

Bárbara Bruna de Oliveira Simões
Daniella Bitencourt
Grazielle Costanza
José Eduardo Aidikaitis Previdelli
(Orgs.)

João Paulo Kulczynski Forster
(Org. Convidado)

Temas atuais de Direitos Humanos

Volume 4

Efetividade da Justiça
e Direitos Humanos
Processuais





No quarto volume desta coletânea “Temas Atuais de Direitos Humanos”, seguindo tendência inaugurada por seu antecessor, apresenta temática específica: a efetividade da justiça e os direitos humanos processuais. A escolha desta temática está direcionada ao reforço da prática dos processuais sob a perspectiva dos direitos humanos, assim como a efetividade da justiça, conectando estudos que – para fins acadêmicos – se distanciam do direito material para apresentar analiticamente outros mecanismos que integram o rol de direitos humanos. Os autores e as autoras trazem em suas pesquisas científicas que apresentam como lastro o resultado de atuações acadêmicas e profissionais em diversas áreas do direito, todas com o mesmo ponto em comum: o processo permeado pelos direitos humanos. O resultado que se apresenta é uma obra plural, abrangendo diversos ramos e áreas de atuação, na expectativa de contribuir para o debate das questões trazidas.



editora *fi*.org



TEMAS ATUAIS DE DIREITOS HUMANOS

TEMAS ATUAIS DE DIREITOS HUMANOS

VOLUME 4

EFETIVIDADE DA JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS PROCESSUAIS

Organizadores

Bárbara Bruna de Oliveira Simões

Daniella Bitencourt

Grazielle Costanza

José Eduardo Aidikaitis Previdelli

Organizador convidado

João Paulo Kulczynski Forster



Diagramação: Marcelo Alves

Capa: Carole Kümmecke (www.carolekummecke.com.br)



A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhável 4.0 Internacional https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T278 Temas atuais de direitos humanos: efetividade da justiça e direitos humanos processuais [recurso eletrônico] / Bárbara Bruna de Oliveira Simões, Daniela Bitencourt, Graziela Costanza, José Eduardo Aidikaitis Previdelli, João Paulo Kulczynski Forster... [et al.]. – Porto Alegre : Fi, 2023.

v. 4 ; 213p.

ISBN 978-65-5917-716-5

DOI 10.22350/9786559177165

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos humanos – Direito processual. I. Simões, Bárbara Bruna de Oliveira. II. Bitencourt, Daniela. III. Costanza, Graziela. IV. Previdelli, José Eduardo Aidikaitis. V. Forster, João Paulo Kulczynski.

CDU 342.7:347.9

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
<i>Os organizadores</i>	
PREFÁCIO	10
<i>Cristine Feldmann Dutra</i>	
1	16
A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS: ESTUDO DE CASO	
<i>Alberto Jerônimo Guerra Neto</i>	
<i>Louise Heine</i>	
2	33
O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL COMO DIREITO HUMANO DO CONTRIBUINTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO	
<i>Daniella Bitencourt</i>	
<i>Grazielle Costanza</i>	
3	48
O DIREITO AO EXERCÍCIO INDEPENDENTE E IMPARCIAL DA JURISDIÇÃO DIANTE DA PRESSÃO DA MÍDIA	
<i>Ellen Lindemann Wother</i>	
4	66
APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM UMA PANDEMIA: A RELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO NO EXAME DE PROPORCIONALIDADE	
<i>Fabiana Pagel da Silva</i>	
<i>Roberto José Ludwig</i>	
5	85
PRECEDENTES JUDICIAIS E DIREITOS HUMANOS: A ANALOGIA COMO MEIO PARA PROTEÇÃO E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS	
<i>Guilherme Thofehn Lessa</i>	

6

107

PROVIMENTOS VINCULANTES E UNIDADE DO DIREITO: A SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL PROCESSUAL

Gustavo Vieira

Guilherme dos Santos Moreira

7

122

A VALORAÇÃO DA PROVA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

João Paulo K. Forster

José Eduardo Aidikaitis Previdelli

8

142

DIREITO HUMANO DO ACESSO À JUSTIÇA E O COVID-19: A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO EM TEMPO DE PANDEMIA

José Eduardo Aidikaitis Previdelli

Caroline Costanza

9

161

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E A SUA LEGITIMIDADE NO BRASIL

Matheus Gonçalves dos Santos Trindade

Felipe Faraó Bertoni

10

182

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA PRISÃO E A SUA INDISSOCIÁVEL RELAÇÃO COM O (NÃO) ACESSO À JUSTIÇA PENAL

Priscila Vargas Mello

APRESENTAÇÃO

Os organizadores

No quarto volume desta coletânea “Temas Atuais de Direitos Humanos”, seguindo tendência inaugurada por seu antecessor, apresenta temática específica: a efetividade da justiça e os direitos humanos processuais. A escolha desta temática está direcionada ao reforço da prática dos processuais sob a perspectiva dos direitos humanos, assim como a efetividade da justiça, conectando estudos que – para fins acadêmicos – se distanciam do direito material para apresentar analiticamente outros mecanismos que integral o rol de direitos humanos.

Os autores e as autoras trazem em suas pesquisas científicas que apresentam como lastro o resultado de atuações acadêmicas e profissionais em diversas áreas do direito, todas com o mesmo ponto em comum: o processo permeado pelos direitos humanos. O resultado que se apresenta é uma obra plural, abrangendo diversos ramos e áreas de atuação, na expectativa de contribuir para o debate das questões trazidas.

Boa leitura!

PREFÁCIO

*Cristine Feldmann Dutra*¹

Muito me honra em fazer o prefácio desta obra, que em seu título resume com precisão o impacto e a força do livro, “**TEMAS ATUAIS DE DIREITOS HUMANOS VOLUME 4: EFETIVIDADE DA JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS PROCESSUAIS**” com tamanha relevância na nossa atualidade jurídica, científica e acadêmica.

Convido a você caro(a) leitor(a), para se oportunizar a refletir e aprender com estes artigos derivados de pesquisas de alto nível, organizados por estas(es) brilhantes organizadoras(es): **Bárbara Bruna de Oliveira Simões, Daniella Bitencourt, Grazielle Costanza, José Eduardo Aidikaitis Previdelli e João Paulo Kulczynski Forster.**

Assim, a pesquisa científica é um ato de resistência e compromisso com o progresso social, e torna-se cada vez mais importante alinhar a análise em torno da dicotomia entre violações e garantias do direito, contido em todos os textos deste trabalho, sendo cada vez mais urgente.

¹ Pós-Doutoranda em Direito. Doutora em Educação (Universidade LA SALLE). Mestre em Direito, com ênfase em direitos Humanos (Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter). Especialista em Direito e Processo do Civil no complexo Superior Meridional S.A.(IMED). Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho na Faculdade do Instituto de Desenvolvimento (IDC). Possui Graduação em Direito na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Revisora de revistas jurídicas. Pesquisadora do grupo Migrações Internacionais e Pesquisa no Sul (MIPESUL). Pesquisadora do grupo Diálogos culturais transfronteiriços: pluralismo e direitos humanos na Universidade UNILASALLE. Professora da graduação em Direito do Centro Universitário do CESUCA. Professora convidada em cursos de Pós-Graduação. Autora e organizadora de livros com artigos Jurídicos.

Escrever sobre direitos humanos na atualidade requer o estabelecimento de sólidas pontes de diálogo, de respeito ao outro, de um olhar para os vulneráveis, de realizar concretamente os seus postulados universais, indivisíveis, de interdependência, de inter-relação e de consolidação representativa daqueles historicamente subalternizados. E, dentro dessas perspectivas, a compreensão não só empírica como também epistemológica sobre os princípios basilares e normativos que cercam os direitos de toda a humanidade é uma via absolutamente inadiável no cenário de um mundo cada vez mais globalizado.

A falta das políticas públicas atinge os cidadãos de todos os níveis educacionais, independentemente de gênero, raça, religião ou nível social. Com o aprofundamento e a expansão da democracia, diversificaram-se as responsabilidades dos representantes do povo. Hoje, costuma-se dizer que sua função é promover o bem-estar social. O bem-estar de uma sociedade está relacionado a uma ação sã e sua implementação nos campos da saúde, educação, meio ambiente, habitação, assistência social, lazer, transporte e segurança, ou seja, a qualidade de vida deve ser considerada como um todo. É com base nesse princípio que os governos (federal, estadual ou municipal) utilizam as políticas públicas para alcançar resultados satisfatórios em diversos campos.

A importância da Pesquisa Científica é imprescindível para a sociedade, mudar paradigmas e dirimir os erros vivenciados no passado, para a formação no Curso de Direito, fornecendo as bases para uma visão crítica e construção de conhecimento jurídico onde o(a)

profissional, aluno (assume o protagonismo no processo de aprendizagem e a produção de conteúdo. Tornando-se autônomo e agente de transformações.

Percebemos que a não efetividade de um processo justo, a falta de políticas públicas e a efetividade dos direitos humanos, causam um imenso impacto sobre as minorias, aumentando as desigualdades sociais, por isso a importância desta obra.

Qualificar um processo como justo em razão de sua aptidão para produzir uma decisão justa vincula a justiça do processo à justiça da decisão, que dele não é consequência necessária, e olvida que a justiça do processo é um valor em si, independentemente da justiça da decisão, ainda que em regra os processos justos produzam decisões justas. O percurso dos modelos históricos do processo confirma que as suas características sofrem influência da ideologia do Estado, ora liberal ora social. No liberal, cuida-se de assegurar a igualdade entre as partes e a imparcialidade do juiz, sendo a decisão justa mera consequência natural; no social, a decisão justa se estabelece como consequência planejada, devendo o processo ser moldado a obtê-la.

O conceito de processo justo tem sido construído de forma analítica, ou seja, identificando o maior número de garantias que nele se asseguram, resultando em um conceito final aritmético.

É necessário que esse conceito matematizado se transforme em um conceito superior, de modo que o processo justo sintetize aquelas garantias e se apresente, acima disso, como um processo que preserve a dignidade do “ator processual”, considerando o litigante e o juiz como pessoas reais, e o processo como um fenômeno real, dando-lhe um valor

humano próprio, independente da qualidade ou da quantidade das decisões que ele produza. Esse propósito não se deve fundar sobre uma ética imanente ao processo, mas em uma ética transcendente ao processo, radicada na dignidade humana. Se a decisão justa é um objeto de esperança, o processo justo é um bem presente, de que depende a sobrevivência moral dos povos.

Pesquisar questões emergentes nos Processos judiciais em Direitos Humanos e políticas públicas é absolutamente necessário para entender melhor os problemas do mundo no qual vivemos e pensarmos em possíveis soluções.

A globalização do século XXI e o mundo da tecnologia, cada vez estão mais relacionados à complexidade social, à diferença, à desigualdade e à violação de direitos.

Será abordado através destas(es) autoras(es) as suas pesquisas no formato de artigos, que impactam e trazem conhecimento científico. A controvérsia sobre a validade e a proteção dos direitos diante de tais circunstâncias de particular importância, será apresentada neste trabalho coletivo. Nesta obra sobre temas atuais de Direitos Humanos, poderemos ler e refletir, com estes(as) grandes autores(as) que se propõem a defendê-los e estudá-los, com os temas:

O Alberto Jerônimo Guerra Neto e a Louise Heine, escrevem sobre a flexibilização do direito à privacidade frente à violação de direitos autorais.

A Daniela Bittencourt e a Grazielle Costanza demonstram, o princípio da verdade material como direito humano do contribuinte no processo administrativo tributário.

Já a Ellen Lindemann Wother, entoa sobre o direito ao exercício independente e imparcial da jurisdição diante da pressão da mídia.

Produzem a Fabiana Pangel da Silva e o Roberto José Ludwig, aplicação dos direitos humanos em uma pandemia: a relevância do conhecimento no exame de proporcionalidade.

Os precedentes judiciais e direitos humanos: a analogia como meio para proteção e efetivação de direitos, foi construído por Guilherme Thofehrn Lessa

Será abordado por Gustavo Vieira e Guilherme dos Santos Moreira, os provimentos vinculantes e unidade do direito: a segurança jurídica como direito fundamental processual.

De grande relevância, João Paulo Kulczynski Forster e José Eduardo Aidikaitis Previdelli retratam a valoração da prova pela corte interamericana de direitos humanos.

Aduzem José Eduardo Aidikaitis Previdelli e Caroline Costanza sobre o, Direito humano do acesso à justiça e o covid-19: a inafastabilidade da jurisdição em tempo de pandemia.

Matheus Gonçalves dos Santos Trindade e Felipe Faraó Bertoni deslindam sobre A investigação defensiva e a sua legitimidade no brasil.

Priscila Vargas Mello, pesquisa sobre a proteção dos direitos humanos na prisão e a sua indissociável relação com o (não) acesso à justiça penal.

Percebe-se que esta obra é um alento, representa uma condição imprescindível, para a luta contra a discriminação e injustiça social.

Existe uma frase do Martin Luther King, que coroa este momento.

“A injustiça em qualquer lugar, é uma ameaça a justiça em todo lugar!”

Parabéns a todas(os) as(os) envolvidas(os), coordenadoras, professoras(es) e alunas(os) pela dedicação, coragem e comprometimento com a justiça e o ser humano.

1

A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS: ESTUDO DE CASO

Alberto Jerônimo Guerra Neto¹

Louise Heine²

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais podem ser identificados como liberdades e direitos institucionalmente reconhecidos pelo Estado. Conceituar, isoladamente, tais direitos, depende de conhecer algumas das teorias que os cercam. Existe, em verdade, uma pluralidade destas teorias propostas para abordarem os direitos fundamentais, não raro, aproximando as relações com os direitos humanos. A teoria liberal, por exemplo, aborda a proteção individual do homem contra as imposições do Estado, limitando a sua atuação. A teoria sistemática de valores considera a Constituição Federal como a base dos fundamentos de ordem social. Para a teoria institucional, a cidadania deve ser exercida de maneira ativa, enquanto para a teoria social, o Estado deve intervir perante a coletividade para promover as garantias e liberdades.

Parte-se, assim, da premissa que os direitos fundamentais precisam, em grau maior ou menor, da existência do Estado para que

¹Advogado, especialista em propriedade intelectual pela Robert Schuman University, sócio do escritório Guerra Advogados Associados. alberto@guerraip.com

²Advogada, professora, mestre em direito pela Universidade Luterana do Brasil. louheine@gmail.com

sejam reconhecidos e direcionados a um indivíduo ou à coletividade. A legitimidade destes direitos pela ordem constitucional encontra fundamento no conteúdo moral que visa preservar a liberdade e a dignidade. Dentre estes direitos, a privacidade encontra-se como um direito fundamental entrelaçado com os direitos humanos. Recentemente, a Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de dados Pessoais (LGPD), renovou as discussões sobre a privacidade, principalmente, pela questão dos seus princípios, o que fez com que a proteção dos dados pessoais fosse reconhecida como direitos fundamentais pela Emenda Constitucional 115, ingressando no rol do artigo 5º da Constituição Federal. Neste sentido, se pode afirmar que o Estado reconhece a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental.

Cabe salientar os direitos fundamentais, embora oponíveis, não são direitos absolutos. Há situações em que os conflitos levam à análise do caso concreto para que sejam flexibilizados em detrimento de outros direitos. Neste artigo será abordado o conflito entre o direito à privacidade e direitos autorais. Na análise do caso concreto, o direito à privacidade foi flexibilizado. Embora não se ventilado no mérito da demanda objeto do estudo de caso, os direitos autorais são abrigados pelos direitos humanos, com o caráter de direito fundamental, reconhecido, inclusive pela Organização das Nações Unidas (ONU). A Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada no ano de 1948 pela Assembleia Geral da ONU, revela esta disposição no artigo XXVII, que será oportunamente abordado.

2. O DIREITO À PRIVACIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Para o direito brasileiro, os direitos da personalidade são considerados indisponíveis, por força da previsão contida no artigo 11 do Código Civil de 2002, que assegura que estes direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo nem o titular impor, voluntariamente, qualquer restrição. O direito à privacidade é assegurado pela Constituição Federal como direito humano fundamental, inclusive, apresentando abrangência no que diz respeito à preservação da vida privada e a intimidade da pessoa, a inviolabilidade da correspondência, do domicílio e das comunicações, em consonância com o previsto no artigo 5º, inciso X: *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*. O inciso XII, refere ainda que inciso XII: *“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal.”* (BRASIL, 1988)

Não resta dúvida sobre a proteção dada à privacidade como sendo um direito humano e um direito fundamental da personalidade. A valoração social e cultural dos direitos de personalidade tem passado por modificações nas relações jurídicas, o que evidencia um pluralismo de situações subjetivas que tendem a ser interpretadas no caso específico. Quando se fala em privacidade, outros termos podem ser

empregados com o mesmo sentido, tais como “vida privada”, “intimidade”, “segredo” e, ainda, “sigilo”.

Nas palavras de Antônio Enrique Pérez Luño, “*as noções de intimidade e vida privada trazem consigo uma carga emotiva que as torna equívocas, ambíguas e dificulta a precisão de seu significado*” (PÉREZ LUÑO, 1986). Importa referir que a Constituição Federal trata privacidade e intimidade como termos distintos, sendo a intimidade dotada de proteção mais ampla. A privacidade seria, neste sentido, utilizada para definir as questões relacionadas com a imagem, a honra e a identidade pessoal (DONEDA, 2006). Atualmente, o direito fundamental à privacidade vem ganhando novas configurações, necessárias e pertinentes para estender a proteção adequada à era da sociedade da informação.

2.1 A PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O uso maciço da internet e o crescimento ambiente virtual em todos os setores da vida são características presentes na atual sociedade da informação. A necessidade de proteger os dados pessoais surge, neste panorama, como um apoio à manutenção, preservação e garantia à privacidade das pessoas físicas.

Com a finalidade de proteger o direito à intimidade e à vida privada do indivíduo, ao longo da história, foram criados vários documentos internacionais. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o primeiro destes documentos, surgiu durante a IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá no ano de

1948, quando também foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA). O objetivo da declaração era proteger os direitos essenciais da pessoa humana, assim como estabelecer direitos e deveres para toda atividade social e política do homem. Reconhecer o direito à privacidade como um direito fundamental foi um movimento internacional, segundo DONEDA (2011). Da mesma forma, a proteção aos dados pessoais, como maneira de efetivar o direito à privacidade, resulta de um movimento cada vez mais presente em todas as partes do mundo.

Atualmente, muitos dados pessoais circulam, são tratados e armazenados, tanto que, cada vez mais tem se desenvolvido o conceito da chamada a sociedade da informação. A circulação de dados já dispensa a presença física, certificados substituem assinaturas, mercados inteiros surgem com transações digitais possibilitadas por *blockchain*³. Os bancos de dados que contêm dados pessoais estabelecem poderes e direitos, utilizando as informações pessoa, transmitindo dados sobre a própria pessoa. O acesso a um conjunto de dados cada vez mais detalhado e preciso, é o que leva à necessidade de proteger dados pessoais para que sejam preservadas a autonomia, identidade e liberdade do cidadão contemporâneo (DONEDA, 2011).

Neste sentido, surgiu a necessidade da legislação brasileira trazer a proteção aos dados pessoais para o rol de direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal, o que se deu através da Emenda Constitucional 115/2022. Esta fez com que a proteção conferida aos dados pessoais se tornasse uma cláusula pétrea, ou seja, devem ser

³ "Blockchain é uma tecnologia disruptiva que oferece recursos para aumentar a segurança nas relações entre organizações via o registro auditável e descentralizado de transações." (MENDONÇA et. Al., 2002)

preservados em todas as esferas e quaisquer futuras modificações nas definições legais não poderão causar supressão a estes direitos.

3. OS DIREITOS AUTORAIS COMO DIREITOS HUMANOS

As primeiras diretrizes sobre a regulamentação dos direitos autorais surgiram em 1886, quando representantes de diversos países se reuniram na cidade de Berna, na Suíça. Foram definidos padrões mínimos de proteção dos direitos concedidos aos autores de obras literárias, artísticas e científicas. Convenção de Berna, é a base para a elaboração das diversas legislações sobre a matéria, visto que impôs normas de direito material e instituiu normas reguladoras de conflitos.

Com a intenção de proteger os direitos autorais, surge uma série de meios de gerenciamento de direitos e de controle de acesso às obras, todavia, não é raro que sejam burlados, e que a obra se torne acessível a quem não tem direito sobre ela. A Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998), indica no artigo 7º que “*São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...]*”. Neste artigo são elencadas as criações são protegidas, tais como fonogramas, livros, roteiros, filmes, por exemplo. O legislador pretendeu deixar claro que a criação do espírito deve ser exteriorizada, pois ideias não são protegidas e tornar amplo o meio de proteção independentemente do meio em que a obra foi expressa.

