina, nos últimos anos tem sido observada uma tendência na jurisprudência dos tribunais superiores em estabelecer critérios mínimos para valoração da prova no processo penal.

Nesse sentido, o emprego da expressão “além de toda dúvida razoável” teria sido feito de modo pioneiro no julgamento do Habeas Corpus nº. 73.3338/RJ, cujo acórdão foi publicado em 19/12/96, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, sendo usado posteriormente pelo mesmo ministro em outras oportunidades (PEIXOTO, 2020, p. 215).

Após citado julgamento, este standard criminal passou a aparecer de modo mais corriqueiro nas decisões do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento da Ação Penal nº. 470/MG, ocorrido em 2012, que ficou conhecida como o caso do “Mensalão”, quando seis dos onze ministros citaram o standard “além de qualquer dúvida razoável” em seus votos, extraindo-se da ementa que “compõe o acervo de provas e indícios que, somados, revelaram, além de qualquer dúvida razoável, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva” (PONZONI, 2020, p. 114).

A importação do beyond any reasonable doubt pela jurisprudência brasileira não está livre de críticas, na medida em que ele não se confunde exatamente com o tradicional in dubio pro reo dos ordenamentos jurídicos derivados do sistema judicial europeu continental, como o brasileiro. É que, como explica Matida (2019, p. 244), ele acaba por abrir espaço para a aceitação de “dúvidas razoáveis” no processo penal, invertendo a lógica do in dubio pro reo, que se mostra como uma tarifa mais rígida que o seu correlato primo estadunidense.

Nesse sentido, o beyond any reasonable doubt não seria capaz de conferir maior racionalidade às decisões judiciais porque permitiria que a convicção judicial, ou seja, a ausência de dúvida razoável expressada pelo julgador e algumas vezes retoricamente apresentada na sentença, fosse entendida como a fonte da prova, em lugar que as provas fossem entendidas como a fonte da convicção (MATIDA, 2019, p. 245).

2.1 Standards probatórios para entrada em domicílio

Antes de adentrar especificamente no tema dos standards probatórios mínimos que viabilizariam a entrada em domicílio, necessário apresentar alguns apontamentos sobre a garantia constitucional de inviolabilidade domiciliar.

A proteção do domicílio, dada sua íntima conexão com a esfera da vida privada e familiar, e também em razão de sua importância para a dignidade e o livre desenvolvimento da pessoa humana, possui um lugar de honra dentre os direitos da integridade pessoal, sendo das primeiras garantias asseguradas no plano das declarações de direitos e das primeiras constituições (SARLET; NETO, 2013, p. 545).

Com a proteção deste direito, busca-se proibir a intrusão em uma habitação privada, a fim de se preservar não somente a privacidade do indivíduo, mas também o seu direito à propriedade, a sua liberdade, sua segurança individual e a sua personalidade, devendo ser abrangido pelo termo “casa”, no Direito Constitucional, a “projeção espacial da pessoa” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 295).

Essa garantia constitucional do domicílio preserva, em verdade, o pleno exercício dos direitos à intimidade e da vida privada, direitos fundamentais igualmente consagrados no artigo 5º, inciso X, que lhe antecede, o qual prevê serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação, sendo tais disposições confirmadas pelo Direito Internacional, em especial pelo artigo 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo artigo 17 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 (PINHEIRO, 2016, p. 91-92).

Por isso, apenas em circunstâncias excepcionais o ordenamento jurídico autoriza a entrada em domicílio por agentes estatais, estando todas as exceções expressamente previstas em nosso texto constitucional, conforme se depreende da leitura do artigo 5º, inciso XI da Constituição, o qual estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Ou seja, em outras palavras, o texto constitucional prevê que, durante o dia, somente se ingressa na casa de quem quer que seja, sem o consentimento do morador, por força de decisão judicial, sendo também autorizada a entrada nos casos de desastre, flagrante delito ou para prestar socorro, em qualquer momento.

A regra, portanto, fora dos casos excepcionados na própria Constituição Federal, é de que a violação da casa de alguém seja determinada por mandado judicial de busca e apreensão, devendo ser salientado que estas hipóteses de invasão domiciliar permitidas são tidas como taxativamente enumeradas pela norma constitucional, não cabendo à lei ordinária aumentar ou reduzir este rol estabelecido pelo artigo 5º, inciso XI (GROTTI, 1993, p. 109).

Em nosso Código de Processo Penal, a questão da busca domiciliar é regulada a partir de seu artigo 240, constando em seu parágrafo 1º que deverá haver fundadas razões para a realização da diligência.

Todavia, embora o legislador brasileiro tenha se preocupado em definir quando o Poder Judiciário está autorizado a proferir uma decisão de busca domiciliar em matéria penal, deixou de disciplinar a exceção constitucional referente ao flagrante delito, inexistindo qualquer regulamentação do que seria indispensável para que a exceção esteja legitimada, gerando um tratamento diferenciado entre as duas hipóteses (GLITZ, 2016, p. 461/462).

Especificamente em relação ao flagrante, foco deste artigo, convém ressaltar que se trata de momento de grande relevância para o futuro processo penal, uma vez que, em razão da imediatidade na coleta de material informativo para a prova do fato, se agiliza a fase de investigação e, eventualmente, pode-se também obter uma redução dos danos causados pela prática da infração (PACELLI; FISCHER, 2019, p. 674). Assim, dois seriam os principais objetivos do flagrante: permitir a pronta coleta de material a ser utilizado na instrução do processo e salvaguardar os bens jurídicos expostos a risco pela prática da conduta lesiva.

Dada essa sua importância para o processo penal, o mais adequado é que o legislador tivesse, da mesma forma como fez com a diligência de busca e apreensão domiciliar, estipulado requisitos mínimos para embasar a entrada em residências nas situações de cometimento de prática delituosa em flagrante.

Porém, ante essa ausência de qualquer previsão normativa, vem prevalecendo no ordenamento jurídico brasileiro um cenário de incerteza generalizada quanto aos requisitos de legalidade das intervenções coercitivas empregadas pelos agentes estatais, sendo muitas as dúvidas, imprecisões e lacunas sobre os fundamentos, finalidades e limites que distinguem o ingresso em domicílio efetuado de forma legal daquele promovido de forma ilícita.

Na maior parte dos casos desta espécie, a apreciação da legalidade da ação policial se limitava, tradicionalmente, à análise do resultado da diligência. Isto é, uma vez confirmada a prática do crime dentro da residência, o flagrante era tido retroativamente por legítimo, sendo considerada observada a norma constitucional.

Dada essa tendência da legitimação da atuação policial por parte da jurisprudência, Alexandre Morais da Rosa (2014) faz críticas contundentes, assinalando não ser admissível tolerar violações de direitos fundamentais em nome do resultado, destacando que caberia ao Judiciário garantir as regras do jogo, em vez de simplesmente repetir o que chama de “mantra jurisdicional” da validação de ingresso irregular de forças policiais em domicílio sem mandado, em especial nos crimes permanentes.

Em virtude desta forma de interpretar e aplicar a garantia de inviolabilidade do domicílio receber críticas significativas, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar em sede de repercussão geral, sendo fixada a seguinte tese no Tema 280, no julgamento do RE n. 603.616/RO: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”.

No que atine à delimitação das circunstâncias que apontariam a existência dessas fundadas razões, o Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão que deu origem ao Tema 280, esclareceu que se o policial, ao ouvir “gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga vindos de dentro de uma residência”, pode nela adentrar “porque tem fundadas razões para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico”.

Em contrapartida, aduziu que denúncias anônimas e comunicações de informantes policiais, sem qualquer outro elemento que possam corroborá-las, não têm força probatória em juízo, não servindo para demonstrar a justa causa.

Por sua vez, em seu voto, o Ministro Marco Aurélio trouxe significativa reflexão, afirmando que o próprio juiz só pode determinar a realização de busca e apreensão durante o dia, não sendo razoável que o policial possa, então, com base meramente em sua capacidade intuitiva, a partir de uma indicação, ao invés de recorrer à autoridade judiciária, simplesmente arrombar a casa e nela entrar para fazer busca e apreensão e verificar se há, ou não, o tóxico.

No entanto, em que pese essas considerações feitas pelo Ministros, as fundadas razões que seriam hábeis a justificar o ingresso em domicílio não foram explicitadas de maneira objetiva pelo tribunal, deixando-se a questão para exame do caso concreto, o que vem gerando uma infinidade de precedentes com diversas orientações.

No Superior Tribunal de Justiça, o mais comum era aceitar-se como fundadas razões a presença da “tríade” crime permanente, denúncia anônima, e o fato de o suspeito empreender fuga ao avistar os agentes policiais.

Como exemplo desse entendimento, citamos os seguintes precedentes: Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 35.255/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 05/05/2014; e Habeas Corpus 273.141/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013.

Por outro lado, mais recentemente, a interpretação que vem sendo dada ao standard probatório das fundadas razões tem sido muito mais restritiva, movimento este que pode ser percebido após o julgamento do Tema 280 por parte do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, menciona-se o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 89.853/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 18/02/2020. Este recurso, originalmente, foi julgado improcedente pela Quinta Turma, tendo o Colegiado, seguindo o Ministro Relator, entendido que não haveria afronta à inviolabilidade do domicílio, pois na hipótese “o recorrente foi flagrado na posse de armas de fogo de uso restrito e tráfico ilícito de entorpecentes, crimes de natureza permanente, elementos que legitimam o acesso, sem mandado judicial, ao domicílio do agente infrator.”.

Desta decisão, o paciente interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, não admitido na origem, sendo então apresentado agravo, com a posterior remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, ocasião em que o Ministro Edson Fachin determinou o retorno do feito para aplicação do Tema 280.

Com a vinda dos autos para nova apreciação, o Ministro Relator no Superior Tribunal de Justiça entendeu que a decisão merecia reconsideração, visto que a motivação para o ingresso no imóvel teria sido apenas a natureza permanente do tráfico, o recebimento de denúncia anônima e a fuga do investigado ao avistar a Polícia, fatores este que não poderiam mais ser tidos como suficientes e aptos a configurar fundadas razões.

Igualmente, no Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 175.038/SP, o Ministro Edson Fachin foi explícito na interpretação do Tema 280, estabelecendo um importante critério ligado ao momento da constatação do flagrante delito pelos agentes policiais (antes do ingresso no domicílio) entendendo que não convalida a prova eventual encontro posterior de instrumento ou prática criminosa, “retrato estático do momento anterior ao ingresso”:

“Desse panorama normativo e jurisprudencial dessumem-se limites claros à atuação policial em caso de entrada forçada em domicílio: a) devem haver fundadas razões que indiquem a ocorrência de situação de flagrante delito; b) a constatação da fundada razão de flagrante delito deve ser aferida antes do ingresso ao domicílio, não convalidando a prova eventual encontro posterior de instrumento ou prática criminosa. E, quanto ao ponto, saliente-se, uma vez mais, que é irrelevante o transcorrer dos fatos subsequentes (se logrou encontrar ou não drogas na residência; se o agente contribuiu ou não para investigação; se confessou ou não o crime). Para aferição da excepcionalidade à inviolabilidade domiciliar, extrai-se o retrato estático do momento anterior ao ingresso e argui-se: a) havia indícios da ocorrência, no instante anterior à entrada, de hipótese de flagrante delito de algum crime?; b) o indício considerado é robusto o suficiente para ser enquadrado como “fundada razão”?”

No mesmo julgado, o Ministro Edson Fachin estabeleceu o standard da “visibilidade material” como legitimador do ingresso forçado em domicílio em caso de flagrante delito, mesmo em crimes permanentes:

“Contudo, considerar válido o ingresso domiciliar apenas pela menção abstrata de que se trata de crime permanente é dar uma permeabilidade demasiada à exceção contida no art. 5º, XI, da CF - solução recusada no julgamento do Tema 280 de repercussão geral, por não se conformar com os limites traçados pelo CPP e pelo texto constitucional.”

Tendo estes julgamentos como referência, denota-se, pois, os reflexos da decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema 280 pelo Superior Tribunal de Justiça, que passou a adequar a sua jurisprudência ao entendimento do Supremo, inclusive reconsiderando julgamentos anteriores, e também no próprio STF, que vem estreitando ainda mais sua interpretação a respeito das fundadas razões que legitimam a entrada em domicílio.

Feitas essas ponderações, passaremos agora a tratar dos standards probatórios que foram utilizados como fundamentos no julgamento do HC nº. 598.051/SP, objeto deste trabalho.

2.2 Standards probatórios fixados pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº. 598.051/SP

Após vários anos de tolerância judicial com o ingresso irregular de agentes de segurança pública em domicílio sem mandado, em especial nos crimes permanentes, nos anos mais recentes, principalmente após o julgamento do Tema 280 pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça vem promovendo mudanças em sua jurisprudência, passando a impor uma demonstração mais criteriosa da suspeita da ocorrência de flagrante.

Essa mudança de entendimento foi consolidada no julgamento do HC nº. 598.051/SP, que teve ampla repercussão à época em que publicado o acórdão, e continua a influenciar os julgamentos posteriores do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Passemos, pois, a delinear brevemente as questões que foram submetidas à apreciação do tribunal.

Segundo constaria dos autos originários, policiais militares receberam denúncia a respeito de suposto tráfico de drogas, realizado por pessoa cujas características físicas também teriam sido descritas pelo informante, e, em visita ao local apontado, um dos policiais relatou que avistaram o acusado, cuja aparência coincidia com a descrição da denúncia e que ele tentou mudar de caminho quando avistou a viatura, mas que conseguiram abordá-lo e que não foi encontrado nenhum entorpecente em sua posse.

Os policiais então teriam perguntado ao paciente sobre seu endereço residencial, e ele os teria guiado até lá, franqueando a entrada dos policiais em sua casa, quando então foram encontrados dentro do armário da cozinha uma bolsa com 72 invólucros plásticos contendo maconha, que o acusado teria admitido serem para venda.

Na sentença, mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi afastada a alegação de ilicitude das provas obtidas em desfavor do paciente, por entender o juiz prolator da decisão que não havia prova nenhuma de que o acusado não teria autorizado a entrada dos policiais, havendo apenas a palavra do acusado contra a palavra de dois agentes públicos.

Ainda inconformada com o teor das decisões, a Defesa interpôs o Habeas Corpus nº. 598.051/SP perante o Superior Tribunal de Justiça, argumentando que o paciente teria sido vítima de coação ilegal em virtude de sua condenação ter sido embasada em provas ilícitas, obtidas por meio de invasão não autorizada do seu domicílio.

Previamente ao exame dos fatos, o Ministro Relator esclareceu que deveriam ser enfrentadas as seguintes questões referentes ao tema do direito à inviolabilidade do domicílio:

1. Na hipótese de suspeita de flagrância delitiva, qual a exigência, em termos de standard probatório, para que policiais ingressem no domicílio do suspeito sem mandado judicial?
2. O crime de tráfico ilícito de entorpecentes, classificado como de natureza permanente, autoriza sempre o ingresso sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga?
3. O consentimento do morador, para validar o ingresso no domicílio e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, sujeita-se a quais condicionantes de validade?
4. A prova dos requisitos de validade do livre consentimento do morador, para o ingresso em seu domicílio sem mandado, incumbe a quem, e de que forma pode ser feita?
5. Qual a consequência, para a ação penal, da obtenção de provas contra o investigado ou réu, com violação a regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no seu domicílio?

Dos questionamentos acima apontados, o presente artigo se debruça somente no de número 1, que diz respeito aos standards probatórios mínimos para que autoridades de segurança pública ingressem no domicílio do suspeito sem mandado judicial, que é o assunto específico desta pesquisa.

Dito isso, explana-se os pontos da fundamentação do acórdão que dizem respeito aos standards de prova. Logo no início de seu voto, o Ministro Relator indica ter conhecimento da existência de diversos precedentes dos tribunais superiores acerca do tema do ingresso em domicílio de indivíduos suspeitos de práticas criminosas, pontuando que as situações mais comuns destas ocorrências são relacionadas à prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Após o julgamento do Tema 280 pelo Supremo Tribunal Federal, consoante já abordado acima, foi pacificado o entendimento também no Superior Tribunal de Justiça de que, quando não identificada justa causa (ou causa provável/fundadas razões) para a ação estatal, devem ser consideradas nulas as provas obtidas no interior de residências invadidas sem autorização judicial.

Segundo expôs o Ministro Relator, boa parte dos casos em que há realização de busca e apreensão domiciliar sem mandado se refere a cenários em que a Polícia, ao fazer ronda nas imediações do domicílio do suspeito da prática de tráfico de drogas, geralmente originada de denúncia anônima, adentra na residência do suspeito em virtude de o alvo da diligência, ao avistar a guarnição se aproximando, entrar apressadamente em sua casa ou assumir uma atitude que, na avaliação subjetiva dos policiais, é considerada suspeita.

Essa avaliação subjetiva, no entanto, precisa ser ao máximo evitada, haja vista que estas violações de domicílio não atingem apenas o alvo da atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que lá residem ou se encontram no local da diligência, desrespeitando também o direito dos demais habitantes do local, o que potencializa a gravidade da situação e, em consequência, demanda maior rigor e limite para sua realização.

Por isso, com maior razão o ingresso em domicílio deveria estar amparado em justificativas e elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, e não apenas em justificativas extraídas das impressões pessoais dos policiais.

Assinalou-se que esta discricionariedade não está legalmente dada nem mesmo ao juiz, um terceiro imparcial, a quem só é possibilitado determinar semelhante medida durante o dia, mediante decisão devidamente fundamentada que indique os requisitos que a autorizam.

Portanto, a fim de se evitar a nulidade da prova obtida mediante a entrada em domicílio, o contexto fático anterior deve servir de suporte para validar a ocorrência de uma das situações de flagrante que autorize a violação de domicílio. Dito de outra maneira, as circunstâncias que antecederam a violação de domicílio devem atestar de forma objetiva as fundadas razões que apoiam este ingresso, não podendo derivar de mera desconfiança policial, originada, v.g., da fuga do indivíduo de uma ronda ostensiva, comportamento este que pode ser atribuído a diversos motivos que não tenham qualquer relação com o fato de o indivíduo estar portando ou comercializando substância entorpecente.

Ao mesmo tempo, o Ministro Relator afirma reconhecer o valor que a busca e apreensão domiciliar propicia à cessação de crimes e à apuração de sua autoria, pontuando que esta medida, para sua legítima existência, não pode tolerar práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

É também enfatizado pelo Ministro Relator que nosso país vem, ainda que lentamente, adotando a teoria dos standards probatórios como forma de garantir segurança jurídica para averiguação da hipótese fática e sua comprovação, apresentando o conceito dado por Gustavo Badaró, para quem “standards de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado”.

Em continuidade, indica haver necessidade de se promover diferenciação, nos diversos momentos processuais ou espécies de decisões a serem proferidas, dos respectivos graus de standards probatórios que deverão ser preenchidos, uma vez que o standard de prova para além da dúvida razoável, a ser seguido para justificar uma condenação, é muito mais difícil de ser satisfeito do que o standard exigido para uma precária e urgente ação policial para ingressar em domicílio onde supostamente possa estar ocorrendo a prática de algum delito. Este último standard, menos exigente, foi apontado como fundadas razões, justa causa ou causa provável, expressões que foram usadas como sinônimos.

Levando-se em consideração que toda medida que ocasiona restrição de direitos fundamentais deverá ser fundamentada e racionalmente controlável, independentemente da fase processual em que se encontre, há uma justa e legítima expectativa que o julgador atue mediante parâmetros objetivos de justificação, dos quais possam ser aferidos os recursos mentalmente empregados na argumentação, os dados fáticos e probatórios e a conformidade do direito aplicável à espécie.

Assinalou o Ministro Relator que esta exigência de atuação com parâmetros objetivos de justificação, no entanto, não é requerida apenas do órgão julgador, devendo também ser seguida por outros agentes estatais, como os agentes integrantes dos órgãos de segurança pública, uma vez que também poderão, através do exercício suas funções, provocar restrições de direitos fundamentais.

Ao fazer análise do direito comparado e práticas judiciais de outros países, foi dado enfoque ao que vem sendo exigido pelos tribunais norte-americanos, que costumam avaliar a presença da causa provável da diligência com base na totalidade das circunstâncias, requerendo-se, para considerar válida e idônea a informação trazida, dois requisitos: a) que ao juiz se forneçam dados que expliquem suficientemente como o informante a obteve; b) que ao juiz sejam ofertados elementos que deem suporte à veracidade e à confiabilidade da informação.

Nesse norte, ao estabelecer qual é a causa provável a jurisprudência norte americana preocupa-se em saber se o oficial tinha motivos razoáveis no momento de seu requerimento ou da promoção da diligência de busca e apreensão, seja por acreditar que a lei estava sendo violada no local a ser revistado, seja porque os fatos aparentes por ele apresentados foram suficientes para que um homem razoavelmente discreto e prudente seria levado a acreditar que houve um cometimento do delito no local (*Brinegar v. United States*).

Trata-se de uma suspeita objetiva e individualizada, que confere ao cidadão o poder de controlar o cabimento da intervenção estatal. Acaso sua conduta não seja suficiente para constituir causa provável, o Estado não possuirá o poder de proceder a uma busca (search) ou a uma detenção (seizure), por isso a causa provável é compreendida como uma garantia contra o abuso de autoridade, seja esta policial ou judicial (WANDERLEY, 2019, p. 345).

Feito este aparte e seguindo no estudo do voto, ao trazer precedentes anteriores do próprio Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator destaca que as fundadas razões/justa causa/causa provável devem ser vistas como a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

A existência desta situação fática emergencial, todavia, deverá ser suficiente demonstrada através de investigação policial para se averiguar a veracidade das informações recebidas, não sendo suficiente a mera intuição dos agentes de segurança pública para configurar, isoladamente, justa causa a autorizar o ingresso em domicílio sem mandado judicial.

Neste mesmo sentido do que fora delineado no acórdão, destacamos que esse mesmo standard das fundadas razões está previsto no Código de Processo Penal em seu artigo 240, parágrafo 1º, para o deferimento da cautelar de busca e apreensão domiciliar. Por implicar tal medida uma necessária ponderação com o direito fundamental de inviolabilidade do domicílio, deve ser evidenciada a existência de fortes indícios do que possa ser encontrado na casa e da culpabilidade do investigado, demandando o mesmo patamar de suficiência probatória reivindicado para o recebimento da denúncia, uma vez que, embora seu objetivo seja a produção probatória, também se faz necessária a demonstração da probabilidade da hipótese acusatória acerca da autoria e materialidade (PEIXOTO, 2020, p. 270-271).

No encerramento do voto, ao apreciar o caso concreto levado a julgamento, foi acentuado que o fato de, nos crimes como o tráfico de drogas o estado de flagrância se prostrar no tempo, não significa concluir que a vaga suspeita de prática desse delito legitima a mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio. O que deve ser demonstrado é a existência de fundadas razões, embasada em elementos objetivos e que não leve em conta nuances subjetivos, de modo a que os agentes policiais dirijam sua atividade para apurar condutas e atos indicativos da prática de um crime em vez de direcionar sua atuação para a pessoa que ele, policial, identifica, a priori, como “o traficante”.

Finalmente, ao responder o questionamento feito na primeira parte, conclui o Relator que, na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

Além disso, destacou o Relator que mesmo nos casos de crimes classificados como permanentes nem sempre se autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente está sendo cometido o crime. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se verificar que, do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime será destruída ou ocultada.

3. Considerações finais

Do acima exposto, vimos que, embora ainda incipiente, a teoria dos standards probatórios vem sendo objeto de crescente estudo pela doutrina brasileira, já tendo sido utilizada como fundamento na análise dos elementos probatórios pelos tribunais superiores, tendência esta iniciada pelo Supremo Tribunal Federal ao utilizar-se do standard “além da dúvida razoável” no julgamento do Habeas Corpus nº. 73.3338/RJ, no ano de 1996.

Mais recentemente, com a ampliação dos casos de ações penais originárias apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, esta tendência foi se ampliando, passando a se debater também sobre outros graus de standards probatórios, em especial o das fundadas razões, justa causa ou causa provável, que foram tidos como referência para se justificar a entrada em domicílio nas hipóteses de suspeita de flagrante delito.

Primeiramente, esta expressão foi consolidada no julgamento do Tema 280 pelo Supremo Tribunal Federal, que definiu que a entrada em domicílio só poderá ocorrer quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

A partir da fixação desta tese, verificou-se uma alteração na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, seguidamente, confirmava a legalidade da ação policial acaso fosse demonstrado algum resultado da diligência, com a confirmação da prática do crime dentro da residência. Para o STJ, era suficiente que se estivesse diante da prática de crime permanente, comunicado aos agentes policiais por denúncia anônima, em especial se no momento da aproximação dos agentes o indivíduo tido como suspeito viesse a empreender fuga.

Esse entendimento, porém, sofreu significativas alterações no decorrer dos últimos anos, tendo ambas as turmas do Superior Tribunal de Justiça passado a decidir que se faz necessária prévia investigação com indicação de elementos concretos pelas autoridades policiais que evidenciem o cometimento de algum delito dentro da casa do suspeito, não podendo mais ser tido como razoável a notícia anônima de cometimento de crime permanente, somado ao fato de o suspeito rapidamente buscar se afastar das autoridades policiais, porque tal atitude, apesar de suspeita, não permite presumir a prática de situação de flagrância.

A consolidação dessa mudança foi então promovida no voto condutor do acórdão do HC nº. 598.051/SP, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, no qual foi fixado que o standard probatório para ingresso em domicílio sem mandado judicial é a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

Ao longo do voto, vários exemplos foram dados do que poderia ser entendido como fundadas razões para justificar a entrada em domicílio, assim como foram também referidas situações que não configurariam fundadas razões, buscando o Ministro estabelecer algumas balizas a serem aferidas para legitimar a realização da diligência.

Foi fixado, também, que é necessária a colheita de elementos probatórios mínimos por parte dos policiais, devidamente documentados, ainda que posteriormente, de forma a se permitir o controle judicial da validade da busca domiciliar.

Porém, embora tenha tentado ilustrar o que seriam as fundadas razões, percebe-se que, efetivamente, o que se pretende, segundo o próprio Ministro, é que preferivelmente seja feito uso do mandado de busca e apreensão, para que a diligência só seja promovida após a apresentação de elementos de investigação prévia ao magistrado, terceiro imparcial e desinteressado, para, com isso, tentar minimizar a ocorrência de práticas de abuso.

Essa conclusão é válida principalmente para as hipóteses de ocorrência de crime permanente, as quais na maior parte das vezes, exatamente por terem sua execução protraída no tempo, possibilitam um período maior para o controle prévio à promoção da medida de busca domiciliar.

Nesse sentido, asseverou o Relator que só seria válido dispensar o mandado judicial ante a possibilidade de que, no intervalo de tempo para a obtenção da ordem, ocorra a destruição do próprio corpo de delito, pontuando não haver coincidência entre situação de flagrante delito e situação de emergência, sendo admissível apenas nesta última dispensar a providência padrão de requisição de ordem judicial de ingresso no domicílio do suspeito.

Verifica-se, portanto, haver uma nova compreensão da prática dos crimes permanentes, que, anteriormente, eram utilizados como justificativa válida e suficiente para permitir a entrada dos agentes policiais em domicílio. Agora, entretanto, consoante se depreende da análise feita no voto condutor, o mero cometimento de tais crimes no interior de residências, sem outros elementos que evidenciem a urgência da medida, não mais autoriza a intervenção policial em domicílio alheio, pois na maior parte dos casos a prática delitiva não implica perigo concreto ou dano ao bem jurídico que justifique ação policial imediata, podendo ser submetido a autorização judicial prévia.

4. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1339459181/capitulo-10-da-prova-processo-penal#a-270016695>. Acesso em: 28 fev. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v.4, n.1, p.43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/138/117>>. Acesso em: 27 out. 2022.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. Revista Ajufergs, Porto Alegre, v .4, n.4, p.161-185, jan.2008. Disponível em: https://core.ac.uk/display/79069754utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição(1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 9 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 598.051/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, em 2 de março de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22598051%22%29+ou+%28HC+adj+%22598051%22%29.suce.>>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 603.616. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 5 de novembro de 2015. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347757/false>>. Acesso em: 23 jul. 2022.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p.149-182, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/6>. Acesso em: 27 out. 2022.

GLITZ, André Tiago Pasternak. Recurso Extraordinário nº603.616. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, n. 4, p. 453-478, ago. 2016. Disponível em: < https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo_-_Denuncia_Anonima.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Inviolabilidade do domicílio na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1993. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1769111/mod_resource/content/1/U9%20-%20GROTTI%20-%20inviolabilidade%20do%20domic%C3%ADlio.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2023.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Revista Forense, Rio de Janeiro, n.353, p.15-52, jan./fev. 2001. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knjnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. Consultor Jurídico — Conjur, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorioprocesso-penal>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard “para além de toda dúvida razoável ” no processo penal brasileiro. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 27, v.156, p.221-248, jun. 2019.

MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Morais da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. Consultor Jurídico — Conjur, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>. Acesso em: 12 jul. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

MEZZALIRA, A. C. Em tempos de autoritarismos, limite é garantia: a relevância dos standards probatórios para o processo penal brasileiro. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n. 28, p. 262-281, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/367>. Acesso em: 22 out. 2022.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao código de processo penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PINHEIRO, Lucas Corrêa Abrantes. Fundamentos Teórico-constitucionais de proteção ao domicílio em flagrantes de crime permanente: análise do tema 280 da sistemática da repercussão geral à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. 2016. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-01092017-081055/en.php> . Acesso em: 13 abr. 2023.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Standards probatórios no direito processual brasileiro. 2020. Tese (Doutorado em Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/16926>. Acesso em: 2 mar. 2023.

PONZONI, CHRISTIAN. Standards de prova no processo civil brasileiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/9175?mode=full>. Acesso em: 22 out. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes. Consultor Jurídico - Conjur, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>>. Acesso em: 8 jun.2023.

SARLET, I. W.; NETO, J. W.. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 14, n.14.2, p. 544–562, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/470>. Acesso em: 23 jul. 2022.

STRECK, L.L.; RAATZ, I.; DIETRICH, W.G. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí-SC, v. 22, n. 2, p.390–416, 2017. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/10981>. Acesso em: 17 out. 2022.

TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/136/115>. Acesso em: 27 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Justia U. S. Supreme Court. Brinegar v. UnitedStates,338U.S.160(1949). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/160/#:~:text=Probable%20cause%20exists%20where%20the,338%20U.%20S.%20175%2D176>>. Acesso em: 23 jul. 2023.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A quarta emenda e o controle judicial da atividade policial: busca e apreensão e *stop and frisk* na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, v. 24, n. 9,p. 341-364,set./dez.2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Revista de Processo, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 334-371, 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/11773269/O_Problema_da_Verdade_no_Processo_Civil_Modelos_d_e_Prova_e_de_Procedimento_Probat%C3%B3rio. Acesso em: 8 jul. 2022.

Eficiência processual por meio dos atos Concertados entre juízes

Procedural Efficiency Through Concerted Actions Among Judges

Juliana Campos de Faria

Especialista em Direito Internacional Penal Econômico pela Universidade de Coimbra Portugal
e IBCCrim

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG

Bacharel em Economia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Participante do Grupo de estudos em Liberalismo Econômico e Análise Econômica do Direito
do Instituto Ives Gandra

Membro da ABEP – Associação Brasileira Elas no Processo

Membro da ABMCJ – Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica

Membro da Comissão de Direito Imobiliário e REURB da OAB/MG

Advogada e Procuradora do Estado de MinasGerais

Stephanie Dettmer Di Martin Vienna

Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (Uninove)

Especialista em Direito Constitucional pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Anhanguera de Leme/SP

Professora de Graduação em Direito

Orientadora de Programa de Iniciação Científica com bolsa pela FUNADESP

Analista Educacional

Assessora Acadêmica

Advogada no estado de São Paulo

Resumo

A partir premissa de que o Poder Judiciário é uno, entende-se necessária a cooperação entre os órgãos jurisdicionais para se alcançar uma tutela jurisdicional efetiva, com técnicas voltadas à construção de um processo eficiente e justo por meio do exercício concertado das competências. A problemática à qual a pesquisa se debruça é da possibilidade de exercício concertado entre juízes no Processo Civil brasileiro, e algumas questões surgidas dessa espécie de negócio jurídico processual atípico. Assim, esse artigo tem como objetivo geral investigar o ato concertado entre juízes cooperantes, novidade trazida pelo art. 69, §2º do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, objetiva-se especificamente analisar os Princípios Constitucionais norteadores da cooperação jurisdicional e o dever de eficiência, aí considerando as ações para eficiência processual no tocante à duração razoável; os elementos da cooperação judiciária nacional no âmbito do Processo Civil brasileiro, e a possibilidade dos atos concertados entre juízes cooperantes, fazendo necessárias reflexões sobre alguns efeitos dessas medidas. A metodologia adotada é a dedutiva, amparada em revisão bibliográfica, científica e documental

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Cooperação judiciária; Princípio da eficiência processual; Dever de eficiência; atos concertados;

ABSTRACT

From the premise that the Judiciary is unified, it is understood that cooperation between jurisdictional bodies is necessary to achieve effective jurisdictional protection, with techniques aimed at building an efficient and just process through the concerted exercise of competencies. The issue that this research delves into is the possibility of concerted action among judges in the Brazilian Civil Procedure, and some questions arising from this type of atypical procedural legal transaction. Thus, this article aims to investigate the concerted action among cooperating judges, a novelty brought by Article 69, §2 of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015. Therefore, it aims specifically to analyze the Constitutional Principles guiding jurisdictional cooperation and the duty of efficiency, considering actions for procedural efficiency concerning reasonable duration; the elements of national judicial cooperation in the scope of Brazilian Civil Procedure, and the possibility of concerted actions among cooperating judges, requiring reflections on some effects of these measures. The adopted methodology is deductive, supported by bibliographic, scientific, and documentary review.

SPC Keywords: Civil Procedure Law; Judicial Cooperation; Principle of Procedural Efficiency; Duty of Efficiency; concerted actions.

Sumário: Introdução; 1. Princípios Constitucionais norteadores da cooperação jurisdicional e o dever de eficiência; 1.1 Ações para eficiência dos processos no tocante à duração razoável; 2. Elementos da cooperação judiciária nacional; 3. Possibilidade dos atos concertados entre juízes cooperantes e reflexões sobre essas medidas. Conclusão. Referências,

Introdução

A presente pesquisa terá por tema o princípio Constitucional e Processual Civil da efetividade e se delimitará pela cooperação judiciária por meio dos atos concertados entre juízes cooperantes.

A partir dos princípios Constitucionais e Processuais orientadores do Processo Civil brasileiro, verifica-se que há tanto a necessidade quanto o dever de cooperação entre os órgãos jurisdicionais visando atender ao princípio da eficiência, para que a prestação jurisdicional ocorra em tempo hábil e também de forma efetiva para tutelar direitos.