A Lei de Direitos Autorais afirma no artigo 11, que “autor é a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica”. O parágrafo

único, todavia, traz a exceção, afirmando que a proteção concedida ao autor pode se aplicar a pessoas jurídicas nos casos previstos. Importa referir que autor e titular dos direitos autorais podem ser figuras distintas. Pela lei, apenas a pessoa física pode ser autora, visto que é a proteção conferida é à criação de espírito. O titular, sim, pode ser tanto uma pessoa física, quanto uma pessoa jurídica que recebeu a transferência dos direitos de titularidade. Nestes casos, a pessoa física será para sempre a autora da obra e o titular, será o legitimado a exercer os direitos sobre ela.

Para BRANCO JUNIOR (2007), é necessário ter sempre presente que os direitos autorais carregam componentes morais e patrimoniais. O autor ainda refere que:

A fim de perquirir a natureza jurídica dos direitos autorais, observamos, preliminarmente, que a disciplina jurídica do aproveitamento das obras intelectuais sempre foi resultado da escolha legislativa entre dois interesses contrapostos: (i) a utilização imediata pela coletividade das obras criadas, com a finalidade de promoção e desenvolvimento social e (ii) a manutenção, por parte do autor, da possibilidade de aproveitamento econômico de sua obra. (BRANCO JUNIOR, 2007)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo. XXVII consagra a proteção dos direitos autorais:

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.

⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: Acesso em: 27 ago. 2022

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

A Constituição Brasileira reconhece a proteção do direito autoral no artigo 5º, IX, XXVII e XXVIII⁵. Estes dispositivos protegem a liberdade de criação na sociedade, independente de censura ou licença, além de garantir a proteção e fiscalização das obras pelos autores. Expostas desta maneira, as normas que conferem proteção aos autores, eleva os direitos autorais a categoria de direitos humanos fundamentais, não apenas pela proteção da propriedade e caráter econômico, mas, também como forma de reconhecer a especial proteção à criação de espírito, o exercício da criatividade impresso na obra. O art. 9º da Convenção de Berna assim dispõe que os autores das obras, sejam literárias, dramáticas, musicais ou qualquer outra, gozam do direito exclusivo de autorizar a sua reprodução, de qualquer maneira e por qualquer forma. Importa referir que esta autorização também encontra previsão na legislação especial do ordenamento jurídico brasileiro e que deve sempre se dar em momento prévio à utilização, reprodução ou qualquer outro tipo de uso, a critério do titular.

⁵ "IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença"; [...]; "XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;" "XXVIII – São assegurados nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas"

3.1 A INTERNET E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

O uso da internet se presta a muitos fins, inclusive de circulação e de divulgação de conteúdo autoral. É comum que sejam compartilhados materiais cuja autoria nem sempre é conhecida. O direito à informação e à liberdade de expressão encontram, na rede mundial de computadores, o meio mais rápido e eficiente de ter acesso ao fluxo de informações disponíveis.

Há necessidade de garantir reconhecimento, seja patrimonial, seja moral ao autor que tem a sua obra disponibilizada na internet. Nas palavras de SANTOS (2001):

A Internet possibilita o acesso, a qualquer instante, a um grande acervo de obras artísticas, científicas e literárias, além dos mais diversos tipos de informações culturais, educativas e de entretenimento, por todas as pessoas que nelas tenham alguma forma de interesse, independentemente de classe social, nacionalidade ou religião.

O uso da internet, em matéria de direitos autorais, faz surgir novos conflitos e perspectivas, é necessário que os direitos humanos do autor e do livre acesso à informação na rede deixem mais claros os limites e as restrições para proteção e garantias. Para proteger os direitos autorais na internet, muitas vezes, é necessário que sejam identificados usuários que acessam ou divulgam conteúdos sem a prévia e devida autorização. A alegação de livre acesso à informação, bem como a preservação da privacidade, não pode servir de justificativa para que os direitos autorais sejam objeto de ilícitos.

Dentre as ofensas que ameaçam os direitos autorais, a prática de distribuição ilegal de conteúdo audiovisual tem se ampliando. Para SOUZA (2022), é preciso um novo olhar da legislação e da fiscalização para que sejam coibidos estes crimes, pois, se antes, as cópias físicas de CDs e DVDs eram comercializadas nas calçadas das cidades, agora, a ilegalidade acontece na rede mundial de computadores. O autor completa:

No mundo virtual, a comercialização de conteúdos sem autorização é ato ilícito e a aplicação das leis ocorre da mesma forma que no mundo exterior. A responsabilização civil no Direito Autoral está presente no dever de indenização quando esse for violado em qualquer aspecto, seja em danos materiais, quando o agente obtém lucros sem autorização ou participação do autor; danos morais, quando atacar os direitos morais do autor; ou ambos ao mesmo tempo.

No Brasil, a Lei 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil Regulatório da Internet, definiu regras para os usuários, empresas e provedores no ambiente virtual. No que tange os provedores de internet, foram definidas responsabilidades que, até então, eram nebulosas inclusive para o Poder Judiciário.

4. ESTUDO DE CASO

No ano de 2022, a empresa que gerencia os direitos de propriedade industrial e intelectual de obras audiovisuais de titularidade de vários estúdios de cinema e produtoras cinematográficas norte-americanas, constituiu procuradores no Brasil, para que vissem seus direitos protegidos. As produtoras representadas pela empresa com sede na

cidade de São Paulo, são titulares dos direitos de diversas produções audiovisuais, dentre elas o filme intitulado “Rambo V”, que foi alvo de diversos *downloads* ilegais através da internet. Pretendendo identificar os usuários que acessaram a obra sem a retribuição devida a título de direitos autorais, as produtoras, por seus representantes constituídos, ingressaram com uma ação cautelar para a produção antecipada de provas, fundamentada no § 2º, do art. 381, do Código de Processo Civil, em face de operadoras de telefonia que são, também, provedoras de acesso à internet. De posse das informações sobre usuários que cometeram o ilícito, a empresa, inicialmente, busca reparação através de um acordo, caso este reste inexitoso, é acionado o Poder Judiciário, para que a reparação seja feita por meio de processo judicial.

A ação cautelar requer às provedoras de acesso à internet que sejam fornecidos os dados das pessoas físicas e jurídicas que praticaram ilícitos de contrafação (pirataria) em relação às obras cinematográficas. As produtoras pretenderam obter os dados cadastrais das pessoas ou empresas que vinham usando centenas de Protocolos de Internet (ou “Internet Protocols” ou “IPs”) vinculados à empresa telefônica, requerida no processo, para distribuir na internet cópias não licenciadas (leia-se, “piratas”) dos filmes cujas produtoras são titulares, apresentando a documentação legal apta a comprovar esta condição.

Por força do Marco Civil Regulatório da Internet, os provedores de acesso à internet, são obrigados a manter as informações cadastrais dos “logs” (ou “registros de acesso”) feitos através de IPs vinculados aos provedores. Essas informações são fornecidas mediante ordem judicial a quem de direito. A empresa autora, na qualidade de gestora dos

direitos patrimoniais de autoria das obras, utilizam-se de um programa de compliance que atua de forma global no combate à pirataria. Neste programa, primeiro se busca identificar aqueles indivíduos ou empresas que “carregam” e distribuem cópias piratas dos seus filmes, para, depois, contatá-los em busca da regularização do ilícito, que passa pela remoção das cópias e o pagamento de valor a título retroativo e indenizatório, muito menor do que aquele que seria devido no caso da demanda ser judicializada.

Todos os filmes geridos pela empresa autora da demanda contêm uma funcionalidade para identificar a prática de pirataria, o sistema *Bunting Digital Forensics*, que atua identificando a versão pirata, que é lançada e distribuída por meio de diversos canais de pirataria (tais como P2P, Web, Warez). Neste lançamento é que a tecnologia é acionada e então, identifica a adulteração e inicia suas atividades, passando a coletar dados relevantes sobre a máquina usada para fazer o “carregamento” e distribuição da cópia pirata das obras. Esta tecnologia é capaz de captar alguns dados, tais como (i) data e hora em que a cópia pirata do filme foi “carregada”; (ii) proprietário do IP (obtido através da verificação automática “Whois”); (iii) o endereço de IP utilizado pelo computador onde se encontra a cópia pirata do filme; (iv) o fuso horário em que o computador utilizado está situado; (v) o Provedor de Acesso à Internet utilizado para “carregar” as cópias piratas; entre outras. Os dados são gravados de maneira segura, todavia, a titularidade e o endereço dos usuários, não são de livre acesso, precisando, por fim, demandar as empresas provedoras de acesso à internet para que forneçam os dados faltantes.

A Lei nº 12.965/2014, chamada de Lei do Marco Civil da Internet, estabeleceu “*princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*”, com expressa disposição de “*não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei*” (inc. VII, do art. 7º). Ocorre que, por sua vez, a mesma norma traz exceção no artigo 13, quando a autoriza a exibição dos dados por autoridade judicial, *verbis*:

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

§ 1º A responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros.

§ 2º (...)

§ 5º Em qualquer hipótese, **a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial**, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

A empresa demandante forneceu a lista de endereços de IPs, solicitando, com sigilo processual, que fossem fornecidos pela provedora de acesso à internet os dados cadastrais, tais como nome completo, endereços físico e eletrônico, eventuais perfis em redes sociais, telefones, CNPJ ou CPF. O juízo julgou procedente a demanda, determinando à provedora que, em observância à lista fornecida, as informações requeridas fossem prestadas. A empresa representante das produtoras, por meio dos seus procuradores legais, tem, assim, procedido nas notificações extrajudiciais aos usuários de internet que

cometeram o ilícito, com a finalidade de propor acordos extrajudiciais, com absoluta quitação.

A pretensão das produtoras é legítima e tem amparo legal, tanto na Lei de Direitos Autorais quanto no Marco Civil Regulatório da Internet. Cabe ressaltar, que o fornecimento destas informações e os eventuais contatos feitos para fins de tentativa de acordo com os usuários da internet que cometeram o ilícito, não ferem, de modo algum, qualquer disposição da Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). A proteção à privacidade que se almeja por meio da LGPD, de forma alguma deve servir de argumento para impedir a identificação daqueles que cometem ilícitos.

A Lei Geral de Proteção de Dados obedece a alguns princípios básicos, tais como finalidade, transparência e segurança. O tratamento de dados pessoais deve sempre ser feito com base nas hipóteses legais de tratamento que a Lei prevê. A cautelar foi julgada procedente e a provedora de acesso à internet foi oficiada para apresentar as informações requeridas para identificação dos seus clientes, usuários do serviço, identificados através dos IPs fornecidos pela tecnologia de rastreamento utilizada pela requerente. A determinação judicial do fornecimento de tais dados não gera qualquer ofensa, seja por parte da empresa provedora de acesso à internet, seja por parte da empresa representante das produtoras, eis que amparada pela proteção necessária aos direitos autorais frente à prática de contrafação e pirataria. O inciso VI do artigo 7º da LGPD dispõe que os dados pessoais podem ser tratados “para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº

9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem). Neste sentido, resta absolutamente fundamentada a hipótese legal de tratamento, confirmada pelo juízo ao julgar procedente a cautelar.

CONCLUSÃO

O direito à privacidade enquanto direito fundamental, preservado e reconhecido, vem alcançando cada vez maiores espaços de proteção. Por ocasião do uso da internet e novos espaços virtuais, a legislação tem se adequado para que seja mais eficiente nesta realidade, permeando a nova configuração da chamada sociedade da informação.

A propriedade dos direitos autorais, também com a qualidade de direitos humanos fundamentais, nesta mesma sociedade, tem visto aumentar a sua vulnerabilidade. Se, antes, a violação dos direitos autorais ocorria por meios físicos, com mais fácil visualização e identificação dos sujeitos, atualmente, a internet tem tornado esta tarefa mais complexa. O cometimento de ilícitos, nem sempre visíveis ou identificáveis, vem se ampliando através da rede mundial de computadores. Todavia, não é possível que, em nome da preservação da privacidade, os autores de tais condutas permaneçam impunes.

O estudo de caso trazido ao presente artigo, demonstrou que o direito fundamental à privacidade pode, e deve, ser flexibilizado quando há a violação de outros direitos. Em um visível conflito entre direitos fundamentais, há de se ter presente a valoração de ambos frente ao caso concreto, bem como as consequências de não flexibilizar um deles em atenção à manutenção da justiça. Isso, porque não se pode admitir que

os direitos sejam absolutos na medida em que foram cometidos ilícitos. É legítima e justa, então, a análise da possibilidade de flexibilização da privacidade frente à violação de direitos autorais.

REFERÊNCIAS

BRANCO JUNIOR, Sergio Vieira. Direitos autorais e o uso de obras alheias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25. ago.2022.

_____. Lei 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

_____. Marco Civil da Internet. Lei 12.964/14. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm >. Acesso em 27.ago.2022.

_____. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2020/lei/l14020 Acesso em 27.ago.2022.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 27 ago. 2022.

FORTES, Vinícius Borges. Convergências conceituais para os direitos de privacidade na internet e a proteção dos dados pessoais. In: PIRES, Cecília Maria Pinto; PAFFARINI, Jacopo; CELLA, José Renato Gaziero. Direito, democracia e sustentabilidade: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Erechim: Deviant, 2017. cap. 13, p. 271-290. Disponível em: https://www.editora.deviant.com.br/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2017/07/Direito-

Democracia-e-Sustentabilidade-Programa-de-Pos-Graduacao-Stricto-Sensu-em-Direito-da-Faculdade-Meridional.pdf. Acesso em: 26.ago. 2022.

MENDONÇA, Ronan Dutra; DANTAS, Pedro Hércules; GONÇALVES, Glauber Dias; VIEIRA, Alex Borges; NACIF, José A. M.. Análise de Custo de Infraestrutura em Redes Blockchain Públicas e Permissionadas. In: WORKSHOP EM BLOCKCHAIN: TEORIA, TECNOLOGIAS E APLICAÇÕES (WBLOCKCHAIN), 5. 2022, Fortaleza/CE. Anais [...]. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2022 DOI: <https://doi.org/10.5753/wblockchain.2022.223483>. Acesso em 27.ago.2022.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1986.

SANTOS, Lígia Carvalho Gomes dos. Direitos Autorais na Internet. In.: SCHOURI, Luís Eduardo (Org.). Internet: o direito virtual. Rio de Janeiro: 2001.

SOUZA, Lucas., & Mota, K. (2022). Pirataria e streaming audiovisual: crescimento e os efeitos jurídicos da distribuição ilegal de vídeos online. *Revista Thesis Juris*, 11(1), 4-22. doi:<https://doi.org/10.5585/rtj.v11i1.17625>. Acesso em 24.ago.2022.

2

O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL COMO DIREITO HUMANO DO CONTRIBUINTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

*Daniella Bitencourt*¹

*Graziele Costanza*²

1. INTRODUÇÃO

O processo administrativo tem como objetivo a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. O princípio da verdade material busca pelo convencimento da verdade, para que esteja o mais próximo da realidade fática. De acordo com esse princípio, para apuração e análise do caso concreto, são considerados todos os fatos e provas, novos e lícitos.

No processo administrativo fiscal, por meio das provas, objetiva-se a realidade dos fatos, de forma que sejam desprezadas as presunções tributárias ou procedimentos diversos que atentem apenas para a verdade formal dos fatos. Portanto, deve a Administração promover, de ofício, as investigações necessárias para elucidar a verdade material e, assim, seja possível alcançar uma decisão justa.

Ao considerar-se a forma do processo administrativo fiscal, de acordo com a necessidade de garantir os direitos de defesa em proteção

¹ Mestra em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Especialista em Direito Tributário pela UFRGS. Advogada tributarista.

² Mestra em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Especialista em Direito Tributário pelo Ibmec/Instituto Damásio de Direito. Advogada tributarista.

ao cidadão, assim como o axioma do poder tributário, é possível perceber que, semelhantemente à esfera penal material, o direito tributário clama pelo *in dubio pro contribuinte*. Isso porque, na relação de poder tributário, o contribuinte é a parte mais fraca.

Assim, necessário é que, por meio de uma forma processual garantista, se busque pela verdade material, nos termos de um devido processo legal administrativo, e, com isso, se garanta os direitos do contribuinte.

2. O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL COMO DIREITO HUMANO

De acordo com Celso Bandeira de Mello, a verdade material:

Consiste em que a administração, ao invés de ficar adstrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado, como bem o diz Hector Jorge Escola. Nada importa, pois, que a parte aceite como verdadeiro algo que não o é ou que negue a veracidade do que é, pois no procedimento administrativo, independentemente do que haja sido aportado aos autos pela parte ou pelas partes, a administração deve sempre buscar a verdade substancial (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 306).

Dessa forma, o princípio da verdade material procura direcionar o julgador a um processo justo, direito humano previsto nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, do que é aferido, conjuntamente com outros direitos da mesma natureza, das garantias judiciais estabelecidas no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nos ditames do direito a processo equitativo. Dentre esses direitos, está o direito humano à prova, o qual não somente é admitido

como também é essencial ao processo, principalmente tendo em vista as etapas processuais compreendidas desde a produção da prova até a sua valoração e formação do convencimento do órgão julgador (FIX-ZAMUDIO, 2003).

Segundo Odete Medauar (2008, p. 131):

O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las.

Assim, percebe-se que os institutos do julgamento *extra petita*, *ultra petita* e *citra petita* não condicionam o comportamento do julgador da esfera administrativa. Ao analisar e proferir decisão – tais como de correção ou de anulação do ato administrativo de lançamento – aquele age por impulso próprio, independentemente de requerimento.

Ainda, Roberto Dromi (1996, p. 787) afirma:

Es también consecuencia jurídica del principio de oficialidad la investigación de la verdad material. En el procedimiento administrativo el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, entonces, no debe ajustarse a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal). En rigor, tanto Administración como administrado procuran conocer la verdad material. Si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, su acto estaría viciado.

Portanto, diferente da verdade formal – em que o juiz de até à provas produzidas pelas partes –, a verdade material é buscada tanto pelo administrado quanto pela Administração, de forma que a decisão deve ser ajustada aos fatos materiais que envolvem a situação concreta. Em razão de tal constatação se torna possível compreender a afirmação de que a arte do processo é fundamentalmente a arte da administração das provas (BENTHAM, 1959).

Quanto à sua aplicação no âmbito do processo administrativo sancionador, Régis de Oliveira (2005, p. 129) não admite a *reformatio in pejus*, ainda que em fase recursal “[...] julgamento que possa piorar a situação do administrado quando apenas ele for o recorrente”. Por outro lado, Carlos Eduardo Faraco Braga (2010) admite tal situação:

Posiciono-me no sentido de sua aplicação no âmbito recursal, onde o interesse público, o da Administração deve se sobrepor ao interesse do administrado, desde que lhe sejam facultados todos os princípios e garantias fundamentais processuais. Ademais, a lei do processo administrativo só proibiu a *reformatio in pejus* em casos de revisão, e não de recurso.

Assim, para o autor, desde que facultados ao administrado os princípios e garantias processuais fundamentais, é possível haver o instituto da *reformatio in pejus* no âmbito recursal. Uma vez que o interesse público, da Administração Pública, deve se sobrepor.

Veja-se, porém, que, diante da insuficiência das provas colocadas pelo Fisco, as quais são obtidas nos termos da máxima diligência que a verdade material exige na fiscalização, o julgamento deve ser

direcionado pelo princípio do *in dubio pro contribuinte* (artigo 112 do Código Tributário Nacional).³

Quando consideramos a forma do processo administrativo fiscal, de acordo com a necessidade de garantir os direitos de defesa em proteção ao cidadão, assim como o axioma do poder tributário, percebemos que, semelhantemente à esfera penal material, o direito tributário clama pelo *in dubio pro contribuinte*. Isso porque, na relação de poder tributário, o contribuinte é a parte mais fraca. Necessário, portanto, de uma forma processual garantista, na qual se busque pela verdade material, nos termos de um devido processo legal administrativo, e, com isso, se garanta os direitos do contribuinte.

Importante destacar, no que diz respeito à Constituição Federal de 1988, o seu texto, principalmente nos artigos 1º a 3º, está fundamentado em diretrizes da Corte Internacional de Direito Humanos, visando à sua concretização. O direito tributário – como ato de tributar, constituir a obrigação tributária pelo lançamento (art. 142 do CTN) –, não pode ser mero instrumento de manutenção do Estado a qualquer custo. O patrimônio e os direitos do contribuinte devem ser mantidos, as regras devem ser claras e as expectativas preenchidas. Porém, sem perder de vista o Estado que se deseja e os valores que buscamos (LOBATO, 2012, p. 10).