Assim, a pesquisa se debruçará sobre a problemática da possibilidade de atos concertados pelos juízes cooperantes, bem como de algumas questões surgidas dessas medidas.

Para tanto, o primeiro item cuidará de analisar os Princípios Constitucionais e Processuais vinculados ao princípio da eficiência, bem como o dever de eficiência. Nesse âmbito, abordará ainda as ações para eficiência dos processos no tocante à sua duração razoável.

Em seguida, o item 2 estudará os elementos da cooperação judiciária nacional para, no item 3, vir a responder ao problema de pesquisa apresentado, que concerne à possibilidade de atos concertados por juízes cooperantes, e trará reflexões sobre alguns efeitos e/ou implicações dessas medidas.

A metodologia a ser aplicada será a dedutiva, amparada em revisão bibliográfica, de artigos científicos publicados em periódicos acadêmicos, e documental sobre normas jurídicas vigentes no Brasil e atinentes ao tema proposto.

1 Princípios constitucionais processuais norteadores da cooperação jurisdicional e o dever de eficiência

A cooperação judiciária nacional tal como prevista no CPC de 2015, visa a concretude da eficiência no Poder Judiciário e encontra amparo nos princípios que regem a administração pública (art. 37 da Constituição Federal), na garantia do devido processo legal e no art. 8º do próprio CPC de 2015 que impõe ao juiz especificamente a observância do dever de eficiência.

A Jurisdição deve estar apta a efetivar uma tutela legítima e universal adequada às necessidades do direito material, com o menor custo possível, garantindo a adequada participação das partes e o respeito aos direitos fundamentais.

O futuro da justiça no Brasil depende de como os tribunais vão se comportar diante dos desafios das consequências sociais dos mercados, da universalização da concorrência e da concentração do poder econômico, do desequilíbrio dos poderes, do conflito entre os princípios de mercado e os princípios fundamentais inscritos na Constituição em especial o da dignidade humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa que emerge no bojo das políticas econômicas, dentre outros.

O Código de Processo Civil de 2015 lançou um novo olhar sobre o Direito Processual Civil compatível com as transformações pelas quais a sociedade vem passando nos últimos anos, instituindo um modelo de processo conforme determina o art. 6º, que consagra o princípio da cooperação, atribuindo este dever geral aos órgãos do Poder Judiciário em capítulo inédito intitulado “da cooperação judiciária nacional” (arts. 67 a 69). Neste intento, conferiu aos juízes a flexibilidade necessária para adaptar o procedimento judicial a inúmeras situações concretas dignas de tratamento diferenciado, prevendo que o pedido de cooperação pode ser executado como ato concertado entre juízes cooperantes.

Para que se trace essa análise mais pormenorizada, é necessário que antes se compreendam os princípios norteadores do dever geral de cooperação, para então adentrar no problema que a presente pesquisa propõe.

Como desdobramento do princípio geral da cooperação entre os órgãos do Poder Judiciário, consubstanciado no (art.67 do CPC), o dever geral de cooperação decorre também do princípio do juiz natural, já que este deve ser visto como um juiz competente, imparcial e eficiente, assim como do princípio da competência adequada.

O direito fundamental ao juiz natural é uma das principais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal. Diversos institutos já colocaram em cheque o conceito tradicional do juiz natural por estabelecer de forma discricionária e pontual a atribuição de competências: o desaforamento, o incidente de deslocamento de competência, o incidente de assunção de competência, a escolha da causa-piloto para afetação ao microsistema de julgamento de casos repetitivos, a decisão sobre o juízo que decidirá as medidas de urgência na pendência de um conflito de competência. (Cabral, 2017, p. 272).

No novo panorama que se avizinha com a cooperação judiciária, o princípio do juiz natural se redesenha, pugnando por mais informalidade e liberdade de forma, sem a rigidez de seu conceito primevo, não podendo mais ser visto como um fim em si mesmo, mas sim como instrumento para tutela de direitos. (Idem, Ibidem, p. 310)

O foco deve estar na produção de decisões justas de forma imparcial e eficiente. Ocorre inclusive a flexibilização do sistema de competências por meio de atos de cooperação entre juízes, independentemente de lei ou ato normativo específico. As normas e decisões sobre competência devem garantir a escolha objetiva e impessoal do julgador com equidistância das partes e sem variância de modo que uma mesma situação possa conduzir sempre a uma mesma conclusão. (Idem, Ibidem, p. 310)

Na prática do caso concreto, defende-se a ponderação entre o princípio do juiz natural e da eficiência, levando-se em consideração que a eficiência pode ser até mesmo um norteador da razoabilidade e da proporcionalidade em se optar por dar prevalência a um ou outro. Entretanto, essa discussão foge à delimitação do tema proposto.

Mais à frente no desenvolvimento dessa pesquisa, abordar-se-á a colaboração jurisdicional amparada no princípio do juiz natural, e algumas ponderações a respeito do tema.

Ainda relacionado ao dever de cooperação, o direito fundamental à razoável duração do processo, por sua vez previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988, é primordial para que o cidadão possa ter garantido outro direito fundamental, o direito ao Acesso à Justiça.

Através do direito à duração razoável do processo, o jurisdicionado tem a possibilidade de ver sua demanda resolvida em tempo hábil para que possa desfrutar do resultado e planejar suas ações de acordo com seu direito garantido pelo Judiciário.

Este é um direito fundamental muito importante para a credibilidade da Justiça e para que o cidadão possa pautar suas atitudes cotidianas em razão daquilo que ele sabe ser correto, aceito pela Justiça e em que ele não pode incorrer devido ao que a legislação determina e o Judiciário entende em sua interpretação sobre as leis existentes no país.

Entende-se que a duração razoável do processo seria a duração necessária para uma cognição adequada, respeitando inteiramente o contraditório, dando às partes o direito à ampla defesa dentro dos prazos legais e processuais, não protelando ou estendendo tais prazos sem que haja necessidade comprovada para tanto. Deve ser uma duração que assegure ao magistrado as condições de uma cognição que lhe permita um julgamento seguro com o que se tem nos autos, mas o Juiz também deve respeitar os prazos para proferir suas decisões e despachos.

A eficácia de alguns direitos fundamentais depende de rápidas decisões judiciais, ou no mínimo, de decisões em proferidas em tempo razoável. Se há demora excessiva para que o cidadão possa gozar de seu direito porque este é protelado pela Justiça morosa, não há eficácia no direito fundamental determinado pela Carta Maior. O dever geral de cooperação entre os órgãos do Judiciário concretiza também o princípio da eficiência (art.8º do CPC), servindo como fundamento normativo para a construção de técnicas adequadas à concretização de um processo efetivo, com duração razoável e que produza resultados justos.

Nesse interim, o dever de agir com eficiência impõe-se a todos os ramos do Estado, abrangendo também o Poder Judiciário. Seguindo a mesma lógica da sua aplicação à administração pública, a eficiência processual significa uma alocação ótima de recursos e técnicas processuais para que se atinjam os fins do processo com a maior qualidade e os menores custos.

A eficiência aqui aplicada se refere ao processo jurisdicional, devendo o juiz “alocar tempo adequado e dimensionar adequadamente os custos da solução de cada litígio”. (Marinoni et al. 2017, p. 170).

“Eficiência” é o resultado de uma atuação em que observou o dever de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (efficiency/eficiência) e de atingir, com um meio, o fim ao máximo (effectiveness/efetividade). Assim a eficiência e efetividade são conceitos distintos onde o processo efetivo é o que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente, e o processo eficiente é o que atingiu esse resultado de modo satisfatório, isto é, com poucos resultados negativos e de forma otimizada. Também podemos afirmar que sob a ótica da eficiência na atividade jurisdicional o foco é o princípio do acesso à justiça, cuja plena concretização nos remete a outro princípio, o da efetividade processual.

A eficiência na gestão da massa de processos deve caminhar, lado a lado, com a eficiência da composição de cada controvérsia. Trata-se de atender a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e, num contexto global, garantir a maior eficiência do Judiciário, por meio de medidas que mobilizem menos recursos humanos e financeiros, com sua adequada alocação. O conceito de jurisdição ganha novo sentido atrelado à ideia de gestão racional de processos e não de um só processo, numa perspectiva de proporcionalidade panprocessual: “possibilita-se um olhar sobre o processo à luz dos demais processos”. (Lunardi, 2018, p. 151.)

1.1 Ações para eficiência dos processos no tocante à duração razoável

No âmbito da duração razoável do processo bem como sob a ótica da modernidade e do abandono das formalidades inúteis e otimização do processo, tem-se outra regra da atividade de cooperação que é a concisão e a instrumentalidade das formas como princípio da tramitação de atividades cooperantes, insculpidas no art. 8º da Resolução n.º 350/2020.

O Relatório “Justiça em números 2018” produzido pelo Conselho Nacional de Justiça indicou a existência, no primeiro grau de jurisdição da Justiça Estadual, em 2017, de 12.176.998 de processos novos no 1º grau; 4.916.093 nos juizados especiais; 54.939.944 de processos pendentes no 1º grau e 5.862.090, nos juizados especiais, para apenas 9.445 magistrados, com tempo médio de tramitação de 3 anos e 7 meses na fase de conhecimento e 7 anos e 9 meses na fase de execução. (Brasil, 2018, p. 35-36.)

Nesse intento, tem-se assistido à busca do Conselho Nacional de Justiça pela profissionalização da gestão judiciária e de um sentido mais amplo para a administração da justiça no Brasil por meio de atos normativos constitutivos do planejamento estratégico do Poder Judiciário e seus desdobramentos, para considerá-lo instrumento para abertura da administração da justiça e do exercício da jurisdição em um patamar de racionalidades e novas práticas jurisdicionais advindas desse novo modelo de gestão profissional que está sendo introduzido no Poder Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 350/2020. Editou, também, uma década antes, a Recomendação 38, de 03 de novembro de 2011, que foi o embrião das regras orientadoras dos tribunais a instituírem mecanismos de cooperação entre os órgãos do Poder Judiciário. Essa Recomendação 38, partiu da premissa de que a cooperação judiciária constitui mecanismo contemporâneo, desburocratizado e ágil para o cumprimento de atos judiciais fora da esfera de competência do juízo requerente ou em intersecção com ele.

Desse movimento surgiu a figura do “Juiz de Cooperação”, que atua para conferir melhor comunicação entre os órgãos judiciais e maior efetividade ao cumprimento dos atos judiciais conjuntamente com outros magistrados e servidores.

A informatização dos tribunais com os processos eletrônicos veio para modernizar e acelerar o ajuizamento e andamento das demandas. Facilitou o ajuizamento das ações, mas muitas dificuldades ainda são enfrentadas, principalmente porque o país tem dimensões geográficas tão grandes e desafios a serem superados como o de levar a rede de internet a todos os lugares, o de informatizar lugares que possuem precariedade no fornecimento de energia elétrica e até mesmo a capacitação de mão de obra para o uso de tecnologia adequada a essa informatização. São tanto questões atinentes à eficiência do poder judiciário quanto também ao direito ao Acesso à Justiça.

Mesmo nas cidades grandes, com estrutura melhor e recursos para a implantação dos novos sistemas, houve dificuldade para que os próprios operadores do direito se adequassem à informatização da Justiça e aos sistemas processuais eletrônicos.

Ainda no sentido de minimizar a lentidão da Justiça, os tribunais passaram a fazer relatórios estatísticos para fornecer informações ao Conselho Nacional De Justiça, mais especificamente à análise intitulada “Justiça em Números”. Com base nos dados desses relatórios, os tribunais podem fazer um planejamento estratégico que atenda melhor a população e que identifique os setores que, porventura, necessitem de melhoras, sejam elas tecnológicas, estruturais, de quantitativo de pessoal e qualificação de seus servidores.

[Sumário]

O CNJ determina em suas metas que os tribunais julguem mais processos dos que os que são distribuídos. E também que julguem primeiramente casos de ações coletivas e de processos com recursos repetitivos. Há, ainda, meta anual para sentenças com ou sem resolução de mérito. Entretanto, os tribunais não possuem servidores suficientes e qualificados para que consigam atender tais metas e determinações com qualidade. E por isso, muitas vezes, o que por vezes se vê na prática são andamentos, atos processuais equivocados, incorretos e decisões que não entregam a justiça esperada pelo jurisdicionado. Por vezes, entregas insuficientes e deficitárias podem agravar o problema, por provocarem novas ações, assoberbando ainda mais o judiciário e aumentando a morosidade dos processos.

Sentenças feitas de forma açodada para o cumprimento das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional De Justiça podem gerar o uso de recursos que prolongam desnecessariamente os processos, além de sentenças que extinguem processos sem resolução do mérito por não observarem adequadamente e com a devida atenção os pedidos da petição inicial e os documentos apresentados nos autos processuais, causando novos recursos e até a propositura novamente da mesma ação.

Os Juizados Especiais têm sido campeões nisso, com sentenças proferidas por Conselhos de Sentença que nitidamente não observaram os autos adequadamente e com a devida atenção. Exemplo dessa situação são as sentenças que julgam extinta a ação sem julgamento de mérito com a justificativa de que a causa requer perícia e por sua complexidade não pode ser julgada na esfera dos Juizados. Ou seja, o processo tramitou normalmente com todo o contraditório sendo realizado, com a realização da produção de provas e somente na sentença é que o Juízo verificou a complexidade e necessidade de prova técnica que não se realiza naquela esfera. Em consequência a esta falta de cuidado e de atenção, principalmente na fase de saneamento processual, o jurisdicionado precisa interpor recurso e caso este não consiga modificar a decisão, será ainda necessário ajuizar nova ação na esfera comum.

Por isso, é preciso ter cautela com as metas de produtividade estabelecidas por órgãos como o Conselho Nacional de Justiça para que a preocupação com a resolução de muitos processos (quantitativa) não prejudique a qualidade das decisões. (Cabral, 2017, p. 253)

Há também, casos julgados em demandas de recursos repetitivos ou de repercussão geral em que muitas vezes, por causa dessa pressão em cumprir metas, não se observa ou não se identifica corretamente a ratio decidendi de cada caso, não sendo assim, realizado o devido distinguishing, o que leva à interposição de recursos que provavelmente demorarão muito tempo para serem julgados. E em caso de inadmissão ou não provimentos desses recursos, não haverá a entrega satisfativa da demanda. Isso após um longo período que certamente não respeitou o direito fundamental da razoável duração do processo.

Outras medidas focadas na primazia do princípio da eficiência foram tomadas nos tribunais dentre as quais a já mencionada implementação do PJE, designação de oitivas por videoconferências e comunicações judiciais por WhatsApp.

Impactos foram sentidos com o desaparecimento de autos físicos, fim da encadernação dos documentos e da numeração manual de páginas, extinção da “carga” processual para vista dos autos, já disponíveis em autos eletrônicos para todos os interessados, inclusive simultaneamente, com a possibilidade de concessão de prazos comuns e não mais sucessivos.

Também no ato de notificação (citação e intimação) de empresas públicas e privadas diretamente pelo próprio sistema, sem a necessidade de correspondência ou mandado.

As cartas precatórias notificatórias e executórias deixaram de ser necessárias no âmbito de um mesmo tribunal, já que a simples expedição do mandado pelo sistema do PJE passou a contemplar fluxo de encaminhamento automático do instrumento à caixa de tarefas do oficial de justiça responsável pelo seu cumprimento. As cartas precatórias inquiritórias, no entanto, permaneceram sendo necessárias, vez que implicavam uma solicitação de cooperação entre o Juízo Deprecante e o juízo Deprecado.

Note-se que tais medidas estão alinhadas ao princípio da eficiência processual e dão concretude a outros princípios Constitucionais e processuais, como o da efetividade das formas e da economia processual. É um importante movimento do Direito Processual para contemplar as mudanças sociais dos tempos atuais.

2. Elementos da cooperação judiciária nacional

A cooperação judiciária é uma boa prática na gestão processual da justiça. Cria, amolda, atualiza e modifica técnicas, processo e procedimentos, tendo como objetivo o aprimoramento dos serviços judiciários, voltados à sociedade em uma rede de colaboração, de transdisciplinaridade e ampla participação para soluções plurais, cuja tendência visa a potencialização de resultados. Como se verificará nas linhas infra, a cooperação judiciária clama por uma magistratura que compreenda sua responsabilidade social e a assunção de papéis nessa configuração da administração da justiça no bojo de um pacto federativo complexo.

A cooperação pode (e deve) ocorrer no âmbito dos processos penais, administrativos, eleitorais e trabalhistas e ter natureza jurisdicional ou administrativa. Qualquer providência poderá ser objeto de pedido de cooperação direta entre órgãos jurisdicionais. Os atos cuja prática deve se dar, como regra, por carta precatória também podem ser objeto da técnica da concertação. Ainda na tendência da informalidade a Resolução 350/2020 dispõe que a cooperação judiciária pode ser instrumentalizada por auxílio direto, atos concertados, atos conjuntos e outros instrumentos adequados (art. 5º II), porém deve ser documentada nos autos (art.5º, III). A atipicidade não dispensa a documentação. As cartas devem ser usadas de modo subsidiário dando-se preferência à cooperação solicitada simplificada – auxílio direto e atos concertados, tanto que o art. 3º, parágrafo único do Anexo da Recomendação 38 do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil, 2018) prescreve que “o juiz poderá recorrer ao pedido de cooperação antes de determinar a expedição de carta precatória ou de suscitar conflito de competência”.

No campo da tecnologia, como um dos elementos estruturantes dos objetivos estratégicos do Poder Judiciário nacional, o foco é investir no aperfeiçoamento e disponibilidade dos sistemas essenciais à execução da estratégia definindo-se as seguintes ações concretas: investimento na estruturação das áreas de tecnologia da informação; definição de critérios para aquisição e desenvolvimento de programas de informática – universalidade, atualidade, economicidade, independência, eficiência e acessibilidade – priorização do uso de programas de código aberto; desenvolvimento de políticas de segurança da informação; informatização e conexão de todas as unidades judiciárias à internet; interligação de banco de dados; implementação e aperfeiçoamento do processo eletrônico, judicial e administrativo; informatização dos cartórios extrajudiciais; implantação de meios de comunicação eletrônica entre unidades internas e entre tribunais; adoção do sistema de peticionamento e intimação eletrônicos nos processos judiciais. Nesse contexto, a Lei 14.129/2021 estabeleceu os parâmetros e princípios a serem observados pelo governo federal para a constituição do governo digital.

Do mesmo modo, o conceito de dados abertos é essencial para que se assegure o efetivo acesso e possibilidade de processamento e utilização das informações produzidas pelas atividades estatais. A noção de dados abertos, segundo a Open Knowledge Foundation compreende as características de abertura, disponibilidade e facilidade de uso. O Decreto 8.777/2016 definiu a política de dados abertos para o Executivo federal, estabelecendo vários parâmetros para que se assegure o acesso a dados abertos e processáveis. A transparência da atuação estatal é um valor essencial e imprescindível para os regimes democráticos. Não há democracia sem efetivo acesso à informação pública pela coletividade. Para tanto, é imprescindível a efetiva concretização de um governo digital, com a ampla utilização de dados abertos.

No tocante ao Poder Judiciário, que é o objeto do presente estudo, a abertura da Justiça para o diálogo interno entre os tribunais nacionais e entre estes e tribunais de outros países, bem como o diálogo com a sociedade em busca da melhoria dos serviços judiciários e da realização de justiça privilegia o estímulo ao intercâmbio, a troca de experiências e conhecimento, resultando numa abertura sistêmica do Poder Judiciário para ideias emergentes do princípio da razão dialógica e do princípio da complexidade.

Na delimitação dada ao tema desta pesquisa, cabe verificar as ações de cooperação, visando a efetividade, no âmbito do Processo Civil.

O CPC previu três formas de cooperação quais sejam: tipos, instrumentos e atos de cooperação, e dentro desses atos temos três espécies: cooperação por solicitação, por delegação e por concertação. Os primeiros ocorrem entre juízos distintos e tem por objeto a prática de determinado ato. Na cooperação por delegação um tribunal transfere a um juízo a ele vinculado competência para a prática de um ou alguns atos. A delegação difere da solicitação porque aquela é compulsória, havendo vínculo de hierarquia. Na cooperação por concertação temos uma série de atos indeterminados, regulando uma relação permanente entre os juízos cooperantes. Um mesmo ato pode ser objeto de qualquer uma dessas três modalidades, sendo que a diferença está na forma como se relacionam os órgãos entre si.

Os atos de cooperação são os objetos de cooperação. Novamente, a atipicidade é a regra. São atos típicos de cooperação a reunião ou apensamento de processos, a prestação de informações, a notificação (citação ou intimação), a produção de provas, a coleta de depoimentos, a investigação patrimonial, a regulação de procedimento expropriatório de bem penhorado, ou mesmo o compartilhamento de competência, já que é possível, por cooperação, alterar a competência, tal como previsto no art.69, II, III e § 2º do CPC e no art. 6º da Resolução 350/2020 do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

A cooperação, portanto, é gênero que se implementa por uma dessas duas formas. Os instrumentos para ambos são atípicos; o rol trazido pelo CPC é meramente exemplificativo. Antes do CPC de 2015, a cooperação entre juízes ocorria apenas por solicitação através das cartas precatórias, rogatórias e de ordem. As cartas eram consideradas gênero e não espécie, elas eram a única forma de cooperação nacional. Tratava-se de instrumento típico de cooperação cujo conteúdo era atípico.

O art. 67 do CPC traz um desdobramento do princípio da cooperação adotado expressamente pelo art. 6º do código e fundamenta a construção de técnicas processuais para a concretização do princípio da efetividade e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Em diversas passagens, o Código de Processo Civil faz referência à cooperação de modo que não poderia excluir a colaboração entre os próprios órgãos do Judiciário. O modelo cooperativo é o mais adequado ao regime democrático e à realização do devido processo legal. Redesenha o princípio do contraditório para incluir o juiz no diálogo processual, não apenas como expectador e autoridade, mas como parte, possibilitando o aprimoramento da decisão judicial.⁵

Os princípios que embasam o Processo Civil brasileiro, portanto, autorizam que o procedimento formal ceda em prol de outros meios de cooperação mais simples para que a finalidade do ato seja atingida de modo mais eficiente. A dispensa de forma específica não significa a completa dispensa de forma – uma forma há de ser eleita dentre aquelas previstas no CPC, não importando se física, se telefônica ou por videoconferência –, devendo o ato ser minimamente registrado nos autos em respeito ao princípio da publicidade dos atos processuais. (Lunardi, 2018, p. 151)

Depreende-se desse cenário que a cooperação judiciária nacional preconiza um sistema uno onde as contribuições recíprocas e simultâneas do Judiciário entre os diferentes órgãos e suas diferentes instâncias se move naturalmente, sem necessidade de provocação formal como verdadeiro corolário da unicidade e do também o forte contexto colaborativo do Código de Processo Civil de 2015.

O CPC/2015 estabeleceu, em diversos dispositivos, elementos sobre os quais poderiam as partes negociar. Dentre eles, existem os negócios processuais típicos e os atípicos.

São exemplos de negócios processuais típicos: a fixação de calendário processual para a prática dos atos processuais (art. 191); a renúncia expressa da parte ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor (art. 225); a suspensão convencional do processo (art. 313, II); e a delimitação consensual das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e de direito relevantes para a decisão do mérito na fase de saneamento (art. 357, §2º).

A novidade do artigo 190 é a ampla possibilidade de alteração e inovação no rito processual, respaldada numa cláusula geral que permite que sejam firmados negócios processuais atípicos. Todavia, essa ampla negociação não é ilimitada. O parágrafo único do dispositivo resguarda o poder judicial de apreciar a validade daquilo que foi convencionado pelas partes, podendo este recusar a aplicação das cláusulas negociadas nos casos de nulidade, inserção abusiva de cláusula em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Não é demais lembrar que os princípios da eticidade, boa-fé e lealdade processual informam a integralidade do novo Código Processual Civil, de modo que o negócio processual não permite toda e qualquer forma de avença.

No enunciado nº 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), por exemplo, definiu-se que "O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação". Além disso, os arranjos processuais devem observar a razoável duração do processo, alçada à garantia fundamental pela Constituição de 1988 e reiterada pelo próprio diploma processual civil, em seu artigo 6º. (Fórum Permanente de Processualistas Civis, 2013).

De toda forma, resta à doutrina e à jurisprudência a definição gradual dos limites daquilo que pode ou não ser objeto de convenção pelas partes. Nesse sentido, o FPPC traçou outras diretrizes para a interpretação e aplicação do instituto, por meio dos seguintes enunciados: 17: "As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção". Ademais:

19: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória.,

20: Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância e

21: São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado da lide convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. (Fórum Permanente de Processualistas Civis, 2013).

No tocante ao parágrafo único, o enunciado nº 18: "Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica". (Fórum Permanente de Processualistas Civis, 2013).

Interessante destacar, ainda, que não há empecilho quanto à utilização do instituto por parte da Administração Pública, desde que preservado o princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, o FPPC registrou no enunciado nº 135 que "a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

O CPC definiu que a cooperação judiciária nacional pode ocorrer de duas formas: i) por solicitação, como já era previsto no CPC de 1973; ou ii) por concertação. A cooperação, portanto, é gênero que se implementa por uma dessas duas formas.

Vale dizer que a previsão de atipicidade de instrumentos e atos que concede um vasto campo à sua aplicação especialmente na modalidade de atos concertados e para a sua efetividade há que se sopesar o acesso à justiça, o direito de defesa e a eficiência jurisdicional.

A atipicidade dos instrumentos e atos oferece amplo leque de possibilidades de aplicação prática com destaque à cooperação na modalidade de atos concertados onde o limite da cooperação está na criatividade do juiz. Uma visão estanque do processo parece já superada e a introdução de um capítulo sobre cooperação nacional no CPC de 2015 já indica que a atividade dos juízes não está limitada aos seus gabinetes, nos permitindo pensar na colaboração não apenas entre juízes, como também com agentes privados. Reconhece-se, dessa forma, que sujeitos privados podem auxiliar o Poder Judiciário na condução dos atos executivos onde se buscam a efetividade do processo, o equilíbrio do acesso à justiça, o direito de defesa e a eficiência jurisdicional.

Nesse sentido, é mister analisar os atos concertados entre juízes, como uma das modalidades atípicas de cooperação, para efetividade processual.

3. A possibilidade dos atos concertados entre juízes cooperantes e reflexões sobre essas medidas

O tema da cooperação judiciária nacional se coaduna com a ideia de que o Poder Judiciário, apesar das distinções decorrentes de competências, de graus de jurisdição e afins, é uno, tornando necessária a cooperação entre os órgãos jurisdicionais, por iniciativa oficial independentemente de requerimento das partes e de forma pré-fixada. (WAMBIER, 2016, p. 149).

Assim, o caput do art. 190 do CPC de 2015 trouxe uma cláusula geral de negociação processual, que materializa o princípio de respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo. O juiz não tem personalidade jurídica enquanto órgão do Poder Judiciário. Todavia, não se veem restrições para que lhe seja atribuída capacidade jurídica – como também se atribui aos órgãos legislativos para defesa de suas prerrogativas a exemplo do que acontece com a possibilidade de o Ministério Público celebrar negócios processuais, na condição de parte, no termo de ajustamento de conduta. O termo “partes” de que trata o artigo 190 deve contemplar todos os sujeitos processuais. O juiz não tem interesse jurídico em jogo no processo, mas tem o dever de bem conduzir o processo para que ele atinja o seu fim de forma mais eficiente possível, sendo, afinal, o titular da competência e tem interesse na solução mais eficiente do processo.

Os negócios jurídicos se diferem dos atos-fatos jurídicos, que são aqueles nos quais não há vontade ou não se leva em consideração seu conteúdo; nos atos jurídicos em sentido estrito, a manifestação da vontade integra o suporte fático da norma de incidência, mas só se destina à prática do ato, não se voltando a escolha dos seus efeitos. (Nogueira, 2015, p. 98)

Já os negócios jurídicos são atos jurídicos cuja vontade dos sujeitos integra o suporte fático se dirigindo tanto a prática do ato quanto aos seus efeitos, com poder de autorregramento; há poder de escolha da categoria jurídica e da estruturação do conteúdo eficaz. (Nogueira, 2015, p. 98)

O negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou do procedimento. (Talamini, 2018, p. 1-2) Sob esse ponto de vista, é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais.

Desta feita, o ato concertado parece se enquadrar perfeitamente na categoria dos negócios jurídicos processuais: São convenções entre juízes a respeito do procedimento judicial ou da gestão de processos, celebradas de forma atípica, sem depender de uma específica previsão legal. Atribui-se liberdade aos magistrados para, de forma fundamentada, objetiva e imparcial, modular o processo judicial com vistas a concretizar o princípio da eficiência.

As regras acerca dos atos de concertação não são prévias, podem ser criadas caso a caso para gerar eficiência para o processo e para a gestão judiciária. São atípicos e podem decorrer de acordo entre órgãos do próprio judiciário, entre órgãos do poder judiciário e o juízo arbitral ou ainda entre órgãos do Poder Judiciário e órgãos administrativos. A eficiência une uma perspectiva microprocessual, voltada à solução ótima de cada processo, a uma maior efetividade do funcionamento do judiciário de modo que a economia interna de cada processo se projeta em todo o sistema. (Cabral, 2017, p. 261)

Todas as funções do órgão julgador no processo pode ser objeto do ato concertado entre juízes cooperantes: a condução e instrução do processo, a produção de provas, o julgamento da ação e os atos executórios estão contempladas pelo parágrafo 2º do art. 69 do CPC89. O Código de Processo Civil apresenta um rol exemplificativo de atos concertados cuja análise possibilita compreender a extensão do tema.

O inciso I do art. 69, §2º do CPC traz a possibilidade de a citação, intimação ou notificação ser executada por cooperação concertada. Trata-se de uma forma de substituição da carta precatória por outro meio mais efetivo, racionalizando os recursos da administração judiciária quando for mais fácil para determinado juízo realizar os atos de comunicação. Os juízos cooperantes podem acordar que, em todos os processos de improbidade administrativa de competência da justiça federal, o juízo estadual do local de domicílio dos políticos réus realizará a notificação e intimação deles, após o envio da cópia da petição inicial por mensagem eletrônica, comunicando-se diretamente com o MPF por mensagem de “WhatsApp” para obtenção de novas informações de endereço e recolhimento de custas.

O art. 267, II, do CPC estabelece que o juízo deprecado deve recusar o cumprimento da carta precatória quando seja incompetente em razão da matéria ou da hierarquia. A regra não se aplica a cooperação judicial por atos concertados. A busca por eficiência autoriza a flexibilização das regras de competência sem que isto implique na violação do princípio do juiz natural e de seu núcleo duro.

Dentro da cooperação judicial é importante ressaltar a necessidade de esclarecimentos e consulta às partes, em obediência ao disposto no art. 10 do CPC, a não ser que se trate de citação ou intimação das partes, ou seja, atos de gestão judiciária. A anuência das partes é dispensável para a concertação entre juízes. Ao concertarem o ato processual, os juízos não dispõem de situações processuais relativas às partes, mas próprias do órgão jurisdicional. Os objetivos relacionados à gestão de pessoas são relevantes para o aprimoramento da comunicação interna e atingimento de resultados eficazes. A atuação dos magistrados e servidores bem como a capacitação dos mesmos em conhecimentos jurídicos e interdisciplinares direciona-se para os campos da gestão e execução de estratégia, gestão administrativa, de pessoas e de projetos, conhecimentos jurídicos, sistemas de TI e estatística.

Em vista disso, entende-se que o princípio do juiz natural, do qual se tratou em linhas supra, é respeitado quando o ato administrativo de cooperação entre diversos juízos é expedido pelo tribunal e convoca juízes de forma imparcial para atuar em determinados processos, com critérios objetivos de seleção. O princípio é também respeitado quando o ato é publicado e fundamentado para garantia da transparência.

Discute-se ainda acerca da possibilidade de alteração de competência para julgamento e suas implicações em atos concertados entre juízes cooperantes. Assim como no incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR e no incidente de assunção de competência – IAC, interpretamos que o legislador criou com o art. 69, IV do CPC, nova hipótese legal de alteração de competência para julgamento. Os magistrados realizam juízos de eficiência acerca da competência que vão além de uma visão puramente binária – competente e não competente – numa perspectiva principiológica gradual cooperativa lançando mão de uma comparação entre as diversas competências.

A alteração de competência para julgamento por meio do ato concertado entre juízes cooperantes não se confunde com o instituto da conexão e continência. Em relação a essas últimas, de acordo com o art. 55 do Código de Processo Civil, reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes forem comuns o pedido ou a causa de pedir, hipótese em que os processos serão reunidos para decisão conjunta. De acordo com § 3º do mesmo dispositivo, também serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles. Nesse último caso, a reunião de processos é cabível quando as ações discutam a existência ou inexistência de uma mesma relação jurídica base. O art. 55 do CPC não fundamenta a reunião de processos repetitivos.

Privilegia-se, nos atos cooperados, a otimização dos julgamentos e dos procedimentos para o desenvolvimento dos atos processuais, em detrimento da regra de prevenção, que se trata de mera divisão do trabalho entre os juízes, não se configurando como regra de fixação de competência. A alteração de competência realizada por ato de concertação entre juízes cooperantes não deve observar a regra de prevenção, mas a regra de eficiência, tanto no aspecto quantitativo quanto qualitativo, do juiz que pode realizar o melhor julgamento e o mais célere, lembrando que a eficiência processual é um objetivo a ser buscado na definição, planejamento e estruturação da organização judiciária.

Suponha-se um caso de incidente de resolução de demandas repetitivas, por convenção entre juízes, em primeiro grau de jurisdição sem previsão legal expressa com fundamento na cláusula geral de atipicidade dos atos de cooperação: O incidente de resolução de demandas repetitivas em primeiro grau de jurisdição possibilitaria a reunião de todos os processos em um dos juízos, perante o qual se fixaria a tese a ser seguida e todos os demais processos seriam julgados. Seria escolhido aquele juízo situado onde seja mais fácil o amplo debate sobre o tema e que estivesse mais capacitado para tratar daquela espécie de demanda. Afinal, o juiz natural deve ser visto como aquele que possui maior capacitação para decidir a matéria.

A alteração da competência para julgamento de casos repetitivos com base no art. 69, §2º traz cláusula geral de atipicidade dos atos de concertação entre juízos cooperantes, havendo possibilidade de alteração de competência independentemente de previsão legal específica e da prévia fixação legal do juízo competente. O dispositivo inédito prevê essa maior liberdade na prática de atos processuais e para ser mais efetivo não traz regras pré-determinadas para sua realização. Sendo o caso de reunião de demandas, a prevenção não seria o melhor critério para a definição do juízo competente. Negociada a competência sem perda da imparcialidade do juízo e com vista a maior eficiência no julgamento da causa, não há óbice à negociação.