As políticas fiscais devem financiar o bem comum e redistribuir riquezas, mas, sem dúvida, interferem no fluxo financeiro dos

³ Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I - à capitulação legal do fato; II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

contribuintes e, por consequência, em toda a tributação da sociedade, porquanto a maior parte da tributação do país é indireta. Inobstante, resta patente que a cobrança tributária tendente a constituir o lançamento tributário por meio de um processo administrativo, deve considerar sobremaneira o princípio da verdade material – sobretudo considerando-se que a interpretação sistemática é a norteadora da ordem tributária.⁴

Portanto, é compreensível e justo que em um sistema tributário esparso e de difícil compreensão, no qual é exigido do contribuinte uma série de declarações tributárias (principais e acessórias), cujos sistemas, normalmente, não acompanham com a mesma velocidade a realidade das operações fáticas, que o princípio da verdade material seja efetivamente utilizado.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

Constata-se que a Receita Federal do Brasil tem implementado uma tecnologia fiscal bastante eficiente, tornando o sistema brasileiro de fiscalização um dos mais avançados do mundo (KOCHE, 2015). O processo administrativo encontra-se inserido no cenário de fiscalização crescente⁵, praticamente na mesma proporção das complexas

⁴ Nesse sentido ressalta-se que não se desconhece o conteúdo do art. 111 do CTN, cuja análise, apesar de não ser o escopo do trabalho, afirma pela interpretação literal, é preciso cautela na sua análise, porquanto o literal não inova o direito e o direito é voltado primeiramente a constituição da dignidade da pessoa humana em uma sociedade em constante mudanças.

⁵ Importante, novamente, repisar as palavras de Koche (2012, p. 3) “A fiscalização é necessária em qualquer instituição democrática. Democracia é também controle e justificação. Desse modo, não se está de forma alguma criticando a possibilidade de fiscalização das operações dos contribuintes. Ao contrário. Vemos a fiscalização não como uma possibilidade, mas como uma necessidade enquanto

implementações de obrigações, acessórias e principais, a que estão submetidos os sujeitos passivos, tudo isso agregado ao nosso sistema tributário esparso e de difícil compreensão, em alguma medida, será praticamente inevitável a ocorrência de erros, principalmente de natureza formal.

O processo administrativo é um conjunto de sequências realizadas pelas autoridades administrativas fiscalizatórias, com o fim de apurar o lançamento tributário, aclarando-se a real subsunção do fato gerador à hipótese de incidência normativa.

O princípio da verdade material desponta de extrema relevância nesse contexto, especialmente o regulamentado no âmbito federal nos termos da Lei n. 9.784/99, baseado pela informalidade processual para “apurar rigorosamente a realidade dos negócios jurídicos realizados pela pessoa fiscalizada e sua subsunção à lei, não se resumindo a critérios meramente formais ou a presunções” (BERNARDES, 2010, p. 415.)

Assim, o escopo maior do princípio da verdade material é o de nortear o processo administrativo tributário na investigação esquadrinhada da verdade, que originou o fato gerador tributário⁶ pelo

instância democrática. O que se quer retratar é a tensão permanente que empresários e seus contadores vivem diariamente para buscar cumprir com a legislação tributária”

⁶ Consoante o Código Tributário Nacional:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

qual o sujeito passivo – pessoa obrigada ao pagamento da exação nos termos da previsão do artigo 121 do CTN – está sendo glosado.

Odete Medauar (2008, p. 121) preceitua que:

[...] o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.

Assim, a verdade material enseja a valoração da prova adequando-se ao formalismo moderado, permitindo-se o exercício da ampla defesa e do contraditório no escopo de alcançar as finalidades de controle do lançamento tributário (artigo 142 do CTN).

O princípio da verdade material, um dos pilares da relação de cooperação entre os atores do processo administrativo, é categoricamente defendido pela doutrina. Nesse sentido, o autor Hely Lopes Meireles (2011, p. 739-740): “O princípio da verdade material,

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraíndo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

também denominado da liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova lícita de que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo”.

No nosso ordenamento o processo civil brasileiro é conduzido pelo princípio dispositivo e, apesar desse norteador, verifica-se que há um movimento por parte dos magistrados pela solicitação de ofício de provas, não se atrelando somente aos produzidos pelas partes, mas, igualmente, solicitando-as para apuração real da verdade dos fatos.

Se esse movimento valoroso, cada vez mais, aproxima-se do processo civil, cuja regra, de modo geral, é a obediência às formas, com mais força deverá vigor no processo administrativo. O objetivo é a maior aproximação possível da verdade real da ocorrência do fato gerador, principalmente porque o direito tributário regula as cobranças que serão realizadas pelo Estado (sujeito ativo da obrigação tributária – artigo 119 do CTN), invadindo o ponto nevrálgico de cada contribuinte: seus ganhos monetários.

Nesse sentido, observa-se que as cortes julgadoras dos processos administrativos vêm admitindo maleabilidade em relação a muitos fatores até pouco tempo estanques e formalistas do processo, por exemplo, a produção de provas vem sendo admitida inclusive em caráter recursal. Veja-se, exemplos de ementas de decisões administrativas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário:2002

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. ERRO MATERIAL. ADEQUAÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE.

A princípio, o contribuinte não pode ter negado o seu direito de ter reconhecido um crédito pleiteado em DCOMP sob o único argumento de que não procedeu à retificação da DCTF, em especial quando sustenta erro no preenchimento dessas declarações e traz aos autos os documentos que podem de comprovar essas alegações. As inexactidões materiais cometidas por ocasião do preenchimento da Declaração de Compensação podem ser retificadas após o despacho decisório que indefere a compensação pleiteada.

(Acórdão nº 9101-005.421, PA nº 10580.903617/2009-03, Sessão de 07/04/2021 – CSRF / 1ª Turma)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

DIREITO CREDITÓRIO. ERRO NO PREENCHIMENTO DA DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO - DCOMP. SALDO NEGATIVO. PERÍODO DE APURAÇÃO. INCORPORAÇÃO.

O mero erro formal no preenchimento da DCOMP não faz óbice, por si só, ao aproveitamento do crédito. Demonstrado o erro de fato quanto ao período de apuração do saldo negativo, em razão de evento de incorporação, torna-se necessário o retorno dos autos à unidade de origem, para análise dos requisitos de liquidez e certeza do crédito vindicado.

(Acórdão nº 1001-002.161, PA nº 15374.952556/2009-59, Sessão de 04/11/2020 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO - DCOMP. ALEGAÇÃO DE ERRO DE PREENCHIMENTO. PROVA. DIALETICIDADE.

A princípio, o contribuinte não pode ter negado o seu direito ver reconhecido um crédito pleiteado na DCOMP sob o único argumento de que não procedeu à retificação da DIPJ e/ou DCTF, em especial quando sustenta

erro de preenchimento em tais declarações e, teoricamente, traz aos autos os documentos capazes de comprovar tal erro.

(Acórdão nº 9101-004.894, PA nº 10880.932430/2013-19, Sessão de 03/06/2020 – CSRF / 1ª Turma)

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Exercício: 2005

ERRO FORMAL PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL PREVALÊNCIA.

Embora a DCTF seja o documento válido para constituir o crédito tributário, se o contribuinte demonstra que as informações nela constantes estão erradas, pois foram por ele prestadas equivocadamente, deve ser observado o princípio da verdade material, afastando quaisquer atos da autoridade fiscal que tenham se baseado em informações equivocadas.

(Acórdão nº 3302-002.210, PA nº 10166.908050/2009-44, Sessão de 27/06/2013 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária)

James Marins (2005) leciona que, tanto na fase de procedimento fiscal, como no desenvolvimento do Processo Administrativo Tributário, a Administração tem o dever de buscar a aproximação entre a materialidade do evento econômico e sua formalização, por meio do lançamento tributário, isto é, entre a realidade dos fatos e sua representação formal. Logo, diversamente do Processo Civil, que prima pela verdade formal trazida aos autos pelas partes, a autoridade administrativa tem o poder-dever de promover as diligências necessárias à maior aproximação possível com a verdade material:

Princípio da verdade material. A exigência da verdade material corresponde à busca pela aproximação entre a realidade factual e sua representação formal; aproximação entre os eventos ocorridos na dinâmica econômica e o registro formal de sua existência; entre a materialidade do evento econômico (fato imponível) e sua formalização através do lançamento

tributário. A busca pela verdade material é princípio de observância indeclinável da Administração tributária no âmbito de suas atividades procedimentais e processuais. Deve fiscalizar em busca da verdade material; deve apurar e lançar com base na verdade material. [...] O princípio da verdade material que governa o procedimento e o Processo Administrativo opõe-se ao princípio da verdade formal que preside o Processo Civil, pois este prioriza a formalidade processual probatória – como ônus processual próprio das partes – que tem como motor o princípio da segurança jurídica que cria amarras e restrições à atividade promovida pelo magistrado no processo judicial. No processo judicial a convicção do juiz advém unicamente do conjunto de elementos produzidos pelas partes em rígido sistema de preclusão.

O princípio da verdade material, como norteador do processo administrativo tributário, busca um processo justo, na medida em que propõe o forte empenho na busca real dos fatos. Segundo Sergio Luís Wetzel de Mattos (2009, p. 201), o processo justo é aquele “[...] informado por direitos fundamentais, realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto e, enfim, voltado à obtenção de uma proteção judicial justa”.

CONCLUSÃO

O princípio da verdade material determina o dever da Administração de tomar decisões sempre com base nos fatos, na realidade ocorrida, e não se deixar conduzir tão-somente pela versão dos fatos produzida pelas partes no processo. A autoridade administrativa tem o poder-dever de utilizar todos os meios lícitos para buscar provas, não se limitando aos aspectos informados pelas partes.

No processo administrativo tributário, o que se pretende verificar é a legalidade da tributação, porquanto o tributo só será devido se estiver previamente previsto em lei e o contribuinte tiver praticado o fato gerador, que originará a obrigação tributária.

Diferentemente do processo judicial, em que a convicção do juiz, em regra, advém unicamente do conjunto de elementos produzidos pelas partes em rígido sistema de preclusão, no processo administrativo tributário, se busca a verdade material, com liberdade de valer-se de qualquer prova lícita. Isto não significa que a verdade formal não possa conter a verdade material, mas apenas que a liberdade investigativa, os meios próprios de averiguação dos eventos de interesse tributário e as faculdades procedimentais e processuais conferidas à Administração se apresentam como instrumentos mais apropriados, para a maior aproximação com a verdade material, do que aquelas que são usualmente disponíveis no processo judicial.

Veja, portanto, a relativização do binômio direito-processo, visando a resgatar o caráter ético da ciência processual, garantindo a parte o direito humano à prova justa, real, concreta, em detrimento do formalismo puro, demonstrando que o seu objeto são as relações da vida.

Como dito, o direito e o Estado servem à sociedade, são instrumentos a consecução e aperfeiçoamento do nosso Estado Democrático de Direito, protegendo os direitos humanos dos contribuintes. O processo, principalmente o administrativo tributário – cujo objetivo é constituir uma obrigação tributária avançando sobre o

patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas – deve priorizar em gráfico crescente, o Princípio da Verdade Material.

Esse princípio está extremamente ligado à busca da verdade, do real acontecimento dos fatos, atribuindo ao processo administrativo o resultado útil que se espera, concretizando os direitos fundamentais dos contribuintes, em detrimento de premissas formalistas valorativas cada vez mais sem espaço no atual cenário societário.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ejea, 1959.

BERNARDES, Flávio Couto. A Prova e o Princípio da Verdade Material na Aplicação da Norma Jurídica Tributária: o Estabelecimento Prestador e a Materialidade do Fato Gerados na Incidência do Imposto sobre Serviços, In: **A Prova no Processo Tributário**, Ed. Dialética, 2010.

BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. O princípio da verdade material no processo administrativo. In: **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: CIDH. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. p. 196-215.

LOBATO, Valter de Souza. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. SEGURANÇA JURÍDICA. A CORRETA FORMA DE INTERPRETAÇÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. **Direito Tributário e a Constituição: homenagem ao professor Sacha Calmon Navarro Coêlho**. São Paulo: Editora Quartier Latin, p. 849-888, 2012.

KOCHE, RAFAEL. COSTUME FISCAL E A NORMATIVIDADE DAS PRÁTICAS REITERADAS DA ADMINISTRAÇÃO: UMA LEITURA SISTÊMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO. **Rev. DIREITO GV**, v. 11, p. 141, 2015.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro** (administrativo e judicial). 4.ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MATTOS, Sergio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 jan. 2023.

3

O DIREITO AO EXERCÍCIO INDEPENDENTE E IMPARCIAL DA JURISDIÇÃO DIANTE DA PRESSÃO DA MÍDIA

Ellen Lindemann Wother¹

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio versa sobre a independência dos órgãos jurisdicionais diante da pressão da mídia, com base na análise de um caso julgado pela Justiça do Trabalho no ano de 2010, envolvendo o campeonato gaúcho de futebol e condições de trabalho nocivas para a saúde dos atletas, o que resultou no deferimento de uma medida liminar que causou muita repercussão na imprensa, face o impacto da decisão na grade de programação televisiva.

Assim, primeiramente, serão verificados conceitos pertinentes às garantias para o bom exercício da jurisdição, com o estudo doutrinário dos institutos da independência dos órgãos jurisdicionais e da imparcialidade do magistrado, o que servirá de subsídio para o tema central debatido. Depois, serão verificados os impactos da pressão da mídia no Poder Judiciário e juízes, com a análise de um caso julgado pela Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul e os seus efeitos na imprensa, que passou a polemizar o caso, através de seus veículos de comunicação,

¹ Advogada. Mestre em Direito pelo UniRitter. Especialista em Direito do Trabalho pela Unisinos. Especialista em Ensino de Filosofia pela UFPEL. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Unisinos.

com o evidente objetivo de persuadir o julgador a modificar sua determinação.

2. GARANTIAS PARA O BOM EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Quando o Estado tirou dos cidadãos o direito à justiça privada e limitou as possibilidades de autotutela, atraiu para si a função jurisdicional de resolver os conflitos de interesses.

Chiovenda (2000, p. 8) define jurisdição como uma função estatal que finaliza “a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”

A seu turno, Francesco Carnelutti (2000, p. 221-223) entende que a jurisdição é um meio utilizado pelo Estado para compor a lide (pretensão resistida).

É cediço que o Estado tem seu poder subdividido em funções administrativas, legislativas e jurisdicionais, que correspondem aos seus três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). A jurisdição é função estatal e exclusiva do Poder Judiciário, cabendo citar o conceito da doutrina de Moacyr Amaral Santos (2009, p. 67):

A jurisdição, portanto, é uma das funções da soberania do Estado. Função de poder, do Poder Judiciário. Consiste no poder de atuar o direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei. A função jurisdicional é, assim, como um prolongamento da função legislativa, e, a pressupõe. No exercício desta, o Estado formula as leis, que são regras

gerais reguladoras das condutas dos indivíduos, tutelares de seus interesses e que regem a composição dos respectivos conflitos; no daquela, especializa as leis, atuando-as em casos ocorrentes.

Para o exercício da jurisdição, a função de solucionar os litígios foi atribuída pelo Estado ao Poder Judiciário, que, por sua vez, entrega a prestação jurisdicional à sociedade e seus cidadãos através de um terceiro imparcial e independente: o juiz.

2.1 INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO E DO MAGISTRADO

No Brasil, o poder político estatal é dividido através do sistema de separação dos poderes, que correspondem a três funções distintas: a executiva, a legislativa e a jurisdicional. Consoante o artigo 2º da Constituição Federal, os três Poderes da República Federativa do Brasil são independentes e harmônicos entre si.

Ao Poder Judiciário cabe a função jurisdicional do Estado, cujo exercício visa primordialmente a solução de conflitos e a guarda da Constituição. Trata-se da sua função típica. Todavia, em virtude de sua independência, o Poder Judiciário exerce também funções atípicas, de cunho administrativo, como, por exemplo, a realização de uma licitação para compra de materiais, e de cunho legislativo, como a elaboração dos regimentos internos dos tribunais.

Assim, conforme José Afonso da Silva (1992, p. 502), o Poder Judiciário é dotado de garantias institucionais (autonomias orgânico-administrativas e financeiras) e funcionais ou de órgãos (independência e imparcialidade dos membros do Poder Judiciário).

Nesse contexto, a Constituição Federal prevê garantias ao Poder Judiciário para assegurar sua independência no exercício de sua função típica de julgar, livre de pressões e ingerências dos outros Poderes e da sociedade. A independência do Poder Judiciário, enquanto instituição, não se confunde com a independência do juiz. A primeira diz respeito à relação entre os Poderes da República, ao passo que a segunda se refere à atividade jurisdicional.

Quer dizer, os órgãos que compõem o Judiciário são dotados de independência entre si, conforme bem esclarecido por Rui Portanova (1997, p. 72) ao afirmar que “a jurisdição não pode sofrer interferência de fatores externos a ela, nem mesmo de outros órgãos superiores do próprio Poder Judiciário.”

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 10 enuncia o seguinte:

Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

José Frederico Marques (2000, p. 161) esclarece que a independência do juiz é de ordem política e de ordem jurídica, sendo que a primeira é a garantidora da última e correspondente às garantias que cercam os magistrados.

Assim, para o pleno exercício da jurisdição, com independência e imparcialidade, algumas garantias são alcançadas aos magistrados.

As garantias de caráter político não são pessoais, mas, sim, decorrentes do cargo, em benefício da sociedade, que poderá contar com um juiz independente e imparcial no julgamento das causas. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari (1996, p. 45) leciona que “longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para a harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos”.

No Brasil, no tocante às garantias conferidas aos juízes, a Constituição Federal prevê no seu artigo 95, incisos I, II e III, o seguinte:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Assim, conforme prevê a Constituição Federal, aos Juízes são conferidas as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento.

A garantia da *vitaliciedade* é conferida após dois anos de efetivo exercício da magistratura, e significa que o juiz somente poderá perder o cargo após ser processado, julgado e a decisão ter transitado em julgado.

A *inamovibilidade* é a garantia do magistrado de não ser removido da comarca em que é titular, exceto se for requerido pelo próprio juiz

ou por razões de interesse público, através de votação da maioria absoluta do Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, sem prejuízo da ampla defesa, consoante artigo 93, inciso VIII, da Constituição Federal.

A garantia da *irredutibilidade de vencimento* refere-se à remuneração do juiz, o seu subsídio, conforme redação conferida pela Emenda Constitucional n. 19/1998, que não pode ser reduzido no seu valor nominal, o que não garante, todavia, a reposição de perdas inflacionárias que comprometem o poder de compra.²

Ainda, como já referido, além da independência política, o juiz é dotado de independência jurídica, ou seja, submete-se à sua convicção, consciência própria e à lei, não se subordinando a nada, a ninguém, nem mesmo a outros órgãos judiciários, mesmo que de instâncias superiores.

O juiz deve, por natureza de sua função, ser independente, tanto interna como externamente. Ou seja, conforme leciona Moacyr Amaral Santos (2009, p. 104), para que a independência do juiz seja completa, deverá ser jurídica e política.

No âmbito interno do Poder Judiciário, o juiz não deve ficar apreensivo, temendo que os fundamentos de suas decisões serão corroborados pelas instâncias superiores e se será objeto de críticas pela comunidade jurídica.

No que toca ao âmbito externo do Judiciário, o juiz não deve se preocupar com os efeitos de seus atos e com as opiniões alheias relativas à justeza de suas decisões e a eventual repercussão junto à sociedade,

² A garantia da irredutibilidade de subsídios não impede os descontos previdenciários e fiscais incidentes sobre a remuneração.

economia e à imprensa, mesmo diante de situações que envolvam fatos graves, polêmicos e de grande comoção popular.

E como será visto no próximo tópico, independência e imparcialidade são conceitos distintos, posto que a independência se refere ao ofício de julgar, enquanto a imparcialidade refere-se à pessoa do juiz (PORTANOVA, 1997, p. 73).

2.2 IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

A preocupação com a imparcialidade dos magistrados é muito antiga. Na Bíblia consta em Deuterônimo 16:19 uma advertência aos Juízes, para que *“não pervertam a justiça nem mostrem parcialidade. Não aceitem suborno, pois o suborno cega até os sábios e prejudica a causa dos justos”*.

Antigas leis religiosas também demonstravam preocupação com a imparcialidade. O Código de Hamurabi da Mesopotâmia pretendia garantir uma boa justiça e considerava o Rei como a suprema garantia da lei e do direito, mas ressaltava que o direito está acima do arbítrio do Rei. Na antiga Grécia, a escolha dos juízes era realizada mediante sorteio, visto que os gregos acreditavam na intervenção divina em tal processo. (PORTANOVA, 1997, p. 79)

Na Índia, o Código de Manu, que remonta cerca de mil anos antes de Cristo, apresenta o vocábulo *justiça* como um dos deveres do juiz, e enunciava que a lei não deveria se aplicada por juízes ignorantes, mas por juízes sábios, *“de modo que, quando o monarca, considerado o juiz*

supremo, está impedido, delega a função judicial a um brâmane.” (GARCIA, 1996, p. 13)

No moderno sistema judiciário brasileiro, verifica-se que a imparcialidade (ou alheabilidade) é requisito para a atuação do juiz. Como bem apontado por Luis Alberto Reichelt (2014, p. 105) não é possível que a jurisdição seja “exercida em um ambiente verdadeiramente republicano e democrático sem que a exigência de imparcialidade do juiz seja considerada um traço em relação ao qual não se admite qualquer margem de transigência.”