Trata-se de medida que, ao concretizar o princípio da eficiência, realiza o chamado princípio da competência adequada, segundo o qual cabe investigar quem decidiria melhor a luz de todos os princípios envolvidos.

Conclusão

Propôs-se o ato concertado como negócio jurídico processual atípico entre juízes a respeito do procedimento judicial ou da gestão de processos, no fito de dar concretude ao princípio da eficiência, tanto em sua dimensão quantitativa de atribuição de maior agilidade ao trâmite processual, quanto qualitativa com foco na qualidade das decisões e no devido processo legal. Essa compreensão baseou-se na ideia de que o Poder Judiciário, apesar das distinções decorrentes de competências, de graus de jurisdição e afins, é uno, sendo necessária a cooperação entre os órgãos jurisdicionais, por iniciativa oficial, independentemente de requerimento das partes e de forma pré-fixada.

Assim, o primeiro item tratou dos princípios constitucionais norteadores da cooperação jurisdicional e do dever de eficiência, concluindo que a prestação jurisdicional eficiente atende a outros direitos humanos e fundamentais, como do Acesso à justiça, sendo dever de todos os órgãos do Poder judiciário como dos recursos humanos imbuídos de tal função.

O segundo item estudou os elementos de cooperação existentes no Brasil, concluindo que as ferramentas para cooperação se dão por formas típicas e, quanto às atípicas, possibilitando a existência de atos concertados entre juízes cooperantes.

No terceiro e último item, abordou-se a possibilidade dos atos concertados entre juízes, levantando reflexões sobre a competência, que advém de tais negócios jurídicos, e de requisitos a serem observados no sistema processual brasileiro orientado pelo princípio do devido processo legal.

Ao fim, concluiu-se que os atos concertados entre juízes cooperantes é importante instrumento do direito processual brasileiro na implementação da efetividade real da prestação jurisdicional e, por fim, à salvaguarda de importantes direitos fundamentais.

Referências

CABRAL, Antônio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. 2017. Tese (concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Justiça em números 2018. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Juspodivm: Salvador, 2015. v. 1.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciado n.6. Salvador, 2013. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.

LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 2017 p.170.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_prachamar_de_seu_notasobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015_. Acesso em: 26 jun. 2023.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

**Delegação de competência da Justiça Federal à Justiça Comum Estadual:
Análise da circunscrição na questão da comarca de domicílio do segurado
localizada a mais de 70km de municípios sede da vara federal**

**Delegation Of Jurisdiction Of The Federal Court To The State Common Court:
Analysis Of The Circumscription In The Question Of The District Of Domicile
Of The Insured Located More Than 70Km From The Municipality
Headquarters Of The Federal Court**

Denilson Victor Machado Teixeira

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC, na
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal)

Doutor em Direito pela PUC-SP

Mestre em Direito Público pela UNIFRAN; Especialista em Direito Processual pela PUC-MG
Coordenador do Curso de Direito da FACICA

Professor Universitário na Graduação (FACICA e UNILAVRAS) e na Pós-Graduação (UEL e
ABDConst)

Membro Efetivo (Cadeira n. 14) e Vice-Presidente da Academia Brasileira de Direito da
Seguridade Social – ABDSS

Membro Efetivo (Cadeira n. 28) e Presidente da Academia Dorense de Letras – ADL, de Boa
Esperança – MG

Presidente do Conselho Municipal de Previdência do IPREMBE

Escritor

Advogado

Resumo:

Objetivos: O artigo tem como objetivos analisar a competência jurisdicional da Justiça Comum Federal e sua delegação à Justiça Comum Estadual em causas previdenciárias de natureza pecuniária, conquanto, realizar uma análise da questão da Comarca de domicílio do segurado localizada a mais de 70 km de Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca, nos termos da nova redação da norma do art. 15, inc. III, da Lei Ordinária Federal n. 5.010/1966, dada pela Lei Ordinária Federal n. 13.876/2019. **Metodologia:** O método de estudo corrobora-se pela pesquisa bibliográfica (publicações) e documental (jurídicos), além das fontes de pesquisas formais (leis lato sensu e doutrinas) e materiais (fatos e valores da sociedade). **Resultados alcançados:** O artigo 2º da Resolução n. 603, de 12.11.2019, do Conselho da Justiça Federal (CJF), deixou explícito que: “O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca”. **Considerações finais:** A principal contribuição trazida pelo estudo, revela-se na necessidade de elevar para o campo da pesquisa científica, inclusive para difundir o conhecimento, e, sanar a constante dúvida, inclusive de operadores do Direito, no sentido de que a delegação de competência jurisdicional da Justiça Comum Federal à Justiça Comum Estadual somente será considerada desde que as comarcas estaduais estejam localizadas a mais de 70 km do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca.

Palavras-Chave:

Justiça federal. Competência (Autoridade legal). Delegação de autoridade. Justiça estadual. Ação judicial. Prática, processo e jurisprudência previdenciária.

ABSTRACT:

Objectives: The article aims to analyze the jurisdiction of the Federal Common Court and its delegation to the State Common Court in social security cases of a pecuniary nature, while conducting an analysis of the issue of the district of domicile of the insured located more than 70 km from the Municipality seat of the federal court whose circumscription covers the county seat municipality, pursuant to the new wording of the rule of art. 15, inc. III, of Federal Ordinary Law No. 5,010/1966, given by Federal Ordinary Law No. 13,876/2019. **Methodology:** The study method is corroborated by bibliographic (publications) and documentary (legal) research, in addition to the sources of formal research (lato sensu laws and doctrines) and material (facts and values of society). **Results achieved:** Article 2 of Resolution No. 603, dated 12.11.2019, of the Council of Federal Justice (CJF), made it explicit that: "The exercise of delegated competence is restricted to state districts located more than 70 kilometers from the Municipality seat of the federal court whose circumscription covers the Municipality seat of the district." **Final considerations:** The main contribution brought by the study is revealed in the need to elevate to the field of scientific research, including to spread knowledge, and to solve the constant doubt, including of Law operators, in the sense that the delegation of jurisdiction from the Federal Common Court to the State Common Court will only be considered provided that the state districts are located more than 70 km from the Municipality seat of the federal court whose circumscription covers the Municipality seat of the district.

KEYWORDS:

Federal court. Competence (Legal authority). Delegation of authority. State courts. Lawsuit. Practice, process and social security jurisprudence.

Sumário:

1 Introdução. 2 Competência jurisdicional da Justiça Federal. 3 Delegação de competência jurisdicional da Justiça Federal à Justiça Comum Estadual em causas previdenciárias de natureza pecuniária. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

Historicamente (BRASIL, Conselho da Justiça Federal, 2023a):

A Justiça Federal brasileira nasceu junto com a República, com a qual foi instituído o regime federativo. Uma vez implantada a Federação, abriram-se as portas para a definição de um sistema dual de Justiça, no qual passaram a coexistir, independente e harmonicamente, órgãos judiciários federais e estaduais (VELLOSO, 1995, p. 7). Um documento histórico representativo da fundação de nossa primeira República é a Exposição de Motivos preparada pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, fundamentadora da edição do Decreto n. 848, de 11/10/1890, que organizou a Justiça Federal. (...).

A Constituição Federal de 1891 não trouxe grandes alterações à organização da Justiça Federal, que se manteve praticamente nos moldes do Decreto n. 848/1890; (...).

Em 20/11/1894, a Lei n. 221 complementou a organização da Justiça Federal, (...).

O Decreto n. 3.084, de 05/11/1898, regulamentou a Lei n. 221/1894 e aprovou a Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal, (...).

Em 1937 extinguiu-se, pela Constituição do Estado Novo, a Justiça Federal. (...).

A Justiça estadual de primeira instância passou a ter competência para processar e julgar as causas de interesse da União, passando o Supremo Tribunal Federal a julgar essas mesmas causas em recurso ordinário (SADEK in: SADEK, 1995, p. 11; VELLOSO, 1995, p. 8).

A Constituição de 1946 recriou apenas a 2ª instância da Justiça Federal – o Tribunal Federal de Recursos, (...).

Na vigência do regime militar instaurado em 1964, o Ato Institucional n. 2, de 27/10/65, recriou a Justiça Federal de 1ª instância. (...).

Em 30/05/66, a Lei n. 5.010 criou o Conselho da Justiça Federal, (...).

A Justiça Federal de 1ª instância passou a se dividir em 5 regiões e em cada Estado, Território e no Distrito Federal seria instalada uma seção judiciária. (...).

As varas federais só deveriam existir no interior do Estado quando houvesse mais de uma vara na Capital – à Justiça Estadual foi delegada competência para julgamento dos executivos fiscais, das vistorias, das justificações e das matérias de natureza previdenciária nas comarcas do interior sem vara federal (até 1968 não havia varas federais no interior).

A Constituição Federal de 1967 manteve a mesma estrutura anterior para o Judiciário (com a diferença de que a este foi atribuído o nome “Poder Judiciário da União”), (...),

A competência federal da Justiça Estadual restringiu-se somente às ações de interesse do fisco nacional, (...).

Na edição do Ato Institucional n. 5, de 13/12/68, foram suspensas as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade dos juízes, bem como a de exercício em funções por prazo certo (...).

Por meio da Emenda Constitucional n. 01, de 17/10/69, os tribunais e juízes estaduais voltaram a ser incluídos na organização do Poder Judiciário. (...).

As garantias da magistratura – de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos – foram restauradas (...).

A partir de 15/07/71, pela Lei n. 5.677, criaram-se mais 14 varas na Justiça Federal de 1ª instância, além do mesmo número de cargos de juiz federal e de juiz federal substituto. (...).

O ingresso na carreira passou a se dar por meio de concurso público, por candidatos com mais de 25 anos de idade – em 1972 foi realizado o 1º concurso público para juiz federal substituto (OLIVEIRA, 1996. p. 13).

A Emenda Constitucional n. 7, de 13/04/77, ampliou a composição do Tribunal Federal de Recursos, que passou a ter 27 ministros – (...).

O Conselho Nacional da Magistratura passou a integrar o Poder Judiciário, por meio da EC n. 7/77. (...).

Essa emenda acrescentou ainda parágrafo único ao art. 112 da Constituição, prevendo a criação de lei complementar, denominada “Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Loman”, disciplinando a organização, o funcionamento, as garantias e proibições dessa categoria profissional. Essa Lei foi promulgada em 1979 (Lei Complementar n. 35, de 14/03). (...).

Ademais, por força da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a norma do seu artigo 92, inciso III, estabeleceram-se os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais como órgãos do Poder Judiciário.

Registre-se também que os Tribunais Regionais Federais, em substituição ao extinto Tribunal Federal de Recursos, foram instalados em 30.03.1989, cuja jurisdição e sede, nos termos da Resolução n. 1, de 06.10.1988, do Tribunal Federal de Recursos (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2023a), assim dispôs: a) TRF da 1ª Região, com sede em Brasília – DF e jurisdição sobre o Distrito Federal e os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins; b) TRF da 2ª Região, com sede no Rio de Janeiro – RJ e jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo; c) TRF da 3ª Região, com sede em São Paulo – SP e jurisdição sobre os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul; d) TRF da 4ª Região, com sede em Porto Alegre – RS e jurisdição nos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina; e) TRF da 5ª Região, com jurisdição em Recife – PE e jurisdição sobre os Estados de Pernambuco, Alagoas, Ceará, Paraíba, Rio Grande do Norte e Sergipe.

Então, por sua vez, a Lei Ordinária Federal n. 14.226, de 20.10.2021, criou o Tribunal Regional Federal da 6ª Região, com sede em Belo Horizonte e jurisdição no Estado de Minas Gerais. Além da jurisdição de Belo Horizonte – MG, existem subseções (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 6ª Região, 2023b) em Contagem, Divinópolis, Governador Valadares, Ipatinga, Ituiutaba, Janaúba, Juiz de Fora, Lavras, Manhuaçu, Montes Claros, Muriaé, Paracatu, Passos, Patos de Minas, Poços de Caldas, Ponte Nova, Pouso Alegre, São João del-Rei, São Sebastião do Paraíso, Sete Lagoas, Teófilo Otoni, Uberaba, Uberlândia, Unaí, Varginha e Viçosa.

2 Competência jurisdicional da Justiça Federal

No que tange à competência para o processo e julgamento das ações pelos juízes federais, assim estabelece a CRFB/1988:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II – as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
V-A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII – os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII – os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “exequatur”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI – a disputa sobre direitos indígenas.

Ademais: “As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte” (art. 109, § 1º, da CRFB/1988).

Lado outro:

“As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal” (art. 109, § 2º, da CRFB/1988).

Outrossim:

“Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal” (art. 109, § 5º, da CRFB/1988).

3 Delegação de competência jurisdicional da Justiça Federal à Justiça Comum Estadual em causas previdenciárias de natureza pecuniária

Acerca da jurisdição, destaca SILVA (2005, p. 802) que:

Derivado do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, judicatura), formado, com se vê, das expressões *jus dicere*, *juris dictio*, é usado precisamente para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite do poder de julgar de um juiz.

Assim, quanto à jurisdição delegada, segundo SILVA (2005, p. 904), torna-se mister frisar que:

Delegada é empregada para exprimir a jurisdição que não é própria nem originária; que se deriva de uma autorização de quem a possui a outrem, para que a possa exercer em seu lugar. Desta forma, a autoridade judicial (...), sem que possua o poder que se funda na jurisdição, desde que autorizada legalmente por quem o tem, passa a funcionar no exercício de jurisdição alheia, por força da delegação, que lhe foi feita.

Inclusive, nos dizeres de LIEBMAN (2003, v. I, p. 61), competência é a quantidade de jurisdição atribuída em exercício a cada órgão, ou seja, a “medida de jurisdição”. Ela determina portanto, para cada órgão singular, em quais casos, em relação a quais controvérsias, ele tem o poder de prover e correlativamente delimita em abstrato o grupo de controvérsias que lhe são atribuídas.

Sendo assim, pode-se enfatizar a delegação de competência “como medida de descentralização administrativa, [que] tem por objetivo transferir a uma autoridade delegada a competência para a execução de atribuições específicas” (SILVA, 2005, p. 424). Constitucionalmente, a norma do art. 109, § 3º, da CRFB/1988, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 103, de 12.11.2019, estabelece que:

Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.

Importante, pois, neste contexto, diferenciar as expressões “sede de vara do juízo federal” e “jurisdição federal sobre comarca de seu domicílio”. Por sede, destacando-se a da autoridade, entende-se como sendo a “localidade em que funciona a autoridade, nela mantendo a repartição ou o departamento onde exerce as atribuições que lhe são cometidas” (SILVA, 2005, p. 1.261); e, por jurisdição, “poder, em que se estabelece a medida das atividades funcionais da pessoa, seja juiz (...), incluídas não somente as atribuições relativas à matéria, que deve ser trazida a seu conhecimento, como a extensão territorial, em que o mesmo poder se exercita” (SILVA, 2005, p. 802).

Nesse desiderato, “sede de vara do juízo federal” é o local (Município) onde esteja instalada e em funcionamento uma vara da Justiça Federal, e, “jurisdição federal sobre comarca de seu domicílio” é a área territorial pela qual a Justiça Federal detenha jurisdição em diversos Municípios (p. ex. da comarca do domicílio do segurado que não for sede de vara federal).

Por sua vez, a norma infraconstitucional (Lei Ordinária Federal n. 5.010/1966), em seu art. 15, inc. III, na redação dada pela Lei Ordinária Federal n. 13.876/2019, dispõe-se no sentido de que:

Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...);

III – as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(...).

No âmbito do STF, o Recurso Extraordinário n. 860.508 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2023), de relatoria do então ministro Marco Aurélio, efetivou a admissibilidade de Repercussão Geral, a saber:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇAS FEDERAL E ESTADUAL – ALCANCE DOS ARTIGOS 105, INCISO I, ALÍNEA “D”, E 108, INCISO I, ALÍNEA “E”, DA CARTA DA REPÚBLICA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da competência, sob o ângulo dos artigos 105, inciso I, alínea “d”, e 108, inciso I, alínea “e”, da Constituição Federal, para processar e julgar conflitos entre juizado especial federal e juízo estadual no exercício de competência federal delegada. CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇAS FEDERAL E ESTADUAL – ALCANCE DO ARTIGO 109, § 3º, DO DIPLOMA MAIOR – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a questão acerca da definição do pressuposto fático para a incidência do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, se a inexistência de juízo federal no município ou na comarca onde reside o segurado ou beneficiário do Instituto Nacional do Seguro Social. (STF, Tribunal Pleno, RE 860508 RG, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 04/06/2015 e Publicação em 19/08/2015).

Por sua vez, quando do julgamento do mérito do RE 860.508, firmou-se a ementa:

COMPETÊNCIA – AÇÃO PREVIDENCIÁRIA – JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA COMUM. A competência da Justiça comum pressupõe inexistência, na comarca do domicílio do segurado ou beneficiário da previdência, de Vara Federal, sendo neutro o fator residência considerado certo distrito. (STF, Tribunal Pleno, RE 860508, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 08/03/2021 e Publicação em 23/03/2021)

Então, estabeleceu-se o Tema n. 820 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2023), in verbis:

- a) Competência para processar e julgar conflitos entre juizado especial federal e juízo estadual no exercício da competência federal delegada;
- b) Pressuposto fático para a incidência do art. 109, § 3º, da Lei Maior: a inexistência de juízo federal no município ou a inexistência de juízo federal na comarca onde reside o segurado ou beneficiário do INSS.

E, por via de consequência, a Tese (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2023):

A Competência prevista no § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, da Justiça comum, pressupõe inexistência de Vara Federal na Comarca do domicílio do segurado.

Já no STJ (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2023b), o tema n. 6 do Incidente de Assunção de Competência (IAC), julgado pela 1ª Seção, assim dispõe:

Questão submetida a julgamento: Efeitos da Lei n. 13.876/2019 na modificação de competência para o processamento e julgamento dos processos que tramitam na Justiça Estadual no exercício da competência federal delegada. Tese firmada: Os efeitos da Lei n. 13.876/2019 na modificação de competência para o processamento e julgamento dos processos que tramitam na Justiça Estadual no exercício da competência federal delegada insculpido no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, após as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, aplicar-se-ão aos feitos ajuizados após 1º de janeiro de 2020. As ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a essa data, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual, nos termos em que previsto pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal, pelo inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1965, em sua redação original. Anotações NUGEPNAC: Incidente admitido por decisão monocrática do relator, ad referendum da Primeira Seção, em decisão publicada em 18/12/2019. Em Questão de Ordem apresentada pelo Ministro relator Mauro Campbell Marques, a Primeira Seção admitiu o Incidente de Assunção de Competência, nos termos do Acórdão publicado no DJe de 25/9/2020. Informações Complementares: A Primeira Seção, em Acórdão publicado em 25/9/2020, em caráter liminar, determinou “a manutenção da imediata suspensão, em todo o território nacional, de qualquer ato destinado a redistribuição de processos pela Justiça Estadual (no exercício da jurisdição federal delegada) para a Justiça Federal, até o julgamento definitivo do presente Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência”, referente aos processos iniciados anteriormente a 1º/1/2020, os quais deverão ter regular tramitação e julgamento, independentemente do julgamento do presente Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência.

CC 170051/RS

Tribunal de Origem: JFRS

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Julgado em 21/10/2021

Acórdão publicado em 04/11/2021

Trânsito em julgado em 14/02/2022.

Inclusive, o TRF-1, noticiou (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2023a):

DECISÃO: Configura-se delegação da competência federal

quando a distância entre os municípios for superior a 70 Km a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) decidiu que é competente o Juízo de Direito da Comarca de Arcos/MG para julgar uma ação proposta por uma mulher para pedir o pagamento de benefício previdenciário.

No caso, o Juízo Estadual declinou da competência a ação sob a alegação de que a Lei 13.876/2019 (sobre a organização da Justiça Federal), que modificou a Lei 5.010/1966 estabeleceu a competência absoluta da Justiça Federal para julgar causas previdenciárias quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a menos de 70 Km da sede de Vara Federal. A autora da ação recorreu contra a decisão do Juízo que declinou sua competência para que a ação continuasse tramitando na Comarca de Arcos.

Ao analisar o pedido, o relator, desembargador federal Gustavo Soares Amorim, afirmou que “configura-se a hipótese de delegação da competência federal quando é superior a 70 Km a distância entre os centros urbanos dos municípios de localização dos juízos estadual e federal, conforme estabelecido no art. 15, inciso III, da Lei 5.010/1966 (com redação conferida pelo art. 3º da Lei 13.876/2019), Portaria TRF1-Presi 9507568/2019 e Portaria Presi 411/2021”.

Segundo o magistrado, o TRF1, “tornou pública a lista das comarcas estaduais com competência federal delegada para processamento e julgamento das causas em que forem partes instituição de previdência social e segurado relativamente a benefícios de natureza pecuniária, na qual é possível verificar que a Comarca de Arcos/MG está abrangida pelo Município de Divinópolis (distante mais de 70 Km), sendo competente para processamento e julgamento da causa, em decorrência, o Juízo da Comarca de Arcos/MG”.

Além disso, o relator informou em seu voto que o Conselho da Justiça Federal (CJF) editou a Resolução 603/2019 a qual estabeleceu em seu artigo primeiro que para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do município sede da Comarca estadual e o centro urbano do município sede da Vara Federal mais próxima, “em nada interferindo o domicílio do autor”.

A 1ª Turma do TRF1, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do relator.

Processo 1027859-08.2020.4.01.0000

Data da decisão: 20/07/2022

Data da publicação: 22/07/2022.

Não diferentemente é o entendimento do TRF-6 (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 6ª Região, 2023a):

Assuntos: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL E VARA ESTADUAL NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA DELEGADA.

ART. 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO NA REDAÇÃO DA EC 103/2019. LEI 13.876/2019. VIGÊNCIA POSTERIOR À PROMULGAÇÃO DA EMENDA. AÇÃO AJUIZADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA REFERIDA LEI. CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DO IAC Nº. 06 PELO STJ. PERDA DE OBJETO. SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA COM DISTÂNCIA MAIOR QUE 70 KM DA COMARCA DE DOMICÍLIO DA PARTE AUTORA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

Questão submetida a julgamento: Discute-se nos autos a competência para julgamento de pedido de benefício assistencial a idoso, ao fundamento de que se aplicaria a Lei 13.876, de 20/09/2019, com vigência a partir de 1º/01/2020, que mitigou a regra do art. 109, § 3º, da Constituição Federal. Tal Lei, em seu art. 3º, modificou o art. 15, III, da Lei n. 5.010/66, atribuindo competência delegada aos Juízes Estaduais das comarcas localizadas a mais de 70 Km de município sede de Vara Federal, para as causas entre segurados da Previdência Social e o INSS.

Decisão: Decidiu a 1ª Seção, por unanimidade, declarar a competência do juízo suscitado pois, como a ação foi ajuizada após a entrada em vigor da Lei n. 13.876/2019, aplica-se a regra nova. (TRF6, CCCiv n. 1025773-64.2020.4.01.0000, Rel.

Desembargadora Federal Luciana Pinheiro Costa, 1ª Seção, julgado em 17/11/22)

Interessante também destacar a Resolução n. 603, de 12.11.2019, do CJF (BRASIL, Conselho da Justiça Federal, 2023b), que dispõe sobre o exercício da competência da Justiça Federal delegada nos termos das alterações promovidas pelo art. 3º da Lei 13.876, de 20 de setembro de 2019:

O PRESIDENTE DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, usando de suas atribuições legais e tendo em vista o decidido no Processo n. 0006509-11.2019.4.01.8000 na sessão realizada em 11 de novembro de 2019,

CONSIDERANDO o disposto pela Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1965, art. 15, III, na redação dada pela Lei n. 13.876, de 20 de setembro de 2019, que limitou o exercício da competência delegada às comarcas situadas a mais de 70 Km de municípios de vara federal;

CONSIDERANDO a determinação legal para que os Tribunais Regionais Federais indiquem as comarcas que se encontrem no critério de distância fixado pela lei;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer critérios uniformes de modo a não haver distorções no tratamento da matéria entre os Tribunais Regionais Federais; CONSIDERANDO os princípios da eficiência e razoabilidade, que deverão nortear toda atuação administrativa, bem como princípio da razoável duração do processo;

CONSIDERANDO que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE “tem como missão retratar o Brasil, com informações necessárias ao conhecimento da sua realidade e ao exercício da cidadania, por meio da produção, análise, pesquisa e disseminação de informações de natureza estatística – demográfica e socioeconômica, e geocientífica-geográfica, cartográfica, geodésica e ambiental” (Decreto n. 4.740, de 13 de junho de 2003, Anexo I, art. 2º); CONSIDERANDO o disposto pelo art. 109, § 3º, da Constituição Federal, bem como pelo art. 5º, I, da Lei n. 13.876, de 20 de setembro de 2019, que estabelece critério para exercício da competência delegada federal pela Justiça Comum Estadual a partir de 1º de janeiro de 2020 e pelo art. 43¹⁶⁸ do Código de Processo Civil;

RESOLVE

Art. 1º. Esta resolução se destina a estabelecer, de forma uniforme, critérios para os Tribunais Regionais Federais publicarem a lista das comarcas estaduais com competência federal delegada para processamento e julgamento das causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado relativamente a benefícios de natureza pecuniária.

Art. 2º. O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca.

§ 1º. Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal na forma do caput deste artigo, deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do Município sede da comarca estadual e o centro urbano do Município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§ 2º. A apuração da distância, conforme previsto pelo parágrafo anterior, deverá observar o deslocamento real, e não em linha reta, conforme tabelas disponíveis em ferramentas de órgãos oficiais, Google Maps ou similares. (NR) (Redação dada pela Resolução n. 705, de 27 de abril de 2021)

Art. 3º. Observadas as regras estabelecidas pela Lei n. 13.876, de 20 de setembro de 2019, bem como por esta Resolução, os Tribunais Regionais Federais farão publicar, até o dia 15 de dezembro de 2019, lista das comarcas com competência federal delegada.

§ 1º. As listas das comarcas previstas no caput deste artigo deverão ser disponibilizadas nas páginas da internet dos respectivos tribunais, além de ser enviadas ao Conselho da Justiça Federal para divulgação em sua página própria, às seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, às Procuradorias Regionais Federais, às Procuradorias Regionais do Ministério Público Federal, às Corregedorias dos Tribunais de Justiça, à Defensoria Pública Federal, ao Instituto Nacional do Seguro Social, sem prejuízo de outros órgãos ou entidades que tenham interesse na matéria.

168 Art. 43 do Código de Processo Civil (2015): “Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.”

§ 2º. As Comarcas estaduais que deixarem de possuir competência delegada federal e os respectivos Tribunais Regionais deverão afixar em local de acesso aos advogados e ao público informação sobre a localização da vara federal competente para processamento das ações de que trata esta Resolução.

Art. 4º. As ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a 1º de janeiro de 2020, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual, nos termos em que previsto pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal, pelo inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1965, em sua redação original, e pelo art. 43 do Código de Processo Civil.

Art. 5º. Havendo declínio de competência de ações propostas em comarca que não possuam competência delegada a partir de 1º de janeiro de 2020, a remessa para a vara federal competente deverá ser promovida eletronicamente, nos termos em que definido pelo Tribunal Regional Federal respectivo.

Art. 6º. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Presidente

Caso *sui generis*, por exemplo, é o da Comarca de Boa Esperança – MG, a qual encontra-se localizada a mais de 70 km do Município sede da Subseção Judiciária de Lavras – MG (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 6ª Região, 2023b). Porém, Boa Esperança – MG está localizada a menos de 70 km de Varginha – MG (que também é Município sede de Subseção Judiciária). Daí, qual a solução? Conforme observado, o artigo 2º da Resolução n. 603, de 12.11.2019, do Conselho da Justiça Federal (CJF), c/c o artigo 2º, caput, da Portaria Presi (do TRF- 1) n. 411/2011, dispõem que: “O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca.” Logo, Boa Esperança – MG faz parte da competência jurisdicional da Subseção Judiciária de Lavras – MG, havendo, pois, delegação de competência jurisdicional da Justiça Federal à Justiça Estadual Comum, ex vi do Anexo I da Portaria Presi 411/2021 do TRF-1 (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2023b). Vale destacar que Circunscrição, no âmbito do Direito Processual Civil, significa: “Divisão territorial na qual o juiz de uma comarca exerce sua jurisdição.” (DINIZ, 2005, v. 1, p. 701). Ademais, a referida Portaria Presi n. 411/2011 do TRF-1 (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2023b), estabelece também que:

(...).

Art. 4º Nos termos da Resolução CJF 603/2019, as ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a 1º de janeiro de 2020, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual.

Art. 5º Havendo declínio de competência de ações propostas em comarcas que não possuam competência delegada a partir

de 1º de janeiro de 2020, a remessa para a vara federal competente deverá ser promovida eletronicamente.

Art. 6º As ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas até 30 de junho de 2021, cuja competência territorial tenha sido alterada em decorrência da Resolução CJF 603/2019, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo federal ao qual foram distribuídas, em atenção ao art. 43 do Código de Processo Civil, conforme disposto na Resolução CJF 705/2021, com a redação da Resolução CJF 706/2021. (...).

De todo modo, eventual recurso a ser interposto de decisão proferida em primeira instância de juízo estadual, deverá ser apresentado junto ao Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau, ex vi do art. 109, § 4º, da CRFB/1988.

4 Conclusão

A regra de competência dos juízes federais encontra-se sedimentada na norma do art. 109, inc. I usque XI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enquanto que as exceções estão previstas no § 3º de tal dispositivo legal. Assim, evidencia-se que:

“Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.” (Art. 109, § 3º, da CRFB/1988).

Nesse desiderato a lei que faz tal autorização é a Lei Ordinária Federal n. 5.010/1966, em seu art. 15, inc. III, na redação dada pela Lei Ordinária Federal n. 13.876/2019, no sentido de que:

Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...);

III – as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(...).

Importante registrar a Tese firmada pelo STF, no Tema n. 820, do RE 860.508 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2023), segundo a qual: “A Competência prevista no § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, da Justiça comum, pressupõe inexistência de Vara Federal na Comarca do domicílio do segurado.”

Ademais, o STJ (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2023b), quanto ao tema n. 6 do Incidente de Assunção de Competência (IAC), julgado pela 1ª Seção, assim firmou a seguinte Tese:

Os efeitos da Lei n. 13.876/2019 na modificação de competência para o processamento e julgamento dos processos que tramitam na Justiça Estadual no exercício da competência federal delegada insculpido no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, após as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, aplicar-se-ão aos feitos ajuizados após 1º de janeiro de 2020. As ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a essa data, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual, nos termos em que previsto pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal, pelo inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1965, em sua redação original.

Porém, entende-se que a melhor elucidação da questão se dá pelo artigo 2º da Resolução n. 603, de 12.11.2019, do Conselho da Justiça Federal (CJF), e, pelo artigo 2º, caput, da Portaria Presi (do TRF-1) n. 411/2011, no sentido de que: “O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca.”

Nesse contexto, entende-se que o ponto crucial da dúvida quanto à competência jurisdicional da Justiça Federal, a fim de possibilitar a sua delegação à Justiça Comum Estadual, é a palavra “circunscrição”, de tal forma que somente ocorrerá tal delegação se o Município sede da comarca estiver localizada a mais de 70 km do Município sede da vara federal de sua circunscrição.

Assim, ainda que o Município sede da comarca esteja localizado a menos de 70 km de Município sede da vara federal, porém, tal Município (da comarca) não se encontre na circunscrição (mediante previsão do respectivo Tribunal Regional Federal – TRF) da respectiva vara federal (com quilometragem inferior à destacada), manter-se-á a competência delegada federal, ainda que o Município (da comarca) se encontre na circunscrição de outra vara federal com quilometragem superior a 70 km. Trata-se, por exemplo, do caso do Município de Boa Esperança – MG, o qual está localizado a menos de 70 km do Município de Varginha – MG (sede de Subseção Judiciária), porém, faz parte da competência jurisdicional da Subseção Judiciária de Lavras – MG (com distância superior a 70 km).

Portanto, tão-somente as pessoas domiciliadas na sede de vara do juízo federal e aquelas cujo Município esteja localizado a menos de 70 km do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca é que são obrigadas, por imperativo constitucional (art. 109, caput e seus incisos, da CRFB/1988), a ajuizarem suas ações na Justiça Federal; e, as demais, podem (faculdade) escolher o local para o ajuizamento de suas respectivas ações (p. ex., de benefícios previdenciários de natureza pecuniária), ou seja, na sede de vara federal ou na justiça comum estadual (por delegação da competência federal), ex vi da exceção prevista na norma do art. 109, § 3º, da CRFB/1988, c/c a nova redação da norma do art. 15, inc. III, da Lei Ordinária Federal n. 5.010/1966, dada pela Lei Ordinária Federal n. 13.876/2019, c/c a norma do art. 2º da Resolução n. 603, de 12.11.2019, do Conselho da Justiça Federal (CJF).

De todo modo, insta concluir que, nos termos da Resolução n. 603, de 12.11.2019, do CJF (BRASIL, Conselho da Justiça Federal, 2023b), as ações, em fase conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a 1º.01.2020, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual. Havendo declínio de competência de ações propostas em comarcas que não possuam competência delegada a partir de 1º.01.2020, a remessa para a vara federal competente deverá ser promovida eletronicamente; e, as ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas até 30.06.2021, cuja competência territorial tenha sido alterada em decorrência da referida Resolução, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo federal ao qual foram distribuídas, em atenção ao art. 43 do Código de Processo Civil, conforme disposto na Resolução n. 705 do CJF (BRASIL, Conselho da Justiça Federal, 2023c), com a redação dada pela Resolução n. 706 do CJF (BRASIL, Conselho da Justiça Federal, 2023d).

5 Referências

BRASIL. Portal da legislação. Disponível em:

<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/?msckid=f58475b0b92111ec91c7df5470fec423>. Acesso em: 22 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resolução n.1, de 6 de outubro de 4/1988. Disponível em:

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/67714/RES_1_1988_TFR.pdf. Acesso em: 22 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Tema repetitivo 6. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=l&cod_tema_inicial=6&cod_tema_final=6. Acesso em: 21 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 860508 RG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4693819>. Acesso em: 21 jul. 2023.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). Breve histórico da Justiça Federal. Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/atlas/1ahist.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

_____. Resolução n.603/2019 – CJF, de 12 de novembro de 2019. Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Res%20603-2019.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2023.

_____. Resolução n.705/2021 – CJF, de 27 de abril de 2021. Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Res%20705-2021.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2023.

_____. Resolução n.706/2021 – CJF, de 28 de abril de 2021. Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Res%20706-2021.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Configura-se delegação da competência federal quando a distância entre os municípios for superior a 70 km. Disponível em:

<https://portal.trf1.jus.br/portalf1/comunicacao-social/imprensa/noticias/decisao-configura-se-delegacao-da-competencia-federal-quando-a-distancia-entre-os-municipios-for-superior-a-70-km.htm>. Acesso em: 21 jul. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Portaria Presi n. 411, de 25 de novembro de 2021. Disponível em:

<https://portal.trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/278200/1/Portaria%20presi%20411.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2023.

_____.Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Boletim informativo de jurisprudência. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/boletim-informativo-jurisprudencia/>. Acesso em: 21 jul. 2023.

_____.Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Jurisdição das varas. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/jurisdicao-3/>. Acesso em: 20j ul. 2023.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.v.1.

LIEBMAN,Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Tocantins: Intelectos, 2003.v.1.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 26. ed. Rio deJaneiro: Forense,2005.

Apelação Criminal 1003288-71.2020.4.01.3815

Grégore Moreira de Moura
Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região
Mestre em Ciências Penais e Doutor em Direito em Direito Constitucional pela UFMG
Professor de Direito Penal e Criminologia
Palestrante e autor de livros

Relatório

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL GRÉGORE MOURA (RELATOR):

Tratam-se de apelações criminais interpostas pelas defesas contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São João Del-Rei (ID 103584061 e ID 8678611, fls. 12/13), que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar Ailton Estevam do Nascimento pela prática, em concurso formal, dos delitos capitulados no art. 50, inciso I, e parágrafo único, inciso I, da Lei n.º 6.766/79, e no art. 40, caput, da Lei n.º 9.605/98, e Antônio Barbosa de Oliveira Neto pela prática do crime tipificado no art. 40, caput, da Lei n.º 9.605/98, respectivamente, às penas de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, e 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

Em suas razões recursais (ID 86786117, fls. 02/15), a defesa de Ailton Estevam do Nascimento alegou, preliminarmente, a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, ao argumento de que não foi analisada a tese defensiva de que restou comprovado que o apelante não praticou o delito previsto no art. 40 da Lei n.º 9.605/98. Aduziu, ainda, que a dosimetria foi realizada em conjunto, violando o princípio da individualização da pena, insculpido no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. Pleiteou, assim, a declaração de nulidade da sentença.

Em relação ao crime do art. 50 da Lei n.º 6.766/79, arguiu ausência de dolo e erro de proibição, eis que o apelante não tinha conhecimento de que o terreno se encontrava em área de preservação permanente ou em zona de amortecimento, razão pela qual pugnou por sua absolvição, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, ou a redução da pena em um terço, nos termos da parte final do art. 21 do CP. Caso não seja esse o entendimento, requereu a desclassificação da conduta para a modalidade simples.

Quanto ao crime ambiental (art. 40 da Lei n.º 9.605/98), alegou ausência de autoria, uma vez que os responsáveis pela supressão de vegetação, movimentação de terra e demarcação com piquetes, seriam os adquirentes dos lotes desmembrados. Aduziu que não há prova nos autos de que a conduta do apelante tenha causado danos diretos à Floresta Nacional de Ritópolis. Requereu a absolvição do apelante e, caso mantida a condenação, pleiteou a redução da prestação pecuniária fixada em razão de sua desproporcionalidade e das condições pessoais do recorrente.

A defesa de Antônio Barbosa de Oliveira Neto, em suas razões recursais (ID 86786117, fls. 21/46), requereu, preliminarmente, a aplicação do princípio da insignificância.

Alegou a atipicidade da conduta por ausência de dano ambiental, eis que a área onde foi feita a intervenção já havia sido modificada pela atuação humana e não possuía vegetação nativa, se tratando de um pasto destinado à criação de gado.

Ressaltou que o apelante não realizou qualquer intervenção e nem mesmo dano direto ou indireto à Unidade de Conservação e/ou à área de que trata o art. 27 do Decreto n.º 99.274/90.

Asseverou que o recorrente já cumpriu todos os requisitos exigidos pelo ICMBio para regularização da área em questão e aguarda a finalização dos procedimentos burocráticos internos para a liberação em definitivo da área.

Afirmou que não existem provas de que a área em debate se amolda à mencionada no art. 27 do Decreto n.º 99.274/90. Outrossim, asseverou que o apelante não tinha conhecimento de que se tratava de zona de proteção ambiental, consubstanciada na Floresta Nacional de Ritópolis, impondo-se a sua absolvição em razão da atipicidade da conduta por ausência de dolo.

Na hipótese de ser mantida a condenação, requereu: a) a aplicação da atenuante do erro de proibição; b) a desclassificação da conduta para a modalidade culposa; c) a aplicação da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “b”, do Código Penal; d) o afastamento da negativação da culpabilidade; e) a redução da prestação pecuniária para um salário mínimo ou sua substituição por duas penas restritivas de direitos.

Após contrarrazões (ID 86786123, fls. 04/36), subiram os autos à Corte Regional Federal da Primeira Região, onde receberam parecer pugnando pelo não provimento das apelações defensivas (ID103584060).

Redistribuído o feito ao Tribunal Regional Federal da 6ª Região, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Ao revisor.

Desembargador Federal **GRÉGORE MOURA** Relator

Voto

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL GRÉGORE MOURA:

Foi interposto recurso pelas defesas em face da sentença condenatória proferida em desfavor de Ailton Estevam do Nascimento e Antônio Barbosa de Oliveira Neto.

Nulidade da sentença

A defesa de Ailton Estevam alegou, preliminarmente, a nulidade da sentença por não ter apreciado a tese defensiva de que restou comprovado que o apelante não praticou o delito capitulado no art. 40 da Lei n.º 9.605/98.

Entretanto, conforme se depreende da fundamentação contida na sentença, a tese foi devida e detidamente analisada, sendo sua aplicabilidade expressamente afastada, nos seguintes termos:

“A tese da defesa dos réus pauta-se na ausência de dolo. Ambos dizem desconhecer que o local referia-se a uma área de preservação (em sentido lato). Sustentam também que desde muito tempo o local era um pasto, ou seja, que tratava-se de área antropizada, aquela cujas características originais foram alteradas.

Ocorre que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de, em matéria de direito ambiental, não permitir a prevalência de teses de defesa que, por vias oblíquas, visam tutelar suposto direito adquirido à devastação, nem admitir a invocação da teoria do fato consumado como forma de livrar o ofensor do dever de promover a recuperação da área atingida pela intervenção antrópica.

Do contrário, estar-se-ia a cancelar que o direito fundamental, indisponível e intergeracional ao meio ambiente equilibrado, constitucionalmente consagrado no art. 225 da CF, pudesse ser subjugado a pretensões egoísticas.

Ademais, o laudo pericial destaca que em determinado momento, com a paralisação das obras, a vegetação se regenerou, o que já era de se esperar dada a localização da região. Ou seja, ainda que se considerasse provado que a área em tela não tinha vegetação nativa (o que não se provou, muito ao contrário), sendo destinada exclusivamente para pasto, fato é que os réus tinham, na qualidade de proprietários/possuidores, cada um a seu tempo, o dever de resguardar a proteção legalmente afetada, se não promovendo a recuperação, no mínimo oportunizando a recomposição natural da floresta.

De toda sorte, a construção no local afetaria o meio ambiente de qualquer forma, trazendo danos para a zona de amortecimento da unidade de conservação e para a área de proteção permanente do Rio das Mortes, como já foi visto.

Com isso o juízo pretende esclarecer que independente de ser a área em tela pasto ou não, houve dano ambiental” (destaquei).

Loteamento ou desmembramento de solo para fins urbanos

Assim dispõe o art. 50, I, e parágrafo único, I, da Lei n.º 6.766/79:

“Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

(...)

Parágrafo único - O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido.

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente.

(...)

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

Segundo consta dos autos, **Ailton Estevam do Nascimento** desmembrou solo para fins urbanos ao subdividir uma gleba rural de sua propriedade, com área de 25,23,62 (vinte e cinco hectares, vinte e três ares e sessenta e dois centiares), denominada “Mato Dentro”, registrada sob a matrícula n.º 63.697, do livro 02, do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de São João Del Rei-MG, e com Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR n.º 09074159090 (ID 86786055, fls. 54/56), em lotes destinados à edificação.

De acordo com o contrato particular de compromisso de compra e venda juntado no ID 86786055, fls. 46/48, assinado em 20 de junho de 2012, Ailton prometeu à venda a **Andreza Carolina Oliveira, representada por seu procurador Antônio Barbosa de Oliveira Neto**, 2 hectares (vinte mil metros quadrados) da aludida gleba rural, pelo valor de R\$ 13.000,00 (treze mil reais).

Ficou ajustada a posse da compradora no imóvel, ficando autorizada a realização de qualquer benfeitoria necessária, ficando ela responsável, a partir da data da assinatura do contrato, pelo pagamento de impostos. Por sua vez, os vendedores (Ailton e sua esposa) se comprometeram a outorgar e assinar em favor da compradora a respectiva escritura definitiva do imóvel compromissado, livre e desembaraçado de quaisquer ônus.

Não obstante o contrato supramencionado, no dia 14 de março de 2016, foi lavrada a Escritura Pública de Venda e Compra anexada no ID 86786077, fls. 13/14, registrada em 15 de março de 2016, onde consta a venda por Ailton Estevam do Nascimento e sua esposa, Eleuza Maria Guimarães Nascimento, a Antônio Barbosa de Oliveira Neto, da área de 2.00.790 ha (dois hectares e setenta e nove centiares), situada no lugar denominado “Mato Dentro”, matriculada sob o n.º 72.569, do Livro 02, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São João Del Rei-MG, ITR n.º 4.899.504-5, Código do Imóvel Rural n.º 000.027.528.366-5, sendo o valor da transação de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Observa-se, portanto que, em 2012, quando ainda não havia sido formalizado o desmembramento do solo, parte da área rural de propriedade de Ailton foi prometida à venda a Andreza Carolina Oliveira, na pessoa de seu procurador e genitor, Antônio Barbosa de Oliveira Neto. Todavia, em 2016, após a averbação do desmembramento – AV- 1.72.569, foi registrada a venda da aludida área em favor de Antônio Barbosa de Oliveira Neto – R-2-72.569 (ID 86786077, fls. 15/17).

Consta dos autos, ainda, a Escritura Pública de Venda e Compra de 2.00.20 ha (dois hectares e vinte centiares) da gleba rural de Ailton para Jeanette Aparecida Maia Teixeira e Agnaldo Zansavio, bem como a certidão cartorária onde consta a averbação do desmembramento – AV-1-72567 e o registro da venda – R-2-72.567 ID 86786109, fls. 42/49).

Segundo a denúncia, o desmembramento do solo para fins urbanos foi realizado em desacordo com as disposições contidas na Lei n.º 6.766/79, com supressão de vegetação nativa, movimentação de terra e demarcação de piquetes, sem aprovação da prefeitura municipal e sem o devido registro imobiliário, o que não poderia ter ocorrido, eis que a área se encontra inserida em zona de amortecimento da Floresta Nacional de Ritópolis, unidade de conservação federal de uso sustentável. O delito de loteamento irregular do solo, previsto no art. 50 da Lei n.º 6.766/79, é considerado crime instantâneo com efeitos permanentes, cuja consumação ocorre com a atividade do agente de promover o início do loteamento ou desmembramento do solo, sem observância das determinações legais.

Outrossim, a aplicabilidade da Lei n.º 6.766/79 aos casos de desmembramento de imóvel rural está prevista em suas disposições finais, cujo art. 53 assim estabelece:

“Art. 53. Todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, do Órgão Metropolitano, se houver, onde se localiza o Município, e da aprovação da Prefeitura municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, segundo as exigências da legislação pertinente.

Desse modo, na espécie, é imperioso verificar se o parcelamento do imóvel rural se deu para fins urbanos, para o qual se exige aprovação do poder público e registro imobiliário e, cujo desrespeito, impõe ao agente as sanções previstas nos arts. 50 e 52 da Lei n.º 6.766/79.

Nos termos do art. 4º da Lei n.º 4.504/64 (Estatuto da Terra), imóvel rural seria o “prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada”.

Do mesmo modo, o art. 4º, I, da Lei n.º 8.629/93, que dispõe sobre a reforma agrária, conceitua imóvel rural, para os seus efeitos legais, como “o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial”.

Outrossim, o imóvel urbano se destina à finalidade residencial, comercial ou industrial, e está localizado em área com infraestrutura mínima.

De acordo com o art. 32 do Código Tributário Nacional, para efeitos da incidência do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU, “*entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público: I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II - abastecimento de água; III - sistema de esgotos sanitários; IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado*”. Noutro giro, o loteamento é uma das formas de parcelamento do solo, sendo admitido apenas para fins urbanos, em áreas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, desde que previamente aprovado pelo órgão municipal competente (art. 3º da Lei n.º 6.766/79), eis que cabe aos municípios executar as políticas de desenvolvimento urbano, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. Assim, é vedado ao proprietário de imóveis rurais dar finalidade urbana ao imóvel, sem prévia anuência da prefeitura.

Por certo, a limitação do parcelamento do solo rural tem por escopo garantir a função social da propriedade rural, em estrita observância às disposições contidas no art. 186 da Constituição Federal, no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 4.504/64, e nos arts. 6º e 9º da Lei n.º 8.629/93.

Cumprido destacar, ainda, que, nos termos do art. 65 da Lei n.º 4.504/64 e do art. 8º da Lei n.º 5.868/72, nenhum imóvel rural pode ser desmembrado em tamanho inferior ao do módulo de propriedade rural, variável nas unidades da Federação. Ademais, não é admissível o parcelamento de glebas rurais para núcleos urbanos ou sítios de recreação.

Isso porque o parcelamento irregular do solo rural contraria o interesse público e desvirtua a função social da propriedade rural, além de causar impactos e degradação ao meio ambiente natural.

Nesse contexto, ainda que o imóvel esteja situado em zona rural, será considerado urbano se possuir caráter nitidamente habitacional ou recreativo, não se voltando para a exploração da terra para fins agrícolas, extrativistas, pecuários ou agroindustriais.

No caso em apreço, Ailton desmembrou a sua propriedade rural com área de 25,23,62 (vinte e cinco hectares, vinte e três ares e sessenta e dois centiares), em quatro lotes, sendo três com áreas de pouco mais de dois hectares, os quais foram vendidos para Antônio Barbosa, Aginaldo Zansavio e Paulo, ficando com o restante do terreno.

Sobre o desmembramento da propriedade, Ailton Estevam afirmou por ocasião de seu interrogatório judicial (ID 86786149):

“(...) em 2007 a mãe veio a falecer e em 2009, o seu pai; ficaram só ele e a esposa no terreno; não teve condições de arrumar os documentos do terreno e vendeu as áreas que desmembrou, 2 hectares, para poder fazer o inventário; o terreno tinha 35 hectares, aí eu fiquei com 29 e vendi 3 lotes de 2 hectares cada um; que vendeu para fazer o inventário e regularizar a situação do terreno; que não sabia que o terreno estava em zona de amortecimento; que a sua família sempre trabalhou na terra e tinha uma casa na parte de trás; que pediu informações quando foi vender para fazer a documentação, para passar a escritura para os compradores; que foi no Registro e ficou sabendo que o mínimo rural era 2 hectares; que vendeu 3 lotes para Aginaldo, Antônio Barbosa e Paulo; que fez negócio com os três juntos, que pagaram à (vista; que foi feito contrato de compra e venda; que após a venda demorou mais de um ano para passar a escritura, por causa do inventário; que o terreno já era registrado, que fez o inventário para poder desmembrar e vender; que ficou sabendo que a área era de amortecimento depois da multa do Aginaldo em 2014; que fez a demarcação quando vendeu os 2 hectares; que vendeu e logo depois fez a cerca de arame; que vendeu os lotes depois de 2012” (destaquei).

Na espécie, mesmo que obedecido o módulo mínimo para desmembramento (2 hectares), se trata de fracionamento irregular de imóvel rural diante da ausência de autorização dos órgãos públicos competentes e de registro público, em loteamento com características urbanas.

Segundo informado em Juízo por Antônio Barbosa (ID 86786152), ele adquiriu o terreno de Ailton para fazer um barraquinho para ir aos finais de semana com a família, com o intuito de descontrair. Asseverou, mais, que ao comprar a área não viu o documento do imóvel e que somente um ou dois anos depois foi feita a transferência da matrícula para o seu nome.

Outrossim, conforme apontado no parecer de ID 103584060:

“Também o fato de o desmembramento ter sido registrado no cartório de registro de imóveis do Município não demonstra a sua boa-fé, pois o cartório não tem o compromisso legal de verificar que a finalidade do desmembramento seja urbana ou rural quando respeitada a fração mínima de parcelamento, como emerge do Código de Normas da Corregedoria- Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais (Provimento Conjunto nº 93/2010):

“Art. 982. O parcelamento de imóvel rural para fins urbanos será precedido de averbação de alteração de sua destinação, a qual, por sua vez, depende de certidão do órgão municipal competente que ateste a inclusão do imóvel em zona urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica, conforme lei local.

Parágrafo único. Averbada a descaracterização do imóvel rural na matrícula, o oficial de registro de imóveis comunicará essa alteração ao INCRA, sendo dispensada a anuência prévia do proprietário.

Art. 983. O parcelamento de imóvel urbano dependerá, em qualquer hipótese, de prévia anuência do Município.

(...)

Portanto, o cartório de registro de imóveis, uma vez respeitada a fração mínima de parcelamento do imóvel rural, não tem como saber que o desmembramento tem finalidade urbana, dependendo de iniciativa do proprietário do imóvel obter, junto à Prefeitura Municipal, certidão demonstrando que a finalidade do desmembramento de seu imóvel não é rural, mas que se destina, por exemplo, ao recreio ou mera habitação (finalidades não rurais)”.

Deve-se destacar, ainda, as disposições contidas na Instrução Normativa n.º 17-B do INCRA, sobre o parcelamento para fins urbanos de imóveis rurais localizados em áreas fora da zona urbana ou de expansão urbana:

“3. PARCELAMENTO, PARA FINS URBANOS, DE IMÓVEL RURAL LOCALIZADO FORA DA ZONA URBANA OU DE EXPANSÃO URBANA.

3.1 O parcelamento, para fins urbanos, de imóvel rural localizado fora de zona urbana ou de expansão urbana, assim definidas por lei municipal, rege-se pelas disposições do art. 96, do Decreto n.º 59.428, de 27/10/66, e do art. 53, da Lei n.º 6.766, de 19/12/79.

(...)

3.3 Os parcelamentos com vistas à formação de núcleos urbanos, ou à formação de sítios de recreio, ou à industrialização, somente poderão ser executados em área que:

a) por suas características e situação, seja própria para a localização de serviços comunitários das áreas rurais circunvizinhas;

b) seja oficialmente declarada zona de turismo ou caracterizada como de estância hidromineral ou balnearia;

c) comprovadamente tenha perdido suas características produtivas, tornando antieconômico o seu aproveitamento.

3.4 A comprovação será feita pelo proprietário, através de declaração da Municipalidade e/ou através de circunstanciado laudo assinado por técnico habilitado.

3.5 Verificada uma das condições especificadas no item 33, o INCRA, em atendimento a requerimento do interessado, declarará nada ter a opor ao parcelamento.

3.6 Aprovado o projeto de parcelamento, pela Prefeitura Municipal ou pelo Governo do Distrito Federal, e registrado no Registro de Imóveis, o INCRA, a requerimento do interessado, procederá à atualização cadastral, conforme o disposto no item 2.3.”.

Desse modo, ao promover o desmembramento do imóvel rural em três pequenos lotes para fins urbanos, sem autorização da prefeitura municipal e dos órgãos competentes, Ailton Estevam incidiu na prática do delito em comento.

Na espécie, o loteamento apenas poderia ter sido realizado após prévia autorização do projeto pela Prefeitura Municipal de São João Del-Rei/MG, seguida do registro competente, para somente, então, ser submetido à comercialização.

E não procede a alegação da defesa de ausência de dolo ou erro de proibição, eis que é notório que a venda de imóveis, seja rural ou urbano, está sujeita à observância dos procedimentos previstos em lei.

Desse modo, é dever do proprietário da terra tomar as providências necessárias para o regular desmembramento de propriedade que lhe pertence.

De outro lado, ao contrário do sustentado pela defesa, tem-se evidenciado o dolo com o qual agiu o apelante.

Em dezembro 2014, por ocasião das ações de controle de ilícitos ambientais realizada pelo ICMBio, Ailton Estevam foi alertado sobre a irregularidade da venda dos lotes, constando do relatório o seguinte (ID 68786058, fls. 39/59 e ID 66786059, fls. 01/05):

“Dias antes, em ação de vistoria solicitada pelo Ministério Público Estadual, relativas às antigas áreas de mineração, havíamos encontrado o Sr. Agnaldo Zansavio que comandava uma operação de terraplanagem na área, a qual disse ter adquirido como um lote, assim como outros cidadãos, procurando fazer referência a autoridades, destacando também um policial civil, que já havia feito até um muro de pedras numa gleba próxima.

Ao ser informado da irregularidade que estava cometendo, telefonou para o ex-proprietário, Sr. Ailton Estevam do Nascimento, que se deslocou rapidamente até o local. A este informamos sobre a ilegalidade da venda daqueles lotes em uma área rural.

Neste mesmo dia, o Sr. Ailton disse que havia herdado a área, regularizado e vendido alguns lotes em acordo com o que teria sido informado pelo cartório de Ritápolis e que não teve nenhuma informação sobre que as glebas não poderiam ser inferiores ao tamanho do módulo rural mínimo de 02 hectares, por isso as teria vendido e que nada mais poderia ser feito. Alertando-o-mais uma vez sobre a irregularidade e das providências administrativas que seriam efetivadas e demais consequências, orientamos para que desfizesse os negócios e que, desde já, impedisse que os adquirentes promovessem quaisquer alterações no terreno.

Surpresa foi constatar que, logo em seguida, a gleba onde verificamos a terraplanagem e um muro de pedra na encosta, no lote vendido ao policial civil, Sr. Antônio Barbosa de Oliveira Neto, as obras foram bruscamente aceleradas.

Fato é que em outros locais em que alertamos aos adquirentes para desfazerem os seus negócios e para não praticarem nenhuma intervenção nas áreas ocorreu a mesma prática. O “modus operandi” destas pessoas tem sido apostar que depois de que a obra estiver construída não haverá como o negócio ser desfeito e eles permanecerão utilizando as áreas irregulares e instalações ilegais”.

Assim, apesar de ser alertado em **dezembro de 2014** sobre a irregularidade do loteamento, Ailton Estevam promoveu, em **janeiro de 2016**, a averbação do desmembramento da gleba rural, e em março de 2016, os registros das vendas, conforme pode ser visto das certidões imobiliárias juntadas no ID 86786077, fls. 15/17 e ID 86786109, fls. 46/49, não havendo, pois, que se falar em ausência de dolo ou erro de proibição.

Por fim, não merece acatamento o pedido da defesa de desclassificação da conduta para a modalidade simples, uma vez que a alienação ou promessa de venda de unidade em loteamento irregular, ou seja, não registrada no Registro de Imóveis competente, configura a forma qualificada do crime, nos termos do parágrafo único, I, do art. 50, da Lei n.º 6.766/79. Consigne-se, conforme apontado no parecer ministerial, que houve o desmembramento do imóvel rural, com abertura de novas matrículas para os lotes gerados e o registro da transferência da propriedade. Todavia, não houve, a prévia aprovação e registro do projeto de desmembramento nos órgãos competentes, nos termos em que determinado no art. 18 da Lei n.º 6.766/79.

Crime ambiental

Princípio da Insignificância

Não merece guarida o pleito da defesa de Antônio Barbosa relativo à incidência, no presente caso, do princípio da insignificância, diante da mínima ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

O princípio da insignificância exige não só a irrelevância do resultado, como também a mínima ofensividade da ação e da culpabilidade.

Deve se destacar, ainda, que a lesão jurídica não se mede apenas pela extensão da área violada, devendo ser levada em consideração toda a região em que está inserida e o dano que a conduta produz em todo o ecossistema.

O crime foi praticado em zona de amortecimento da Floresta Nacional de Ritópolis, não havendo que se falar em ausência da tipicidade material ou do desvalor do resultado, uma vez que o bem protegido é de suma importância para toda a população, sendo que suas normas visam proteger o ecossistema da região, com a preservação do habitat de animais silvestres e a flora local, bem como a qualidade dos recursos hídricos.

Segundo o relatório preliminar juntado no ID 86786058, fls. 39/41, o crescente loteamento irregular na zona de amortecimento da Flona de Ritópolis, seguida de construções ilegais, produz efeitos negativos à conservação da região, destacando-se:

- “• Aumento da circulação de pessoas, veículos e animais domésticos, ampliando ilimitadamente os níveis de ruídos da área destinada à conservação, afugentando a fauna silvestre local, bem como trazendo riscos de atropelamentos, contaminações e doenças às espécies autóctones;

- Supressão de vegetação nativa e destruição do habitat da fauna silvestre. O que agrava este fato é que, em toda a região, praticamente não existem mais áreas florestadas para o refúgio destes animais, prejudicando diretamente a capacidade de sobrevivência destas espécies;

- Muros impedindo a circulação da fauna, instituindo inclusive uma vultosa barreira artificial que impede que os animais possam ter acesso à água;

- Abundante acréscimo na produção de resíduos, tais como: efluentes de banheiros e cozinha contaminando as águas dos rios e córregos, lixo doméstico contendo uma série de contaminantes e objetos que, quando ingeridos de forma direta ou indireta por espécies da fauna silvestre podem provocar doenças, prejuízos a capacidade reprodutiva dos animais e morte;
- O aumento de presença de populações de forma ilegal em áreas conservadas, invariavelmente traz problemas como a caça de animais nativos (totalmente proibida pela nossa legislação) e pesca em desacordo com os períodos e restrições previstas em Lei. Nesta circunstância não costumam ser raros os casos de invasão de unidades de conservação para a prática destes tipos de ilícitos;
- Dentre outras circunstâncias cabe destacar que os habitats naturais, as áreas de recarga e os cursos d'água estão sendo progressivamente reduzidos, contaminados e destruídos. E, por outro lado, a capacidade de resiliência da natureza tem sido diminuta frente aos severos impactos que a ação humana vem causando ao Meio Ambiente de forma sistemática.
- Necessidade de que no Município de São João Del Rei, e Região, seja mantida e até ampliada a área de conservação e as reservas florestadas, para o bem estar das pessoas que aqui residem e garantia de funcionamento dos ciclos da natureza”.

Outrossim, segundo depoimento prestado em Juízo pela testemunha Fábio Luís Vellozo de Mello, que, na época dos fatos, se encontrava na Chefia da Floresta Nacional de Ritópolis (ID 86786140):

“quando você tem na zona de amortecimento uma intensificação da presença antrópica você começa a ter prejuízo para a conservação porque cada grupo de pessoas que chega para ocupar o local traz uma série de problemas, desde os mais básicos; se você começa a usar mais uma estrada ali, você começa a ter atropelamento de animais; se você começa a ter residência, você começa a ter produção de lixo, de esgoto, de pedestres, de barulhos, isso tudo provoca o afugentamento de fauna; se você tem espécies nativas de flora, com certeza acaba havendo algum dano por alguma necessidade, por algum exagero; a presença humana, a antropização das áreas anda em sentido contrário à preservação; quanto mais presença antrópica em áreas a serem preservadas mais problemas você vai ter para a conservação; você tem problemas de pesca, de caça; uma máquina, um veículo, numa área de solo frágil, de declividade grande, vai causar uma erosão muito acentuada, como aconteceu com a abertura de estrada de acesso nesse terreno onde houve um estrago muito grande”.

De outra parte, no Relatório Preliminar das ações de controle de ilícitos ambientais referente à Operação S.O.S. Verde (ID 86786058, fls. 39/59 e ID 86786058, fls. 01/05), consta a seguinte advertência:

“Há que se considerar que se permitida a antropização desta localidade, que se apresentava, num trecho da Z.A. mais destacado e distante das intervenções humanas, **a consequência mais imediata será uma redução significativa do habitat de animais silvestres, e fragilização dos ecossistemas da flora local**, deixando a conservação praticamente limitada à área interna da Flona de Ritápolis” (destaquei).

Portanto, é inadmissível a aplicação do princípio da insignificância ao delito em questão, tendo em vista a expressiva lesão jurídica ao meio ambiente, havendo interesse estatal na sua repressão.

In casu, os bens violados possuem natureza intangível e o direito penal deve ser chamado a agir, não havendo que se falar na irrelevância do resultado.

Esse é o entendimento dos Tribunais Superiores, conforme jurisprudências abaixo transcritas:

“PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 34 DA LEI 9.605/1998 (LEI DE CRIMES AMBIENTAIS). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA.

I - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação de certos requisitos, de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.

II – A quantidade de peixes apreendida em poder do paciente no momento em que foi detido, fruto da pesca realizada em local proibido e por meio da utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos, como no caso dos autos, lesou o meio ambiente, colocando em risco o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta.

III - Ademais, os autos dão conta da existência de registros criminais pretéritos, bem como de relatos de que o paciente foi surpreendido por diversas vezes pescando ou tentando pescar em área proibida, a demonstrar a reiteração delitiva do paciente.

IV - Os fatos narrados demonstram a necessidade da tutela penal em função da maior reprovabilidade da conduta do agente. Impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

V – Ordem denegada”.

(STF, HC n.º 135404, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, data do julgado 07/02/2017, data da publicação 02/08/2017).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. MANUTENÇÃO DE AVES SILVESTRES EM CATIVEIRO SEM AUTORIZAÇÃO. POSSE IRREGULAR DE ARMAS DE FOGO, MUNIÇÃO E APETRECHOS PARA CAPTURA DE ANIMAIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Segundo a compreensão do STJ, a aplicação do princípio da bagatela, nos crimes ambientais, requer a conjugação dos seguintes vetores: conduta minimamente ofensiva; ausência de periculosidade do agente; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.

2. No caso, embora a quantidade de aves apreendidas não haja sido expressiva, a conduta do réu foi dotada de ofensividade e reprovabilidade, uma vez que em sua residência foram encontradas armas, munições e petrechos para captura de animais, situação que demonstraria dedicação à prática predatória, a afastar a aplicação do princípio da insignificância.

3. Agravo regimental não provido”.

(STJ, AgRg no HC n.º 581.179/SC, Sexta Turma, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 12/6/2023, DJe de 14/06/2023).

Materialidade e autoria

Dispõe o art. 40 da Lei n.º 9.605/98, in verbis:

“Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:

Pena - reclusão, de um a cinco anos”.

Já o art. 27 do Decreto n.º 99.274/90, assim estatui:

“Art. 27. Nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota ficará subordinada às normas editadas pelo Conama”.

A Floresta Nacional de Ritópolis foi criada por decreto em 21 de setembro de 1999 (ID 86786062, fl. 05) e constitui uma Unidade de Conservação de Uso Sustentável. Ela localiza-se na porção centro-sul do estado de Minas Gerais e protege parcelas do bioma da Mata Atlântica, possuindo extensão de 89,50 (oitenta e nove hectares e cinquenta centiares).

Por sua vez, o Plano de Manejo da Floresta Nacional de Ritópolis (ID 86786062, fls. 09/75) definiu a sua zona de amortecimento, ou seja, a área em seu entorno, na qual “as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade” (art. 2º, inciso XVIII, Lei n.º 9.985/2000).

Segundo a denúncia, a conduta de Ailton Estevam do Nascimento consistiu no desmembramento irregular do solo realizado em zona de amortecimento de unidade de conservação, sem licença ambiental e autorização ou anuência do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, causando danos indiretos à Floresta Nacional de Ritópolis e danos diretos à zona de amortecimento.

Por sua vez, Antônio Barbosa de Oliveira adquiriu lote produto de parcelamento clandestino, sem registro imobiliário, tendo, ainda, realizado a supressão de vegetação nativa, movimentação de solo e construção de alvenaria, e ali as manteve, impedindo a regeneração natural da vegetação, à revelia do ICMBio e em contrariedade às normas do Plano de Manejo, causando danos indiretos à Floresta Nacional de Ritópolis e danos diretos à zona de amortecimento.

A materialidade delitiva encontra-se suficientemente demonstrada pela farta documentação acostada aos autos:

- i. Auto de Infração n.º 014508-A, expedido em desfavor de Antônio Barbosa de Oliveira Neto (ID 86786055, fls. 18/29);
- ii. Auto de Infração n.º 018191-A, expedido em desfavor de Ailton Estevam do Nascimento (ID 86786062, fls. 39/40); iii) Escritura Pública de Inventário e Adjudicação de Bens (ID 86786055, fls. 54/56); iv) Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda (ID 86786055, fls. 46/48);
- iii. Escrituras Públicas de Venda e Compra (ID 86786077, fls. 13/14 e ID 86786109, fls. 42/44);
- iv. Relatório de Fiscalização – Parte I (ID 86786055, fl 60, e ID 86786057, fls 02/08);
- v. Relatório de Fiscalização – Parte II (ID 86786057, fls. 04/18);
- vi. Termo de Inspeção (ID 86786057, fl. 43);
- vii. Memória de Visita (ID 86786057, fls. 49/59 e ID 86786058, fls. 01/29);
- viii. Relatório Preliminar das Ações de Controle dos Ilícitos Ambientais Verificados na Zona de Amortecimento da Floresta Nacional de Ritópolis (ID 86786058, fls. 39/59 e ID 86786058, fls. 01/05);
- ix. Boletim de Ocorrência n.º M7129-2014.0201813 (ID 86786070, fls. 17/21);
- x. depoimentos prestados em sede policial (ID 86786070, fls. 27/29 e 43, e ID 86786072, fls. 05/15) e em Juízo (ID 86786128);
- xi. Laudo Pericial n.º 839/2016 (ID 86786072, fls. 37/57);
- xii. Laudo de Perícia Criminal Federal n.º 561/2018 – UTEC/DPPF/JFA/MG – Meio Ambiente (ID 86786106, fls. 36/56).

Sustentou a defesa de Ailton Estevam que não foi ele o responsável pela supressão de vegetação, movimentação de terra e demarcação com piquetes, e que não há prova nos autos de que sua conduta tenha causado danos à Floresta Nacional de Ritópolis.

Todavia, razão não assiste à defesa.

O parcelamento do solo promovido por Ailton, consistente na divisão de gleba de imóvel rural localizada em zona de amortecimento de unidade de conservação, é considerado atividade potencialmente capaz de causar degradação ambiental, demandando licenciamento ambiental, nos termos do art. 10 da Lei n.º 6.938/81, e do art. 2º, § 1º e Anexo I, da Resolução CONAMA n.º 237/97, que assim dispõem:

Lei n.º 6.938/81:

“Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental” (Redação dada pela Lei Complementar n.º 140, de 2011).