Nessa senda, a imparcialidade tem um caráter subjetivo, relacionada ao afastamento do julgador em relação aos interesses em disputa, e difere de outro conceito, de grafia semelhante, mas com significado diverso: a *imparzialità* (ou *terzialità*).

Conforme Rui Portanova (1997, p. 77): “o juiz não deve ter interesse pessoal em relação às partes do litígio, nem retirar proveito econômico do litígio”. Para a concretização da garantia do juiz natural, o magistrado deverá ser imparcial e imparial. Ser imparial significa ser terceiro e refere-se à função do juiz no processo (um terceiro que julga), enquanto ser imparcial consiste em não ter interesse na vitória de uma das partes litigantes.

Outrossim, imparcialidade não deve ser confundida com neutralidade, visto que o juiz é um ser humano, que tem seu próprio histórico de vida, opiniões, ideologias, crenças e bagagem cultural particular, tal como ocorre com todas as pessoas. O que se exige é que no desempenho da sua função jurisdicional o juiz seja imparcial, ou seja,

sem favorecer uma parte em prejuízo da outra em afronta aos preceitos do devido processo legal. (SEREJA, 2011, p. 38)

O ideal é que o juiz seja imparcial sem ser neutro, não indiferente à realidade, à transformação da sociedade e às peculiaridades dos jurisdicionados. Quer dizer, o magistrado deve ter a preocupação com a igualdade de tratamento e de oportunidades dos litigantes, como bem refletido por Renato Nalini (2008, p. 324):

A imparcialidade consiste em postar-se o juiz em situação de equidistância das partes. Mas é mais do que isso. Imparcial é o juiz que procura compensar a debilidade de uma das partes, para garantir o equilíbrio de oportunidades a cada qual conferidas. Imparcial é o juiz que se sensibiliza com o hipossuficiente, perante cuja insuficiência o atuar equidistante é sinônimo de injustiça. Imparcial é o juiz que não teme reconhecer ao poderoso a sua razão, quando ela é evidentemente superior à do mais fraco.

O preceito da imparcialidade é correlato ao princípio da motivação das decisões, o que protege a sociedade do arbítrio dos juízes e corrobora os princípios da obrigatoriedade da fundamentação das decisões e o da publicidade dos julgamentos. (LEITE, 2006, p. 54) É o que enuncia o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito

à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

No Brasil não existe dispositivo legal ou constitucional determinando de forma afirmativa que o juiz deve ser imparcial, sendo utilizada a forma negativa, como pode ser constatado no parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal, *in verbis*:

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Baseado na doutrina italiana, José Frederico Marques (1967, p. 120-123) discorre sobre a diferença entre *capacidade objetiva do juiz* e *capacidade subjetiva*, sendo a objetiva relativa a regras de competência, enquanto a subjetiva estaria ligada aos aspectos intrínsecos da pessoa natural do julgador, ligada à garantia da imparcialidade.

O Código de Processo Civil apresenta rol exemplificativo de hipóteses de suspeição e impedimento em seus artigos 144, 145 e 146.

No caso de suspeição, existe mera situação de dúvida, se tratando de receio de que o juiz, embora honesto e probo, não tenha condições

psicológicas de julgar com isenção dada sua relação com qualquer das partes. Já no caso de impedimento não resta dúvida de que a imparcialidade do julgador está comprometida “dada sua relação com o objeto da causa” (TORNAGUI, 1974, p. 416).

Para Pontes de Miranda (1995, p. 419-420), se ocorreu impedimento pode haver ação rescisória, tal como se passa com sentença proferida por juiz absolutamente incompetente. Contudo, no caso de suspeição não declarada pelo juiz e não atacada por exceção, ocorre a validação dos atos.

Diferente é o tratamento eficaz para suspeição e impedimento na visão de Pontes de Miranda (1995, p. 419-420): enquanto os motivos de suspeição precluem, o mesmo não ocorre com os de impedimento – os quais, inclusive, transitada em julgado a sentença que veio a ser proferida por juiz impedido, constituem causa para a ação rescisória, ao lado da incompetência absoluta.

3. A PRESSÃO DA MÍDIA NOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS

A atual quadra histórica é marcada pela globalização e constante evolução tecnológica, notadamente nos meios de comunicação e de propagação de informações. Vivemos a era da informação instantânea, marcada pela televisão digital e pela *internet* acessível para relevante porção da população. Ainda, contamos com um número cada vez maior de jornais, alguns com formato mais popular e que são vendidos por preços módicos. E, ainda, a radiodifusão, que hoje está em interação direta com a rede mundial de computadores, permanece como um meio

de comunicação eficiente e prestigiado, em especial no trânsito, que conta com um número cada vez maior de veículos e, por consequência, motoristas e passageiros que são ouvintes de rádio.

A evolução e disseminação dos meios de comunicação com o apoio dos aparatos tecnológicos facilitou o exercício do direito de liberdade de expressão previsto no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, em especial na área do jornalismo, que se tornou mais rápido e eficiente na coleta e transmissão de informações.

Todavia, torna-se cada vez mais habitual o evidente uso da mídia para o atendimento de diversos interesses, que não se limitam tão somente ao atendimento dos direitos de informação e liberdade de expressão.

É evidente que o que proporciona audiência para os veículos de informação é o que causa grande comoção popular, como, por exemplo, as notícias sobre eventos esportivos, em especial os relacionados ao futebol, bem como manchetes que abordam a ocorrência de crimes e tragédias. E quando um fato relevante torna-se objeto de algum processo judicial, o caso é acompanhado e divulgado pela imprensa.

Contudo, conforme sustenta Manuel Castells (1999, p. 411-439), em decorrência do capitalismo informacional, atualmente as empresas de comunicação atuam tanto como canais de poder, quanto como geradoras de resultados em benefício de seus acionistas. E, com o afã de gerar resultados, as empresas de comunicação optam pela “obtenção de audiência, que pode custar a produção de programas de baixo nível cultural ou de comprometimento social e político.” (BARBEIRO; LIMA, 2013, p. 68)

Questões que podem despertar interesse dos meios de comunicação podem se referir a processos judiciais. Quando existe interesse público, é relevante a função da mídia na divulgação de informações e na expressão de opiniões a respeito de casos *sub judice*, o que consagra nossa democracia. Todavia, nem sempre o que se lê e vê através dos meios de comunicação é uma notícia ou manifestação de opinião que tem em mira os direitos de informação e de liberdade de expressão, mas, sim, o objetivo de pressionar os órgãos jurisdicionais.

À guisa de melhor ilustrar, cabe lembrar um caso que ocorreu na Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul no início do ano de 2010, no decorrer de um tórrido verão, quando o juiz do trabalho Rafael da Silva Marques julgou pedido liminar em ação cautelar nº 0000112-94.2010.5.04.0029 ajuizada pelo Sindicato dos Atletas Profissionais do Rio Grande do Sul. A decisão proferida pelo juiz foi no sentido de que a Federação Gaúcha de Futebol não realizasse partidas do campeonato gaúcho entre as dez horas da manhã e as dezoito horas da tarde, bem como a observância máxima de uma temperatura de trinta e cinco graus, com fundamento nas altas temperaturas e condições climáticas prejudiciais para a saúde dos atletas.

A Federação Gaúcha de Futebol impetrou mandado de segurança junto ao Tribunal Regional do Trabalho, sustentando o prejuízo decorrente do descumprimento de contrato de televisionamento de valores vultosos firmados pelos clubes de futebol, importantes para o pagamento dos salários de empregados e dos atletas, que não iriam receber os valores relativos à verba de televisionamento. A decisão do juiz Rafael da Silva Marques foi mantida pelo Tribunal Regional do

Trabalho da 4ª Região, em decisão prolatada pela Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira.

As decisões da Justiça do Trabalho foram amplamente divulgadas pelos meios de comunicação e passaram a ser alvo de questionamentos e críticas em tom de escárnio pela mídia, que tentava persuadir os torcedores e o público em geral contra o que tinha sido decidido pelo Poder Judiciário e em menosprezo aos direitos dos trabalhadores, que pelo fato de serem atletas bem remunerados, supostamente não necessitariam da proteção da Justiça do Trabalho, inobstante a realidade da maioria dos atletas seja diferente (a maioria recebe remuneração que varia de um a dois salários mínimos³).

Em decorrência da repercussão do caso em comento, destacada pela pressão midiática, a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região lançou nota pública de manifestação de apoio irrestrito ao juiz do Trabalho Rafael da Silva Marques e à Desembargadora do Trabalho Maria Cristina Schaan Ferreira, pontuando que as críticas têm origem nas perdas financeiras, decorrentes do impedimento da transmissão dos jogos, e que o Judiciário trouxe ao debate a preservação da saúde dos atletas que realizam o espetáculo:

As práticas esportivas não estão imunes às condições climáticas. Ressalte-se a importância da independência do juiz como garantia da sociedade. O juiz está autorizado pela Constituição e respaldado pela legislação

³ Conforme Rafael da Silva Marques, dados do ano 2000 fornecidos pela CBF ao TST apontam que 90% dos jogadores de futebol são pessoas humildes: 44,91% recebem até um salário mínimo, 41,63% auferem até dois salários mínimos e apenas 3,35% percebem acima de vinte salários mínimos.

trabalhista, a intervir sempre que provocado para garantir os direitos sociais. Por fim, a AMATRA IV repudia qualquer tentativa de desqualificar as decisões devidamente fundamentadas, através de comentários e análises sem qualquer embasamento teórico, que não contribuem para o bom debate.

No ano de 2014, em virtude da Copa do Mundo ocorrida no Brasil, o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação judicial na Justiça do Trabalho do Distrito Federal requerendo que fossem determinadas pausas técnicas aos trinta minutos de cada tempo nos jogos de futebol para hidratação dos atletas, quando a temperatura fosse de trinta e dois graus ou superior, sob pena de a FIFA pagar multa de duzentos mil reais por partida descumprida.

O pedido do Ministério Público do Trabalho foi acolhido pelo juiz do trabalho Rogério Neiva Pinheiro. A repercussão na mídia ocorreu, inclusive com críticas, mas não nos mesmos moldes do que aconteceu em Porto Alegre no ano de 2010, quando ficou evidente a pressão da mídia contra os juízes da Justiça do Trabalho.

Inclusive, por ocasião da determinação das pausas técnicas nos jogos de futebol da Copa do Mundo, o juiz Rafael da Silva Marques, principal alvo da mídia no episódio do verão de 2010, declarou que nunca tinha imaginado que “a pressão econômica e da imprensa pudesse ser tão forte” e que a decisão da Justiça do Trabalho brasileira referente aos jogos da Copa do Mundo representa o seguinte:

Um sinal que a Justiça do Trabalho está avançando na compreensão da Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito à saúde e segurança do trabalhador”. [...] Pelo que percebo, o juiz de lá não está

sofrendo as mesmas pressões que sofri aqui em Porto Alegre na época. Bom para ele e principalmente para a democracia.

Apesar de toda pressão midiática dispensada aos juízes que julgaram as demandas referentes ao campeonato gaúcho de 2010, a determinação judicial que afetou os horários dos jogos foi cumprida e a independência dos magistrados e do Poder Judiciário resistiu à pressão externa da mídia e dos interesses econômicos envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Salvo exceções, os julgamentos promovidos pelo Poder Judiciário são atos públicos que podem ser divulgados, o que consagra a democracia e as liberdades garantidas pela Constituição Federal, como a de expressão.

O artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos protege de forma ampla a liberdade de expressão, tanto que considera que não é obrigatório diploma universitário e inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista, entendimento que atualmente é observado no Brasil.

Contudo, não se pode permitir o abuso de direito da ampla liberdade de expressão e colocar em detrimento os direitos de outrem, como o direito do cidadão à informação correta, sem distorções e sem submissão aos interesses econômicos e políticos, bem como o direito de ter um Poder Judiciário independente, livre de pressões, para o fim de poder julgar com imparcialidade as lides, resultando em um processo justo para todos.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO. Nota de apoio – respeito à independência dos juízes. Porto Alegre, 11 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/>> Acesso em 11 fev. 2010.
- BARBEIRO, Heródoto; LIMA, Paulo Rodolfo de. *Manual de Jornalismo para Rádio, TV e Novas Mídias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 68.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Sentença do processo 0000112-94.2010.5.04.0029. Juiz do Trabalho Rafael da Silva Marques. 04 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.trt4.jus.br> Acesso em 20 set. 2014.
- CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 149, jul. 2007, p. 320-354.
- CARNELOTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.
- CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2.
- DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- MACHADO, Juliano. Determinação de pausas em jogos da Copa lembra decisão de juiz da 4ª Região em 2010. *Notícias*, Porto Alegre, 24 jun. 2014. Disponível em:

<<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=920801&action=2&destaque=false>> Acesso em 08 set. 2014.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000. v.1.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3.

MARQUES, Rafael da Silva. Atleta profissional: multa rescisória e a consagração, pelos Poderes Judiciário e Legislativo, das regras de escravidão. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 127, out. 2011. p. 36-42. Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista_Eletronica/2011/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20n.%20127_2011.pdf> Acesso em 12 set. 2014.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NALINI, José Renato. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 227, jan. 2014, p. 105.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

SEREJA, Lourival. *Comentários ao código de ética da magistratura nacional*. Brasília: ENFAM, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 1.

4

APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM UMA PANDEMIA: A RELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO NO EXAME DE PROPORCIONALIDADE¹

*Fabiana Pagel da Silva*²

*Roberto José Ludwig*³

1. INTRODUÇÃO

Duas impactantes notícias sobre o mesmo tema trouxeram consigo alguma perplexidade e, paradoxalmente, também um novo olhar sobre o desempenho do princípio da proporcionalidade e, em particular, sobre a relevância do conhecimento científico na interpretação e aplicação adequada da constituição e pactos internacionais de direitos humanos numa época de gravíssimas medidas restritivas a alguns direitos em atenção à eficácia de outros.

Em data de 31-03-2020, o Supremo Tribunal Federal, em liminar na ADPF 669 (2020, s/p.), proibiu que o governo federal veicule qualquer campanha que pregue que “O Brasil não pode parar“, que sugira que a população deve retornar às suas atividades ou que minimize os riscos da pandemia do novo coronavírus para a saúde e a vida da população; o argumento utilizado consiste em que a situação é “gravíssima” e que

¹ Agradecemos a Ingo Wolfgang Sarlet e Alejandro Nava Tovar pelo estímulo, comentários e sugestões.

² Mestranda em direito pela UFRGS; Juíza de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

³ Doutor em direito pela UFRGS; licenciado em filosofia pela mesma universidade; juiz de direito no Estado do Rio Grande do Sul; Coordenador do Departamento de Assuntos Constitucionais da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS – RS).

“não há qualquer dúvida” de que a infecção por COVID19 representa uma ameaça à saúde e à vida da população.

Em outra decisão um pouco anterior sobre o mesmo tema, a Justiça Federal do Rio de Janeiro, em 28-03-2020 (CARVALHO, 2020), acolhera pleito liminar formulado pelo Ministério Público Federal no sentido de proibir o governo federal de veicular por quaisquer meios peças de propaganda da campanha "O Brasil não pode parar", ao argumento de que o Brasil não possui testes suficientes e base científica para gradual retomada das atividades.

O caráter perturbador nesses eventos não reside apenas na controvérsia levantada quanto ao protagonismo do Poder Judiciário em tema tão candente, como, também, em expor uma fissura interna do Poder Público quanto às medidas de prevenção e combate à pandemia COVID19: enquanto autoridades políticas e sanitárias de diferentes níveis estabeleceram a necessidade do isolamento social, um movimento diametralmente oposto, originário de meios empresariais e com a simpatia do governante maior da nação e de diferentes autoridades políticas, propõe a retomada da circulação das pessoas, com o objetivo de reavivar a economia.

O toque auspicioso da decisão liminar da Justiça Federal consiste em que expressamente consignou a utilização do conceito de proteção deficiente, um dos vícios detectados pelo exame da proporcionalidade, com destaque para o risco da proteção insuficiente do direito à saúde no caso de revogação da medida de isolamento social.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. POR QUE A PROPORCIONALIDADE?

A pandemia ocasionou o afloramento de duas posições extremadas: de um lado, há quem sustente que todo sacrifício é válido em prol da saúde coletiva; de outro, o colapso econômico deve ser evitado até mesmo ao custo de alguns milhares de mortes.

Tais posições coincidem com a defesa de valores sociais fundamentais em qualquer comunidade, como a saúde pública e estabilidade econômica; mais ao fundo, estão valores individuais básicos: vida e saúde, por um lado; liberdade em seus múltiplos espectros, de outro.

Nada melhor que isso serve para ilustrar a “tirania dos valores” (SCHMITT, 1967, p. 60), ou seja, a discussão pautada exclusivamente pela lógica dos valores conduz ao paroxismo: para o valor máximo, até o mais alto preço deve ser pago.

Para compatibilizar tais valores substanciais, atribuindo a cada qual a máxima eficácia, tanto no plano do direito coletivo como do individual, sem aniquilar o valor concorrente, a solução que melhor se apresenta consiste em realizar a ponderação de acordo com a proporcionalidade, instrumento que possui a pretensão de racionalidade e universalidade (BOROWSKI, 2003). por possibilitar, pela sua estruturação em passos e técnicas de sopesamento, decidir casos de colisões de direitos fundamentais, interpretados como direitos humanos positivados, sem incursão em pressuposições axiológicas insustentáveis (ALEXY, 1994).

O procedimento tem o condão de gerar uma solução racional da colisão na medida em que enseja a otimização Pareto que guia os subprincípios da idoneidade e necessidade na operação de relações meio-fim governadas pelos princípios colidentes (ALEXY, 1994), em desempenho semelhante ao do princípio da eficiência (RAWLS, 1971).

Para tanto, a solução proporcional, aceita como ótima pelo sistema, será aquela que atenda ao (sub)princípio da **idoneidade**, que exclui o emprego de meios que prejudiquem, pelo menos, um princípio, sem, ao menos, fomentar um dos princípios ou objetivos a cuja realização devam servir; ao (sub)princípio da **necessidade**, que, por sua vez, pede que se escolha aquele meio, dentre dois que fomentem igualmente um princípio, que ao mesmo tempo intervenha menos em princípio oposto; e, por derradeiro, ao **princípio da ponderação propriamente dito** (terceiro subprincípio) diz com a otimização relativamente às possibilidades jurídicas, segundo o qual, se comprova sucessivamente: o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; e, por derradeiro, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento de outro princípio.

Da ponderação à aplicação da regra por subsunção, o trato de colisões por meio do exame de proporcionalidade beneficia-se do conceito de relação de precedência condicionada; são as condições fáticas e jurídicas que definem se um princípio tem precedência sobre outro, com vista à otimização de seus comandos no caso concreto.

2.2. A QUESTÃO EPISTÊMICA CENTRAL

As decisões liminares do Supremo Tribunal Federal e também da Justiça Federal do Rio de Janeiro quanto à publicidade governamental relativa à medida de isolamento social comportam análise por diversas óticas, das quais nos interessa aqui especialmente a questão do conhecimento que apoia a medida, o que repercute na indagação sobre a certeza das premissas empíricas e normativas adotadas; evidentemente, nessa análise ingressa também o conhecimento possível quanto às premissas que eventualmente desfavoreceriam a medida.

Na liminar da ADPF, ganhou destaque o argumento de que “não há qualquer dúvida” da ameaça do vírus à saúde da população; na ação civil pública proposta na Justiça Federal carioca, a controvérsia nodal se refere à base científica existente para apoiar ou, ao contrário, desencorajar o movimento de pressão pelo relaxamento da medida de isolamento social, que, no caso concreto, estava se realizando sob o slogan “O Brasil não pode parar”, que incluiu carreatas em diversas cidades do país e, segundo diversas publicações de órgãos da imprensa, encontrou ressonância e mesmo endosso no seio do governo federal, ainda que posteriormente haja sido negado; na esteira desse movimento, diversos empresários externaram preocupação com o caos econômico gerado pelo isolamento social, conjunto de medidas que incluiu a proibição de funcionamento de estabelecimentos não essenciais.

Nessa quadra, a discussão levantada na imprensa gira em torno de efetiva necessidade da medida extremada de isolamento adotada, comparativamente a outras soluções possíveis, como um isolamento

limitado apenas aos já infectados ou a estes somados aos integrantes de grupos de risco (isolamento vertical), bem como a mitigação do isolamento em relação a mais setores produtivos e estabelecimentos, ou, mais recentemente, o distanciamento controlado.

Dito de outro modo, a questão principal não reside tanto em reconhecer o óbvio valor fundamental da vida/saúde e da liberdade (ir e vir, trabalhar e empreender); também não há maior controvérsia sobre a grande relevância, enquanto valores sociais, tanto da saúde pública como da estabilidade econômica; também não é, ainda, o momento de realizar a ponderação *stricto sensu* entre ambos, porque primeiro há necessidade de estabelecer a idoneidade e, após, a necessidade da medida discutida.