Resolução CONAMA n.º 237/97:

“Art. 2º. A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

§ 1º. Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo 1, parte integrante desta Resolução.

[...]

Anexo 1

Atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental

[...]

Atividades diversas

- parcelamento do solo
- distrito e pólo industrial

Atividades agropecuárias

- projeto agrícola
- criação de animais
- projetos de assentamentos e de colonização”.

Tem-se, ainda, que o projeto de desmembramento, uma vez licenciado pelo órgão ambiental competente, deverá ser submetido a parecer técnico da Unidade de Conservação, nos termos do item 5.2 do Plano de Manejo da Floresta Nacional de Ritápolis.

Sobre a área se tratar de zona de amortecimento da Flona de Ritápolis, exigindo prévio licenciamento ambiental para o seu parcelamento, assim relatou a testemunha Ronaldo Silva Matos, fiscal federal do ICMBio, por ocasião de sua oitiva judicial (ID 86786136):

“que aquele local de parcelamento é uma zona de amortecimento da Floresta Nacional de Ritápolis, onde as pessoas têm de cumprir a legislação, principalmente daquelas áreas circundantes das unidades de conservação; que lembra dos investigados; que foi constatado o parcelamento e eles figuraram como responsáveis por aquele parcelamento do solo; (...) que aquilo ali caracterizou um parcelamento de solo irregular; (...) que além do território em si da unidade, nós temos as zonas de amortecimento, criadas justamente para manter o controle, equilibrar o impacto da atividade humana sobre aquele território que é limítrofe com o território de uma unidade de conservação; que a ação do ICMBio visa justamente o controle desses parcelamentos de solo; que o proprietário tem todo direito de vender suas terras, mas o parcelamento do solo em zonas de amortecimento tem que passar por licenciamento ambiental, por autorizações; que aqueles que têm suas terras no entorno da unidade, se quiserem parcelar, têm que procurar o licenciamento ambiental; que ser for zona de amortecimento de unidade de conservação, o proprietário tem que procurar o órgão gestor daquela unidade de conservação; que é o órgão que vai dar anuência ou não àquela atividade; que a atividade de parcelamento de solo irregular traz supressão de vegetação, poluição dos lençóis, não tem nenhum controle da parte sanitária, das vias, da coleta de lixo, da energia elétrica; que são espaços naturais que são ocupados irregularmente e vão ocasionar grandes impactos; que tudo que está sob essa zona de amortecimento vai virar cidade e uma cidade, um bairro, desorganizado, como a gente vê Brasil afora; (...) que nosso objetivo em Ritápolis foi conter o parcelamento irregular do solo, com essas consequenciais que eu citei; que na zona de amortecimento das unidades, o ICMBio tem que ser ouvido; é o órgão responsável pela gestão dos recursos; o ICMBio analisa, emite notas técnicas sobre atividades onde o território é gerido, mas não autoriza a construção da casa, quem faz isso é a prefeitura;” (destaquei).

De outra parte, também estatui o item 5.2 do Plano de Manejo da Floresta Nacional de Ritápolis, no tópico Uso da terra, que não serão *“permitidas atividades de terraplanagem, dragagem e escavação que venham a causar danos ou degradação do meio ambiente e/ou perigo para pessoas ou para a biota sem autorização dos órgãos competentes e com a anuência do gestor da UC, o qual deverá analisar a pertinência da realização dos estudos necessários”* (ID 86786062, fl. 25).

Destaque-se, no ponto, que, segundo laudo pericial da Polícia Civil (ID 86786072, fls. 37/57), restou constatada a intervenção antrópica em área de preservação permanente (APP), pela supressão de vegetação, queimada, realização de terraplanagem e construção em alvenaria, atingindo uma área de aproximadamente 1.850 m². Segundo o *expert*, a “supressão da vegetação por remoção e soterramento promove condições favoráveis ao surgimento de zonas erosivas no solo (ver figura 4), assoreamento das nascentes e mananciais hídricos com a consequente destruição dos vários organismos vivos da fauna e flora locais”.

Tem-se, ainda, que a perícia ambiental realizada pela Polícia Federal constatou que a supressão da vegetação e as obras de terraplanagem causaram danos ambientais que afetaram diretamente a zona de amortecimento da Floresta Nacional de Ritópolis e a Área de Preservação Permanente do Rio das Mortes e indiretamente a Unidade de Conservação da Flona de Ritópolis.

Segundo Laudo de Perícia Criminal Federal n.º 561/2018 (Meio Ambiente) – UTEC/DPF/JFA/MG (ID 86786106, fls. 36/56):

“Encontrada a área dos presentes exames pelo Perito, a partir do par de coordenadas referidas no item I - HISTÓRICO do presente Laudo, pôde-se constatar que se trata de obras de infraestrutura em duas áreas, a primeira, aqui denominada Área 01 (supostamente de propriedade de Antônio Barbosa de Oliveira) e a segunda área, aqui denominada de Área 02 (supostamente de propriedade de Agnaldo Zansavio), que consistiu na construção de uma via de acesso e duas áreas terraplanadas, aparentemente com o objetivo de construir duas casas. Vide Figuras 02 a 10.

No local da Área 01 constatou-se uma terraplanagem onde havia uma construção de uma fundação de concreto de uma casa e o início da edificação com tijolos (Figura 04), um muro de pedra de contenção no barranco (Figura 06), materiais de construção prontos para serem utilizados (Figura 07) e uma área desmatada onde se plantou um pomar (Figura 08).

No local da Área 02 constatou-se uma terraplanagem, onde havia algumas manilhas de concreto (Figuras 09 a 12).

(...)

A análise da área examinada foi feita também pelo método indireto, que por meio de imagens de satélite de alta resolução, em seis datas diferentes, visando compor o histórico dos acontecimentos no local. Vide Figuras 13 a 17 abaixo.

(...)

Para a área, aqui denominada de Área 01, foi estimada em aproximadamente 820 m² (oitocentos e vinte metros quadrados) de terraplanagem e uma área de aproximadamente 960 m² (novecentos e sessenta metros quadrados) desmatada onde se plantou um pomar.

Para a área, aqui denominada de Área 02, foi estimada em aproximadamente 2.100 m² (dois mil e cem metros quadrados) de terraplanagem.

Foi constatado, por meio de análise da imagem de satélite, com a data de 20/05/2008, que nesta data, não havia obras de terraplanagem no local, vide Figura 13 acima.

Já ao analisar a imagem de 19/10/2012 observa-se na feição, que nesta data, a retirada de grande parte da vegetação do local e a construção da estrada de acesso e execução da terraplanagem na Área 01, o que permite concluir que a intervenção neste local começou antes da data de 19/10/2012. Vide Figura 14 acima.

Na imagem de 29/04/2014 observa-se na feição, que nesta data, na Área 01 aparentemente as atividades estavam paralisadas, visto que se observa o surgimento da vegetação espontânea na área terraplanada e na estrada de acesso, porém se observa covas para plantio de mudas no pomar. Também, nesta data, pode-se observar a ação de terraplanagem na Área 02, o que permite concluir que a terraplanagem na Área 02 começou entre as datas 19/10/2012 a 29/04/2014, vide Figura 15 acima.

Na imagem de 14/01/2015 observa-se na feição, que nesta data, na Área 01 aparentemente já havia começado a construção da fundação da casa, o que permite concluir que a ação de construção da casa começou entre as datas de 29/04/2014 a 14/01/2015. Também se observa nesta data que há uma expansão da área terraplanada na Área 02. Vide Figura 16 acima.

Nas imagens de 05/12/2016 e 29/03/2017 mostram que, nestas datas, as atividades nas duas áreas estavam paralisadas, visto que se pode observar o surgimento de vegetação espontânea nas duas áreas terraplanadas e na estrada de acesso. Vide Figuras 17 e 18 acima.

(...)

O dano ambiental observado no local é basicamente a supressão da vegetação e obras de terraplanagem que geram erosões e impedem a regeneração natural da vegetação e afeta diretamente a Zona de Amortecimento da Flona de Ritópolis e a APP do Rio das Mortes e indiretamente a Unidade de Conservação Flona de Ritópolis” (destaquei).

Sobre os fatos, Ailton Estevam afirmou em seu interrogatório judicial (ID 86786149), que a área que vendeu foi herdada em 1997 por sua mãe e, nessa época, já tinha pasto de gado. Ressaltou que “o que é mata é mata, e o que é pasto é pasto” e que nunca teve problemas com desmatamento. Asseverou que além de poucas cabeças de gado, pois o terreno é pequeno, tem plantação de feijão, milho, abóbora, quiabo, pois se planta de tudo, vindo da terra o seu sustento.

Afirmou que a movimentação da terra não foi feita por ele, mas sim pelos compradores e que apenas descobriu que a área estava inserida em zona de amortecimento quando Agnaldo usou a máquina para construir lá e a fiscalização embargou a obra. Salientou que antes de vender os lotes ninguém tinha mexido na terra e que as áreas vendidas já eram pasto, área roçada, não tendo floresta, mata. Afirmou que vendeu barato os três lotes para Agnaldo, Antônio Barbosa e Paulo, que pagaram à vista, por volta de R\$ 15.000,00, R\$ 12.000,00, sendo o negócio formalizado com contratos de compra e venda. Todavia, demorou mais de um ano para passar as escrituras, por causa do inventário, sendo este realizado com a finalidade de viabilizar o desmembramento e venda dos lotes. Disse, ainda, que fez a demarcação da área quando vendeu os lotes.

Tais fatos foram confirmados por Antônio Barbosa que, em Juízo (ID 86786152), disse que adquiriu o terreno de Ailton por R\$ 10.000,00, o qual possuía 2 hectares, sendo feita a medição por uma firma contratada por aquele, a fim de viabilizar a escritura. Ressaltou que comprou o lote para fazer um barraquinho para ir aos finais de semana, a lazer, com a família e que a maior parte da obra foi realizada com enxadão, mas também foi usada retroescavadeira. Afirmou que começou a construção da casa, mas a obra foi embargada por ocasião da fiscalização do ICMBio, quando foi informado os motivos pelos quais não podia haver construção no local, sendo, então, paralisada a obra. Asseverou que foi celebrado contrato de compra e venda com Ailton, registrado em Cartório, e que por ocasião da aquisição lhe foi mostrado o local, que tinha uma parte de mata, mas não viu o documento do imóvel e somente um ou dois anos depois foi realizado o registro da venda.

No ponto, não merece prosperar a alegação das defesas de que o local era área de pasto, razão pela qual não há que se falar em dano ambiental, uma vez que, segundo consignado no laudo pelo perito federal, a paralisação de obras no local permitiria a regeneração natural da vegetação, o que não ocorreu em razão da continuidade do uso indevido da terra.

Do mesmo modo, não merece acatamento as alegações das defesas de que os apelantes desconheciam que a área estava inserida em zona de amortecimento da Floresta Nacional de Ritópolis, eis que o parcelamento do solo dependia de prévia autorização da prefeitura e dos órgãos ambientais competentes e, caso fossem observados os ditames legais, seria constatado que se tratava de área de proteção ambiental.

Registre-se que na região eram realizadas constantes campanhas de conscientização pelos servidores do ICMBio.

Portanto, uma vez que as atividades foram realizadas sem licença ambiental, quando esta era exigida, resta configurado o dolo, sendo inaplicável, na espécie, o crime na modalidade culposa, conforme requerido pela defesa de Antônio Barbosa.

Nessa esteira, as teses de ausência de dolo e erro de proibição foram devidamente afastadas pela magistrada sentenciante, conforme fundamentação abaixo transcrita:

“A tese da defesa dos réus pauta-se na ausência de dolo. Ambos dizem desconhecer que o local referia-se a uma área de preservação (em sentido lato). Sustentam também que desde muito tempo o local era um pasto, ou seja, que tratava-se área antropizada, aquela cujas características originais foram alteradas.

Ocorre que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de, em matéria de direito ambiental, não permitir a prevalência de teses de defesa que, por vias oblíquas, visam tutelar suposto direito adquirido à devastação, nem admitir a invocação da teoria do fato consumado como forma de livrar o ofensor do dever de promover a recuperação da área atingida pela intervenção antrópica.

Do contrário, estar-se-ia a chancelar que o direito fundamental, indisponível e intergeracional ao meio ambiente equilibrado, constitucionalmente consagrado no art. 225 da CF, pudesse ser subjugado a pretensões egoísticas.

Ademais, o laudo pericial destaca que em determinado momento, com a paralisação das obras, a vegetação se regenerou, o que já era de se esperar dada a localização da região. Ou seja, ainda que se considerasse provado que a área em tela não tinha vegetação nativa (o que não se provou, muito ao contrário), sendo destinada exclusivamente para pasto, fato é que os réus tinham, na qualidade de proprietários/possuidores, cada um a seu tempo, o dever de resguardar a proteção legalmente afetada, se não promovendo a recuperação, no mínimo oportunizando a recomposição natural da floresta.

De toda sorte, a construção no local afetaria o meio ambiente de qualquer forma, trazendo danos para a zona de amortecimento da unidade de conservação e para a área de proteção permanente do Rio das Mortes, como já foi visto.

Com isso o juízo pretende esclarecer que independente de ser a área em tela pasto ou não, houve dano ambiental.

(...)

Em crimes deste jaez é comum que a defesa alegue erro de proibição (que é o erro sobre a ilicitude do fato, que se inevitável, isenta de pena; e se evitável, poderá diminuí-la de 1/6 a 1/3).

(...)

Pelo contexto dos fatos não há o menor cabimento de erro de tipo ou de proibição, principalmente em razão da localidade da região afetada, muito próxima do leito do Rio das Mortes, inclusive sendo APP, e cercada de vegetação nativa, pertencente à zona de amortecimento da Flona de Ritápolis.

Atualmente já não se pode mais falar em novidade quando falamos acerca de proteção ambiental, reserva legal, área de preservação permanente, entre outros.

A proteção ambiental é amplamente disseminada e a publicidade a estas questões está sendo dada a bastante tempo.

Além disso, como afirmado pelo chefe da Flona de Ritápolis, Fábio L. V. de Melo, no relatório de fls. 77/90, os moradores da região são advertidos constantemente acerca da necessidade de preservação ambiental.

Segundo Fábio, “os servidores da Floresta Nacional de Ritápolis, sempre que conseguem perceber qualquer risco de que áreas fossem utilizadas de forma ilícita, ainda que mal entendidos e ameaçados, procuravam informar as pessoas sobre a impossibilidade legal de uso destas áreas”.

Ocorre que o local está sofrendo com a urbanização desenfreada em total arrepio às leis. Dado ao modus operandi das obras, é intuitivo que os construtores/poluidores tem total ciência da ilegalidade das intervenções.

Os valores ínfimos de venda corroboram a ciência dos adquirentes do vendedor de que o local possui limitações derivadas de sua condição de área especialmente protegida.

(...)

Ora, agindo desta forma ANTÔNIO não demonstrou qualquer engano acerca da ilegalidade da construção, ao revés, seu atuar indica que sabia que a área deveria ser preservada, e que a construção estava irregular, mas pretendeu concluí-la, certamente para tentar resguardar a sua manutenção, em desacordo com a legislação e maculando abertamente o meio ambiente.

Já em relação a AILTON, como titular do lote em tela, tinha total consciência de que este se inseria na faixa de proteção especial, pois como visto, as pessoas eram constantemente alertadas acerca do caráter especialmente protegido da área. E mesmo assim, procedeu o parcelamento irregular no local, a revelia do Poder Público, sem qualquer autorização ou licença e em desacordo com o Plano de Manejo da região.

(...)

Corroboram o dolo de AILTON o valor da venda, demonstrando a ciência de que a área é limitada à preservação ambiental, não podendo ser utilizada sem atender a sua função social e desrespeitando a proteção do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado”.

Nesses termos, comprovado o dano ambiental causado pela supressão da vegetação e obras de terraplanagem, e evidenciado que o parcelamento do solo não atendeu às exigências legais, uma vez que foi realizado sem prévia autorização da prefeitura municipal, licenciamento ambiental e parecer técnico da Unidade de Conservação, deve ser mantida a condenação dos apelantes pela prática do crime capitulado no art. 40 da Lei n.º 6.766/79.

Dosimetria em conjunto

Alegou a defesa de Ailton Estevam a nulidade da sentença em razão da realização da dosimetria em conjunto.

De acordo com a parte dispositiva da sentença, Ailton Estevam foi condenado pela prática, em concurso formal, dos crimes previstos no art. 50, inciso I e parágrafo único, inciso I, da Lei n.º 6.766/79, e art. 40, caput, da Lei n.º 9.605/98.

Em ambos os delitos é cominada pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão.

Não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base foi fixada em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias- multa para ambos os delitos.

Ausentes circunstâncias atenuantes, agravantes, nem causas de diminuição de pena.

Por fim, se tratando de concurso formal, eis que com uma só ação e unidade de desígnios, Ailton praticou dois crimes, foi aplicada corretamente apenas uma das penas, uma vez que idênticas, aumentada de um sexto, nos termos do art. 70, caput, primeira parte, do Código Penal, ficando a pena definitiva fixada em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, não havendo reparação a ser feita.

Circunstâncias judiciais

Acerca da exasperação da pena na primeira etapa da dosimetria, a magistrada sentenciante entendeu pela negativação da “culpabilidade” de Antônio Barbosa de Oliveira Neto, sob o seguinte fundamento:

“Atenta aos delineamentos traçados pelo art. 59 do CP, primeiramente em relação à **culpabilidade** (desvalor da conduta), não é comum à espécie. Dado ao grau de instrução e ao fato de ser policial civil aposentado, a reprovabilidade da conduta do réu foi acentuada. Além do que, o fato de ignorar a ilegalidade da construção, acelerando a construção irregular após a autuação do adquirente do lote vizinho (Agnaldo Zansávio), ao invés de paralisá-la imediatamente, enseja o recrudescimento da sanção”.

Havendo uma circunstância judicial desfavorável, a pena-base foi fixada em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

A vetorial culpabilidade, para fins de individualização da pena, deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu.

Pleiteou a defesa o afastamento do vetor desfavorável aplicado na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), ao argumento de que foi fixada pelo simples fato do apelante ser policial civil aposentado.

Na hipótese, o apelante, na condição de policial civil aposentado, tinha por missão zelar pela correta aplicação da lei. Entretanto, sua conduta se deu em sentido contrário, acelerando a construção da obra após a autuação do adquirente do lote vizinho, ao invés de paralisá-la, constituindo em fundamento idôneo para configurar a culpabilidade desfavorável e justificar a exasperação da pena-base.

Atenuante do art. 65, III, alínea “b”, do Código Penal

Nos termos do art. 65, III, alínea “b”, do Código Penal, a pena será atenuada se o agente tiver procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano.

Segundo a defesa, o apelante buscou minorar as consequências do ilícito praticado, tendo procurado o ICMBio, reflorestado a área, procedido o registro do imóvel no CAR, bem como cessado todas as atividades na área.

Contudo, consta dos autos que, em 17 de dezembro de 2014, a polícia militar foi acionada por Fábio Luís Vellozo de Mello, Chefe do ICMBio da Flona de Ritópolis, para apoiar a ação de fiscalização, uma vez que Antônio Barbosa teria relatado, por telefone, que não iria comparecer ao local, não iria interromper a obra e nem fornecer os seus dados pessoais. Ao chegarem ao local, o Sr. Antônio já se fazia presente e não colocou nenhuma objeção em assinar o auto de infração e interromper a obra em atendimento às orientações dos agentes ambientais. Na oportunidade, houve autuação e embargo das atividades de supressão da vegetação, movimentação de solo e construção.

Em seguida, o Sr. Antônio foi comunicado sobre a necessidade de reparação urgente da área para prevenção, controle e contenção dos processos erosivos oriundos das intervenções promovidas, sem prejuízo do embargo à propriedade, como pode ser visto do Ofício n.º 00203/2015 - Flona Ritópolis (ID 86786074, fl. 26).

O apelante, então, compareceu na sede da Flona de Ritópolis, acompanhado de técnico, relatando que iria providenciar o projeto de recuperação (ID 86786072, fl. 07).

Na mesma ocasião, também compareceu na Delegacia de Polícia Civil da Comarca de São João Del-Rei, onde declarou que, após a fiscalização, tomou conhecimento da necessidade de regulamentação da documentação exigida para efetuar qualquer construção no local, e que estaria providenciando a regularização (ID 86786070, fl. 43).

O responsável técnico informou a estabilização da área, sem riscos de erosão decorrentes da intervenção, e requereu o seu desembargo (ID 86786074, fl. 30). Foram juntados aos autos Laudo Técnico de Recuperação da Área Degradada e Recibo de Inscrição do Imóvel Rural no CAR (ID 86786114, fls. 20/26 e 29/32).

Logo, verifica-se que o apelante não buscou por espontânea vontade diminuir os danos causados, mas tão-somente cumpriu as determinações do ICMBio, a fim de, ao final, regularizar e desembargar a obra.

Ademais, não foi demolida a construção indevidamente iniciada no local, sendo sequer recolhidos os materiais de construção ali presentes. Conforme constou corretamente da sentença (ID 86786116, fls. 30/40):

“O laudo técnico pericial elaborado pela Polícia Federal, após constatação in loco por missão policial realizada **no dia 23/11/2018**, informa que nessa data “constatou-se uma terraplanagem onde havia uma construção de uma fundação de concreto de uma casa e o início da edificação com tijolos (Figura 04), um muro de pedra de contenção no barranco (Figura 06), materiais de construção prontos para serem utilizados (Figura 07) e uma área desmatada onde se plantou pomar” (f. 232/247). Ou seja, o laudo pericial comprova que na data da perícia permaneciam no local os danos ambientais.

Registre-se que os documentos juntados aos autos pelo réu (f. 328/341) revelam apenas o plantio do pomar relatado pelo perito federal e a adoção de algumas medidas burocráticas pelo réu na tentativa de regularizar as intervenções ocorridas, mas não provam que o réu, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, procurou evitar ou minorar suas consequências”.

Desse modo, fica afastada a aplicação da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, “c”, do Código Penal.

Prestação Pecuniária

As defesas de Ailton Estevam e Antônio Barbosa alegaram desproporcionalidade da pena substitutiva de prestação pecuniária fixadas, respectivamente, em 06 (seis) salários- mínimos e 10 (dez) salários mínimos.

Dispõe o § 1o do art. 45 do Código Penal:

“§ 1o A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários” (sublinhei).

A escolha da pena restritiva de direitos está afeita ao juízo de discricionariedade do magistrado, devendo ser fixada de forma suficiente à reprovação da conduta e prevenção do delito, em observância ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

No caso, a prestação pecuniária não é exacerbada e se mostra adequada ao cumprimento da finalidade preventiva e repressiva que se espera da pena, não merecendo modificação.

Destaco, ainda, que eventual pedido de substituição da pena pecuniária, a fim de ajustar a pena restritiva às condições pessoais dos condenados, poderá ser direcionado ao Juiz da Execução Penal, desde que comprovada a hipossuficiência econômica por ocasião do cumprimento da pena, na forma estabelecida pela Lei de Execução Penal.

Por tais razões e fundamentos, nego provimento aos apelos das defesas.

É como voto.

Desembargador Federal **GRÉGORE MOURA Relator**

Ementa

Acórdão

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações das defesas, nos termos do voto do Relator.

Belo Horizonte, data da Sessão.

Desembargador Federal **GRÉGORE MOURA Relator**

O Mínimo Existencial no Benefício Assistencial de Prestação Continuada

The existential minimum in the assistance benefit of continued delivery

Érica Jaqueline Dornelas Concolato

Graduada em Direito (FADILESTE)

Mestranda em “Instituições Sociais, Direito e Democracia” (Universidade FUMEC)

Pós-graduada em Direito Público (IESLA)

Assessora de Gabinete (TRF 6ª Região)

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

Pós doutor em Direito (UFMG)

Doutor em Direito (PUCMINAS)

Mestre em Administração Pública (FJP)

Procurador do Estado de Minas Gerais (AGE)

Professor da Graduação e do Mestrado (Universidade FUMEC)

Advogado (OAB MG)

Presidente do Conselho Deliberativo (PREVCOM MG)

José Maurício Lourenço

Licenciado em Filosofia pela PUCMINAS

Graduado em Direito pela PUCMINAS

Juiz Federal do TRF 6ª Região

RESUMO

Com o intuito de tornar efetivos os direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, a garantia de um mínimo existencial para uma vida digna tem sido alvo de constantes debates no mundo acadêmico e jurisdicional, especialmente nos Tribunais Superiores. O presente artigo tem como objetivo analisar a relação do mínimo existencial no Benefício de Prestação Continuada (BPC), que é um benefício social garantido pelo artigo 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742/93. Pretende-se, após uma breve abordagem sobre a origem e o conteúdo do mínimo existencial, esboçar a evolução dos direitos de Seguridade Social no Brasil e a previsão do BPC no ordenamento nacional, ressaltando a importância da Constituição Federal de 1988 neste sentido, abordando ainda o direito constitucional estrangeiro alemão, em caráter ilustrativo ao tema e para reforçar a sua compreensão. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como o método dedutivo e comparativo, com a finalidade de estabelecer qual construção interpretativa tem sido melhor apresentada para afirmar que o BPC possui uma relação direta com o mínimo existencial, se apresentando como um importante direito, buscando garantir aos beneficiários uma vida minimamente digna.

PALAVRAS-CHAVE: Mínimo existencial; Benefício Assistencial de Prestação Continuada; Direitos Fundamentais; Dignidade; Garantia.

ABSTRACT

In order to make effective the fundamental rights provided for in the Constitution of the Republic of 1988, the guarantee of an existential minimum for a dignified life has been the subject of constant debates in the academic and jurisdictional world, especially in the Superior Courts. This article aims to analyze the relationship of the existential minimum in the Benefit of Continuous Provision (BPC), which is a social benefit guaranteed by article 203, V, of the Federal Constitution and regulated by the Organic Law of Social Assistance (LOAS), Law nº 8,742/93. It is intended, after a brief approach to the origin and content of the existential minimum, to outline the evolution of Social Security rights in Brazil and the prediction of the BPC in the national order, highlighting the importance of the Federal Constitution of 1988 in this sense, also addressing German foreign constitutional law, in order to illustrate the theme and to reinforce its understanding. The methodology used is bibliographical and jurisprudential research, as well as the deductive and comparative method, in order to establish which interpretative construction has been best presented to affirm that the BPC has a direct relationship with the existential minimum, presenting itself as an important right, seeking to guarantee beneficiaries a minimally dignified life.

KEYWORDS: Existential minimum; Assistance Benefit of Continuing Provision; Fundamental rights; Dignity; Guarantee.

1 INTRODUÇÃO

O assunto abordado nesse artigo diz respeito ao conceito jurídico da teoria e prática do mínimo existencial, caracterizado este como um subgrupo qualificado de direitos fundamentais constitutivos de salvaguarda última de um quantitativo ou qualitativo necessário à subsistência da pessoa humana, assim como a sua relação na concessão do benefício assistencial (BPC).

No desenvolvimento do artigo, utiliza-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial de âmbito nacional em conjunto com o método dedutivo e comparativo, a partir da análise da legislação pertinente, da doutrina e da jurisprudência brasileira, reconhecendo, porém, a origem do instituto no Direito alemão.

O direito a um mínimo existencial para uma vida digna, seguindo aqui a terminologia geral utilizada no Brasil, tem sido presença constante no debate acadêmico e jurisdicional, principalmente nos Tribunais Superiores. Nessa perspectiva, destaca-se a relevância do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que tem recorrido reiteradamente à conceituação e determinação de mínimo existencial em diversas oportunidades, principalmente na área dos direitos fundamentais sociais.

Relacionando o mínimo existencial no âmbito do direito previdenciário, houve a análise do tema na esfera da Seguridade Social, assim como sua disposição na Constituição Federal de 1988, servindo como parâmetro os entendimentos doutrinários, jurisprudencial e de normas supra e infralegais dispostas no ordenamento brasileiro. Dessa forma, analisou-se o histórico do desenvolvimento dos direitos sociais no direito brasileiro e a conjuntura do BPC em si, verificando os requisitos para sua concessão e a legislação que regula o tema. Constatou-se que o benefício assistencial se destina atualmente a população mais pobre e carente da sociedade brasileira, existindo um alto índice de pessoas que vivem abaixo do índice de pobreza, juridicamente caracterizado como estado de miserabilidade.

O presente artigo traz uma dimensão dos direitos fundamentais dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, como base no paradigma do Estado Democrático de Direito, trazendo o mínimo existencial como uma garantia fundamental a ser observada em prol da pessoa humana, mesmo que dentro de uma ordem que não pode ser determinada e conceituada.

Pretende-se, após uma breve digressão sobre a origem e o conteúdo do mínimo existencial, abordar, à aplicabilidade no BPC, o papel da jurisdição constitucional na sua interpretação, sem deixar de abordar, ainda que em caráter demonstrativo, sobre o instituto, o direito constitucional estrangeiro, especificamente, o da Alemanha, local das primeiras manifestações a respeito do mínimo existencial. Esse será o enfoque dado ao presente estudo.

2 O MÍNIMO EXISTENCIAL

Por mínimo entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada.

Com surgimento na Alemanha, o mínimo existencial teve início na década de 1950, por meio de construção em julgados do Tribunal Federal Administrativo, encontrando seu ápice na década de 1990, já na Corte Constitucional alemã, por intermédio do jurista Paul Kirchhoof, tendo sido apresentado ao Brasil por Ricardo Lobo Torres (1989 e 2009).

A tese do mínimo existencial tem raízes fincadas na Alemanha, onde continua a ser aplicada em amparo à efetividade da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma no Brasil, com a advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe a dignidade da pessoa humana como basilar de todo o ordenamento jurídico e pode ser entendido como a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Conforme menciona Ricardo Lobo Torres, este lembra que as Constituições ocidentais não proclamam o instituto, salvo a do Canadá, indiretamente, em cujo artigo 36 se estabelece que o Parlamento deverá adotar medidas para promover a igualdade de oportunidades de todos os canadenses na procura do seu bem-estar, bem como favorecer o desenvolvimento econômico para reduzir a desigualdade de chances. (TORRES, 2009, p. 08). Ainda, segundo Torres:

“O mínimo existencial, que não tem dicção normativa específica, está compreendido em diversos princípios constitucionais. O princípio da igualdade assegura a proteção contra a pobreza absoluta, eis que esta resulta da desigualdade social. A igualdade, aí, é a que informa a liberdade, e não a que penetra nas condições de justiça, tendo em vista que esta vai fundamentar a política orçamentária dirigida ao combate à pobreza relativa. O direito ao mínimo existencial está implícito também na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais (TORRES, 1989, p 31-32).”

“Importante salientar que na Alemanha os direitos sociais não estão expressamente previstos na Lei Fundamental. Certamente por esse motivo, a origem alemã do mínimo existencial é justificada como uma salvaguarda imperativa à escassez desta espécie de direitos. SPC Como bem se sabe, os direitos sociais constituem a segunda dimensão dos direitos fundamentais e segundo Aline Albuquerque e Aléssia Barroso:

“Os direitos econômicos, sociais e culturais demandam, comumente, uma atuação do Estado que se materializa mediante políticas públicas e provisão de bens e serviços. Tais direitos se conectam com uma acepção de Estado vinculada ao estado do bem-estar Social ou welfare state, que constitua uma rede de proteção social a fim de assegurar a realização notadamente dos direitos sociais (ALBUQUERQUE E BARROSO, 2018, p. 86).”

No caso alemão, inexistindo norma expressa protetiva dos direitos sociais fundamentais, é necessária a construção de uma teoria, como a do mínimo existencial, para que o Estado seja compelido ou mesmo tenha o fundamento para concepção das políticas públicas afirmativas de intervenção no mercado e na sociedade, com a finalidade de estabelecer a rede de proteção social e assegurar a realização dos direitos sociais.

No Brasil, no entanto, o mínimo existencial poderia produzir o efeito inverso de sua finalidade, por colocar direitos sociais fora do instituto em posição adjacente, tendo em vista que, aqui, diferentemente do sistema alemão, direitos sociais estão previstos em exaustão no texto constitucional, especialmente na Constituição de 1988.

A equivocada interpretação da teoria do mínimo existencial pode resultar na sua utilização como instrumento de restrição ou até mesmo inibição da realização de políticas públicas sociais protetivas. Mas o seu correto entendimento, ao contrário, constitui medida eficiente de política pública social, que permite ao seu destinatário o desenvolvimento de sua condição humana.

A adoção de uma teoria do mínimo existencial não justifica o abandono da busca pela máxima efetividade dos direitos sociais. Com efeito, o desenvolvimento social e econômico, para além do mero crescimento, constitui a realização do desenvolvimento nacional constitucionalmente previsto como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no art. 3º, II (BRASIL, 1988).

Nada obstante, a despeito da ausência de previsão constitucional específica, de forma literal, do mínimo existencial, nas Leis Fundamentais tanto do Brasil quanto da Alemanha, aqui se pretende fazer uma análise sintética da doutrina, do princípio da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, do Estado Democrático de Direito no Brasil. Enuncia a Constituição da República Federativa (BRASIL, 1988):

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.”

O cenário comum é que o mínimo existencial seja utilizado pelo particular, já em seu requerimento de suprimento de direito fundamental social, não bastando, contudo, a mera invocação do instituto, tendo em vista a necessidade concreta de se visualizar a adequação da carência ao conteúdo do mínimo, com condição de uma vida digna. Trata-se de exposição dos destinatários dos direitos fundamentais de uma necessidade contingencial, que precisa de amparo imediato do Estado como condição de realização da dignidade da pessoa humana. Não significa que o sujeito de direitos deve ficar estacionado com a realização do mínimo garantido pelo Estado, eis que o mínimo, na verdade, é uma condição de possibilidade para que o sujeito de direitos humanos sociais avance em busca da concretização de outros direitos, sociais ou de natureza diversa, e construa sua dignidade humana com a amplitude de direitos concretizados que essa situação exige.

A ideia de condição de possibilidade está empregada no seguinte sentido, a saber:

“A ideia de condição de possibilidade pode ser apreendida das lições de Hans-Georg Gadamer, na relação que estabelece entre a linguagem e o entendimento sobre algo. Segundo Gadamer (1999, p. 560) a “linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa” (1999, p. 560). Nessa medida, Gadamer compreende a linguagem como a condição de possibilidade para a hermenêutica. Sem a linguagem não há como chegar ao acordo entre os interlocutores e tampouco ao entendimento sobre o objeto de investigação ou interpretação. No entendimento gadameriano a linguagem é o meio de se chegar à finalidade. Em outras palavras, a linguagem é que possibilita o entendimento, em consequência a linguagem é condição de possibilidade para o entendimento humano, sem a linguagem não há entendimento.” (CAMPOS, 2012, p. 68).”