Deve ser destacado neste momento, também, que, embora a realização de um procedimento detalhado de ponderação com o uso da fórmula do peso inclua a determinação dos pesos abstratos de cada princípio envolvido, aqui não se pretende desenvolver uma estratificação acabada e minuciosa de valores constitucionais, para definir se, em geral, vale mais a saúde pública ou a economia, ou então para estabelecer qual colapso seria mais grave, o do sistema de saúde ou o da cadeia produtiva.

O ponto nodal, portanto, diz com saber se o isolamento social proposto por autoridades sanitárias é medida idônea e necessária para a finalidade a que se propõe, bem como se resiste à ponderação em sentido estrito entre os princípios colidentes, percorrendo-se as três etapas da aplicação do princípio da proporcionalidade.

2.3. DO CRITÉRIO EPISTÊMICO APROPRIADO

Como antes esclarecido, é preciso verificar se a medida de isolamento social horizontal encontra base empírica para ser considerada apropriada, isto é, eficiente para o fim colimado; depois, no plano da necessidade, há que se verificar se não há outra medida menos gravosa ou uma forma mais leniente da mesma medida que atinja a finalidade eleita.

Nessa tarefa, desde logo é preciso estabelecer uma premissa filosófica: a saúde constitui objeto de conhecimento na forma de ciência (*episteme*) e não de opinião (*doxa*); a verdade fatural possui um caráter coercitivo e se impõe à opinião no seu modo de afirmar a validade (ARENDR, 2006); embora cada pessoa possa manifestar opiniões sobre diversos temas afetos à saúde, há séculos vem-se desenvolvendo a atividade de pesquisa científica no terreno sanitário, com a afirmação de diversas ciências, como a medicina, a farmacologia, a genética, a infectologia etc., que reivindicam, com autoridade reconhecida e crescente especialização de áreas, o objeto genérico do conhecimento relativo à saúde.

Por isso, havendo possibilidade de que determinada decisão política relativa à saúde pública se pautar pela ciência embasada em evidência, não há qualquer razão moral, política ou jurídica que justifique preterir-la em favor de alguma opinião, por mais elevada que seja a autoridade política ou jurídica que a emita.

Nesse aspecto, mostra-se elucidativo o exemplo da experiência italiana de rever o critério a guiar as opções normativas, após colher um

péssimo resultado de uma opção equivocada, como exemplificado pela campanha “*Milano non si ferma*” (Milão não fecha), posteriormente repudiada.

O caso da Itália tem sido enfatizado como demonstração de que o isolamento social não é, apenas, a melhor dentre possíveis estratégias, mas, segundo as evidências científicas disponíveis até o momento, em que não se tem ainda a vacina para o vírus nem estudos sistemáticos sedimentados, a única que pode evitar ou minorar a catástrofe.

A semelhança da campanha “*Milano non si ferma*” (Milão não fecha) com “O Brasil não pode parar” justifica a inferência de que também no Brasil a recusa ao isolamento geraria um desastre posteriormente reconhecido pela autoridade pública?

A resposta encontra-se nas manifestações de diversas autoridades científicas, como Ana Tereza Ribeiro Vasconcelos, geneticista e coordenadora do Laboratório de Bioinformática no LNCC (G1, 2020) e Mauro Sanchez, pesquisador da Universidade Brasília – UnB (LIMA, 2020), que têm vindo a público recomendar o isolamento como necessário em razão da circulação comunitária do vírus e utilizar o caso de Milão como uma política pública de saúde contrária à ciência baseada em evidência.

Nesse aspecto, para juízos fixados no aspecto econômico, conquanto ainda possam ser aprofundadas as investigações nesse campo da ciência econômica, é certo que não se podem desprezar afirmações de autoridades econômicas no sentido de que alguma desorganização da atividade produtiva se fará inevitável, ainda que se abandone ou se mitigue o isolamento social, considerando o elevado

dispêndio de recursos que será necessário para cobrir os resultados da hospitalização massiva e elevado número de perdas de vidas decorrentes da falta de isolamento social.

Por isso, adotando-se o critério da evidência científica disponível até o momento, a medida do isolamento social horizontal, recomendada por diversas autoridades científicas da área, deve ser considerada como apropriada para a finalidade de conter ou reduzir a propagação do vírus COVID19, por ser altamente contagioso e não insignificativamente letal.

No que tange à necessidade, a evidência científica igualmente favorece a medida; o exemplo prático de Milão, na Itália, conforta a assertiva fática do fracasso de medidas que afastaram o isolamento ou o instituíram de forma pouco abrangente.

Cumprir enfatizar que o critério aqui adotado é o da evidência científica disponível, com pesquisa básica ainda em curso; todavia, a evidência disponível também pode ser preenchida por experiências fáticas havidas ou em curso em diferentes países, onde o contágio iniciou mais cedo.

Portanto, os subprincípios da idoneidade e necessidade podem dar-se por atendidos, observado o parâmetro da evidência científica disponível.

2.4. DISCRICIONARIEDADE, MÉRITO ADMINISTRATIVO OU ESPAÇO EPISTÊMICO

Previamente à etapa de ponderação propriamente dita, importa considerar que as decisões referidas acima levantam a questão acerca da possível discricionariedade do administrador público, e do próprio

legislador, quanto à determinação da melhor política de saúde no enfrentamento do vírus. Essa questão, naturalmente controversa, comporta desdobramentos e foi enfrentada pela doutrina e jurisprudência de diversas formas, com o emprego de conceitos como o de competência de conformação e de prognose, prerrogativa de avaliação e espaço de avaliação ou estimativa (HESSE, 1994). Pela sua amplitude invencível, será aqui apreciada apenas na perspectiva epistêmica, ou seja, se e em que medida o Judiciário pode avaliar medidas governamentais do ponto de vista do conhecimento que a sustenta.

O tema remete ao **espaço epistêmico** (ALEXY, 2011), que se divide em dois tipos: **a) o espaço cognitivo empírico**, que diz com a incerteza sobre premissas empíricas, como ocorre frequentemente na verificação da necessidade e da idoneidade; para o exame da intervenção do legislador em direito fundamental, há de observar-se a **lei de ponderação epistêmica**; e **b) o espaço cognitivo normativo**, o qual contempla a incerteza sobre o limite do conteúdo material da constituição; nesse espaço os tribunais especializados exercem jurisdição constitucional material, para aplicação de direitos humanos positivados como fundamentais, em cooperação com o tribunal constitucional, mas sob vigilância deste (ALEXY, 2011).

No campo epistêmico propriamente dito, a partir da jurisprudência do TCF (BVerfGE 50, 290), distinguem-se, de acordo com o autor mencionado (ALEXY, 2011) três graus epistêmicos, a saber, (1) certo ou confiável; (2) sustentável ou plausível e (3) não evidentemente falso, correspondentes aos três graus de intensidade de controle, a

saber, (1) controle intensivado quanto ao conteúdo, (2) controle de sustentabilidade e (3) controle de evidência.

Por isso, a possibilidade de que o Poder Judiciário ingresse na análise da idoneidade e, sobretudo, da necessidade de uma medida tão gravosa como a de reclusão social, ainda que apenas parcial, pressupõe que não esteja caracterizado o espaço cognitivo empírico, dentro de cujos contornos o legislador e o administrador estão legitimados constitucionalmente a eleger dentre medidas igualmente apropriadas à finalidade. Inversamente, o chamado mérito administrativo e o espaço de deliberação pública da conveniência administrativa não ficam prejudicados, desde que seja reconhecido que há um espaço estrutural de natureza cognitiva, isto é, em que o legislador e o administrador possuem um âmbito relevante de definição de finalidades relevantes e de meios eficazes.

Mas este não é o caso do isolamento social, porque neste momento, pelo inventário de informações científicas disponíveis, não há margem de dúvida ou incerteza cognitiva que permita equiparar, quanto à eficácia, diversas medidas ao lado do isolamento social; no âmbito da economia, o nível de certeza quanto ao conhecimento empírico relativo às premissas que desaconselham a medida não é superior ao das que o favorecem.

Coerentemente com isso, a própria decisão judicial que mede a certeza do conhecimento que apoia a medida deve poder estar embasada em informação tão certa ou confiável quanto disponível, sob pena de que o controle intensivo de conteúdo desborde em intromissão judicial na esfera de outro poder de estado.

Isso foi claramente apontado na fundamentação das decisões liminares referidas, observados os limites de cognição que são possíveis no momento processual de prolação do ato jurisdicional. A questão ainda poderá ter desdobramentos em fases posteriores dos respectivos processos, quando instaurado o contraditório, mas por ora, ambas as decisões optaram por explicitar que, além de toda dúvida razoável, há certeza da idoneidade e necessidade da medida.

Note-se que, conquanto o conhecimento seja limitado pela contingência temporal, isso não pode impedir os tribunais de decidir e, nesse caso, o dever de agir impõe que seja adotado o critério de seleção de conhecimento que confira a maior certeza possível dentro que estiver disponível e, havendo alteração do conhecimento, justifica-se a mudança da regulação e, eventualmente, a posição da própria corte, como se extrai de precedentes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a exemplo do 1 BvR 802/20, onde, num caso que envolvia colisão de direito de liberdade no sentido de ir e vir (sair de casa, ir a parques e assim por diante) contra medida restritiva do Governo da Baviera fundada em direito de saúde, tendo claramente referido a expressão “de acordo com os conhecimentos atuais” (“nach derzeitigen Erkenntnissen”).

Em suma, as decisões afastaram a possibilidade de discricção governamental, justamente por não haver espaço estrutural cognitivo empírico.

2.5. DA PONDERAÇÃO

Na terceira etapa da aplicação da proporcionalidade, explicita-se a ponderação propriamente dita.

Advirto que, para o fim limitado desta análise, não se examinam os pormenores de medidas específicas mais ou menos restritivas, nem a competência legal específica da autoridade que a editou.

Também não se está aqui a fazer uma prognose do que o Poder Judiciário deliberará em cada caso ou em geral sobre o problema aqui debatido, como feito alhures (BÄKER, 2020); poderá, ainda, ser reconhecido um espaço epistêmico normativo, isto é, de incerteza quanto ao conhecimento sobre os limites da constituição.

Numa análise situada neste contexto, pode-se defender que, no tocante ao problema em tela, identifica-se um significativo grau de prejuízo à liberdade individual e à economia em decorrência da medida interventiva, a ponto de restringir a locomoção em determinados locais e para certas finalidades não essenciais, o que possui forte impacto no exercício da liberdade individual em geral e, também, na circulação das riquezas, na manutenção da cadeia produtiva e nos empregos.

Todavia, a própria ciência econômica relativiza a importância da medida de isolamento social para a estabilização da economia, comparativamente com o conjunto de elementos que integram o fenômeno abrangente do comportamento da economia durante e após pandemia, incluídas as demais medidas que as autoridades públicas adotem para enfrentá-lo; tanto é assim, que as projeções até o momento disponíveis, embora converjam em que haverá fortes índices de

desemprego e recessão, em nível global, reconhecem a permanência de alto grau de incerteza quanto ao detalhamento do que acontecerá de fato e, sobretudo, quanto à participação causal específica do isolamento no resultado projetado (BRASIL, Nações Unidas Brasil, 2020).

Nesse tópico, cumpre enfatizar a relevância do fator da confiança; ainda que se possa admitir como bastante provável que os indicadores de emprego, renda e atividade serão negativos por algum período em razão do isolamento adotado em diferentes formatos pela maioria dos grandes países no enfrentamento da pandemia, há analistas que apontam para o fato de que a eventual explosão da letalidade decorrente do término ou afrouxamento do isolamento certamente abalaria mais a confiança dos agentes econômicos do que os próprios índices desfavoráveis.

Diante da carência de análises quanto à extensão e profundidade que o isolamento por si mesmo provocará, comparavelmente a outras possibilidades, pode-se afirmar com alguma segurança que, para o restabelecimento da economia, importa sobretudo a recuperação da confiança dos agentes econômicos a partir de uma atuação governamental adequada na condução da crise, seja no plano sanitário, seja no econômico, ainda que temporariamente seja necessário algum isolamento mais severo, como sugerido por pesquisadores do Instituto Estater (FILGUEIRAS, 2020).

Todavia, é indubitavelmente muito elevada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, ou seja, a vida/saúde pública, não apenas no seu viés de evitação de milhares de mortes, como também de colapso do sistema de saúde; para isso, não se pode

desconsiderar que, de acordo com a ordem constitucional vigente, em coerência com o chamado direito internacional dos direitos humanos, o direito à vida e à sua correlata, a saúde, tem reconhecido um elevado peso abstrato, ainda que não absoluto, mas certamente superior ao da liberdade; no plano coletivo, também se pode aquilatar como alto o peso abstrato da saúde coletiva, comparativamente com o da estabilidade econômica.

Por isso, a elevada importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento de outro princípio da liberdade individual na medida proposta, ou seja, que haja o isolamento social.

No entanto, se a evolução do conhecimento conduzir a que outra medida ou uma versão mitigada alcançar eficiência semelhante sem agravar tão intensamente a liberdade dos indivíduos/empresas e a estabilidade econômica, a equação terá de ser revisada e, eventualmente, alterada, tanto do ponto de vista da regulação, como da jurisdição.

CONCLUSÃO

Em época de excepcional evento sanitário, a aplicação de direitos humanos positivados enquanto proteção constitucional de direitos encontra no exame da proporcionalidade um critério promissor de racionalidade, que combina a ideia de eficiência extraída de ciência empírica com a ponderação de princípios colidentes, de modo a apresentar uma alternativa à tirania de valores.

Para a correta aplicação da proporcionalidade, no entanto, é imprescindível que se dê a atenção necessária ao aspecto do grau de certeza cognitiva utilizado para medir os fatores que ingressam na apuração dos subprincípios da idoneidade e da necessidade em relação à medida interventiva analisada.

Em especial, a avaliação da necessidade da medida de isolamento social requer a máxima cautela, sob pena de o Poder Judiciário decidir em substituição ao legislador ou administrador com violação do espaço cognitivo empírico, isto é, o espaço em que aqueles atores da cena constitucional podem mover-se para a determinação das medidas mais adequadas e eficazes de política de enfrentamento da pandemia.

Não por acaso, as decisões judiciais referidas adotaram o padrão “além de qualquer dúvida” ou de “certeza” no que tange ao embasamento empírico da gravosa medida; em ambos os casos, prevaleceu a relevância do critério do suporte de conhecimento baseado em evidência, o que engloba tanto o conhecimento científico já desenvolvido ainda que não completo, e como experiências fáticas conhecidas relativas a outros países; além disso, a abertura para a evolução do conhecimento afeta a equação de proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

ARENDT, Hannah. *Between past and future*. New York: Penguin Books, 2006.

BÄCKER, Carsten. **Corona in Karlsruhe: Eine Prognose.** Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/corona-inkarlsruhe/?fbclid=IwAROPq5MN0ZnDnVZ3Ittqr5dyoRsGf2HeBO1nosuAV7gMgaigLdBf6f5XPQE>>. Acesso: 28 Mar. 2020.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

HESSE, Konrad. *Bedeutung der Grundrechte.* In: BENDA, Ernst (Hrsg.) **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.** 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994, S. 154-156.

RAWLS, John. **A theory of justice.** Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

SCHMITT, Carl. Die Tyrannei der Werte, in: **Säkularization und Utopie**, Fchr. f. E. Forsthoff, Stuttgart/Berlin/Köln, Mainz 1967.

Decisões e publicações jornalísticas citadas ou consultadas

AFP, Agência. **Bolsonaro passeia por Brasília e afirma que ‘Brasil não pode parar’.** Disponível em: <<https://istoe.com.br/bolsonaro-passeia-por-brasilia-e-afirma-que-brasil-nao-pode-parar/>>. Acesso em: 29 Mar. 2020.

BIERNATH, André. **O que é isolamento vertical (e por que essa não é uma boa ideia)?.** Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/o-que-e-isolamento-vertical/>>. Acesso em: 29 Mar. 2020.

BRASIL, Nações Unidas Brasil. **FMI prevê para este ano maior recessão global desde 1929.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/fmi-preve-para-este-ano-maior-recessao-global-desde-1929/>>. Acesso em: 26 Abr. 2020.

BRASIL. Justiça Federal. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5019484-43.2020.4.02.5101/RJ.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/Propaganda%20-%20COVID19%20-%20Decisao%20liminar.pdf>>. Acesso em: 04 Abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 669.** Disponível em:

< [Http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884084](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884084)>. Acesso em: 04 Abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 669 DISTRITOFEDERAL**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342798642&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 Abr. 2020.

CHRIST, Masing Paulus. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT - 1 BvQ 28/20 - **In dem Verfahren über den Antrag, im Wege der einstweiligen Anordnung**. Disponível em:<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410_1bvq002820.html;jsessionid=D221E573605D69DBA5852BD1B08816B4.2_cid392>. Acesso em: 26 Abr. 2020.

COLLUCCI, Cláudia. **Após um mês e 4 mil mortes, Milão reconhece erro de campanha contra isolamento**. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/03/apos-um-mes-e-4-mil-mortes-milao-reconhece-erro-de-campanha-contra-isolamento-ck8a81gif02cg01quhoslll01.html>>. Acesso em: 29 Mar. 2020.

CORREA, Susana. **ISOLAMENTO SOCIAL É ÚNICA ESTRATÉGIA PARA MITIGAR A PANDEMIA, GARANTE MÉDICO ITALIANO**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/isolamento-social-unica-estrategia-para-mitigar-pandemia-garante-medico-italiano-1-24332922>>. Acesso em: 29 Mar. 2020.

FILGUEIRAS, Maria Luíza. **‘Curva na baixa renda vai definir plano de ação’**. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/04/22/curva-na-baixa-renda-vai-definir-plano-de-acao.ghtml>>. Acesso em: 26 Abr. 2020.

G1, Bem Estar. **Pesquisa mostra que Coronavírus está 'aclimatado' no Brasil e reforça necessidade de isolamento, diz cientista**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/26/pesquisa-mostra-que-coronavirus-esta-aclimatado-no-brasil-e-reforca-necessidade-de-isolamento-diz-cientista.ghtml>>. Acesso em: 29 Mar. 2020.

LIMA, Catarina. **Coronavírus: “isolamento desacelera contágio”, diz cientista**. Disponível em: <<https://jornaldebrasil.com.br/cidades/coronavirus-isolamento-desacelera-contagio-diz-cientista/>>. Acesso em: 29 Mar. 2020.

MAIA, Gustavo. **Secom apaga posts e diz que campanha “O Brasil não pode parar” não existe**. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/secom-apaga-posts-e-diz-que-campanha-o-brasil-nao-pode-parar-nao-existe/>>. Acesso em: 29 Mar. 2020.

MOURA, Rafael Moraes; VASSALLO, Luiz. **STF proíbe que Bolsonaro faça campanha para população furar isolamento**. Disponível em: <https://exame.com/brasil/stf-proibe-que-bolsonaro-faca-campanha-para-populacao-furar-isolamento/>. Acesso em: 01 Abr. 2020.

NUNES, Paulo. **Dicionário de Economia: Ótimo de Pareto**. Disponível em: https://www.notapositiva.com/old/dicionario_economia/optimopareto.htm. Acesso em: 29 Mar. 2020.

OLIVEIRA, Mariana. **Juíza do Rio proíbe governo federal de veicular campanha publicitária 'O Brasil não pode parar'**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/28/juiza-do-rio-proibe-governo-federal-de-veicular-campanha-publicitaria-o-brasil-nao-pode-parar.ghtml>. Acesso em: 28 Mar. 2020.

RADTKE, Harbarth Britz. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT - 1 BvR 802/20 - **In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde**. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200409_1bvr080220.html. Acesso em 26-04-2020.

5

PRECEDENTES JUDICIAIS E DIREITOS HUMANOS: A ANALOGIA COMO MEIO PARA PROTEÇÃO E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Guilherme Thofehr Lessa¹

1. INTRODUÇÃO

A relação entre direitos humanos e o Poder Judiciário existe há muito tempo. Em algum momento da história, direitos reconhecidos quase que universalmente foram ou serão desrespeitados, de modo que dentro das quatro linhas do Estado Constitucional, os direitos humanos encontram no Poder Judiciário o seu principal ou último guardião.

A proteção dos direitos humanos, embora de importância central para a própria manutenção do Estado Constitucional, não pode se dar de maneira absolutamente discricionária, incoerente ou leviana, sob pena de subverter os próprios princípios do Estado que se busca proteger. É necessário, portanto, definir meios de proteção desses direitos, seus caminhos e suas amarras.

No presente artigo temos um foco bastante definido: saber como o raciocínio analógico pode auxiliar na proteção dos direitos humanos a partir dos precedentes judiciais. Em outras palavras, o que pretendemos

¹ Doutorando em Direito pela UFRGS. Mestre e Especialista em Direito pela UFRGS. Professor de diversos cursos de pós-graduação. Coordenador do grupo de pesquisas em Processo Civil da Escola Superior da Advocacia da OAB/RS. Autor do livro "Precedentes judiciais e Raciocínio jurídico" (RT, 2022) e de diversos artigos e traduções. Advogado.

defender é que a tutela dos direitos humanos, dada a sua pervasividade, encontram campo fértil na analogia.

Ao fazer isso, talvez estejamos subvertendo a temática desta edição, que envolve os direitos humanos processuais. A razão é que, embora nossa abordagem esteja intimamente ligada ao processo, os direitos humanos aqui defendidos não são, por sua natureza, processuais; na verdade, nossa abordagem se vale do processo como meio para a promoção, de forma coerente, dos direitos humanos, seja dentro do próprio processo ou fora dele. E por entendermos que é nos Tribunais – e por meio das decisões dos Tribunais – que os direitos humanos vêm sendo constantemente reafirmados, é que optamos por essa abordagem.

2. DIREITOS HUMANOS E PRECEDENTES JUDICIAIS: ESBOÇO DE UMA APROXIMAÇÃO

A aproximação entre os direitos humanos² e os precedentes judiciais pode ser realizada sob diversos prismas. Antes de adentrarmos no objeto central do presente ensaio, nos interessa demonstrar, ainda que de maneira superficial, como os precedentes surgem por ocasião da necessidade de maior proteção a dois direitos humanos (e fundamentais): liberdade e igualdade.

² Partimos do conceito de que os direitos humanos guardam relação com documentos de direito internacional, referindo-se às posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, possuindo validade universal, enquanto os direitos fundamentais seriam os direitos humanos incorporados no ordenamento pátrio, ou seja, positivados expressa ou implicitamente. Partindo dessa diferenciação: MIRANDA, 2000, p. 51-52. Na mesma linha, no direito brasileiro: SARLET, 2018, p. 307; AFONSO DA SILVA, 2009, p. 176-178; BARROSO, 2020, p. 492-493.

Considerando que esses direitos humanos podem ter várias facetas e podem ser protegidos e promovidos de diversas maneiras, nosso foco é tão somente a liberdade e a igualdade alcançadas em um âmbito normativo por meio das decisões judiciais.

2.1 DIREITOS HUMANOS E PODER JUDICIÁRIO

Liberdade e igualdade – a compreensão dos precedentes judiciais passa pela chave de leitura desses dois direitos centrais para o Estado de Direito. Contudo, é necessário situá-los brevemente em perspectiva histórica.³

O direito do século XIX foi marcado em grande medida pelo cognitivismo interpretativo, em que caberia ao juiz tão somente *descobrir* o direito previamente definido pelo legislador.⁴ Nesse período, havia a falsa suposição de que a lei permitiria um sistema claro, coerente e completo, o que seria suficiente para outorgar segurança jurídica e igualdade aos cidadãos (MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 30). Se o juiz apenas declara a vontade prévia do legislador, consubstanciada na lei, bastaria sujeitar os indivíduos à mesma lei para fosse alcançada a segurança jurídica e a igualdade.

Se o século XIX teve a prevalência do cognitivismo interpretativo, o século XX ficou caracterizado pela revolta contra essa ideologia (CHIASSONI, 2016, p. 601-626), quando se buscou desconstruir a função

³ Amplamente, na perspectiva dos precedentes judiciais: MITIDIERO, 2018.

⁴ O cognitivismo interpretativo pode ser caracterizado como “uma atividade (em qualquer sentido) cognoscitiva, e, portanto, não volitiva, não criativa, não arbitrária, mas sim técnica, avaliativa, politicamente não comprometida” (CHIASSONI, 2017, p. 322). No mesmo sentido, antes de Chiassoni: GUASTINI, 2005, p. 139.

meramente declaratória do juiz. No direito brasileiro, os frutos dessa revolta começaram a ser colhidos, com maior precisão, a partir do início do século XXI.⁵

O que importa ter presente é que a doutrina brasileira passou a reconhecer a distinção entre texto e norma. O texto legal é o objeto sobre o qual recai a atividade interpretativa; a norma é o significado atribuído ao texto pelo intérprete, ou seja, o resultado da interpretação (GRAU, 2018, p. 35-36; ÁVILA, 2019, p. 45). O texto legal, portanto, é a matéria bruta utilizada pelo intérprete, constituindo uma mera possibilidade do direito (ÁVILA, 2019, p. 45) – uma *moldura* – dentro da qual todas as opções interpretativas são válidas. Essa variedade de interpretações decorre da dupla indeterminação do direito, no sentido de que os textos são equívocos, admitindo uma pluralidade de interpretações, e as normas são vagas, não sendo possível definir, de antemão, o seu âmbito de aplicação (GUASTINI, 2011, p. 39 e 52).

Se o direito é dotado de uma dupla indeterminação, impedindo que se defina *a priori* o significado dos textos e o âmbito de aplicação das normas, originando dúvidas interpretativas que devem ser resolvidas pelo intérprete, não se pode mais afirmar que a atividade realizada pelo intérprete é meramente cognoscitiva, de *descobrimto* da norma. O juiz, na condição de intérprete, mais do que descobrir o significado da norma (que antes seria previamente definido pelo legislador), reconstrói o significado da norma a partir dos núcleos de significados mínimos

⁵ Notadamente: GRAU, 2018; ÁVILA, 2019. Ambos os autores foram influenciados pela doutrina italiana: TARELLO, 1980, p. 61; GUASTINI, 2005, p. 141.

(semântica, sintática e pragmática) fornecidos pelo legislador (ÁVILA, 2019, p. 52-53).

Como o significado da norma invariavelmente depende da interpretação – da adscrição de sentido – do texto legal (MITIDIERO, 2018, p. 59), é possível identificar uma relação dinâmica e cooperativa entre a legislação e a jurisdição (ZAGREBELSKY, 2008, p. 153); enquanto compete ao legislador elaborar o texto, cabe ao juiz interpretá-lo, definindo a norma aplicável ao caso concreto.

Com o reconhecimento da indeterminação do direito, a lei, ainda que importante meio de promoção da segurança jurídica e da igualdade, não consegue, por si só, garantir satisfatoriamente esses valores, haja vista a pluralidade de significados oriundos de um mesmo texto legal. A lei garante segurança jurídica e igualdade no âmbito textual, mas não no âmbito normativo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 821). Contudo, garanti-las apenas no âmbito textual é insuficiente a partir do momento que os textos apresentam mais de uma interpretação – uma norma – válida.

A superação do cognitivismo interpretativo impõe o pensamento da segurança jurídica e da igualdade em outra perspectiva.

No que diz respeito à segurança jurídica, é preciso reconhecer que sem segurança jurídica não há legalidade e, conseqüentemente, não há exercício de liberdade. Só se pode pensar em liberdade quando existe espaço para a coordenação dos meios de maneira racional (AFONSO DA SILVA, 2009, p. 233) – o Estado de Direito impõe a existência de um ambiente de confiança mútua (MACCORMICK, 2005, p. 16). A segurança jurídica, por sua vez, impõe o conhecimento do significado do direito

(cognoscibilidade), a capacidade de antever possíveis consequências (calculabilidade), a ausência de modificações abruptas (confiabilidade) e da efetiva realização do direito (realizabilidade), conforme aponta Humberto Ávila (ÁVILA, 2014). Abandona-se o caráter de segurança jurídica estática pela lei e adota-se um conceito de segurança jurídica dinâmica pelo resultado da interpretação.

No que diz respeito à igualdade, é preciso dizer que não basta a previsão de uma disposição legal que alcance todos os indivíduos, sendo necessária a igualdade por meio da aplicação do direito (CANOTILHO, 2003, p. 426; MORAES, 2011, p. 87). Mais precisamente, existe a exigência não apenas de aplicação da mesma norma, mas que o significado da interpretação da norma seja o mesmo para os casos iguais (ABREU, 2015, p. 57).

É justamente buscando minimizar os problemas de segurança jurídica e igualdade oriundos do reconhecimento da dupla indeterminação do direito que surgem os precedentes judiciais no direito brasileiro.

2.2 A FUNÇÃO DOS PRECEDENTES

Os precedentes judiciais, em síntese, são regras extraídas a partir das decisões das Cortes Supremas. Mais precisamente, são regras de maior especificidade do que as regras dispostas no texto legislativo, pois são oriundas de um processo de interpretação e densificação à luz do caso concreto (LESSA, 2022, p. 52-53). Quando compreendido nesse sentido, o precedente é sempre obrigatório (MITIDIERO, 2017, p. 100).

Como é necessário outorgar segurança jurídica e igualdade, dado o reconhecimento da indeterminação do direito, se reconhece que as Cortes no topo da hierarquia do Poder Judiciário têm a função de definir o significado do direito. Em certa medida, a autoridade dos precedentes judiciais é decorrente, em larga medida, de uma necessidade política de se resolver de forma definitiva um desacordo interpretativo (KAHN, 1993, p. 1.165), satisfazendo o desejo cultural de que exista uma única voz de autoridade sobre o significado do direito (CAMINKER, 1994, p. 854), outorgando segurança jurídica e garantindo a igualdade aos cidadãos. Em poucas palavras: é a origem e o status do precedente que lhe outorga autoridade (SCHAUER, 2009, p. 63).

Quando vistos de maneira adequada, os precedentes representam ao mesmo tempo a “encarnação da adequada interpretação do Direito e meio para obtenção da sua unidade” (MITIDIERO, 2017, p. 81). Isto significa dizer que os precedentes possuem tanto uma *função ontológica* como uma *função metodológica*.⁶

A *função ontológica* do precedente judicial visa a outorgar segurança jurídica mediante a redução da indeterminação – equivocidade e vagueza – dos textos jurídicos. Essa redução pode se dar mediante: i) a definição dos conceitos jurídicos; ii) a restrição da norma; e, iii) a extensão da norma para casos fora do seu âmbito de incidência (LESSA, 2022, p. 74-75).

⁶ O desenvolvimento é nosso, embora inspirado nas aulas do Prof. Daniel Mitidiero, na distinção realizada por CHIASSONI, 2012, p. 19 entre as concepções normativas e argumentativas da *ratio decidendi* e na definição de SCHAUER, 1987, p. 572, notadamente inspirado em MACCORMICK, 1978, p. 75-76, das funções prospectiva (*forward*) e retrospectiva (*backward*) do precedente.

É que ao definir que uma regra é aplicável num determinado sentido a um caso concreto, reduz-se a indeterminação do direito sobre aqueles fatos, com a imposição racional de que a mesma interpretação será aplicável para todos os casos semelhantes.⁷ Todavia, no momento que a definição do significado do direito e a aplicação de uma regra jurídica são realizadas pelas Cortes Supremas, órgãos competentes para outorgar unidade ao direito, a força da interpretação transborda os contornos do caso concreto, a impor que a mesma solução seja adotada não apenas no âmbito da Corte Suprema, mas em toda a sociedade de modo geral.

Deste modo, além de reduzirem o âmbito de indeterminação do direito no caso concreto, as Cortes Supremas também o fazem de um modo geral, outorgando segurança jurídica a toda sociedade civil por meio dos precedentes judiciais. Com isso, os precedentes servem a uma função ontológica, que privilegia a segurança jurídica, pois fornece um norte a ser seguido.

Por outro lado, também é necessário garantir a efetividade do direito – e dos próprios precedentes judiciais. Pouco adiantaria se uma vez interpretado o Direito pela Corte Suprema, os demais juízes, diante de casos idênticos, atribuísem sentidos diversos à norma.

A *função metodológica* do precedente judicial tem como finalidade garantir a observância das razões das Cortes Supremas em casos futuros, mediante a sua adequada interpretação e aplicação, promovendo a igualdade através de uma dimensão particular do

⁷ Trata-se do ideal de universalidade, que tem como premissa a racionalidade kantiana. Para uma visão aplicada aos precedentes: BUSTAMANTE, 2012, p. 268.

processo civil. Essa função está intimamente ligada às técnicas de identificação, interpretação, aplicação e distinção dos precedentes judiciais.

É preciso reconhecer que o precedente judicial também possui como função *resolver casos concretos mediante a aplicação isonômica do direito a partir do produto da interpretação* (MITIDIERO, 2017, p. 88), evitando assim decisões arbitrárias (ZANETI JR, 2016, p. 364). Neste sentido, os precedentes servem como argumentos para a resolução de disputas (SCHAUER, 1987, p. 572; GERHARDT, 2008, p. 147-151), garantindo o respeito ao elemento essencial de justiça de que os casos semelhantes devem ser tratados de maneira igual (*treat like cases alike*).⁸

Dessa maneira, garante-se que o significado atribuído anteriormente a uma disposição legal seja atribuído à mesma disposição em casos futuros semelhantes.⁹ Protege-se a segurança jurídica fornecida pela função ontológica, de modo que o jurisdicionado faz valer a interpretação da norma sobre a qual confiou, e promove-se a igualdade pelo resultado da interpretação (regra de maior especificidade).

A abordagem de que os precedentes judiciais prestigiam a segurança jurídica e a igualdade é encontrada com facilidade em obras centrais acerca do tema. Nesse ponto, existiria por si só uma aproximação entre direitos humanos e precedentes judiciais.

⁸ CROSS, 1968, p. 3: "*It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike*".

⁹ MACCORMICK, 2005, p. 128. No mesmo sentido, há mais de um século: BLACK, 1886, p. 752.

Nas páginas seguintes, porém, pretendemos demonstrar que os precedentes também podem servir para a aplicação dos direitos humanos em casos concretos, não apenas replicando – ainda que de maneira segura e igualitária – um entendimento anterior da Corte Suprema, mas expandindo a sua aplicação para que a proteção dos direitos humanos recaia sobre novos casos.

3. ANALOGIA E PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

No tópico anterior, nossa preocupação era expor que os precedentes, a partir da definição do significado do direito, fornecem segurança jurídica; e, a partir da sua formação, servem como um argumento de autoridade para o tratamento igualitário dos casos. Se há um precedente sobre uma determinada questão, esse precedente passa a ser o referencial de conduta, de modo que ele pode ser invocado para que o mesmo tratamento seja outorgado ao caso concreto.

Agora, buscaremos demonstrar como os precedentes podem ser utilizados para expandir o âmbito de proteção de um direito humano ou fundamental específico. Como um direito de liberdade, garantido em um caso específico diante de situações concretas, pode servir para a ampliação desse direito de liberdade, protegendo outras pessoas em situações não necessariamente iguais.

Em síntese, buscaremos demonstrar a utilidade da analogia na proteção dos direitos humanos.

3.1 PRECEDENTES E ANALOGIA¹⁰

É recorrente a afirmação, na doutrina, de que os precedentes são aplicados por analogia (CRUZ E TUCCI, 2021, p. 108; ALVIM, 2012, p. 57-58; CRAMER, 2016, p. 128; MITIDIERO, 2018, p. 112). Essa afirmação, contudo, só é parcialmente verdadeira. Os precedentes *podem* ser aplicados por analogia, mas são utilizados na maioria dos casos por meio de um raciocínio dedutivo.

Em uma apertada síntese, a analogia é utilizada quando se verifica uma lacuna (LARENZ, 1997, p. 540-541; MACCORMICK, 1978, p. 155; GUASTINI, 2011, p. 277; CHIASSONI, 2007, p. 238-239), de modo que se o precedente é uma norma jurídica, mais precisamente uma regra, então todos os casos sobre os quais ele passará a incidir deixam de ser lacunosos¹¹. Dito de outro modo: o precedente supera a lacuna que eventualmente poderia existir antes dele.

E, como o precedente é uma norma-regra, então é natural que os precedentes sejam aplicados mediante um raciocínio dedutivo. Extrai-se o precedente a partir de uma indução (formulação de uma regra geral a partir do caso concreto) e depois se aplica a regra-precedente ao caso seguinte mediante uma dedução (ou entimema).

Diante dessa afirmação, a questão passar a ser, portanto, qual o papel desempenhado pela analogia em relação aos precedentes judiciais?

¹⁰ É impossível abordarmos o tema com a profundidade adequada nesta sede. Para uma análise com justificações mais profundas e com as devidas referências bibliográficas, humildemente remetemos o leitor a LESSA, 2022, p. 177 e ss.

¹¹ Por essa razão, se entende que os precedentes somente são aplicados por analogia apenas quando não são diretamente aplicados, conforme RAZ, 1979, p. 202; CROSS, 1968, p. 179 e 196; SCHAUER, 2008, p. 456. No direito brasileiro, recentemente: SCARPARO, 2019, p. 161.

O papel da analogia está ligado diretamente à evolução do direito, aliada à busca por maior coerência jurídica. Isso porque a analogia permite adotar a solução do caso anterior como forma de solução do caso posterior.

Deixando de lado as discussões em torno da autonomia e da estrutura da analogia, nos limitaremos a dizer que a analogia permite, a partir da identificação de que dois casos possuem semelhanças em questões juridicamente relevantes, formular uma regra para o segundo caso que guarde coerência com o primeiro caso. Permite, por exemplo, que dois casos, embora diferentes em vários aspectos, sejam decididos de maneira coerente, pois guardam um núcleo comum (MACCORMICK, 2005, p. 193). Não se trata, contudo, de formular uma regra que abranja os dois casos, mas utilizar do primeiro caso e das suas semelhanças (em termos de questões juridicamente relevantes) com o segundo caso, para formular uma regra nova para esse segundo caso, que resolva satisfatoriamente a questão (em sentido análogo, WEINREB, 2008, p. 46; HUNTER, 2001, p. 1208).

Nessa linha, a analogia não é propriamente uma questão de autoridade, mas sim de utilidade – ela serve como argumento para convencer ou para justificar (SCHAUER, 2008). Não existe uma *obrigação* de reconhecer uma analogia, embora algumas aparentem nesse sentido; a analogia serve como um recurso para justificar o resultado de uma decisão. Mais precisamente, serve como um recurso para justificar o porquê de tratar os dois casos (o caso precedente e o caso atual) de maneira semelhante.

Essa forma de raciocínio é naturalmente expansiva, na medida em que serve para resolver um caso situado na lacuna com base no conhecimento existente. O caso precedente possui uma solução para uma questão específica; o caso atual é uma situação desconhecida, mas possui semelhanças com o caso precedente. Assim, com base no conhecimento adquirido no caso precedente, formula-se uma solução para o caso atual. O precedente expandiu-se para abarcar também o segundo caso.

A importância e o valor da analogia residem justamente nessa natureza expansiva.

O caráter universal dos direitos humanos, associado ao Estado Constitucional, que coloca a Constituição como ponto central que irradia para a aplicação de todas as suas normas (PIOVESAN, 2013, p. 88-89), impõe que as normas de direito fundamental – que são normas de direitos humanos reconhecidas em âmbito pátrio – sirvam como verdadeiros mandados de otimização, garantindo-lhes maior eficácia possível (SARLET, 2015, p. 383). Os juízes e tribunais, por sua vez, também estão obrigados a fornecer a maior eficácia possível a tais direitos (SARLET, 2015, p. 390), o que implica reconhecer que eventuais raciocínios úteis a essa eficácia, especialmente aqueles que permitem um desenvolvimento coerente, devem ser prestigiados.

A analogia atua nesse sentido, permitindo que os direitos humanos e fundamentais possam alcançar a sua máxima eficácia possível e servindo como ferramenta para um desenvolvimento coerente desses direitos.

3.2 O USO DA ANALOGIA PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O CASO BIENAL

Ao longo dos capítulos anteriores defendemos a possibilidade de utilização da analogia para fins de promoção dos direitos humanos. De forma bastante simplificada, se utiliza de um fundamento de uma decisão anterior como fundamento para uma decisão futura, nada obstante essas decisões versem sobre questões ou temas diferentes.

Além dos exemplos acerca do uso da analogia que podem ser extraídos a partir da experiência do *Common Law*,¹² o direito brasileiro também fornece decisões interessantes. Uma delas nos interessa em particular, pois demonstra, a nosso ver, o uso da analogia para proteção de direitos humanos.

No julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. No caso, a Corte Suprema entendeu, pela maioria dos fundamentos dos Ministros, que a proibição acarretaria uma desigualdade em razão do sexo que não é aceita pela Constituição Federal.

Vamos pensar agora no caso que deu azo à Suspensão de Liminar 1248 e à Reclamação 36742. O caso teve origem ao ser divulgada nas redes sociais a foto de uma revista em quadrinhos, exposta na Feira Bienal do Livro de 2019, onde apareciam dois personagens do sexo masculino se

¹² O caso mais famoso sobre analogia e que aparece frequentemente nos estudos acerca do tema é *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, julgado pela Corte de Apelação de Nova Iorque em 8 de dezembro de 1896. Os casos *MacPherson v. Buick Motors Co.* (Corte de Apelação de Nova Iorque, 1916) e *Donoghue v. Stevenson* (House of Lord do Reino Unido, 1932) também apresentam bons exemplos. Outros exemplos podem ser encontrados em LEVI, 2013, p. 8-27.

beijando. Por ocasião disso, a Prefeitura do Rio de Janeiro determinou a fiscalização na Feira Bienal do Livro, com o intuito de apreender livros supostamente impróprios para crianças em razão do seu conteúdo, notadamente aqueles que tratavam do homotransexualismo.