No caso do tema-problema do presente artigo, o mínimo existencial é condição de possibilidade para a construção da dignidade da pessoa humana. Diante de uma necessidade temporária, a pessoa precisa de um mínimo de proteção estatal para que possa iniciar a construção e o avanço de uma existência digna.

O presente instituto tem ampla divergência doutrinária, até mesmo por seu caráter subjetivo, com grande influência principiológica, de ordem valorativa. Infere-se ainda que seu reconhecimento indiscriminado representaria uma antecipação de mérito de procedência do pedido do autor por parte dos agentes do Direito.

Assim, critérios precisam ser estabelecidos para se chegar a um paradigma, o mais próximo possível, da realidade moderna, que é de acúmulo de ações sociais em detrimento de um generalizado cenário de insuficiência estatal, de forma que a permissão de indistinto reconhecimento de ofício do mínimo pelo juiz, na prestação jurisdicional, por exemplo, pode levar ao colapso o orçamento estatal.¹⁷⁰ Se o cenário comum é o não-reconhecimento de ofício do mínimo pelo juiz, a situação excepcional é a aceitação da tese, com base no ativismo judicial.

Nessa direção, a discussão circundante ao ativismo reside essencialmente na possibilidade de implementação de direitos sociais, de cunho eminentemente programático, pelo Poder Judiciário, de forma que a doutrina diverge quanto a isso.

O autor Elival da Silva Ramos opina pela impossibilidade de efetivação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário, pelo fato de não competir à função jurisdicional definir, discricionariamente, o nível de eficácia da norma constitucional em sede de direitos fundamentais ou não. (RAMOS, 2010, p. 266).

170 A reserva do possível precisa ser considerada, não como limitador vazio e incondicionado de políticas públicas, mas como filtro de eficiência delas, especialmente naquelas que impliquem em proteção social. O equilíbrio entre o mínimo existencial e a reserva do possível é desejado como condição de possibilidade do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Esse equilíbrio deve ser alcançado na correta previsão e aplicação dos instrumentos orçamentários do Estado. Uma previsão bem feita no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, de alocação de recursos na proteção social, seguida da efetiva implementação por parte dos agentes públicos realizadores da função administrativa é fundamental para o êxito das políticas públicas, que equilibram o mínimo existencial e a reserva do possível.

Já no entendimento de Luís Roberto Barroso, este defende que:

“Existe, sim, desde sua previsão, conteúdo eficaz nas normas constitucionais programáticas, pelo fato destas revogarem as leis anteriores com elas incompatíveis, vincularem o legislador de forma permanente à sua realização, condicionarem a atuação da administração pública, bem como informarem a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário. (BARROSO, 2000, p. 154).”

Vidal Serrano Nunes Júnior acena para essa realidade em sua doutrina ao lembrar que o constituinte conferiu ao povo direitos subjetivos contra o Estado, bem como instrumentos para se alcançá-los. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 77).

Em síntese, situa-se em meio a dois reconhecimentos essencialmente opostos - um que contém uma vedação incondicionada, e outro que admite deliberadamente essa atividade - de modo que, nenhum dos dois detém absoluta razão.

Assim, diante da abordagem doutrinária realizada, tem-se que o estado de necessidade do indivíduo pautado pela absoluta miséria, pela extrema pobreza, pela saúde comprometida, pela fome, pelo estado familiar crítico, pela ausência de um lar decente, e, ainda, no caso específico do BPC, a deficiência ou a idade avançada, entre outros, deve autorizar ao magistrado, diante da inércia ou lacuna legislativa ou administrativa, via exercício da jurisdição, a invocação do mínimo existencial como salvaguarda última à observância da faixa de subsistência que compõe o presente instituto.

Partindo das premissas acima, direciona-se para a natureza jurídica deste instituto. Consiste o mínimo existencial em valor, regra ou princípio?

Admitir o mínimo existencial como valor lhe confiaria o rótulo de cláusula afirmatória indiscriminada à implementação de direitos sociais. Apesar de impregnado com uma evidente carga valorativa, o que pode levar à confusão de entendê-lo como tal, valor em si mesmo o mínimo não pode ser. É visível notar aspectos axiológicos no mínimo existencial, mas não se pode resumi-lo a esses aspectos, eis que o instituto transcende o limite de valor apenas.

Ricardo Lobo Torres entende se tratar o mínimo de regra, por constituir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo irredutível por definição e insuscetível de sopesamento. (TORRES, 2009, p. 83). Já Ana Paula de Barcellos observa que:

“Sendo o “mínimo” regra, sua violação se afigurará inconstitucional, pelo fato de não ser possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, incondicionadamente, a ponto de nada nele sobrar que lhe confira substância. (BARCELLOS, 2011, p. 296).”

No mesmo segmento, Ana Carolina Lopes Olsen entende que, sendo o mínimo compreendido como as condições necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, erige-se como “[...] verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito”. (OLSEN, 2008, p. 333). Daí, pode-se inferir que regra o mínimo também não há de ser.

Doutro giro, Daniel Sarmento, segundo o qual não parece que o mínimo possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização da prestação demandada. (SARMENTO, 2010, p. 419).

Em pensamento semelhante, Gustavo Amaral que, sabiamente, enfrenta a questão com gráfico entre o grau de essencialidade e o grau de excepcionalidade da pretensão, de forma que quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que não seja atendida. Segundo o autor, caberá ao aplicador “[...] ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deverá ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima” (AMARAL, 2001, p. 216).

Pode-se extrair a partir das conceituações doutrinárias acima trazidas que o mínimo existencial é dotado de alta carga valorativa (por se relacionar com elementos como a liberdade e a igualdade, por exemplo), mas esta não é sua carga exclusiva, já que também o integram princípios e regras. É dizer: o mínimo existencial é formado por um conjunto de valores, regras e princípios.

Certamente, classificar o mínimo existencial com um valor, uma regra ou um princípio, seria reduzir a sua verdadeira essência, eis que ele possui um quê de cada uma dessas naturezas, que no seu conjunto coordenado e concatenado forma o seu significado.

3 CONTEÚDO CONSTITUCIONAL DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura como direitos sociais, genericamente, em seu artigo 6º, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, de forma que estes são, posteriormente, mais bem desenvolvidos em outros dispositivos, como os artigos 7º a 11 (trabalhadores), 194 e 195 (seguridade social), 196 a 200 (saúde), 201 a 203 (previdência e assistência social), 205 a 217 (educação, cultura e desporto), todos da Constituição (BRASIL, 1988).

Dessarte, permite-se extrair a informação de que nem o artigo 6º da Constituição de 1988 exaure o rol de direitos fundamentais sociais - não se prevê o direito social ao transporte, por exemplo, de que trata o artigo 7º, IV, quando o coloca como objetivo de atendimento pelo salário mínimo - nem a Constituição regulamenta em seu bojo todos os direitos sociais previstos no seu artigo 6º.

O catálogo de direitos constitucionais de natureza social, por evidente, é aberto e comporta outros que sejam compatíveis com esse sistema normativo, forte no que dispõe o artigo 5º, §2º, da Constituição (BRASIL, 1988):

“Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

São válidas as observações de Aline Albuquerque e Aléssia Barroso sobre esse tópico:

“Nesse sentido, o Brasil inclui no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os decorrentes de tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte. O processo de inclusão implica a incorporação pelo texto constitucional de referidos direitos. Importa enfatizar que o direito brasileiro adota um modelo misto no que concerne ao status dos tratados. Assim, os tratados de direitos humanos apresentam uma hierarquia constitucional ou supraconstitucional, ao passo que os tratados tradicionais possuem hierarquia infraconstitucional (ALBUQUERQUE e BARROSO: 2018, p. 372).”

Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres entende que carece o instituto de conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental, bastando que seja considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial. (TORRES, 2009, p. 13-14).

No mesmo sentido, Andreas J. Krell, por sua vez, dispõe sobre um padrão mínimo social, que incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia. Ademais, para o autor, a ideia do mínimo se manifesta, também, “[...] nos diversos projetos de lei municipais a uma renda mínima necessária à inserção na sociedade” (KRELL, 2002, p. 63).

A autora Ana Paula de Barcellos correlaciona o mínimo, além dos direitos individuais de liberdade, aos direitos prestacionais à saúde básica, à assistência aos desamparados e à educação fundamental - correspondentes aos elementos materiais - e ao acesso ao judiciário como elemento instrumental. (BARCELLOS, 2011, p. 291-349). Ainda, Ingo Wolfgang Sarlet não chega a traçar um conteúdo mínimo específico, mas dispensa especial atenção ao salário-mínimo, à assistência social, à previdência social, à saúde, e à educação. (SARLET, 2001, p. 287-315).

Portanto, os direitos fundamentais sociais, caracterizados por ser uma prestação estatal positiva, pode-se expressar de forma normativa, como no próprio texto constitucional, ou ainda de forma fática.

Entretanto, é necessário destacar que nem todos os direitos fundamentais sociais compõem o mínimo existencial, sendo esse formado apenas pelo núcleo essencial desses direitos. Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é o principal núcleo entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, ou seja, é o fundamento basilar da República e consequentemente, do mínimo existencial.

3.1 ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Segundo vem entendendo a Suprema Corte Brasileira, por mínimo existencial se compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

Em análise de algumas decisões do STF, percebe-se que a referida Corte procurou definir o que seria o mínimo existencial e o que estaria incluído em seu conteúdo, utilizando esta expressão de forma objetiva, porém sem remeter às complexidades e singularidades que a temática demanda, não se verificando a subsunção dos fatos às regras. As fundamentações utilizadas são genéricas, sem uma arguição casuística.

4 O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

A Lei n. 8.742/1993 teve seu surgimento em decorrência da previsão legal do benefício assistencial previsto inicialmente no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, e por seu intermédio foi estabelecido o Benefício Assistencial de Prestação Continuada, também chamado de BPC, informando seus requisitos e critérios de concessão àqueles que assim o pleiteiam.

O benefício assistencial se subordina aos requisitos do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, combinado com o artigo 34 da Lei n. 10.741/2003, devendo ser comprovado a condição de deficiente ou ter idade igual ou superior a 65 anos, renda per capita mensal do grupo familiar inferior a 1/4 do salário-mínimo, bem como impossibilidade de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A respeito do primeiro requisito, temos que o conceito de pessoa com deficiência foi elastecido pela Lei 12.435/2011, assim como pela Lei n. 13.146/2015. A nova redação impressa ao § 2º do artigo 20 deixa claro que se considera pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Observa-se que o novo conceito deixou de considerar a incapacidade pura e simples para o trabalho e para a vida independente, passando agora a possuir dois aspectos principais: biológico e sociológico. O biológico consiste na ideia de impedimentos de longo prazo, sejam eles físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais. O sociológico, por sua vez, diz respeito ao modo como os impedimentos biológicos reagem com as barreiras existentes, impedindo que o deficiente possa participar plena e efetivamente da sociedade em condições equivalentes com os demais.

Assim, diferentemente do que previa a legislação anterior e do entendimento adotado pelas reiteradas decisões judiciais, confundindo-se deficiência com incapacidade, é certo que, para o novo conceito de deficiência, a capacidade laboral não tem relevância para o Benefício de Prestação Continuada. Somente devem ser avaliadas as barreiras, tanto que o beneficiário do BPC pode exercer atividades laborativas, importando, no caso, atentar-se para os impedimentos com relação às barreiras e os facilitadores de inclusão porventura existentes.

Desse modo, devem ser sopesados não apenas o fator clínico, mas, igualmente, as barreiras sociais e culturais que podem excluir a participação da pessoa com deficiência na vida em sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Isso significa, por exemplo, que a pessoa pode apresentar uma deficiência intelectual leve, porém ter o direito ao seu benefício reconhecido, caso as barreiras à inclusão social sejam elevadas. Por outro lado, uma pessoa mais gravemente enferma pode ter o benefício indeferido, se as oportunidades à inclusão social sejam favoráveis ao acesso ao mercado de trabalho em igualdade de condições ao restante da população.

Também importa pontuar que o critério legal está em consonância com o disposto no artigo 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,¹⁷¹ aprovada pelo Congresso Nacional com quórum de emenda constitucional, nos termos do artigos 5º, § 3º, da CF, em vigor o Brasil desde 26/08/2009, com a publicação do Decreto 6.949/2009.

No tocante ao requisito da miserabilidade econômica, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou, nos autos da Reclamação 4374/PE e nos Recursos Extraordinários (REs) 567.985/MT e 580.963/PR, a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, o qual prevê como critério para a concessão do benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal per capita inferior a ¼ do salário-mínimo, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade.

Em mesma direção, a Lei 13.146/2015 acrescentou o §11 ao artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, segundo o qual “para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.”. Outrossim, a Lei 14.176/2021 acrescentou ainda o §11-A, prevendo este a possibilidade de ampliação, também por meio de regulamento, do limite de renda mensal familiar per capita para até 1/2 (meio) salário-mínimo, observado o disposto no artigo 20-B da já referida Lei n. 8.742/1993, que assim dispõe:

Art. 20-B. Na avaliação de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade de que trata o § 11 do art. 20 desta Lei, serão considerados os seguintes aspectos para ampliação do critério de aferição da renda familiar mensal per capita de que trata o § 11-A do referido artigo: (Incluído pela Lei nº 14.176, de 2021)

I – o grau da deficiência; (Incluído pela Lei nº 14.176, de 2021)

II – a dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária; (Incluído pela Lei nº 14.176, de 2021)

III – o comprometimento do orçamento do núcleo familiar de que trata o § 3º do art. 20 desta Lei exclusivamente com gastos médicos, com tratamentos de saúde, com fraldas, com alimentos especiais e com medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência não disponibilizados gratuitamente pelo SUS, ou com serviços não prestados pelo Suas, desde que comprovadamente necessários à preservação da saúde e da vida. (Incluído pela Lei nº 14.176, de 2021) [...]

É importante ressaltar que a jurisprudência pátria jamais afastou a possibilidade de o julgador fazer uso de outros meios de prova a fim de avaliar a impossibilidade financeira ou a condição de miserabilidade da família do necessitado. Vale ressaltar também que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em mesma direção, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não superior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade do indivíduo e de sua família.

171 Art. 1. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Veja-se julgado do Tribunal Regional Federal da Primeira Região que fez remissão a tal posicionamento:

PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ART. 20, DA LEI Nº 8.742, DE 1993 (LOAS) - DECRETO Nº 1.744, DE 1993 - REQUISITOS LEGAIS - PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA – COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA - CONCEITO DE FAMÍLIA - RENDA PER CAPITA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO - PRESUNÇÃO LEGAL - CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE - SURDA-MUDA –DEFICIÊNCIA RECONHECIDA PELO INSS - BENEFÍCIO CONCEDIDO A PARTIR DA CESSAÇÃO INDEVIDA - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - MULTA DIÁRIA.

[...]

4. Para fazer jus ao benefício, o portador de deficiência ou o idoso deve demonstrar a hipossuficiência financeira não apenas sua, mas também de sua família (art. 203, V, da CF/88 e art. 20, § 3º, já cit.).

5. A hipossuficiência financeira exigida pela LOAS tem como parâmetro o valor da renda mensal per capita de ¼ do salário mínimo dentro da unidade familiar. Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 1.232/DF (Rel. p/ acórdão Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, DJ I de 01/06/2001, pág. 75), declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS, que impõe tal limite, à consideração de que se trata de critério legal objetivo, independente de prova da condição de miserabilidade.

6. "A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não-superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial. [...]" (AgRg/REsp 529928/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ I de 03/04/2006, pág. 389). [...]

(AC 200501990534258/MG, DJ 15/1/2007, p. 37).

Ao enfrentar o tema quando do julgamento da Reclamação n. 3.805/SP, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se da seguinte forma, em voto proferido pela Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha:

"A constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social 'a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social', tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. (Rcl nº 3.805/SP, DJ 18.10.2006)."

Em relação ao Benefício Assistencial (BPC) concedido aos idosos, este somente poderá ser concedido às pessoas que apresentarem no mínimo sessenta e cinco anos de idade. Este requisito sofreu alterações ao decorrer do tempo, haja vista que o critério de idade mínima foi sendo modificado ao longo dos anos. Ao fixar uma idade mínima, o legislador cria um critério objetivo, no qual a sua verificação se dá a partir da apresentação do documento comprobatório. Assim, o Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC) - tanto para a pessoa com deficiência quanto para idoso - busca permitir que os indivíduos possam ter acesso a uma condição mínima de vida. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 2018, p. 663) explica:

“A assistência social destina-se a garantir o sustento, provisório ou permanente dos que não têm condições para tanto. Sua obtenção caracteriza-se pelo estado de necessidade de seu destinatário e pela gratuidade do benefício, uma vez que, para seu recebimento, é indiferente que a pessoa contribua ou não com a seguridade social. [...] Não se trata de conceder boas condições de vida aos seus destinatários, mas o suficiente para manutenção de sua dignidade.”

Depreende-se ainda, ante as considerações acima e conforme a sua previsão legal, que o benefício assistencial não necessita de contribuição previdenciária para que se tenha direito de pleiteá-lo, bastando preencher os requisitos previstos na Lei. Adstrito, pois, ao instituto da assistência social, não segue ele as diretrizes legais dos benefícios estritamente previdenciários, para os quais se exige a contribuição do segurado, de modo a garantir, neste último caso, a preexistência do custeio.

5 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO BPC

Nos tópicos anteriores esboçou-se a atuação do benefício assistencial, bem como as análises teóricas a respeito do mínimo existencial e também sobre os entendimentos jurisprudenciais a respeito do tema, com enfoque do STF. Contudo, um aspecto relevante a ser debatido é a garantia do mínimo existencial no BPC.

A doutrina nos permite avaliar que o mínimo existencial está significativamente relacionado na forma utilizada para caracterizar a situação de miserabilidade, sendo que o indivíduo, para preencher o requisito de concessão do benefício assistencial, ou seja, para que se demande a intervenção estatal de modo a se garantir a dignidade humana, não pode dispor de condições financeiras para garantir suas necessidades básicas de sobrevivência.

Tal situação ocasiona o surgimento de dúvidas referentes a este fundamento e sua compatibilidade com a atual Constituição Federal, pois a sociedade sofre constantes modificações, surgindo a necessidade de flexibilizar e ponderar a aplicação do requisito legal, apresentando assim o real critério de miserabilidade. Então, a partir do questionamento de que o método de aferição deveria ser reavaliado para garantir de forma individualizada o que se entende por mínimo para o indivíduo existir dignamente, as decisões para concessão ou não do BPC passaram a se utilizar de meios alternativos para sopesar em que ponto o ser humano pode ser considerado necessitado, de tal forma que precise de proteção da assistência social.

A falta de determinação especificada em lei do que seria necessário para que se possa ter garantido um mínimo existencial implica evidente desafio na comprovação do critério de miserabilidade, de modo a definir e mensurar o que seria suficiente para a garantia de que o ser humano teria os meios necessários para sua sobrevivência. Sendo assim, o que se busca entender é como deve ser mensurada a hipossuficiência para concessão da proteção essencial estendida pelo BPC.

Mediante a ponderação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o critério de miserabilidade para se definir a garantia do mínimo existencial, nota-se uma realidade diferente do critério simplesmente aritmético determinado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ficando assim evidente que tal critério encontra-se defasado, já que não atende de maneira eficaz toda população enquadrada no perfil de miserabilidade, levando a interpretação de que os aspectos para concessão de benefício ferem princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

A legislação atual é objetiva quando determina que a principal característica da miserabilidade é a falta de condições financeiras – ou renda - e sociais para manter a vida, de maneira que o BPC deve ser utilizado como meio de suprir a miséria. Assim, nota-se a extrema importância da garantia do mínimo existencial - que deve ser analisado de forma particular e específica em cada caso, pois é através dele que se torna possível extrair garantias constitucionais no que se relaciona a proteção social das pessoas em situação de carência.

6 CONCLUSÃO

No cenário brasileiro, a garantia do mínimo existencial se extrai do caput do art. 1º e em seu inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na previsão do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como no Estado Democrático de Direito.

Conclui-se que o mínimo existencial não configura somente um conjunto de direitos básicos e fundamentais garantidores da existência humana, mas, sim, uma condição para uma existência com dignidade, ou seja, o mínimo de direitos para uma existência digna. Trata-se de um direito básico, essencial e necessário para a busca, na plenitude, do direito à dignidade humana.

Também se pode concluir que o mínimo existencial não constitui óbice, empecilho, impedimento, limitação ou restrição de direitos fundamentais, especialmente os sociais. Nesse sentido, o BPC cria uma forma de intervenção estatal para garantia desses direitos aos necessitados. O Estado, porém, ao oferecer o mínimo existencial, não está dispensado de observar a vedação do retrocesso social e nem do almejado progresso social.

Entretanto, embora não haja dúvidas quanto à sua existência, muito ainda se discute em relação à sua dificuldade de quantificação, e ainda se o critério aritmético de renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo é suficiente para caracterizar a situação de miserabilidade ensejadora da concessão do BPC. É clarividente a dificuldade em quantificar com absoluta segurança um mínimo existencial diante da existência de inúmeros parâmetros a serem considerados. O custo de vida de uma determinada região, o grau de inflação ou deflação do país, a força da moeda corrente, as necessidades singulares da população brasileira, fatores climáticos que podem provocar altas ou baixas nos preços dos alimentos, o cenário da balança comercial, a situação pandêmica recente vivenciada, entre outros, são apenas alguns exemplos das variáveis que levam à ruína qualquer fixação de patamares.

Para o caso brasileiro, seja no que diz com a definição do mínimo existencial (abarcando a definição de seu conteúdo e das respectivas aplicações e consequências jurídicas) seja quanto ao modo de atuação da Jurisdição Constitucional nesse âmbito, ainda está longe de ser satisfatoriamente solucionado.

A prática decisória dos Tribunais Superiores Brasileiros, embora demonstrado com decisões de diversos temas, verificaram-se especialmente, para o que nos interessa neste artigo, que se trata de tema em fase de expansão tanto qualitativa quanto quantitativa, mas que exige uma especial consideração do modelo constitucional brasileiro e do respectivo contexto social, econômico e político, além da construção de uma dogmática constitucionalmente adequada e que esteja em harmonia com os demais direitos fundamentais.

É relevante que discussões sobre o assunto desse estudo sejam realizadas, notoriamente com o objetivo de trazer soluções para as mais diversas situações que são propostas perante o Poder Judiciário e não conseguem ser encontradas.

O ideal passa necessariamente por um equilíbrio entre os requisitos objetivos para a garantia de sobrevivência dentro do mínimo que se espera e a observância em cada caso do que seria necessário em situações em que o indivíduo se encontra em estado de miserabilidade, sob pena de se verificar a falta de efetivação dos direitos fundamentais e a garantia da dignidade da pessoa humana previstos no nosso ordenamento jurídico.

Referências

ALBUQUERQUE, Aline; BARROSO, Aléssia. Curso de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

AMARAL, Rafael Caiado. Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares em direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/D6214compilado.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o estatuto da pessoa idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580963/PR Paraná. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 19 de abril de 2013. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062#:~:text=%E2%80%9Cconsidera%2Dse%20incapaz%20de%20prover,quarto\)%20do%20sal%C3%A1rio%20m%C3%ADnimo%E2%80%9D](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062#:~:text=%E2%80%9Cconsidera%2Dse%20incapaz%20de%20prover,quarto)%20do%20sal%C3%A1rio%20m%C3%ADnimo%E2%80%9D). Acesso em 22 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1355052/SP São Paulo. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/252345896>. Acesso em 22 jun. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337 São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 22 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 172.136 São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello, de 10 de outubro de 2020, São Paulo. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC172136acordao.pdf>. Acesso em 22 jun. 2023.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Direitos previdenciários expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos. Curitiba: Juruá, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudo sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Lei 13.982/2020: alterações no Benefício de Prestação Continuada previsto na Lei nº 8.742/93. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2020/04/lei-139822020-alteracoes-no-beneficio.html>. Acesso em: 22 jun. 2023.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

ONU – Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 22 jun. 2023.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

Análise comparativa entre o elemento subjetivo do tipo de injusto no common law e no civil law: aproximação possível

Marcos Vinicius Lipiensi
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
Juiz Federal no Tribunal Regional Federal da 6ª Região

Resumo

O artigo aborda a diferença entre a forma de identificação do elemento subjetivo do tipo de injusto no common law e no civil law. Além da explicação em ambos sistemas, desenvolve-se, a partir de um exemplo concreto, a sua aplicação. Posteriormente, explica-se a possível razão dessa diferença a partir dos fins da pena e busca-se uma aproximação entre os dois.

Abstract

The article addresses the difference between the way the common law and the civil law identify mens rea. In addition to the explanation to the way that is done in both systems, it is developed, from a concrete example, your application. Afterwards, it is explained the possible reason for this difference from the purposes of the punishment and an approximation between both systems is sought.

Palavras-chave: mens rea; princípio do dano; bem jurídico; dolus indirectus; propósito; conhecimento; temeridade; negligência.

Keywords: mens rea; harm principle; legal good; dolus indirectus; purpose; knowledge; recklessness; negligence.

Sumário: Introdução. 1. O elemento subjetivo do crime no common law. 2. O elemento subjetivo do crime no civil law. 3. As diferenças de aplicação entre os dois sistemas. 4. A diferença entre os modelos a partir dos fins da pena. Conclusão

Introdução

É de amplo conhecimento que o sistema de civil law se utiliza dos conceitos de dolo e culpa para aferir o elemento subjetivo do tipo de injusto. Mais problemática é a sua subdivisão, com os controversos conceitos de dolo eventual e culpa consciente. No sistema do common law, o elemento subjetivo denomina-se mens rea, derivação de um brocardo latino.

Apesar de possuírem desenvolvimentos relativamente distintos, ambos os sistemas possuem pontos de interseção cada vez mais perceptíveis, evidenciados pela expansão do direito penal na sociedade pós-industrial, que apontou para a falência dos modelos liberais de fundamentação do Direito Penal.

Além disso, aponta-se outro ponto de convergência diante das teorias que propugnam pela normatização do conceito de vontade para a aferição do dolo em direito penal. Esse é o caminho que o artigo pretende trilhar.

1. O elemento subjetivo do crime no common law

A forma de apreensão do elemento subjetivo do crime no direito do common law é consideravelmente distinta daquela como ordinariamente realizada na civil law. Naquela, afere-se a mens rea, derivada da antiga máxima citada na Leges Hentici Primi “reum non facit nisi mens rea”, que gradualmente evoluiu para “actus non facit reum nisi mens sit rea” (CHESNEY, 1939, p. 7). Tal expressão se traduz livremente para um ato não faz uma pessoa culpada se não há uma mente culpada.

O surgimento do conceito de mens rea, no final do século XII, contrapõe-se a formas objetivas de punição e permite a diferenciação da simples responsabilidade civil. Ele recebe duas ordens de influência distinta. A primeira, o dolus e culpa da lei romana, noções incorporadas ao direito inglês e, com elas, o elemento mental no crime. A segunda, mais poderosa, foi a influência da lei canônica, com a insistência da culpa moral e do pecado. (CHESNEY, 1939, p. 5).

O conceito, vago por natureza, passou por um desenvolvimento lento e doloroso, e ainda assim relacionado especificamente a cada crime em particular. Assim, por exemplo, o elemento subjetivo para o homicídio evoluiu para exigir a intenção de causar a morte ou causar dano corporal grave, conhecimento de que o ato provavelmente cause a morte ou grave dano corporal, intenção de cometer uma infração ou intenção de se opor por meio de força à atuação de oficial da justiça. Outros crimes possuíam de igual forma elementos subjetivos detalhados (CHESNEY, 1939, p. 11).

A tentativa de se estabelecer a mens rea para as infundáveis e diferentes atitudes e intenções para os mais variados crimes foi inglória, a ponto de haver a tentativa, sem sucesso, de abandono do termo e sua substituição por outro, culpability (LUCCHESI, 2018, p. 69).

Nos Estados Unidos da América, o confuso quadro levou o American Law Institute, no início dos anos 1950, a se debruçar sobre um Código Penal Modelo, criado em 1962. Ele é utilizado até hoje como fonte canônica de jurisprudência, serve de base para a legislação de diversos Estados federados, é ensinado em universidades e exigido no exame para exercício da advocacia nos Estados Unidos (SAMPSELL-JONES, 2013, p. 1459).

Tal código modelo possui o mérito de ter sistematizado o elemento subjetivo para o direito norte-americano, apesar de, conforme já advertido em linhas anteriores, não possuir força cogente. Ele eliminou todos os diversos e infundáveis termos utilizados para qualificar a mens rea para as diversas condutas puníveis e elaborou, em substituição, quatro outros “tipos de culpabilidade”, conforme definição própria. São elas: purpose, knowledge, recklessness e negligence (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1962).

Esses elementos subjetivos são enumerados em ordem decrescente de força, e o código prevê que, satisfeito o elemento subjetivo mais fraco, estará satisfeito também o mais forte.¹⁷² Assim, uma pessoa age purposely se é seu desejo consciente causar o resultado,¹⁷³ e age knowingly se está consciente de que o resultado é praticamente certo de ocorrer como consequência de sua conduta.¹⁷⁴ (CHIESA, 2018, p. 580). Para diferenciar ambos elementos, CHIESA (2018, p. 580) se vale do conhecido exemplo do direito penal de civil law da colocação de bomba em avião comercial para matar um desafeto, sabendo que muito provavelmente matará todos os demais passageiros. É de se notar que, nesse caso, as figuras foram coincidentes com aquelas de dolo direto de primeiro e segundo graus.

De outro lado, uma pessoa age recklessly se está consciente de que sua conduta cria um substancial e injustificável risco de dano,¹⁷⁵ como quando uma pessoa roda o cilindro de um revólver de seis câmaras com apenas um projétil e dispara contra alguém, com uma probabilidade pequena de causar um grande dano. Essa conduta se diferencia de alguém que age negligently porque essa pessoa não possui consciência da criação do risco substancial e injustificável.¹⁷⁶ (CHIESA, 2018, p. 580).

172 Substitutes for Negligence, Recklessness and Knowledge. When the law provides that negligence suffices to establish an element of an offense, such element also is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly. When recklessness suffices to establish an element, such element also is established if a person acts purposely or knowingly. When acting knowingly suffices to establish an element, such element also is established if a person acts purposely.

173 A person acts purposely with respect to a material element of an offense when:

- (i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and
- (ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.

174 A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:

- (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and
- (ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

175 A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

176 A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.

2. O elemento subjetivo do crime no civil law

O elemento subjetivo do crime no civil law divide-se em dolo e culpa. O dolo comporta subdivisões clássicas em dolo direito de primeiro e segundo graus e dolo eventual. A culpa, por sua vez, pode ser consciente e inconsciente.

Essas três formas de dolo são caracterizadas genericamente pela presença dos elementos volitivo e cognitivo (saber e querer) relacionados a todas as circunstâncias do tipo penal, muito embora com algumas nuances a depender de qual modalidade de dolo se trate (ROXIN, 1997, p. 416).

A concepção majoritária compreende que tanto o elemento volitivo quanto o elemento cognitivo devam possuir sentido psicológico-descritivo. Assim, para o dolo direto de primeiro grau, bastaria para o preenchimento da vontade a suposição de uma possibilidade, ainda que escassa, de provocar um resultado; para o dolo direto de segundo grau, apenas o saber com exatidão é possível, com o elemento volitivo menos intenso; já o dolo eventual possui o lado volitivo também muito mais débil (ROXIN, 1997, p. 416).

As raízes do dolo eventual podem ser traçadas ao *dolus indirectus*, sustentada na Alemanha no século XVII por Benedikt Carpzov, que por sua vez se inspirou nos juristas do *ius italicum* e no espanhol Diego de Covarrubias; ele ocorreria em casos nos quais, sem querer o autor diretamente um resultado, havia realizado uma ação da qual se derivam normalmente resultados como aquele que efetivamente ocorreu, afastando-se, no entanto, as consequências derivadas do mero azar (e com isso afastando-se o *versare in re illicita*) (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 54-55). A figura do *dolus indirectus* caiu em desgraça pela crítica contundente – e provavelmente injusta – de Feuerbach, que ignorou seu fundamento normativo e lhe atribuiu contornos psicológicos ao dizer ser impensável impor ao agente resultados por ele não queridos, por equiparar dolo à intenção. Paulatinamente, *dolus indirectus* foi substituído na doutrina pelo *dolus eventualis* (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 58-59).

O elemento cognitivo do tipo subjetivo doloso é extraído, seja no direito penal alemão, no espanhol ou ainda no brasileiro, de interpretação acerca do erro de tipo. O §16, I 1 do Código Penal alemão estabelece: “Quem na comissão de um fato não conhece uma circunstância que pertence ao tipo legal não atua dolosamente.” Então, a interpretação a *contrario sensu* exige a presença do elemento cognitivo (ROXIN, 1997, p. 458). A situação é a mesma na legislação penal espanhola, na qual o artigo 14.1 prevê que o erro de um sujeito sobre o fato constitutivo de uma infração penal exclui a realização dolosa dela e, em função da invencibilidade ou vencibilidade de tal erro, procede à punibilidade ou ao castigo do fato como imprudente se houver previsão para a forma culposa (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 28). No direito brasileiro, o Código Penal anuncia o crime doloso no artigo 18, I: “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, mas abrange o elemento cognitivo da mesma forma que os países anteriormente mencionados, ao tratar o erro de tipo, no artigo 20: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. Tal artigo, novamente a *contrario sensu*, indica que o agente deve representar todos os elementos constitutivos do tipo penal de forma a se reconhecer o dolo (VIANA, 2017, p. 58).

É de se ter em consideração que o apertado espaço desse artigo impede que se discorra detidamente sobre a evolução das diversas teorias que tratam do dolo e culpa no civil law, o que aliás demandaria uma obra da envergadura de um tratado. A recapitulação que se pretende aqui tem o objetivo de situar o leitor diante do estado da arte e realizar uma aproximação entre ambos os sistemas, como será demonstrado adiante.

A par da concepção da vontade em sentido psicológico-descritivo, dominante no cenário dogmático, cresce a adoção da concepção da vontade em sentido atributivo-normativo. Segundo essa ideia, como afirma PUPPE, não se pode considerar decisivo que o próprio agente seja o senhor último sobre a existência ou não de dolo, pois essa é uma competência exercida pelo direito (GRECO, 2009, p. 896). Essa concepção parte da premissa de que o importante, para o dolo, é o conhecimento que orienta as ações, e que tais ações demonstram externamente a vontade do agente.

PUPPE assim explica a diferença:

“O predicado “querido” se aplica em linguagem jurídica, e também em linguagem cotidiana, com dois significados totalmente distintos: um de caráter descritivo-psicológico e outro de imputação normativa. Em um sentido descritivo-psicológico, a expressão “o autor quis o resultado” significa que ele o buscou de propósito, é dizer, que atuou com essa finalidade. Esse é o caso não só quando pretendeu porque assim o desejava, senão também quando empregou como meio para outros fins desejados. No sentido psicológico-descritivo, portanto, o predicado “querido” é idêntico ao predicado “de propósito”.

No sentido de imputação normativa, a frase “o autor quis o resultado” significa que, para se eximir, não pode invocar que não o quis em sentido psicológico, é dizer, que não o buscou de propósito. Nesse sentido, diz-se em Molière “tu l’as voulu George Dandin, tu l’as voulu”. Em um sentido de imputação normativa, também a hoje difundida paráfrase do dolo se deve entender como que o autor se haja decidido em favor do resultado. O caso mais inequívoco em que o autor não pode invocar que não buscou o resultado propositadamente, ainda que esse seja efetivamente o caso, é o chamado dolo direto de 2º grau (PUPPE, 2009, p. 53-54)”¹⁷⁷

GRECO exemplifica a distinção entre as concepções psicológica e normativa de vontade com o seguinte exemplo: um aluno, sabendo de uma prova no dia seguinte, deixa de estudar para sair e se divertir. Ao receber a reprovação, pode lamentá-la sinceramente, ao que um amigo pode responder que ele queria ser reprovado, pois sequer se preocupou em estudar. Nesse exemplo, o aluno usa a vontade em sentido psicológico-descritivo, e o amigo, em sentido atributivo-normativo (GRECO, 2009, p. 887).

177 Tradução própria. O texto consultado já é uma tradução da obra alemã para o espanhol: El predicado “querido” se aplica em el lenguaje jurídico, y también em el lenguaje cotidiano, com dos significados totalmente distintos: uno de carácter descriptivo-psicológico y outro de imputación normativa. Em um sentido descriptivo-psicológico, la expresión “el autor quiso el resultado” significa que él lo buscó a propósito, es decir, que ha actuado tendiendo a ese fin. Ese es el caso no sólo cuando lo ha pretendido porque le era deseable como tal, sino también cuando lo ha empleado como medio para otros fines deseados. En el último caso, él deseaba el resultado al menos como medio para sus otros fines, y, en este sentido, lo valoraba también positivamente. En el sentido psicológico-descriptivo, por tanto, el predicado “querido” es idêntico al predicado “a propósito”. Em el sentido de imputación normativa, la frase “el autor quiso el resultado” significa que, para desgravarse, no puede invocar que no lo quiso en el sentido psicológico, es decir, que no lo ha buscado a propósito. En este sentido, se dice em Molière “tu l’as voulu George Dandin, tu l’as voulu”. Em um sentido de imputación normativa, también la hoy difundida paráfrasis del dolo se debe entender como que el autor se há decidido em favor del resultado. El caso más inequívoco en el que el autor no puede invocar que no ha buscado el resultado a propósito, aunque esse sea efetivamente el caso, es el llamado dolus directus de 2º. grado.

Ainda segundo PUPPE, a posição interna do agente é inacessível, o que importa na impossibilidade de sua demonstração por meio de prova. Assim, a vontade só pode ter interesse em sentido extrovertido, normativizado (MARTELETO FILHO, 2020, p. 192).

A consequência da adoção dessa concepção de dolo, por atribuir relevância preponderante ao conhecimento, é extinguir a diferença entre as diversas formas de dolo (direto de primeiro e segundo grau e eventual), restando apenas o dolo (GRECO, 2009, p. 902). Abandonaram de modo explícito o modelo de tripartição do dolo PUPPE, BACIGALUPO ZAPATER, SCHMIDHÄUSER, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (RAGUÉS Y VALLÈS, 1999, p. 51). No Brasil, WAGNER MARTELETO FILHO e EDUARDO VIANA.

Há de se mencionar que esses modelos trabalham com o conhecimento concreto, em sentido psicológico, por parte do agente, mesmo para a posição apresentada que trabalha com a vontade em sentido atributivo-normativo. Há ainda, no entanto, trabalhos, como o de YU-AN HSU, que partem da perspectiva do conhecimento abstrato, vinculado a normas sociais; o agente deve interpretar o efeito da sua ação como algo regular ou necessário a partir da realidade social ou daquilo que regularmente acontece, preenchendo-se, assim, o elemento cognitivo do dolo (MARTELETO FILHO, 2020, p. 399).

O injusto culposo, por sua vez, não possui propriamente um tipo subjetivo, uma vez que a culpa é normativa. Isso ocorre porque o injusto culposo não decorre de uma conduta abertamente criminosa, e sim decorre de um desatendimento de um dever de cuidado exigível (BITENCOURT, vol. 1, 2022, p. 396).

A doutrina ordinariamente estabelece a diferenciação entre culpa consciente e inconsciente, com base, inicialmente para a teoria causal, no juízo de previsibilidade, e depois, para a teoria finalista, a depender da consciência do agente acerca da norma do dever de cuidado no momento de sua violação (TAVARES, 2022, p. 453).

3. As diferenças de aplicação entre os dois sistemas

CHIESA (2018) parte de um caso específico julgado nos Estados Unidos, especificamente no Colorado, para apresentar diferenças que destaca entre os sistemas de imputação subjetiva de common law e civil law.

Trata-se do caso *People v. Hall*, no qual Nathan Hall, um ex-esquiador profissional, trabalhava como operador de lift na montanha Vail e, ao final do seu turno, após o encerramento do serviço de lift, em pista que não estava cheia, desceu em alta velocidade e, desequilibrado, colidiu com outro esquiador, causando sua morte.¹⁷⁸

O common law difere do civil law ao permitir maior possibilidade de especificação do elemento subjetivo do fato punível, com a diferenciação entre as espécies *purpose*, *negligence*, *recklessness* e *negligence*.

A Suprema Corte do Colorado entendeu que o agente criou um risco de morte substancial e injustificável, bem como concluiu que o seu conhecimento e treinamento permitiam a ele a inferência de que, esquiando em alta velocidade e fora de controle, poderia causar a morte de outro esquiador, e permitiu seu julgamento pela figura *reckless*. O júri, ao final, entendeu apenas por *negligence*, e sua motivação é inescrutável (CHIESA, 2018, p. 582).

Ao tratar da análise a ser empreendida no sistema da civil law, o autor parece incidir em uma simplificação talvez proposital em se referir ao dolo como intenção, percepção que não é compartilhada sequer pelas modernas teorias volitivas do dolo. Simplificação propositada porque, em passagens posteriores do artigo, demonstra conhecimento acerca da existência de movimentação da doutrina e jurisprudência civilista do dolo eventual para uma concepção orientada para o risco, e cita Jakobs (CHIESA, 2018, p. 595). Mais adiante, alerta para o perigo de se tentar enquadrar as categorias subjetivas do common law (*purpose*, *negligence*, *recklessness* e *negligence*) como equivalentes diretas das contrapartes civilistas (dolo direto de primeiro e segundo grau, dolo eventual e culpa consciente e inconsciente) (CHIESA, 2018, p. 587). Podemos ir mais além, tal empreitada se mostra tão mais difícil quanto se tome a consciência de que não pode ser feita sem a tomada de posição firme quanto a um marco teórico quanto ao elemento subjetivo, diante da extrema disparidade de resultados a que se pode chegar diante de marcos distintos.

¹⁷⁸ Dados acerca do julgamento podem ser encontrados em: https://law.justia.com/cases/colorado/supreme-court/2000/99sc105-184_0.html, acesso em 20 jun. 2023.

De qualquer forma, CHIESA se vale dos seguintes argumentos para a atribuição do elemento do tipo subjetivo de acordo com a perspectiva do civil law: o agente era razoavelmente confiante na sua habilidade como esquiador e, portanto, na sua capacidade de evitar o dano; colisões entre esquiadores são razoavelmente raras, de modo que, somadas as circunstâncias, as evidências indicariam que o autor tinha confiança de que não mataria outra pessoa em sua descida na pista, concluindo, portanto, por culpa consciente (CHIESA, 2018, p. 585).

O elemento subjetivo do caso poderia ser apreendido, no âmbito do civil law, de maneira diferente a partir de uma perspectiva que assume um conceito de vontade atributivo-normativo, como aquele defendido por PUPPE.

Para ela, explica MARTELETO FILHO, o que importa não é a posição interna do agente, e sim esse conteúdo em um sentido objetivo; deve-se analisar a postura do agente diante da consciência concreta que possui da realização do tipo, ou seja, como se comportou diante do fato e de acordo com o conhecimento que possuía (MARTELETO FILHO, 2020, p. 192-193).

Por esse raciocínio, não é o elemento subjetivo da confiança em não causar o tipo o fiel da balança para a determinação de um tipo culposos no exemplo analisado, como analisado por CHIESA. O agente possuía habilidade específica para a atividade que desempenhava, por se tratar de ex-competidor de esqui. É relevante, também, o fato de que a atuação racional do autor não se dirigiu para aquele resultado, uma vez que esquiar em alta velocidade não é um método adequado para a realização do crime de homicídio, de forma que só se pode concluir pela forma culposa (PUPPE considera irrelevante, para a prática, a distinção entre culpa consciente e inconsciente – PUPPE, 2009, p. 40).

4. A diferença entre os modelos a partir dos fins da pena

CHIESA fundamenta a diferença entre os modelos de busca pelo elemento subjetivo do delito no common law e civil law a partir da abordagem distinta que ambos fazem acerca dos fins da pena. Para ele, enquanto o sistema do civil law possui uma abordagem que é primariamente preocupada com a autonomia do indivíduo e consequente proteção de bens jurídicos, o foco do common law é com a diminuição do risco (CHIESA, 2018, p. 595).

A ideia de bem jurídico no contexto jurídico-penal é introduzida por Birnbaum, no sentido de um objeto material importante para a pessoa ou coletividade que pudesse ser lesionado pelo crime, em momento de emancipação da doutrina penal na direção do positivismo (PRADO, 2019, p. 10-11). Sua dimensão material se desenvolve a partir do positivista naturalista Franz von Liszt, que confere ao bem jurídico o ponto central da estrutura do crime, como realidade válida em si mesma, a ser encontrada pelo legislador ao criar a norma; passa, então, a exercer um papel limitador à legislação penal (PRADO, 2019, p. 15).

Em momento posterior, com o neokantismo, o bem jurídico passa a ser entendido como um valor cultural, vinculado a cada norma jurídica, de forma a ser concebido como um valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo penal; vira, assim, um método interpretativo, como explica PRADO (2019, p. 18).

O seu conceito, atualmente, é deveras controverso. BITENCOURT (2022, p. 371) afirma que o seu conceito “está relacionado à finalidade de preservação de condições individuais necessárias para coexistência livre e pacífica”, tratando-se então de um princípio interpretativo do Direito Penal. PRADO (2019, p. 31), por outro lado, aponta que bem jurídico:

“vem a ser um ente (dado ou valor social, entidade ou dotada de valor), material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explícita ou implicitamente no texto constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e, por isso, jurídico-penalmente protegido.”

Interessa mais a sua função de limitação do Direito Penal do que a sua definição.

De outro lado, quando CHIESA (2018, p. 595) afirma que o common law possui uma abordagem primariamente preocupada com o controle ou diminuição do risco, ele se refere ao harm principle. HELENA REGINA LOBO COSTA explica que esse princípio tem suas origens registradas na obra de STUART MILL, *On Liberty*, e posteriormente foi aprofundado por JOEL FEINBERG em sua obra *Harm to Others* (COSTA, 2012, p. 140-141).

SPC MILL estava preocupado com a tirania da maioria, da tendência da sociedade de impor suas práticas majoritárias sobre os dissidentes, e que essas imposições costumam derivar de posições morais, que são confirmadas apenas pelas opiniões convergentes, e não por um argumento moral de validade. Essa a razão pela qual afirma, na introdução de sua obra: “Sempre que há uma classe ascendente, uma grande porção da moralidade de um país emana dos interesses dessa classe, e de seu sentimento de superioridade”.¹⁷⁹ (MILL, 1859, p. 5).

179 Tradução livre. No original: Wherever there is an ascendant class, a large portion of the morality of the country emanates from its class interests, and its feelings of class superiority.

Ele propõe, então, um princípio segundo o qual as sociedades devem se governar: “O único propósito pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade, contra a sua vontade, é para prevenir o dano a outrem”.¹⁸⁰ (MILL, 1859, p. 8).

Trata-se de um princípio que MILL destaca ser de aplicação apenas para sociedades que já tenham alcançado um grau de maturidade no qual exista diálogo livre e igual (MILL, 1859, p. 9). Ele também destaca o papel utilitarista de sua proposta, no sentido de um interesse permanente do ser humano como um ente em progresso (MILL, 1859, p. 9).

FEIBERG, por sua vez, acrescenta o conceito de injusto (*wrongful*) à dinâmica do harm principle. Assim, um dano em sentido normativo dependeria dessa injustiça, de que a conduta violadora de um direito fosse indefensável (injustificável ou inescusável) (1984, p. 34).

A primazia da sistemática do common law perante a do civil law tal como defendida por CHIESA não se justifica. No ponto, é cirúrgica a crítica de COSTA, para quem tanto o harm principle do common law quanto o bem jurídico do civil law passaram por uma crise de legitimação diante da expansão do Direito Penal. (COSTA, 2012, p. 147):

“Tanto a teoria do bem jurídico quanto o harm principle, cada qual em seus sistemas, fornecem um paradigma de argumentação no que se refere à criminalização de condutas. Tal argumentação ocorre em uma arena delimitada por fatores sociais, históricos, econômicos e culturais, que são determinantes para o estabelecimento de limites à atuação do Estado ou, em outras palavras, para a existência de maior ou menor liberdade individuais. Evidentemente, nem a mais perfeita teoria de limitação do poder estatal poderia dar frutos em um contexto de absoluto autoritarismo estatal. Tais fatores, já ressaltou NEUMANN, podem ser passíveis de críticas, mas não de alterações a curto prazo.”

Observa-se o complexo fenômeno da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, impulsionado por diversos fatores. De um lado, existe a crescente interdependência entre as esferas de organização interpessoais, com a consequente transmissão a terceiros de funções de asseguramento da própria esfera jurídica, com a perda de domínio real e base de sensação de insegurança; essa interdependência ocorre em sociedades de massa cada vez mais atomizadas e que apresenta indivíduos desagregados, numa gigantesca máquina anônima (SÁNCHEZ, 2022, p. 23-24).

De outro, a insegurança e angústia vividas por grandes guerras características do século XX, além do terrorismo e conflitos locais derivadas da guerra fria e descolonização implicam uma sensação subjetiva de risco muito maior do que aquela objetivamente existente (SÁNCHEZ, 2022, p. 25-27).

180 Novamente, tradução livre. No original: That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.

SÁNCHEZ (2022, p. 37-39) destaca ainda a criação de uma sociedade de sujeitos passivos. À medida em que avança o Estado de bem-estar, avança a criação de classes passivas na sociedade, como pensionistas, desempregados, destinatários quaisquer de alguma prestação positiva do Estado que passam a ser maioria frente a classes ativas, empreendedoras; em consequência, diminui-se o espaço de risco permitido, porque a maior parte da coletividade é naturalmente aversa ao risco e também espera sempre haver um responsável por qualquer infortúnio que sofra, o que inevitavelmente conduz a uma ampliação do Direito Penal.

O autor acrescenta ainda que o fenômeno da configuração majoritária da sociedade em classes passivas, por sua vez, conduz a que os cidadãos se identifiquem com as vítimas dos crimes e com elas se solidarizem em detrimento a uma suposta “criminalidade dos poderosos”. Muito embora a maior parte da criminalidade ainda seja aquela dos marginalizados, aquela outra, ligada ao narcotráfico, terrorismo, corrupção etc. é mais difundida, causando resposta expansiva do Direito Penal por meio de regras de imputação específicas (SÁNCHEZ, 2022, p. 47-53).

Possuem relevância também os gestores atípicos da moral (*atypische Moralunternehmer*). Espaço reservado antes a estamentos burgueses-conservadores, assumem tal papel com tanto ou mais relevância associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos (contra traficantes), pacifistas, antidiscriminatórias (contra ideologias racistas ou sexistas, por exemplo), organizações não governamentais de proteção a direitos humanos. Em comum, SÁNCHEZ explica que fazem parte de uma criminologia de esquerda que, na mesma linha da identificação das classes passivas, identificam-se mais como vítimas possíveis de crimes e, muito embora já tenham repudiado a intervenção penal como instrumento das classes poderosas, hoje pedem exatamente isso, e são atendidas pelos meios de poder ante a vontade de servirem-se deles para seus próprios interesses (SÁNCHEZ, 2022, p. 64-68).

Essa diluição do conceito de bem jurídico não escapou à observação de JAKOBS (2009, p. 67-68):

“Quanto mais recrudescer a confiança de que os pressupostos da vida dos cidadãos e de sua configuração não de se ajustar por vias naturais, por meio da auto-regulação do mercado ou, de outra forma, sem regulação finalista, mais o Estado assume a administração desses pressupostos, estendendo também a eles a tutela penal em sua regulação finalista; eles passam, assim, a inserir-se na categoria de bens jurídicos: meio ambiente, saúde pública, etc. Em princípio, isso não é novidade; por excelência, toda institucionalização de atividades estatais pode converter-se em bem jurídico; nesse sentido, os objetivos modernos do Estado equiparam-se aos clássicos (segurança externa e interna). Mas, os novos bens apresentam particularidades quantitativas que diluem o conceito de bem jurídico: sua fronteira em relação ao que é socialmente adequado é materialmente arbitrária quando nítida (entorpecentes proibidos contra drogas geralmente aceitas); em outros casos, é um produto tão vago da discricionariedade governamental e administrativa, que a proteção do bem corre o risco de desaparecer por trás da proteção da executabilidade de decisões (meio ambiente).”

É de JAKOBS, também, uma aproximação possível a ser realizada entre os dois sistemas. Para ele, a preocupação do Direito Penal não é com a proteção de bens jurídicos, e sim com a garantia da vigência das normas cuja estabilidade se vê ameaçada pelo descumprimento mediante o crime (JAKOBS, 2009, p. 61-62):

“A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção. Por isso – contrariando, porém, a linguagem usual – pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção – solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática; na sequência, esse bem será denominado “bem jurídico penal”.

Ao utilizar o conceito dessa forma, a forte vinculação às normas penais pode surpreender, pois os bens também podem ser definidos sem esse desvio normativo, nomeando-se aquilo que o agente destruiu – pelo menos no caso de crime de dano no sentido material –, vida, saúde, propriedade, podendo-se relegar, por enquanto, a questão sobre se os objetos mencionados devem ser bens, por si mesmos ou por sua utilidade, para a pessoa ou para a sociedade.”

Conclusão

O sistema positivado no Código Penal Modelo norte-americano de definição do elemento subjetivo do tipo de injusto parece apresentar uma certa superioridade em relação ao modelo usualmente aplicado pelo *civil law* de distinção entre dolo e culpa. Isso se deve ao fato de que, no sistema de *civil law*, a conclusão pelo dolo ou culpa não raras vezes é dramática, uma vez que não só a diferença entre as penas abstratamente cominadas para eles é gigantesca como, em tantas outras, o crime não é punido na forma culposa.

A esse respeito, RAGUÉS I VALLÈS comentou acerca do Código Penal espanhol (1999, p. 33):

“O atual Código prevê que a pena para a modalidade imprudente de certos tipos penais se determine reduzindo em um grau o marco penal assinalado à modalidade dolosa do mesmo delito (este é o caso, por exemplo, do chamado delito ecológico, art. 331 CP, ou dos incêndios, art. 358 CP). Nessas hipóteses, o fato típico imprudentemente valorado como mais grave pode chegar a ter a mesma pena que o fato doloso valorado como mais leve. Contrariamente, em outros tipos se constata um salto, às vezes de grandes proporções, entre o marco penal assinalado à realização dolosa e à imprudente (no homicídio, por exemplo, de até seis anos de prisão). É criticável que o legislador não tenha sido coerente ao decidir se entre a realização dolosa e a imprudente de um mesmo fato existe uma continuidade que permite impor às realizações imprudentes mais graves a mesma pena que às dolosas mais leves ou se, contrariamente, existe um salto valorativo tal entre ambas as figuras que se deve traduzir em uma rotunda separação de marcos penais. A sobreposição apresenta o problema que pode chegar ofuscar a distinção entre realizações dolosas e imprudentes; o estabelecimento de grandes saltos entre marcos penais desconsidera que na realidade os casos se apresentam como como um *continuum* e que pequenos incrementos de grau de conhecimento do sujeito não parecem poder justificar grandes diferenças a efeitos de merecimento de pena.”¹⁸¹

É de se ver que tais críticas, embora direcionadas ao direito espanhol, são igualmente aplicáveis ao direito penal brasileiro. A título de exemplo, o homicídio doloso possui pena abstratamente cominada de reclusão de seis a vinte anos, enquanto o homicídio culposo, de detenção, de um a três anos.

181 Tradução livre. No original: El actual Código prevé que en la pena de la modalidad imprudente de ciertos tipos penales se determine reduciendo em un grado el marco penal asignado a la modalidad dolosa del mismo delito (éste es el caso, por ejemplo, del llamado delito ecológico, art. 331 CP, o de los incendios, art. 358 CP). En estos supuestos, el hecho típico imprudente valorado como más grave puede llegar a tener la misma pena que el hecho doloso valorado como más leve. Por contra, en otros tipos se constata un salto, a veces de grandes proporciones, entre el marco penal asignado a la realización dolosa y a la imprudente (en el homicidio, por ejemplo, de hasta seis años de prisión). Es criticable que el legislador no haya sido coerente al decidir si entre la realización dolosa y la imprudente de un mismo hecho existe una continuidad que permite imponer a las realizaciones imprudentes más graves la misma pena que a las dolosas más leves o si, por contra, existe un salto valorativo tal entre ambas figuras que debe traducirse em una rotunda separación de marcos penales. El solapamiento presenta el problema de que puede llegar a difuminar la distinción entre realizaciones dolosas e imprudentes; el establecimiento de grandes saltos entre marcos penales olvida que en la realidad los casos se presentan como um continuum y que pequeños incrementos en el grado de conocimiento del sujeto no parecen poder justificar grandes diferencias a efectos de merecimiento de pena.

A questão assume contornos tanto mais sérios quanto esteja em discussão um caso limítrofe entre dolo e culpa. Conforme retratamos no corpo do artigo, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem pela necessidade de se diferenciar entre dolo eventual e culpa consciente, enquanto cresce o número de adeptos por uma interpretação do dolo como conhecimento – e que, portanto, desconsideram essa diferenciação. Seja como for, trata-se de diferenciação que não altera os limites de dosimetria a partir da definição do elemento subjetivo doloso ou culposo.

A adoção de uma teoria cognitiva do dolo significaria, no entanto, uma aproximação com o direito penal do *common law* em razão de seu forte fundamento pragmático de evitação de dano ao próximo, calcado em bases probabilísticas. Essa aproximação pode ser dogmaticamente fundamentada pela postura de JAKOBS de tratar o bem jurídico penal como garantia de eficácia da norma.

Referências

AMERICAN LAW INSTITUTE. Model Penal Code. Filadélfia: American Law Institute, 1962.

BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 1.

CHESNEY, E. J. Concept of mens rea in the criminal law. Journal of Criminal Law and Criminology. Evanston, v. 29, issue 5, 1939. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2828&context=jclc>. Acesso em: 23 jun. 2023.

CHIESA, L. E. Mens rea in comparative perspective. Marquette Law Review, Milwaukee, v. 102, issue 2, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol102/iss2/7>. Acesso em: 23 jun. 2023.

COSTA, H. R. L da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*: direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

FEINBERG, J. Harm to others: the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1984.

GRECO, L. Dolo sem vontade. Liber Amicorum de José de Sousa e Britto em comemoração do 70º aniversário. Lisboa: Almedina, 2009.

JAKOBS, G. Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LUCCHESI, G. B. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MARTELETO FILHO, W. Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MILL, John Stuart. On Liberty. [S.l]: Amazon Classics Edition, 1859.

PRADO, L. R. Bem jurídico-penal e constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PUPPE, I. La distinción entre dolo e imprudência. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

RAGUÉS I VALLÈS, R. R. El dolo y su prueba em el processo penal. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999.

ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

SAMPSELL-JONES, T. Mens rea in Minnesota and the model penal code. William Mitchell Law Review, Saint Paul, v. 39, issue 5, 2013. Disponível em: <http://open.mitchellhamline.edu/wmlr/vol39/iss5/2>. Acesso em: 23 jun. 2023.

SÁNCHEZ, J. M. S. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madri: EDISOFER, 2022.

TAVARES, J. Fundamentos de teoria do delito. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

VIANA, E. Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

Acesso à Justiça e Inclusão Digital: Estudo de Caso da Subseção Judiciária de Paragominas ¹⁸²

Access to Justice and Digital Inclusion: Case Study of Paragominas Judicial Subsection

Paulo César Moy Anaisse

Mestre em Direito e Poder Judiciário pelo PPGPD/Enfam
Especialista em Direito do Estado pela Universidade Católica de Brasília
Juiz Federal do Tribunal Regional da 1ª Região

Tathiane Menezes da Rocha Pinto

Mestre em Direito e Poder Judiciário pelo PPGPD/Enfam
Juíza Federal do Tribunal Regional da 3ª Região
Integrante do Centro Local de Inteligência da JFSP - CLISP

Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo

Mestre em Direito e Poder Judiciário pelo PPGPD/Enfam
Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região
Coordenadora do CEJUC da Subseção Judiciária de Uberaba – MG

182 Pesquisa apresentada no Grupo de Trabalho 16 – Impactos da tecnologia no acesso à justiça do XI EPED – Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, em 25 ago. 2022, realizado pela Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED) na Universidade Positivo, na cidade de Curitiba-PR.

Resumo: O presente trabalho empírico consiste em estudo de caso sobre as estatísticas consolidadas de processos em tramitação no Juizado Federal Adjunto da Subseção Judiciária de Paragominas, no interior do estado do Pará, trazendo como referencial uma análise sistêmica. O objetivo foi dimensionar e avaliar criticamente o impacto da implantação do processo eletrônico e da realização de audiências virtuais na democratização do acesso à justiça. Concluiu-se, pelos resultados obtidos, que a tecnologia adotada pelo Poder Judiciário no trâmite de processos pela via digital, ou a realização de atos processuais por meio eletrônico, inclusive audiências por videoconferências, encontra estruturas social e técnica suficientes para a fruição de seus benefícios pelos jurisdicionados.

Palavras-chave: acesso à justiça; inclusão digital; estudo de caso; análise sistêmica.

Abstract: The present empirical work consists of a case study about consolidated statistics of processes in progress in the Federal Adjunct Court of the Judicial Subsection of Paragominas, in the interior of the state of Pará, as bringing a systemic analysis. The objective was to dimension and critically evaluate the impact of the implementation of the electronic process and the realization of virtual hearings in the democratization of access to justice. It was concluded, from the results obtained, that the technology adopted by the Judiciary in the procedural acts by electronic means, including hearings by videoconferences, finds sufficient social and technical structures for the enjoyment of its benefits by the citizens under jurisdiction.

Keywords: access to justice; digital inclusion; case study; systemic analysis.

1 Introdução

O princípio fundamental do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garante a brasileiros e estrangeiros residentes, a possibilidade de reivindicar judicialmente seus direitos. Trata-se de um dos alicerces do estado democrático de direito, e impõe ao Estado a adoção de políticas legais e administrativas capazes de viabilizar a todos, independente de condição social ou econômica, isonomia frente às portas do Poder Judiciário. É nesse contexto que a natureza jurídica do acesso à justiça é elevada, inclusive, à categoria de direito humano, conforme previsto nos principais sistemas internacionais de direitos humanos.¹⁸³

Esse desafio é ainda reforçado pelas recomendações internacionais da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), compromisso internacional assumido por líderes de 193 países, inclusive o Brasil, contendo objetivos e metas a serem cumpridos para efetivação dos direitos humanos e promoção de desenvolvimento no período entre 2016 e 2030. Dentre esses objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), dois mais se aproximam das reflexões deste estudo: (i) o ODS 9: construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável, e fomentar a inovação; e (ii) o ODS 16: promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (NAÇÕES UNIDAS, 2022). É justamente a intercessão desses dois objetivos que retrata o macro desafio do Poder Judiciário: prestação jurisdicional acessível, eficaz e inovadora.

Na busca pela universalização do acesso à justiça, o Poder Judiciário tem adotado medidas administrativas, inclusive por meio do desenvolvimento de ferramentas digitais, que objetivam facilitar o ingresso de processos e atendimento aos interessados. Persegue-se o Juízo 100% Digital, e a adoção do processo eletrônico em substituição aos autos físicos já é uma realidade. Mais recentemente, no contexto pandêmico, segundo o relatório Justiça em Números 2021, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a “digitalização de processos e a propositura de ações por meio dos sistemas de processos judiciais eletrônicos tiveram recorde de adesão considerando toda a série temporal” (CNJ, 2021b). Ainda nesse cenário, conforme o relatório, “foram tomadas rápidas e efetivas medidas para implementação das audiências judiciais por meio virtual e videoconferência” (CNJ, 2021b).

Mas qual o impacto das inovações tecnológicas no acesso à Justiça por brasileiros residentes em áreas notadamente dotadas de menos infraestrutura e mais carentes do país? Essa a pergunta que conduz a presente pesquisa, cujo objetivo específico é verificar se o Juízo 100% digital teve implementação inclusiva em relação a brasileiros residentes em referidas áreas, adotando-se como amostra geográfica a Subseção Judiciária de Paragominas-PA.

183 Nesse sentido, os seguintes instrumentos internacionais: Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (arts. 8º e 10º), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 14, 1 e 3 “b”), Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 (arts. 1º, 6º e 13), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2010 (art. 47) e Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 8º).

Para dimensionar e avaliar criticamente o impacto da implantação do processo eletrônico e da realização de audiências virtuais na democratização do acesso à justiça, optou-se por estudo de caso através de metodologia qualiquantitativa, a partir da análise das estatísticas processuais do Juizado Federal Adjunto da Subseção Judiciária de Paragominas, no interior do estado do Pará, cuja demanda em grande parte decorre de ações assistenciais e previdenciárias rurais providas dos 14 municípios sob essa jurisdição federal. Buscou-se comparar, com informações obtidas no Sistema de Informações Gerenciais da Justiça Federal da 1ª Região, os números da distribuição de processos previdenciários rurais e assistenciais na unidade antes e depois da implantação do PJe, ocorrida ao final de 2018, bem como, o percentual de processos extintos por ausência às audiências, considerando as dificuldades no deslocamento nas áreas rurais e a eventual inclusão digital no interior do país, após a implantação das audiências virtuais. Em acréscimo, ainda se realizou revisão bibliográfica temática, complementada por pesquisa documental.

Nos tópicos que seguem a este introyto, o percurso desta pesquisa inicia descrevendo e justificando seu alcance geográfico e explicitando as estatísticas selecionadas como indicadores para a avaliação dos principais aspectos desse locus; prossegue detalhando a seleção das ações que compuseram a amostra; a seguir, especifica o recorte temporal, expondo suas razões; para então, avançar para o estudo do caso propriamente dito, apresentando a análise dos resultados.

O fio condutor deste estudo de caso são os impactos das inovações judiciais no acesso à justiça. A incorporação de novas tecnologias na era digital sugere um avanço na prestação jurisdicional em oposição ao anacronismo do qual o Poder Judiciário comumente é criticado. Entretanto, é preciso estar atento às desigualdades sociais existentes no Brasil, de modo que as inovações promovam inclusão social. Maria Tereza Sadek (2014, p. 58) 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.

Ao final, e ao cabo, pretende-se contribuir para as reflexões sistêmicas sobre os valores agregados pela inovação digital ao direito constitucional de acesso à justiça, infirmando críticas generalizantes marginais a indicadores condizentes à realidade interiorana da justiça brasileira.

2 Breve Reflexão Sistêmica Sobre o Acesso à Justiça e a Exclusão Digital

Antes de adentrar à parte empírica da presente pesquisa, vale trazer para o debate alguns parâmetros do conceito de acesso à justiça. No constitucionalismo brasileiro, como bem assinala Tavares (2019, p. 608-609), o princípio do acesso ao Poder Judiciário remonta à Constituição de 1946. O autor ainda realça o princípio como pilar do Estado de Direito:

“O princípio do amplo do acesso ao Poder Judiciário remonta, na História constitucional pátria, à Constituição de 1946, que foi a primeira a expressamente determinar que ‘A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’. Esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância. O próprio enunciado da legalidade, portanto, como já observado, requer que haja a possibilidade ampla e irrestrita de apreciação de lesão ou ameaça de direito (lei lato sensu) pelo órgão competente. Assim, dentro da ideia clássica de tripartição de funções estatais, incumbe ao Poder Judiciário o papel de se manifestar, como última instância, sobre as lesões ou ameaças a direito.”(TAVARES, 2019, p. 608-609)

Moraes (2004, p. 105), ao apontar a relação desse princípio com o da legalidade, também lembra que o Poder Judiciário, uma vez regularmente provocado, não pode se furtar a cumprir seu mister constitucional:

“O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto [...]. Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.” (MORAES, 2004, p. 105)

O tema acesso à justiça sempre se mostrou um grande desafio para os órgãos do sistema de justiça. Trata-se de conceito dinâmico no tempo e com desafios que acompanham a volatilidade e ambiguidade da sociedade moderna. Trata-se de conceito¹⁸⁴ que apresenta uma constante evolução dinâmica que reflete as transformações da mentalidade social com a preponderância de interesses coletivos e difusos, sobre pretensões individualizadas, inclusive com absorção de dimensões negativas e positivas acerca da obrigação do estado na efetivação da igualdade material e do devido processo legal substancial para efetivação de uma justiça social (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).¹⁸⁵

A virtualização dos atos processuais, novas ferramentas e tecnologias vieram para ficar, transcendendo os tempos de pandemia, tratando-se de tendência que desenvolver-se-á cada dia mais ao longo dos novos tempos. A digitalização do acesso à justiça apresenta inúmeros benefícios e abre espaço a novas possibilidades, porém é a partir dela que vem à tona a vulnerabilidade digital, fato complicador sobretudo para que as pessoas mais carentes de recursos econômicos acessem o sistema de justiça. Ou seja, o tema acesso à justiça, que por si só sempre se demonstrou um Wicked Problem,¹⁸⁶ possui um novo ingrediente.

A realização democrática do acesso à justiça em um país continental e plural como o Brasil é desafio que se notabiliza pela complexidade e mutabilidade. Esse contexto desafiador restou reforçado durante a pandemia da COVID-19 e deu relevo à lição de Morin de que é preciso estar preparado para o inesperado. Adverte Morin (2014, p. 82-83) que pensamento fragmentado e unidimensional causa sofrimento; 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.