O caso chegou à Suprema Corte, e dentre os argumentos adotados para impedir a fiscalização, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes utilizaram, para embasar as suas conclusões, as razões da ADI 4277 e da ADPF 132. No entendimento do Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, a medida determinada pela Prefeitura do Rio de Janeiro, direcionando a fiscalização somente aos livros com conteúdo homossexual, sem fazê-lo no tocante aos livros com personagens heterossexuais se beijando, não teria respeitado as razões da ADI 4277 e da ADPF 132, caracterizando um critério discriminatório em razão do sexo, o que ofende a igualdade.

Notadamente, o *precedente* (a regra) firmada na ADI 4277 e na ADPF 132 não era diretamente aplicável ao caso da Bienal, pois a regra extraída a partir da interpretação dessas decisões é de que é autorizado o casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹³ Isso se dá porque os casos versavam sobre questões de fato bastante distintas, e inclusive sobre direitos humanos que, embora com pontos de contato, possuíam direcionamento distinto. No primeiro caso, a alegação era de uma aplicação do direito fundamental à igualdade para fins de reconhecimento da união estável; no segundo caso, a alegação era de limitação ao direito de imprensa e de discriminação.

¹³ Não se consegue utilizar essa regra como fundamento para solucionar o caso da Bienal, ainda que seja alterado o predicado da categoria fática do precedente, transpondo somente a conclusão para o caso a ser julgado.

Contudo, parece inegável que nos dois casos havia uma semelhança evidente: ambos versavam sobre a diferença de tratamento – ou discriminação, caso o leitor prefira – acerca de questões envolvendo o homossexualismo. No primeiro caso, havia tratamento distinto para fins de união estável; no segundo, para fins de exposição de livros e quadrinhos.

Também parecia inegável que a decisão do primeiro caso, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Constituição proibiria eventual não reconhecimento da união estável por pessoas do mesmo sexo, deve ao menos *guiar* a decisão do segundo caso. Mas como chegamos a essa conclusão, que permitiu um avanço importante nos direitos humanos?

Para entendermos, é preciso reconhecer que uma decisão judicial é um comando. Esse comando, por sua vez, é baseado em uma regra jurídica (norma adscrita), que é resultado da interpretação de um texto dotado de autoridade. A adoção de uma norma adscrita em detrimento de outras, também possíveis, é consubstanciada por determinados *fundamentos jurídicos*, como diretrizes interpretativas e valorativas. Por fim, esses fundamentos jurídicos são suportados por argumentos (TOULMIN, 2003, p. 95-100). Logo, quando o Supremo Tribunal Federal interpreta o art. 1.723 do Código Civil para reconhecer as uniões homoafetivas como famílias, o faz com base em uma regra interpretada a partir de um texto dotado de autoridade (“O ordenamento jurídico autoriza as uniões homoafetivas”); essa regra, por sua vez, é baseada em fundamentos (“A Constituição proíbe a discriminação e qualquer interpretação preconceituosa do art. 1.723”), que são baseados em

argumentos (“A Constituição proíbe de discriminação das pessoas em razão do sexo ou em razão da orientação sexual”; “o art. 226 da Constituição Federal não pode ser interpretado em sentido ortodoxo, e nem discriminatório”; “inexiste direito dos indivíduos heteroafetivos à não-equiparação jurídica”, etc).

Para que a analogia seja possível, se utiliza das *razões* subjacentes ao precedente para a solução de casos que guardam semelhança em relação ao tema debatido. Essas razões subjacentes ao precedente são os fundamentos que dão suporte à *ratio decidendi*, ou seja, são a *ratio* da *ratio decidendi*. A norma adscrita de um caso sempre é baseada em diversas outras razões – escolhas de valores, diretrizes interpretativas, etc. São essas razões que, quando replicadas aos casos semelhantes, outorgam coerência ao sistema.

No caso acima, há um precedente judicial que autoriza a união estável entre pessoas do mesmo sexo (norma adscrita), pois a proibição levaria a uma discriminação em razão do sexo, o que é vedado pela Constituição Federal (fundamento jurídico). O segundo caso, porém, versa sobre a exposição de livros infantis com conteúdo homotranssexual. Por se tratar de casos com diferenças sensíveis, ligadas a outras áreas e temas do direito, não é possível solucionar o segundo caso valendo-se simplesmente do precedente (regra) oriundo do primeiro caso. O precedente (“É autorizado o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo”) não soluciona o segundo caso. É necessário recorrer *aos fundamentos do precedente*, que serviram de base para formular a regra do primeiro caso.

Nesse caso, é preciso recorrer ao fundamento central do precedente (“A Constituição proíbe a discriminação de pessoas em razão do sexo ou da orientação sexual”) – esse fundamento dá suporte não apenas ao primeiro caso, mas também ao segundo. E a demonstração de semelhanças relevantes entre os casos permite o uso desse fundamento para que a proteção outorgada ao direito fundamental no primeiro caso seja transportada para o segundo. O segundo caso se vale do fundamento para julgar melhor e com mais coerência, na medida em que duas questões em parte semelhantes são julgadas com base no mesmo fundamento.

CONCLUSÃO

Nas páginas anteriores, tentamos incentivar – mais do que demonstrar – o uso da analogia para fins de expansão do âmbito de incidência do precedente judicial, permitindo assim uma maior projeção das decisões das Cortes Supremas nos temas sensíveis dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Nosso objetivo foi demonstrar que a analogia pode ser uma ferramenta poderosa para justificar e estruturar um núcleo central em torno de fundamentos constitucionais que prezam pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Nessa linha, não causa surpresa que a analogia seja comumente fundada na necessidade de coerência do ordenamento jurídico. E, sendo assim, não há nada mais coerente no Estado Constitucional do que a proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ALVIM, Teresa Arruda. “Precedentes e evolução do direito”. Em: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BLACK, H. Campbell. “The Principle of Stare Decisis”. *The American Law Register*, vol. 34, no. 12, 1886.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. London: Yale University Press, 1986.
- BUSTAMANTE, Thomas. “Finding Analogies between Cases: On Robert Alexy’s Third Basic Operation in the Application of Law”. *On the Philosophy of Precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CAMINKER, Evan H. “Why Must Inferior Courts Obey Superior Courts Precedents?”. *Stanford Law Review*, vol. 46, no. 4, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen*. Trad. de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: il Mulino, 2007.
- CHIASSONI, Pierluigi. “The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction”. *On the Philosophy of Precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012.

- CHIASSONI, Pierluigi. “The Age of Discontent: The Revolt against Interpretive Cognitivism”. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*. Dordrecht: Springer, 2016.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. 2. ed., London: Oxford University Press, 1968.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito (2004)*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.
- GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas (1990)*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Nova York: Chartwell Publishing, 2017.
- HUNTER, Dan. “Reason is Too Large: Analogy and Precedent in Law”. *Emory Law Journal*, vol. 50, 2001.
- KAHN, Paul W. “Interpretation and Authority in State Constitutionalism”. *Harvard Law Review*, vol. 106, 1993.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LESSA, Guilherme Thofehrn. *Precedentes Judiciais e Raciocínio Jurídico*. São Paulo: Ed. RT, 2022.
- LEVI, Edward H. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 2013.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition*. 3. ed. California: Stanford University Press, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, vol. 4.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. New York: Oxford University Press, 1979.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCARPARO, Eduardo. “Precedentes são aplicados por analogia apenas quando não são precedentes”. *R. Bras. Dir. Proc. - RBDPRO*, ano 27, n. 108. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SCHAUER, Frederick. “Precedent”. *Stanford Law Review*, n. 39, 1987.
- SCHAUER, Frederick. “Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy”. *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n. 6. California: Sage Publishing, 2008.
- SOLAN, Lawrence M. “Precedent in Statutory Interpretation”. *North Carolina Law Review*, vol. 94, 2016.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Arguments*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

VANDELDE, Kenneth J. *Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning* (1996). 2. ed. Boulder: Westview Press, 2011.

WEINREB, Lloyd L. *A Razão Jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

6

PROVIMENTOS VINCULANTES E UNIDADE DO DIREITO: A SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL PROCESSUAL

*Gustavo Vieira*¹

*Guilherme dos Santos Moreira*²

1. INTRODUÇÃO

A segurança jurídica é indispensável para que se possa promover a tutela da igualdade e da liberdade à luz da Constituição, sendo de grande relevância o papel exercido pelas Cortes Supremas a partir de uma concepção não cognitivista e lógico-argumentativa do Direito.

Em um sistema coerente e seguro é inconcebível que o judiciário julgue casos iguais de maneira distinta. Nesse contexto, o presente ensaio procura demonstrar a importância do sistema de precedentes para a concretização dos valores constitucionais e da coerência do Direito, para tanto, sua estrutura é segmentada em três partes distintas que dialogam e se complementam.

A primeira é destinada ao estudo da teoria lógico-argumentativa na perspectiva das Cortes Supremas. A atividade do intérprete,

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor de Processo Civil em Programas de Pós-Graduação Lato Sensu. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Grupo de Pesquisa Processo civil: tradições, transformações e perspectivas avançadas (TPA), vinculado à PUC-SP e ao CNPQ. Advogado. E-mail: gustavosvieira@gmail.com

² Especializando em Processo Civil pela PUCRS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Membro dos seguintes Grupos de Pesquisa registrados no CNPQ: Sistema de Precedentes no CPC/15/15, vinculado ao IDCC e As Influências da Cultura no Processo Civil, vinculado à PUCRS. Advogado. E-mail: advguilhermesmoreira@gmail.com

analisada a partir da teoria lógico-argumentativa do Direito, não consiste em descrever o significado previamente existente nos textos e aplicá-los por mera subsunção, mas constituir esses significados de forma universalizável/replicável.

A segunda se debruça sobre os provimentos judiciais vinculantes e a importância dos princípios na formação de precedentes, através da qual se busca demonstrar que os precedentes viabilizam um diálogo entre a decisão justa do caso e a tradição subjacente ao ordenamento jurídico, de modo a auxiliar na resolução de casos futuros similares.

Por fim, a terceira parte se propõe a verificar, sem qualquer pretensão conclusiva, se a teoria dos precedentes é capaz de contribuir no enfrentamento de situações complexas à luz da de segurança jurídica e da igualdade perante o Direito. Nesse contexto, a própria dignidade da pessoa humana impõe a necessidade de que o processo do processo civil tenha como finalidade dar tutela aos direitos mediante decisão justa, fundamentada e isonômica.

2. A TEORIA LÓGICO-ARGUMENTATIVA NA PERSPECTIVA DAS CORTES SUPREMAS

Partindo-se da premissa de que a atividade interpretativa no Estado Constitucional não se limita a descrever o significado previamente existente nos textos normativos – ideia própria do

liberalismo clássico³ –, logo se percebe que a evolução do Direito envolve muito mais do que uma atividade de mera subsunção.

Analisando o processo como fenômeno cultural, e o Direito como manifestação da cultura, a correta distribuição de funções entre todos os participantes do processo é fator determinante para a promoção do direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, CF), sendo o modelo cooperativo inaugurado pelo CPC/15 um verdadeiro marco para a ciência processual, pois retira do juiz a vetusta figura de protagonista e desloca-o para o centro do debate.

Embora ainda seja lugar-comum na doutrina da tradição de *civil law* a defesa do papel meramente declaratório da jurisdição, os sistemas jurídicos contemporâneos dependem tanto da colaboração entre Legislativo e Judiciário (ABREU, 2015, p. 133), como da função de interpretação a ser desempenhada pelos juízes – função através da qual se adscrive sentido aos textos para a criação das normas.

A hermenêutica jurídica, nesse sentido, é de absoluta relevância para a reconstrução da ordem jurídica, notadamente porque o Direito é duplamente indeterminado. Esta dupla indeterminação decorre do fato de que os textos são equívocos – porque ambíguos, complexos, defectivos e com variações entre termos exemplificativos ou taxativos – e as normas são vagas – porque não é possível antever exatamente as situações jurídicas que recaem nos seus respectivos âmbitos de incidência (MITIDIERO, 2018, p. 61).

³ Essa ideia estática de compreender o Direito não leva em consideração o fato de que o texto é baseado em linguagem, não prescindindo, portanto, de interpretação. Assim, como ponto de partido para o estudo do tema, é fundamental perceber a dissociação – conceitual e funcional – entre texto e norma.

Nesse contexto, a interpretação judicial não pode ser vista como simples declaração de uma norma preexistente, tampouco como pura criação (discricionária/arbitrária) sem respeito aos limites semânticos do texto. Na verdade, a interpretação representa uma reconstrução de sentido normativo.⁴

Com base na ideia de que há uma diferença ontológica entre texto e norma, a teoria lógico-argumentativa se apresenta como uma teoria não cognitivista⁵, porque a norma não é determinada em um momento prévio à interpretação, de modo que o processo interpretativo depende da individualização, valoração e escolha de significados possíveis das palavras constantes dos enunciados (MITIDIERO, 2013, p. 57-58).

Se é correto afirmar que uma das funções da interpretação é a redução da equívocidade textual, tendo-se em mente que a hermenêutica jurídica admite a coexistência de uma pluralidade de significados para um mesmo enunciado, a conclusão inicial que se extrai é no sentido de que uma decisão judicial não é (ou não poderia

⁴ No que concerne à interpretação, enquanto atividade de reconstrução de sentido dos textos para a criação da norma, são complementares os ensinamentos de Humberto Ávila: "Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e a preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional." (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 34-35).

⁵ A teoria cognitivista, também chamada de teoria formalista, finca suas raízes no século XIX, e está alicerçada na ideia de que existe uma única resposta correta. Por todos, v. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ser) fruto “de um procedimento puramente lógico em que seja possível determinar de modo unívoco as regras que ligam as premissas à conclusão” (TARUFFO, 2015, p. 42).

Assim, a teoria lógico-argumentativa da interpretação não apenas compreende o direito ao contraditório como direito de influência e o dever de fundamentação como dever de debate a partir dos argumentos das partes, como também retira o foco exclusivamente da lei e reparte-o com precedente, que para além de ser fonte primária do Direito, representa importante instrumento de concretização das normas jurídicas e promoção da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica (MITIDIERO, 2018, p. 85).

3. OS PROVIMENTOS JUDICIAIS VINCULANTES E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES

Com o advento do CPC/15, se percebe a importância que o legislador passa a outorgar aos provimentos de caráter vinculante, os quais sofreram inegável ampliação, quantitativa e qualitativa, em relação ao Código Buzaid.

Embora seja possível perceber a existência de um sistema de precedentes em diversas passagens do Código, é no art. 927⁶ que estão arrolados os provimentos de caráter vinculante, cuja função principal é

⁶ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º: Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. [...]”

a de promover um sistema coerente, cognoscível e calculável, tendo os juízes e tribunais o dever de observá-los na tomada de decisões.

Além de evitar a dispersão interpretativa, o sistema de precedentes outorga racionalização ao sistema de distribuição de Justiça, em consonância com o direito fundamental à duração razoável do processo, a segurança jurídica e a isonomia. Em outros termos, quando o judiciário respeita a regra do *stare decisis*⁷, conseqüentemente está tutelando a confiança dos cidadãos, sendo este um elemento essencial em um Estado Constitucional.*

A proteção das justas expectativas e o tratamento igualitário diante de situações jurídicas similares também são objetivos com os quais a teoria dos precedentes deve se preocupar, contribuindo e fornecendo meios para que os casos iguais sejam tratados da mesma maneira (*treat like cases alike*), e as decisões proferidas no passado sejam respeitadas no futuro – ideia que fundamenta a regra do *stare decisis* (DUXBURY, 2008, p. 12).

⁷“This is the doctrine of stare decisis – i.e., earlier judicial decisions must be followed when the same points arise again in litigation” (DUXBURY, 2008, p. 12). No mesmo sentido: “A expressão *stare decisis* é oriunda do adágio *stare decisis et non quieta movere* e busca garantir a confiabilidade e a estabilidade do precedente. Com a determinação do significado do Direito a partir de determinado caso no precedente, o que visa a proporcionar a sua cognoscibilidade, e a estabilidade da ordem jurídica é assegurada pela necessidade de respeito àquilo que foi decidido anteriormente, o que gera confiança na sua manutenção por um determinado período de tempo e na sua aplicação aos casos futuros idênticos e semelhantes”. (MITIDIERO, 2013, p. 104-105).

⁸ “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos”. (CANOTILHO, 2000, p. 256).

Para verificar se determinada decisão judicial é racional do ponto de vista da Constituição, e, portanto, hábil para formar um precedente, é necessário que, além de fundamentada, ela esteja alicerçada em princípios: “o agir por princípios funciona como uma blindagem contra desvios do agir de ofício” (STRECK, 2016, p. 721).

Para Dworkin, princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover uma situação econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (2002, p. 36).

Os princípios (re)inserirem a facticidade ao Direito, e espelham uma determinada tradição jurídica (DWORKIN, 2002, p. 36), permitindo um efetivo diálogo entre a decisão particular e a tradição subjacente ao ordenamento jurídico, publicizando-se o sentido que será intersubjetivamente controlado. Nesse ponto, a coerência é preservada quando se observa a sobreposição metodológica da interpretação holística em relação à interpretação fragmentada (VIEIRA, 2022, no prelo).

Assim, a formação de um precedente perpassa necessariamente o discurso da tradição⁹, a interpretação sistêmica e o *decidir por princípios*, devendo-se partir da premissa de que todos criados por um único autor (a comunidade personificada), ideia que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 2002, p. 271-274).

⁹ Para o estudo dos princípios e da fundamentação das decisões judiciais, “o discurso da tradição e a importância da história adquirem extrema relevância. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo das decisões anteriores.” (VIEIRA, 2022, p.104).

4. O DIREITO HUMANO À SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica representa verdadeiro instrumento vocacionado à tutela da confiança, à promoção da dignidade da pessoa humana e à obtenção dos ideais de Justiça. Inclusive, a respeito de sua categorização, é possível enquadrá-la como direito humano (pela sua previsão em cartas internacionais, ainda que de forma implícita) e como direito constitucional (pela disposição da Constituição Federal de 1988) (FORSTER; BURALDE; PREVIDELLI, 2020, p. 335-358).

Um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica, que para além de ser construído sob um conjunto de circunstâncias que torna possível às pessoas o conhecimento prévio e reflexivo das consequências diretas de seus atos (OLIVEIRA; ADERLE, 2014, p. 307-324), viabiliza o controle intersubjetivo da racionalidade à luz da justificação: será sempre elemento indispensável da justificação jurídica (racional) a enunciação de uma regra universal para a solução de um problema jurídico particular (*there is no justification without universalization*) (MACCORMICK, 2005, p. 99).

Humberto Ávila observa que a segurança jurídica, de um lado, pode ser considerada um instrumento voltado a assegurar outros direitos que envolvem a autonomia individual. Por esta razão é que a segurança jurídica é responsável, em grande medida, pela garantia de condições necessárias ao exercício da liberdade (2012, p. 681).

No entanto, o exercício dessa autonomia individual só é possível em um ambiente seguro, devendo a sociedade ter meios de conhecer, confiar e prever suas ações, sem eventuais surpresas ocasionadas por

um judiciário imprevisível (FORSTER; BURALDE; PREVIDELLI, 2020, p. 335-358). Nesse sentido, deve ser de conhecimento prévio dos cidadãos as normas capazes de influir na sua autonomia. Vale dizer: tanto a norma em seu sentido lato, como a norma enquanto resultado da interpretação dos textos.

Richard Kay, ensina que segurança jurídica é um princípio universal e atemporal. A sociedade deve saber o que é a lei, para então decidir se deve ou não conformar sua conduta de acordo com ela: as expectativas estabelecidas não devem ser levemente prejudicadas. Por essa razão, a ideia de que a consequência para uma dada conduta deve ser avaliada de acordo com a norma existente à época em que cometida, tem um apelo atemporal e universal (2014, p. 38).

Segurança jurídica anda de mãos dadas com a previsibilidade e a liberdade. Esses três conceitos estão juntos por uma razão muito simples: O direito, como um meio de adestramento do exercício do poder voltado à promoção da justiça, deve ser avesso a mudanças (MITIDIERO, 2021, p. 21). Em outros termos, uma sociedade é livre e segura se for capaz de viabilizar um espaço em que as escolhas individuais possam ser juridicamente orientadas (MACCORMICK, 2005, p. 26).

Dessa forma, a segurança jurídica representa verdadeiro instrumento que serve à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e à obtenção dos ideais de Justiça, inclusive, quando a segurança jurídica se efetiva por meio de um precedente, se proporciona cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade à ordem jurídica (FORSTER; BURALDE; PREVIDELLI, 2020, p. 335-358).