Ao encontro de Morin, está o pensamento sistêmico defendido por Peter Senge (2019, p. 127-128), que sugere que os aspectos da vivência humana e suas ferramentas recebam uma abordagem sistêmica, considerando a “sutil interconectividade”, os “inter-relacionamentos” e os “padrões de mudança” inerentes a quaisquer “sistemas vivos”, tal como o sistema judicial, composto por atores diversos e ferramentas com funcionalidade imbricada ao desiderato de pacificação social.

184 A expressão “Acesso à Justiça” adquiriu seu sentido atual no fim da década de 1970. Anteriormente, referia-se ao acesso às instituições judiciais governamentais. GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37 - 49, jan./jun., 2015, p. 37.

185 Nesse sentido a justiça social deve ser entendida como: “expressão para erradicação da pobreza e para redução desigualdades sociais e regionais na forma expressa no art. 3º, III, da CF/1988”. (HORVATH JÚNIOR, 2022, p.26).

186 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.

Trazendo ainda uma abordagem sobre possíveis soluções não lineares para questão da exclusão digital, Richard Susskind (2019, p. 215-221), ao discorrer sobre as cortes on line, suscita a possibilidade de judiciário considerar na equação o “assistido digital”, aqui incluindo o que denomina de “difíceis de alcançar” como a parcela da população que tem grandes dificuldades culturais e sociais de acesso ao meio digital. Porém, conclui, que esse fato por si só não afasta a eficiência das cortes digitais. O autor parte da premissa que sistemas judiciais em todo o mundo, tanto em economias avançadas quanto em desenvolvimento, são inacessíveis para a grande maioria das pessoas, incluindo, é claro, as de difícil acesso, ou seja, os “difíceis de alcançar” também são efetivamente excluídos do sistema tradicional.

Certo é que a democratização do acesso à justiça é via necessária para a efetivação da Justiça Social. E esse acesso há de ser efetivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8), e, para tanto, igualitário em seu duplice aspecto, formal e material (PATRIOTA, 2022, p. 20; RODRIGUES, 2008, p. 251). Ao analisar o desafio da democratização do acesso à Justiça sob a perspectiva brasileira, Patriota destaca que tal mister compõe o eixo orientador IV do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), atualizado pelo Decreto n. 7.037, de 21/12/2009, mas que, apesar de decorrida mais de uma década de vigência das diretrizes traçadas para universalização dos direitos humanos por essa normativa, não se logrou afastar desigualdades estruturais e “não se pode falar no estado democrático de direito prometido pela Constituição de 1988” (PATRIOTA, 2022, p. 20-21). Para Patriota, os “principais entraves (jurídicos e não jurídicos) que se colocam ao efetivo acesso à justiça são: a pobreza, a necessidade de advogado e a demora da prestação jurisdicional” (2022, p. 20).

Diante da peculiar complexidade do cenário brasileiro, não se pode ficar à espera de que o acesso à justiça seja alavancado por soluções cartesianas. Ferraz (2021, p. 56) alerta que abordagens essencialmente mecanicistas, cartesianas, fragmentárias e deterministas tendem a produzir efeitos insuficientes. Como adverte Gil (2022, p. 83):

“É relevante pontuar que a compreensão de acesso à justiça envolve dimensões anteriores à efetiva propositura da demanda. As excepcionalidades de cada região e as especificidades político-econômicas ditam a facilidade com que o indivíduo terá – ou não – acesso à tutela jurisdicional. Nessa seara, as vulnerabilidades sociais funcionam como barreiras, cuja difícil superação prejudica – ou impede – que as contendas cheguem à apreciação do Poder Judiciário.”

Para atender ao desafio de democratizar, formal e substancialmente, o acesso à Justiça, o Poder Judiciário empreendeu políticas voltadas para diretrizes distintas, mas que, de forma concorrente, visam a superar as dificuldades de entrega jurisdicional equânime. Dentre essas políticas públicas judiciárias promovidas nacionalmente pelo CNJ, estão o estímulo às formas alternativas de solução de conflitos e assimilação de ferramentas tecnológicas para modernização da prestação jurisdicional.

No aspecto tecnológico, a postura institucional, já assumida há quase uma década, teve repercussão decisiva para a ininterrupção da prestação jurisdicional durante o período pandêmico. A propósito, assevera Pereira (2022, p. 74):

“A título de exemplo, temos a instituição do PJe, como sistema de processamento de informações e de práticas de atos processuais, que data de 2013, ou seja, há mais de sete anos, o CNJ já se empenhava pela informatização dos sistemas processuais, como forma de assegurar o mais amplo acesso à justiça. É verdade que a urgência na satisfação desse objetivo tornou-se mais evidente com o grave e recente cenário epidemiológico vivenciado, não só no Brasil, mas em todo o mundo, quando, então, pudemos comprovar a certeza de um Judiciário preparado para enfrentar as adversidades, dada a resposta rápida e efetiva com que atendeu às necessidades sociais. [...] A tecnologia, sem dúvida, comprovou ser importante aliada nesse desiderato. E, conquanto as portas físicas das Unidades Judiciárias precisaram ser momentaneamente fechadas, as virtuais se abriram, em níveis até então inconcebíveis. As pesquisas apontam que há mais de um celular por habitante, no Brasil. Essa realidade, aliada à facilitação de acompanhamento da tramitação de processos por meio digital, confere maior credibilidade e transparência ao sistema judiciário, aproximando as partes e seus advogados dos atos processuais.” (PEREIRA, 2022, p. 74)

Em consonância com essa constatação, os achados deste estudo de caso revelaram que a incorporação de tecnologia pode contribuir para estruturar (inter)conexões entre o sistema de justiça e os cidadãos residentes em localidades interioranas e com indicadores de elevada carência de acesso a políticas públicas, viabilizando a necessária atuação judiciária para garantia de direitos fundamentais no Brasil.

Nesse sentir, o futuro resgata dívidas do passado e a tecnologia evolui como elo a permitir a consecução de objetivos que ainda pendem ao democrático acesso ao Poder Judiciário, na verdadeira acepção constitucional de conduzir à ordem jurídica justa os que dela carecem. A propósito, a clássica lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p. 34):

“A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente na formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça. (grifo no original)”

A avaliação da correlação entre acesso à justiça e juízo digital reclama pensamento complexo, estrategista e sistêmico, para percepção do valor do necessário compasso da prestação jurisdicional com os avanços tecnológicos, seja para expandir o acesso à Justiça, alcançando excluídos históricos, seja para permitir a adaptabilidade dos serviços judiciais ao inesperado, que certamente estará sempre por vir.

3 A Pesquisa na Subseção Judiciária de Paragominas

A incorporação de novas tecnologias na era digital sugere um avanço na prestação jurisdicional em oposição ao anacronismo do qual o Poder Judiciário comumente é criticado. E, como antecipado no tópico precedente, a prática de atos processuais por meio eletrônico não é propriamente uma novidade.¹⁸⁷ Também não há dúvida de que a pandemia que assolou o planeta acelerou a implementação no Brasil da digitalização de processos e seu trâmite meio de sistemas informatizados. Isso se deu como forma de viabilizar a consecução dos atos processuais e consequentemente, a continuidade da prestação jurisdicional, diante da necessária imposição do isolamento social pelos órgãos de vigilância sanitária.

Segundo o relatório Justiça em números 2021, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça nesse ano, “A digitalização de processos e a propositura de ações por meio dos sistemas de processos judiciais eletrônicos tiveram recorde de adesão considerando toda a série temporal” (CNJ, 2021b, p. 12-13). No cenário pandêmico, conforme o relatório, “foram tomadas rápidas e efetivas medidas para implementação das audiências judiciais por meio virtual e videoconferência” (CNJ, 2021b, p. 12-13).

A adoção de tecnologias que ampliou a realização por atos processuais por meio eletrônico foi autorizada pelo Conselho Nacional de Justiça, com a implementação do Juízo 100% Digital. No âmbito do programa, “todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores” (CNJ, 2020b, art. 1º, §1º).

Entre as práticas iniciadas ou aceleradas no bojo da implementação do Juízo 100% Digital, em decorrência da pandemia,¹⁸⁸ estão a digitalização de processos para o trâmite em sistema processual eletrônico e a realização de audiências por meio de sistema de transmissão de áudio e vídeo em tempo real, as denominadas audiências virtuais.

187 .g. Código de Processo Civil, art. 193: “Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.”

188 Embora não se possa afirmar que a transmissão do vírus tenha acabado, é notório que o avanço nas campanhas de vacinação em nível global, diminuíram a letalidade da COVID-19, o que provocou a flexibilização do distanciamento social pelas autoridades sanitárias. Nesse novo cenário, as atividades econômicas de serviços e comércio foram gradualmente retomadas.

A Cartilha do Conselho Nacional de Justiça esclarece que:

“O ‘Juízo 100% Digital’ será um grande avanço para a tramitação dos processos e vai propiciar maior celeridade por meio do uso da tecnologia, evitando-se os atrasos decorrentes da prática de atos físicos ou que exijam a presença das partes nos Fóruns. Isso mostra que o CNJ e os Tribunais estão fazendo a sua parte para que a Justiça chegue a todos, inclusive aos que estejam momentaneamente fora de sua cidade, do seu estado ou mesmo do Brasil, tudo com a rapidez de que o cidadão necessita. Como salientado pelo presidente do CNJ, ministro Luiz Fux, a tramitação de processos em meio eletrônico promove celeridade e o aumento da eficiência na resposta da Justiça ao cidadão.” (CNJ, 2020a, p. 6)

Por óbvio, a utilização dessas ferramentas para ser inclusiva, vai exigir também do jurisdicionado acesso a equipamentos eletrônicos e sinal de internet. Nesse sentido, a partir do fundamento teórico do Princípio do Acesso à Justiça, que o ancora, seguiu-se um estudo empírico sobre o impacto da implantação do processo eletrônico e a realização de audiências por videoconferência pelo Poder Judiciário.

Questionou-se qual o impacto dessas inovações no acesso à justiça por brasileiros residentes em áreas notoriamente dotadas de menos infraestrutura e mais carentes do país.

3.1 Geografia e Estatística

Para o presente estudo, foram examinadas as estatísticas processuais do Juizado Federal Adjunto da Subseção Judiciária de Paragominas, localizado no interior do estado do Pará, com destaque para as ações que veiculam demandas previdenciárias e assistenciais de interesse da população rural, providas dos 14 municípios nos quais exerce a jurisdição federal.

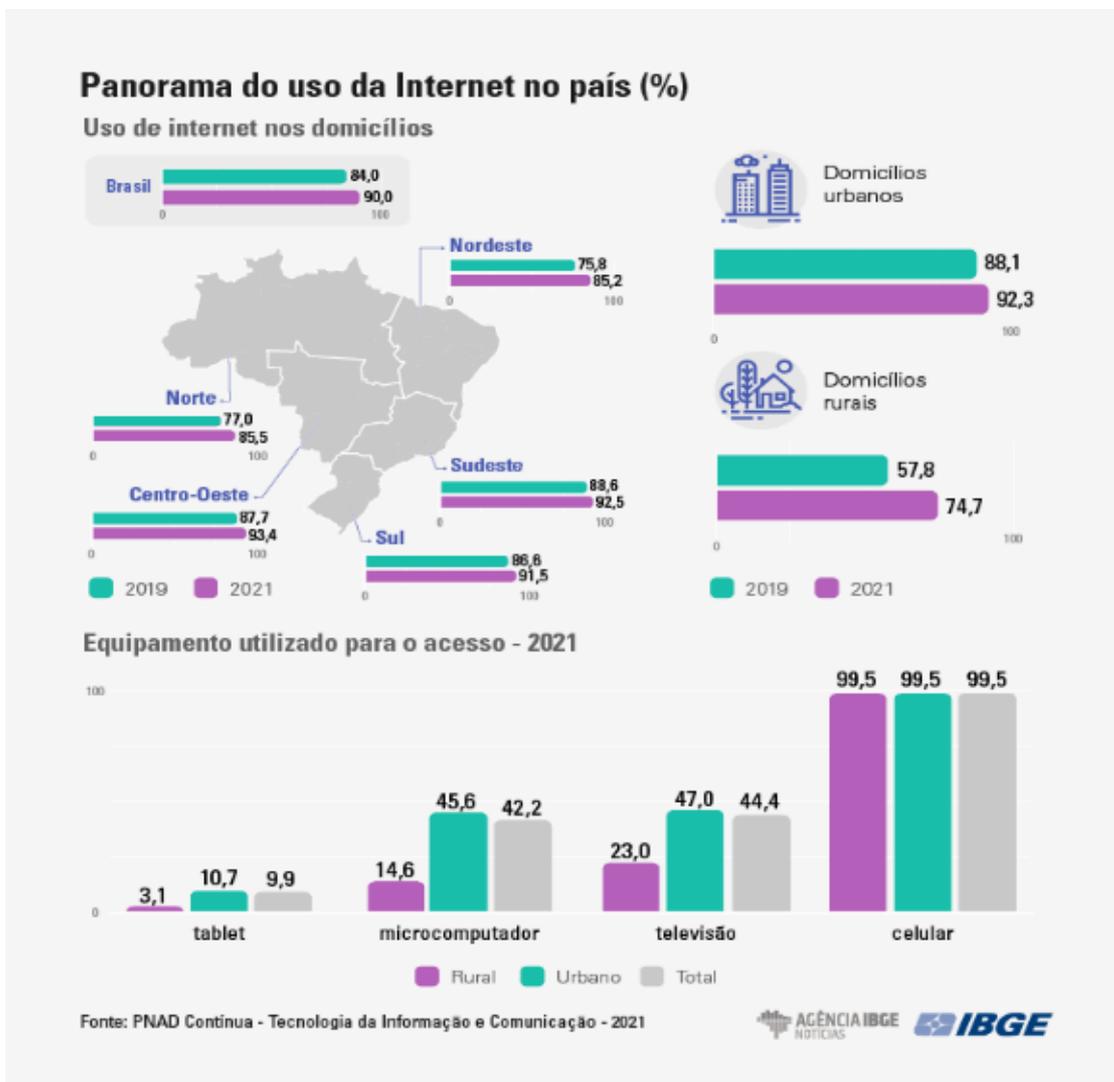
A Subseção Judiciária de Paragominas possui Vara Única de competência geral e Juizado Especial Federal Adjunto Cível e Criminal, com jurisdição, além de Paragominas, nos seguintes Municípios do estado do Pará: Aurora do Pará, Cachoeira do Piriá, Capitão Poço, Dom Eliseu, Garrafão do Norte, Ipixuna do Pará, Irituia, Mãe do Rio, Nova Esperança do Piriá, Ourém, Santa Luzia do Pará, São Miguel do Guamá e Ulianópolis (BRASIL, 2012, art. 2º, §§1º e 2º).

De outra parte, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com dados de 2010, mais recente disponível no sítio do IBGE consultado, o estado do Pará ocupa o 24º lugar, em relação ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), entre os 27 entes federados do Brasil, encabeçado pelo Distrito Federal. O índice paraense é de 0,646 (BRASIL, 2010).

Já a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua realizada pelo instituto em 2019, quanto ao Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019, nos pontos que interessam ao estudo, confirmou que o percentual de utilização da Internet na área rural é inferior ao urbano. Conforme os dados da PNAD Contínua, “De 2018 para 2019, o percentual de domicílios em que a Internet era utilizada passou de 83,8% para 86,7%, em área urbana, e aumentou de 49,2% para 55,6%, em área rural” (BRASIL, 2019, p. 5). Segundo a mesma pesquisa, o menor índice de utilização de internet, por domicílio, em todo o Brasil, é na área rural da Região Norte, com 38,4% (BRASIL, 2019, p. 6). A PNAD demonstrou ainda que “De 2018 para 2019, no total de domicílios do País, o percentual daqueles em que o serviço de rede móvel celular funcionava, para Internet ou para telefonia, passou de 89,2% para 89,9%, no total, de 92,4% para 93,2%, em área urbana, e de 68,5% para 68,2%, em área rural” (BRASIL, 2019, p. 7).

Mais recentemente, outrossim, a PNAD Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação 2021, demonstrou um aumento no panorama do uso da internet no país, conforme figura 1 abaixo. Na Região Norte, o índice subiu de 77% em 2019, para 85,5% em 2021. Especialmente nos domicílios rurais, o percentual no Brasil cresceu significativamente de 57,8% para 74,7%, no mesmo período.

Figura 1 - Representação do panorama de uso da Internet no país (IBGE)



Fonte: Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34954-internet-ja-e-acessivel-em-90-0-dos-domicilios-do-pais-em-2021>>
Acesso em: 25 set. 2022.

Pertinente trazer ainda dados do recorte da presente pesquisa no que diz respeito ao Índice de Acesso à Justiça (IAJ). Referido índice foi desenvolvido em 2021 pelo CNJ e PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Para sua criação foram considerados dois tipos de capital: o Capital Humano e o Capital Institucional.¹⁸⁹ O primeiro foi subdividido em duas vertentes: cidadania e população. O segundo diz respeito ao Judiciário (CNJ, 2021a, p.7).

De acordo com o relatório, os dez estados com os mais baixos índices de acesso à justiça estão nas regiões Norte e Nordeste (CNJ, 2021a, p.35). O Juizado Federal Adjunto da Subseção Judiciária de Paragominas faz parte do Tribunal Regional Federal da 1a Região e este tribunal teve o índice em 49,8%. O melhor IAJ, dentre os tribunais regionais federais, foi o do TRF da 2a Região com 71,9% e o pior foi o TRF da 5a Região com 35,7%.

Todos os dados acima indicados se fazem pertinentes para o presente estudo. Isso porque as características regionais e especialmente populacionais dizem muito sobre o tema acesso à justiça, considerando que as vulnerabilidades sociais se apresentam de maneira interseccional na vida dos indivíduos. Cada vulnerabilidade se apresenta como uma barreira a mais a ser vencida na trajetória daqueles que pretendem fazer valer seus direitos.

Compreendeu-se, dessa forma, que a colheita de informações quantitativas da distribuição de ações que demandem, principalmente, pretensões previdenciárias e assistências de interesse da população rural na unidade judicial escolhida, é representativa do grau de acesso à Justiça por parte da população brasileira cuja inclusão digital, embora crescente, ainda apresenta os menores índices.

189 Interessante observar que foi um índice construído levando em consideração não somente a oferta do acesso à justiça, como também indicadores relacionados ao usuário, como por exemplo vulnerabilidade, acesso a serviços públicos, perfil e dinâmica demográfica. Destaca-se o seguinte trecho do relatório: “Vale ressaltar que, ainda que a resolução do processo jurídico seja uma etapa importante, o acesso à justiça não pode ser medido apenas a partir do Judiciário. As características regionais e especialmente populacionais dizem muito sobre o tema, pois as vulnerabilidades sociais se manifestam de maneira interseccional na vida dos indivíduos e cada uma se apresenta como uma barreira a mais a ser vencida na trajetória que leva os problemas judiciáveis até a resolução.” (CNJ, 2021a, p. 7)

3.2 A escolha das ações

A eleição das ações levou em conta o objeto fundado em benefícios previdenciários de interesses mais comuns voltados ao pequeno agricultor, segurado especial do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que cultiva a terra para o sustento seu e de sua família, ou eventualmente o pescador artesanal.

A Lei de Benefícios do RGPS definiu como segurado especial a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais.

São ainda considerados segurados especiais, o extrativista vegetal, inclusive o seringueiro, e o pescador artesanal que faça da pesca seu principal meio de vida. SPC O cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do agricultor(a) ou pescador(a), que comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo, também são considerados segurados especiais. (BRASIL, 1991, art. 11, VII, a, b e c).

Além das ações previdenciárias mencionadas, foram selecionadas ações direcionadas à concessão do benefício de prestação continuada devido a “pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.” (Lei nº 8.742, de 7/12/1993, art. 20).

A pesquisa buscou enfatizar as lides oriundas nas localidades rurais dos municípios examinados, sem descurar daquelas originadas nas suas áreas urbanas. Desta forma, para que houvesse destaque a essas ações, adotou-se duas linhas de contagem de processos. A primeira, que considera toda a distribuição no período de estudo no JEF; e, a segunda, unicamente relativa a ações que predominantemente são ajuizadas pelos segurados especiais (aposentadoria por idade, aposentadoria por incapacidade permanente, salário-maternidade, benefício por incapacidade temporária, pensão por morte, benefício assistencial, auxílio-acidente e respectivos consectários: restabelecimento de benefício ou liberação de conta de depósito).

Quanto às ações cujo pedido é o benefício assistencial, a miserabilidade do autor é requisito legal para a sua concessão e a sua demonstração decorre de prova pericial da situação socioeconômica do beneficiário. Por esta razão, mesmo sendo facultada a urbanos e rurais sem distinção, a natureza da ação, em si, justificou o destaque no estudo, porquanto em ambas as hipóteses, o pedido deve ser formulado por hipossuficientes.¹⁸⁹

189 Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, “Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.” Art. 20: “O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.” (BRASIL, 1993, grifamos).

3.3 Recorte temporal

No recorte temporal, comparou-se os números da distribuição dos processos, contabilizados de maneira geral, e destacadamente, as previdenciárias tipicamente rurais e assistências, antes e depois da implantação do Processo Judicial Eletrônico – PJe, no final do ano de 2018, escalonados por ano, de 2017 a 13/07/2022; bem como, o percentual de processos extintos por ausência às audiências ou abandono de causa, nesse período.

A extensão do uso do PJe às ações do JEF em Paragominas foi autorizada no dia 10/12/2018 (BRASIL, 2018, art. 1º, I). De outro lado, o recesso forense na Justiça Federal inicia no dia 20/12 e se estende até 06/01 do ano seguinte (BRASIL, 1966, art. 62, I). Dessa forma, pela proximidade do final do ano judiciário, admitiu-se que os efeitos práticos da implementação ocorreram somente no ano de 2019, no intuito de viabilizar a pesquisa com recorte temporal escalonado anualmente.

Ressalta-se, também, que o início do período de movimentação processual por meio eletrônico requereu a migração dos processos para o novo sistema. Desta feita, até o encerramento do procedimento administrativo de digitalização do acervo, a tramitação eletrônica dos processos foi aumentando gradualmente, na medida em que foram sendo digitalizados e migrados para o PJe.

No que tange às audiências, passaram a ser virtuais a partir do início de 2020, com as medidas de segurança sanitária adotadas na Justiça Federal da 1ª Região, em decorrência da exigência do distanciamento social no período pandêmico.

3.4 Números e resultados

As pesquisas foram realizadas no Sistema de Informações e Estatística da Justiça Federal da 1ª Região (e-Siest).¹⁹⁰ Os resultados consolidados seguem descritos nas tabelas abaixo. Na Tabela 1, constam os números da distribuição de processos no Juizado Especial Federal, escalonados por ano, com a indicação do total da distribuição e da distribuição das ações previdenciárias de interesse dos segurados especiais e assistenciais.

190 “O e-Siest foi instituído por meio da Portaria Presi/Secge 103, de 25 de abril de 2014. Trata-se de um sistema baseado na tecnologia de Business Intelligence (inteligência de negócios), que visa à consolidação e à centralização de dados dos diversos sistemas informatizados da 1ª Região em um repositório único, permitindo, assim, a análise e o cruzamento de dados das mais variadas fontes, dentre elas os seis sistemas processuais atualmente em ambiente de produção (Júris, e-Jur, JEF-Virtual, Processual, PJe e PJD-EF).” (BRASIL, 2014)

Tabela 1 – Distribuição de processos no JEF (totais, previdenciários e assistenciais voltadas ao segurado especial, com destaque no período de utilização do PJe.

ANO	TOTAL	RURAIS
2017	1.921	1.691
2018	2.931	2502
2019	3.193	2754
2020	3.392	2850
2021	4.417	3750
2022	2847	2511

Fonte: e-siest, Boletim Tipo 1, total de entradas.

Na Tabela 2, constam os números de abandono de causa ou ausência à audiência, consolidados e dispostos por ano, com destaque ao período em que as audiências foram realizadas virtualmente.

ANO	ABANDONO OU AUSÊNCIA
2017	163
2018	167
2019	213
2020	185
2021	155
2022	97

Fonte: e-siest, Boletim Tipo 2, Sentenças Tipo C, detalhado: abandono e ausência

Tabela 3 – Relação percentual entre o abandono de causa ou ausência às audiências e a distribuição total de processos.

ANO	ABANDONO OU AUSÊNCIA EM PORCENTAGEM
2017	8,4%
2018	5,6%
2019	6,6%
2020	5,4%
2021	3,5%
2022	3,4%

Fonte: cálculo dos autores.

Os levantamentos demonstram um aumento na distribuição de processos no Juizado Especial Federal em Paragominas ao longo dos anos (Tabela 1), cuja introdução do processo judicial eletrônico no final de 2018, não alterou a tendência de crescimento, seja na entrada total de processos, seja na entrada daqueles voltados às demandas rurais e assistenciais.

Note que a inclinação permanece crescente, sendo indiferente a existência de período de transição com a cumulação da tramitação física e a eletrônica dos processos.

Na Tabela 2 conjugada com a Tabela 3, na medida em que os números são relacionados em termos percentuais com o total de distribuição de processos, pode se verificar um decréscimo acentuado no abandono de processos ou ausência às audiências a partir de 2020, ano da adoção das audiências por videoconferência.

O segundo marcador, isto é, a curva relativa ao número de abandono de processo ou ausência às audiências, examina a participação direta do(a) autor(a) nos atos processuais praticados no Juizado Especial Federal.

Assim, mesmo que a ação tenha sido ajuizada através de advogado, a presença direta do(a) rurícola nos atos processuais pode ser aferida no decorrer do trâmite processual, principalmente durante as audiências realizadas por meio virtual, seja com a sua participação transmitida do escritório de advocacia, seja triangulada com transmissão da localidade em que reside.

Ademais, o serviço de atermção não foi interrompido na subseção judiciária. Ao longo do período pandêmico, pela questão sanitária, o procedimento foi realizado “on-line”, mediante e-mail disponibilizado para essa finalidade. As ações ajuizadas nesse modelo (jus postulandi) integraram, portanto, o cômputo de processos distribuídos disposto na Tabela 1.

Logo, há a indicação de que a realização da audiência ou de atos de comunicação por meio da internet, não prejudicou a presença da parte quando chamada a atuar no processo, ainda que pela via eletrônica.

No estudo do caso específico, portanto, é possível assinalar que o estabelecimento da informatização no Poder Judiciário causou impacto positivo no acesso dos jurisdicionados à Subseção Judiciária em Paragominas.

A característica de crescimento na distribuição de processos na unidade, tanto considerando a totalidade das ações, quanto àquelas direcionadas às lides rurais e assistencial, evidencia que o avanço tecnológico facilitou o acesso à Justiça e se coaduna com os resultados da PNAD contínua, que demonstra também um crescimento da utilização da internet, residencial e móvel, no campo ou nas cidades do país.

Essa conclusão é ratificada pela redução na extinção de processos por abandono de causa ou ausência às audiências designadas, diante da sua realização por meio de sistemas de comunicação via internet, implementada a partir de 2020, na Subseção de Paragominas.

De modo geral, pela opção do levantamento das estatísticas da Vara Única de Paragominas, no estado do Pará, almeja-se projetar esses resultados, indutivamente, ao restante do país, onde se espera encontrar melhores índices de inclusão digital, segundo apontado pelas pesquisas do IBGE apresentadas.

Os resultados obtidos, portanto, sugerem que a tecnologia adotada pelo Poder Judiciário no trâmite de processos pela via digital, ou a realização de atos processuais por meio eletrônico, inclusive audiências por videoconferências, encontra estrutura social e técnica suficientes para a fruição de seus benefícios pelos jurisdicionados, principalmente quanto à celeridade processual, sem prejuízo do princípio constitucional do acesso à Justiça.

4 Considerações Finais

O presente trabalho visou a trazer parâmetros para medição do acesso à justiça considerando toda revolução digital recentemente experimentada pelo Poder Judiciário. Partiu-se de um estudo empírico sobre as estatísticas processuais consolidadas da Subseção Judiciária de Paragominas, localizado no interior do estado do Pará.

O objetivo do estudo foi ainda de demonstrar que a correlação entre acesso à justiça e juízo digital reclama o pensamento complexo, estrategista e sistêmico, para percepção do valor do necessário compasso da prestação jurisdicional com os avanços tecnológicos, seja para expandir o acesso à Justiça, alcançando excluídos históricos, seja para permitir a adaptabilidade dos serviços judiciais ao inesperado, que certamente estará sempre por vir.

No âmbito do Poder Judiciário, o denominado "Juízo 100% Digital" busca avançar na tramitação de processos com a utilização de meios tecnológicos, com a finalidade de evitar as delongas naturais da prática de atos processuais que exijam a presença física da parte nas sedes das unidades judiciais, propiciando ao jurisdicionado agilidade e comodidade na prestação jurisdicional, e bem assim, celeridade na solução das demandas.

A utilização dos meios eletrônicos de comunicação, todavia, para ser inclusiva, vai exigir também do jurisdicionado acesso a equipamentos que permitam a realização dos atos processuais à distância, além de acesso à internet, seja fixa ou móvel.

Nesse sentido, questionou-se qual o impacto dessas inovações no acesso à justiça por brasileiros residentes em áreas notoriamente dotadas de menos infraestrutura e mais carentes do país.

Foram examinadas as estatísticas processuais do Juizado Federal Adjunto da Subseção Judiciária de Paragominas, localizado no interior do estado do Pará, relativas a ações assistenciais e previdenciárias, as últimas com objeto fundado em benefícios de interesses mais comuns voltados ao pequeno agricultor, segurado especial do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que cultiva a terra para o sustento seu e de sua família, ou eventualmente o pescador artesanal.

Concluiu-se, pelos dados cruzados no recorte do presente estudo, que a digitalização processual reduziu o abismo ao acesso à justiça, o que não implica em deixar de se reconhecer que para muitos jurisdicionados, os excluídos digitais, seja essencial manter uma estrutura física como forma de ultrapassar as barreiras ao acesso adequado à justiça.

Em caráter indutivo, verificou-se a hipótese teórica de que tecnologia adotada pelo Poder Judiciário no trâmite de processos pela via digital e a realização de atos processuais por meio eletrônico, inclusive audiências por videoconferências, se não aumentou o efetivo acesso à justiça, ao menos reduziu as barreiras geográficas ao acesso para a população em situação de extrema vulnerabilidade.

A amostra sugere que a tecnologia adotada pelo Poder Judiciário no trâmite de processos pela via digital, se adequou à estrutura social existente, capaz de corresponder às expectativas da tramitação de processos pela via eletrônica de transmissão de sons, imagens e dados, permitindo aos jurisdicionados a fruição de seus benefícios, sem prejuízo do princípio constitucional do acesso à Justiça.

Os resultados atestaram um aumento na distribuição de processos no Juizado Especial Federal em Paragominas ao longo dos anos pesquisados. A implementação do PJe, no final de 2018, não alterou a curva na distribuição de processos, que permaneceu crescente.

Esse movimento evidencia também que o avanço tecnológico facilitou o acesso à Justiça, uma vez que se coaduna com os resultados da PNAD Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação 2021, que demonstrou um crescimento na utilização da internet, inclusive no campo.

Por óbvio o presente estudo de caso não exaure o tema muito menos define quais seriam os parâmetros definitivos para se medir efetivamente o acesso à justiça, mas traz informações para serem futuramente trabalhadas, discutidas ou revistas pela academia e pelo próprio Poder Judiciário.

Referências

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

_____. Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências, art. 62. I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5010.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, art. 11, VII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Portaria PRESI nº 6843055. Dispõe sobre a expansão do Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe para os Juizados Especiais Federais e para as Turmas Recursais. Brasília: TRF1, 2018. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/sjap/comunicacao-social/imprensa/avisos/portaria-presi-6843055-dispoe-sobre-a-expansao-do-sistema-processo-judicial-eletronico-pje-para-os-juizados-especiais-federais-e-para-as-turmas-recursais.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Regional. Portaria PRESI/CENAG n. 73, de 29 de fevereiro de 2012. Dispõe sobre a criação da Subseção Judiciária de Paragominas/PA, integrada por Vara Federal Única, e dá outras providências. Brasília: TRF1, 2012. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/26242>. Acesso em: 21 jul. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Regional. Portaria PRESI/SECGE n. 103, de 25 de abril de 2014. Institui o Sistema de Informações e Estatística do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e dá outras providências. Brasília: TRF1, 2014. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/35221>. Acesso em: 21 jul. 2022.

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R., Teoria geral do processo. 13. ed. São Paulo: Editores Malheiros, 1997. p. 34.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Juízo 100% Digital Tudo o que você precisa saber. Brasília: CNJ, 2020a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/WEB_cartilha_Juizo_100porcento_digital_v3.pdf. Acesso em: 24 set. 2022.

Conselho Nacional de Justiça (Brasil). Resolução nº 345, de 9 de outubro de 2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado23351420210310604957b2cb035.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Índice de acesso à Justiça. Brasília: CNJ, 2021a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_22-2-2021.pdf. Acesso em: 23 set. 2022.

Conselho Nacional de Justiça (Brasil). Justiça em Números 2021. Brasília: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 21 jul. 2022.

FERRAZ, Taís Schilling. O excesso do acesso à justiça e a insistente aposta nos sintomas como forma de dar tratamento à litigiosidade. Interesse Público, Belo Horizonte, ano 23, n. 128, p. 45-58, jul./ago. 2021.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37 - 49, jan./jun. 2015.

GIL, Renata. Direitos humanos e democratização do acesso à Justiça. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Democratizando o acesso à Justiça: 2022. Brasília: CNJ, 2022. p. 77-85. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/democratizando-acesso-justica-2022-v2-01022022.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2022. p. 26.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Índice de Desenvolvimento Humano – IDH. Brasília: IBGE, 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pa/pesquisa/37/0?tipo=ranking>. Acesso em: 21 jul. 2022.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua, acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019. Brasília: IBGE, 2019. p. 5. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 21 jul. 2022.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 105.

MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015. 120 p.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 26 set. 2022.

PATRIOTA, Everaldo. Democratizando o acesso à Justiça: justiça social e o Poder Judiciário do Século XXI. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Democratizando o acesso à justiça: 2022. Brasília: CNJ, 2022. p. 19-22. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/democratizando-acesso-justica-2022-v2-01022022.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

PEREIRA, Emmanoel. Visão panorâmica do acesso à Justiça no Brasil. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Democratizando o acesso à Justiça: 2022. Brasília: CNJ, 2022. p. 73-76.

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/democratizando-acesso-justica-2022-v2-01022022.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no estado contemporâneo: concepção e principais entraves. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alveme Barreto (Org.). Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento: estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 237-276.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014.

Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814>. Acesso em: 25 jul. 2022.

SENGE, Peter M. A quinta disciplina: a arte e a prática da organização que aprende. 34. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2019. 640 p.

SUSSKIND, Richard. E. Online courts and the future of justice. Oxford: Oxford University Press. 2019. 347 p.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 608-609.