Sem a (i) cognoscibilidade, não há como se ter segurança a respeito daquilo que é exigido pela ordem jurídica diante de dada situação concreta. A segurança jurídica também está ligada ao conceito de (ii) estabilidade, pois uma ordem jurídica sujeita a repentinas variações inviabiliza a organização e o planejamento necessários para uma vida em sociedade (MITIDIERO, 2021, p. 24).

No mesmo sentido, cognoscibilidade e estabilidade proporcionam um Direito (iii) confiável, capaz de reagir contra injustiças presentes, apto a defender o passado e preocupado com a proteção do futuro. Ademais, a segurança jurídica depende também da (iv) efetividade da ordem jurídica, que deve ser capaz de se impor, sempre que necessário, prestando tutela aos direitos mediante processo justo (MITIDIERO, 2021, p. 24).

Com efeito, a segurança jurídica no contexto do direito processual estabelece um diálogo integrativo com a teoria da interpretação (ÁVILA, 2011) e com a função desempenhada pelos tribunais diante da ordem jurídica. Nesse contexto, é de mais alta relevância distinguir as atribuições das Cortes de Justiça (TJs e TRFs) e das Cortes Supremas (STJ e STF), o que deve ser feito à luz da Constituição Federal e do art. 926 do CPC.

Ao passo que as Cortes de Justiça têm o papel de exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência, as Cortes Supremas têm como função precípua outorgar interpretação prospectiva, atribuindo unidade ao Direito mediante a formação de precedentes (MITIDIERO, 2021, p. 76-79).

Portanto, as Cortes Supremas não devem reavaliar todos os casos decididos pelas Cortes de Justiça, pois sua função não é a de um órgão

revisor – que exerce controle retrospectivo sobre as decisões proferidas em segundo grau. Nesse ponto, percebe-se um equívoco conceitual por parte do legislador, que ao aludir genericamente a “tribunais”, insinua, no art. 926, que todas as Cortes devem exercer a mesma função de uniformizar a jurisprudência (MITIDIERO, 2021, p. 76-79).

Assim, para controlar retrospectivamente as decisões dos juízes de primeiro grau, as Cortes de Justiça precisam explorar os possíveis significados dos textos jurídicos, causando inevitavelmente uma dispersão a respeito do significado dos textos, situação que tende a perdurar até que se tenha orientação definitiva das Cortes Supremas, pois o desacordo interpretativo é, em certa medida, inevitável diante do caráter equívoco, ambíguo e vago da linguagem em que vazados os textos (MITIDIERO, 2021, p. 78).

O sistema de precedentes viabiliza a coerência e a integridade¹⁰, sendo importante ressaltar que um sistema íntegro não pode ser sinônimo de um sistema engessado. O direito deve ser estável, no entanto, não pode ser estático ou rígido, conforme ensina Roscoe Pound (1923, p. 1). Estabilidade exige continuidade com o passado, o que é necessário para permitir que os membros da sociedade conduzam suas atividades diárias com um certo grau de certeza quanto à consequência dos seus atos. Contudo, sem mudança, não pode haver progresso e evolução (RE, 1994, p. 47-54).

¹⁰ “Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. O direito como integridade coloca limites à subjetividade do juiz; ele não se encontra (assim como qualquer intérprete) diante de um objeto, como se este estivesse à sua disposição (do mesmo modo que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto); ele faz parte do objeto a ser discutido.” (STRECK, 2011, p. 318).

A observância aos precedentes promove a segurança jurídica; paradoxalmente, há promoção da segurança jurídica também quando se viabiliza a superação dos precedentes em situações específicas. É uma necessária e importante tensão (FUGA, 2020, p. 51).

Embora o respeito ao precedente seja necessário para a manutenção da coerência e integridade do sistema, a sociedade – e como não poderia deixar de ser, a cultura – está em constante evolução, de modo que o direito precisa proporcionar meios para que os as decisões vinculantes sejam revistas por meio da superação (*overruling*), sendo este um movimento natural que decorre da relação entre processo e cultura¹¹.

No entanto, importa perceber que o próprio *overruling* precisa estar alicerçado na segurança jurídica, e para que isso ocorra, é necessário que o Estado forneça meios para orientar a sociedade quando se estiver na iminência de se superar um precedente, assim como as Cortes Supremas devem dar indícios prévios dessa superação, para que os jurisdicionados não sejam surpreendidos por mudanças de posicionamento bruscas, devendo haver a sinalização clara e prévia por parte das Cortes, no sentido de que existe a possibilidade de se alterar o entendimento subjacente ao precedente.¹²

¹¹ “Os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de especialistas e *experts* isolados. Mais, eles são instituições através das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada, ou como a mesma ideia foi expressa, <<constituída>> ou <<construída>>.” (CHASE, 2014, p. 21).

¹² Sobre o tema: “Na sinalização, o tribunal respeita o precedente julgando um determinado caso, porém, sinaliza que o precedente pode ser revogado a qualquer momento. É mantido em virtude de estabilidade, pois a revogação.” (FUGA, 2020, p. 129). No mesmo sentido, CABRAL, 2015, 19-43.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente ensaio se procurou apresentar algumas premissas importantes para o estudo da segurança jurídica como pilar de uma sociedade livre, pautada em regras e interpretações claras a respeito do Direito.

Embora se saiba que os sistemas jurídicos de *civil law* e de *common law* tenham surgido em circunstâncias políticas e culturais diversas, não se pode pensar que a regra do *stare decisis* é privilégio apenas dos países que não possuem como fonte principal a legislação escrita.

O Direito deve ser determinável e calculável, para que todos os cidadãos tenham condições de pautar suas condutas tendo a ciência das consequências possíveis para os seus atos.

Se o STJ e o STF possuem a atribuição constitucional dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes, importa perceber que os tribunais do Brasil possuem funções diversas diante da ordem jurídica, de modo que aos tribunais de segundo grau, enquanto Cortes de Justiça, incumbe a tarefa de reavaliar as decisões proferidas pelos juízes, julgando os casos de acordo com o seu entendimento até que as Cortes Supremas definam, em *ultima ratio*, a interpretação para aquele determinado caso.

Portanto, se o Direito é instrumento de proteção à arbitrariedade e ao poder, ele deve impedir que ocorram mudanças bruscas, desnecessárias ou teleológicas a respeito de determinado entendimento, o que não significa dizer que ele deva ser rígido ou engessado, pois se a cultura sofre mutações de acordo com diversos

fatores (inclusive temporais) é intuitivo que o Direito também evoluirá, pois ele é, em grande medida, reflexo da sua sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no direito processual*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 56, abr./jun. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FORSTER, João Paulo Kulczynski; BURALDE, Camila Mousquer; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. *Prática de Atos Processuais Eletrônicos em Tempo de Pandemia: Proteção ou Violação dos Direitos Humanos Processuais*. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba. v. 05, n. 62, p. 335-358, V. Especial dezembro. 2020.

- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina: Thoth, 2020.
- FREIRE, Alexandre (Coord.). STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- KAY, Richard. *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*. University of Connecticut. 2014.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford university press, 2005.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- POUND, Roscoe. *Interpretations of Legal History*. Cambridge. 1923.
- RE, Edward D. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Brasília, n.º 31, n.º 122 mai/jul, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011.
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- VIEIRA, Gustavo. *Reclamação e provimentos vinculantes: a coerência e a integridade como pressupostos institucionais da atividade jurisdicional*. Revista de Processo, São Paulo, v. 332, 2022, no prelo.
- VIEIRA, Gustavo. *A democratização da prova no processo civil: bases principiológicas e limites à busca da verdade*. Londrina: Thoth, 2021.

7

A VALORAÇÃO DA PROVA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ¹

João Paulo K. Forster ²

José Eduardo Aidikaitis Previdelli ³

1. INTRODUÇÃO

Desde o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e seus pactos posteriores, a promoção e proteção dos Direitos Humanos assumiram especial patamar da atuação do direito, ao ponto de Bobbio (2004, p. 17) afirmar que o próprio debate sobre o fundamento dos Direitos Humanos encontra-se superado desde a Declaração Universal, remanescendo a especial preocupação com a garantia daqueles.

Neste contexto a análise dos institutos processuais para a proteção dos Direitos Humanos passa a ocupar ponto de partida para que os operadores do Direito adotem os mecanismos adequados.

¹ Este artigo foi apresentado no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, em Salvador/BA, integrando os anais daquele, com revisões e alterações para esta publicação.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2015). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2011). Pós-Graduado em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/RS (2006). Professor do Programa em Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direitos Humanos do UniRitter. Professor convidado de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Professor de Graduação em Direito nas disciplinas de Direito Civil e Direito Processual Civil do UniRitter. Sócio-advogado de Forster Advogados Associados. jpfoster@gmail.com

³ Mestre em Direitos Humanos pelo UniRitter – *Laureate International Universities*. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo UniRitter – *Laureate International Universities* e em Formação pedagógica de professores pelo FAQI. Assessor de desembargador do TJRS. Professor convidado em cursos de pós-graduação em direito. edprevidelli@gmail.com.

O direito fundamental – e também humano – à prova, portanto, é ponto visceral de estudo no direito processual interno e internacional, pois visa atender pautas de proteção processual dos direitos postos em tela. Afinal, segundo BENTHAM (1959, p. 10) “*el arte del proceso no es esencialmente outra cosa que el arte de administrar las pruebas*”.

O que se propõe aqui em primeiro lugar é compreender a concepção do direito probatório, inclusive como direito fundamental e humano, em especial de acordo com a análise dos sistemas de valoração da prova postos no ordenamento jurídico interno para, com isso, efetuar a análise deste quadro na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O presente artigo, adotando método procedimental dedutivo, partindo-se do aporte do direito probatório como fundamental, bem como dos sistemas de valoração da prova, objetiva buscar a definição daquele adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tudo sob um prisma da atuação na proteção e promoção dos direitos humanos.

Na primeira metade deste artigo serão apresentados os elementos teóricos, com o objetivo de lançar luzes à noção e natureza jurídica da prova no âmbito processual, de acordo com a doutrina nacional e internacional, bem como de situar o tema do âmbito dos direitos fundamentais e humanos.

Já na segunda metade do estudo serão apresentados os sistemas tidos como clássicos da avaliação da prova, partindo-se do religioso até o da persuasão racional como base para, em seguida, observar a adoção de um sistema diferenciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: o da *sana crítica*.

2. A VALORAÇÃO COMO ELEMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL (HUMANO) À PROVA

Para Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 47), já apresentando sua natureza constitucional, o direito à prova pode ser entendido como “o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possam demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento”⁴.

No mesmo sentido, Canotilho (2008, p. 169) conceitua o direito constitucional à prova como “o poder de uma parte (pessoa individual ou pessoa jurídica) ‘representar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável’ e de ‘exibir os meios representativos desta realidade’”, ainda que ressalve a comum diluição daquela em outros princípios constitucionais (por exemplo, direito de defesa ou acesso à justiça). A observação de Canotilho decorre da possibilidade de conclusão, a partir da leitura do texto da Constituição Federal de 1988, de inexistência de um expresse direito à prova, ainda que ainda que “com absoluta segurança inferido de alguns de seus textos de amplitude mais geral”. (DINAMARCO, 2005, p. 47-48).

Neste panorama do direito da prova pode ser inferido de outros direitos fundamentais expressamente previstos na Carta Política, com variação de apontamentos na doutrina nacional, como por exemplo, dos

⁴ Segundo CANOTILHO (2008, p. 170), este direito abrange “o direito à prova em sentido lato (poder de demonstrar em juízo o fundamento da própria pretensão) e o direito à prova em sentido restrito (alegando matéria de facto e procedendo à demonstração de sua existência)”.

incisos XXXV⁵, LIV⁶ (CARPES, 2017, p. 49), LV⁷ (DINAMARCO, 2005, p. 48) e LVI⁸ (FORSTER, 2016, p. 200) ou mesmo do parágrafo 2º (SILVA, 2003, p. 12), todos do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

E constatada a condição de direito fundamental à prova, esta é plenamente transposta à condição de direito humano, considerando que a diferença das expressões se justifica apenas na diferença dos planos de positivação de cada um deles: nacional ou internacional (LUÑO, 2007, p. 44 e OLIVEIRA, 2010)⁹.

Observa-se que, examinando cartas internacionais de direitos humanos, encontram-se diversas referências ao direito ao processo justo, do qual o direito à prova é decorrência natural. A Convenção Europeia de Direitos do Homem, por exemplo, assegura o direito a um processo equitativo em seu artigo 6º, mas não só isto. O item 2 do artigo estatui a presunção de inocência, enquanto a culpabilidade do indivíduo não houver sido “legalmente provada”. Em seguida, o item 3 alcança ao acusado os “meios necessários para a preparação da sua defesa”, bem como o interrogatório de testemunhas. Sendo o direito à prova um direito não apenas de produzi-la (atividade), nos seus mais variados

⁵ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁷ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁸ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁹ Aliás, Ingo Sarlet (2015, p. 29) ensina que os direitos fundamentais são “aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” enquanto que os direitos humanos estão relacionados “com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”.

meios, igualmente presente se faz o direito à adequada *valoração* da prova.

Constatada a condição de direito fundamental à prova, esta é plenamente transposta à condição de direito humano, considerando que a diferença das expressões se justifica apenas na diferença dos planos de positivação de cada um deles: nacional ou internacional. (LUÑO, 2007, p. 44 e OLIVEIRA, 2010)¹⁰.

Reconhecido o direito à prova como direito fundamental e humano, deste decorre a exigência ao legislador e ao julgador que observem cinco elementos vinculados à prova, a saber: (1) existência de relação teleológica entre a prova e a verdade; (2) elementos de admissibilidade da prova e dos seus meios; (3) necessidade de uma adequada distribuição do ônus probatório; (4) observância do momento processual da produção da prova; e (5) atenta valoração da prova e convencimento do julgador. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 656).

O presente estudo se debruça com especial ênfase ao quinto elemento apresentado pelos aludidos autores: a valoração da prova, com especial ênfase ao seu procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como elemento processual de concretização e proteção dos direitos humanos, na forma que é apresentada a seguir.

¹⁰ Aliás, Ingo Sarlet (2015, p. 29) ensina que os direitos fundamentais são “aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” enquanto que os direitos humanos estão relacionados “com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”.

3. SISTEMAS CLÁSSICOS DE VALORAÇÃO DA PROVA: DA PROVA LEGAL À PERSUAÇÃO RACIONAL

No estudo do direito probatório, quando da análise dos sistemas de valoração da prova, é possível verificar que parte da doutrina considera a existência de três sistemas típicos de valoração (SILVA, 2008, p. 269, THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 370 e POZZA, 2007, p. 220) enquanto alguns doutrinadores discorrem sobre a existência também de um quarto sistema de valoração. (RUBIN, 2013, p. 24).

Todavia, tal situação não importa significativa divergência porquanto diz respeito exclusivamente ao estudo, ou não, do sistema religioso no estudo dos conjuntos de modalidades de avaliação das provas. Desde já, adianta-se que este estudo abordará a divisão quaternária, considerando a existência dos sistemas religioso, da prova legal, íntima convicção e persuasão racional.

O *sistema religioso*, não mais utilizado atualmente, apresentava um caráter irracional e sobrenatural, típico da Idade Média (RUBIN, 2013, p. 24) ao se basear no juízo de Deus (*judicium Dei*), realizado por meio de ordálios. Percebe-se que o sistema, embora tipicamente situado em tal período histórico, embora não exista mais em nosso ordenamento jurídico pátrio, seguramente ainda existe em culturas tribais ou com fortes características de fé, em qualquer religião seja.

Este sistema se afigurava de forma simples, porém bárbara, em submeter o acusador ou o acusado a uma prova ou desafio na crença de que a verdade seria indicada pelo favorecimento (ou, em sentido

contrário, a mentira evidenciada pelo desfavorecimento) da divindade cultuada pela sociedade em questão. (BRUM, 1980, p. 55).

Moacyr Amaral Santos (1983, p. 18-21) elenca diversos exemplos das ordálias, como a prova da sorte, prova do fogo, prova pela água fervendo, prova pela água fria, prova pelo cadáver, prova pelas serpentes e até mesmo prova do pão e queijo, esta última consistindo no “acusado engolir certa quantidade de pão e queijo, ficando demonstrada a sua culpabilidade se não o conseguia”¹¹.

O primeiro modelo de valoração da prova decorrente da atividade racional humana é o *sistema do critério legal* (ou da prova tarifada), segundo o qual cada espécie de prova, por força das normas previamente estabelecidas, possui valoração inalterável (SILVA, 2008, p. 270). Ou seja, a lei que confere o peso e a eficácia a determinados meios e prova, ao mesmo passo que os nega para outros meios de prova (BORGES, 2017, p. 162), não remanescendo ao julgador qualquer liberdade para valorar a prova produzida no curso do processo (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 370), sob o fundamento de afastar arbitrariedades do julgador na prolação de suas decisões. (ALMEIDA, 2014, p. 29).

Ovídio Baptista da Silva (2008, p. 270) aponta como exemplo deste sistema tarifário a diferença de valoração dos depoimentos do servo e o

¹¹ Dinamarco (2005, p. 75) aponta como exemplo desta avaliação “a prova do fogo, a leitura do vôo dos pássaros ou o exame das vísceras de animais eram expedientes que revelariam os designios da divindade em favor de uma ou de outra parte do litígio. Segundo jocosamente se relata, a mulher acusada de bruxaria pelos Tribunais da Inquisição seria lançada a um poço com uma pesada pedra atada ao pescoço. Se se salvasse, isso seria prova de suas relações com o Demônio e ela iria para a fogueira. Se fosse ao fundo e morresse por afogamento, é porque seria inocente”.

de um nobre e que apenas os depoimentos de dez servos equivaleriam ao depoimento de um nobre.

Este sistema, ainda que tenha sido substancialmente afastado pelo ordenamento processual brasileiro, apresenta resquícios, como é o caso da vedação da confissão suprir a ausência de exame pericial nas infrações que deixam vestígios, constante no artigo 158 do Código de Processo Penal, ou a previsão do artigo 406 do Código de Processo Civil ao afastar outras provas nos casos em que a lei exigir comprovação por escritura pública. (SILVA, 2008 p. 270 e RUBIN, 2013, p. 24)¹².

O sistema da prova legal foi superado pelo colocado de forma diametralmente oposta: o *sistema da íntima convicção do juiz* (ou do livre convencimento), em atenção a movimento no direito penal buscando a maior proteção do indivíduo, após o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a aplicação das descobertas científicas e filosóficas do Século XVII. (POZZA, 2007, p. 225-226).

Efetivamente, enquanto no sistema da prova legal havia a limitação (ou exclusão) da margem de valoração das provas pelo julgador, neste sistema do *livre convencimento* há irrestrita liberdade ao julgador, que basta convencer-se de um determinado resultado para o julgamento (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 370), não havendo limitação aos meios, origens e qualidades das provas. (SILVA, 2008, p. 271).

Aqui, a valoração da prova “é fruto de um ato de criação daquele que julga, o qual decide, em cada caso concreto, *secundum conscientiam*, sem que esteja normativamente vinculado” (BORGES, 2017, p. 159),

¹² Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

inclusive sem que haja qualquer dever do julgador justificar ou apontar o caminho racionalmente percorrido para a obtenção do resultado apresentado.

Como exemplo do resquício deste sistema no ordenamento nacional, pode ser apresentado o julgamento pelo Tribunal do Júri, onde o conselho de sentença, de acordo com a íntima convicção dos jurados, apresenta juízos de condenação ou absolvição, sem o dever de motivá-lo ou justificá-lo. (POZZA 2007, p. 231 e SILVA, 1991, p. 61).

O quarto e último modelo de avaliação da prova, o *sistema da persuasão racional* (ou livre convencimento motivado), onde o juiz decide *secundum allegata et probata*, tal qual no sistema da prova legal, mas de acordo com sua convicção, motivo pelo qual pode ser considerado como equidistante entre aqueles sistemas. (SANTOS, 1983, p. 398).

É o sistema de valoração da prova adotado como regra pela Constituição Federal de 1988, decorrendo do dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX) e plasmado nas legislações processual civil (artigo 371 do CPC ¹³) e penal (artigo 155 do CPP ¹⁴).

O sistema suporta críticas pela inexistência de diferenciação com o sistema do livre convencimento, considerando que ambos contam com livre valoração da prova (LIRA, 2005, p. 42). Todavia, tal crítica não merece trânsito dada a existência de elemento de diferenciação visceral:

¹³ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

¹⁴ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

o dever de motivação do convencimento do julgador, que limita a então irrestrita liberdade do julgador no sistema anterior¹⁵. (SILVA, 2008, p. 272).

Segundo Cambi (2014, p. 319), “valoração das provas, em uma perspectiva racional, implica retirar do juiz a liberdade irrestrita de análise probatória, possuindo uma discricionariedade guiada por regras de ciência, de lógica e de argumentação”. Nesse panorama, a convicção do julgador é condicionada (a) aos fatos elementares da relação jurídica; (b) às provas produzidas no curso do feito; (c) às regras legais e às máximas de experiência; e (d) à motivação da sua decisão. (SANTOS, 1983, p. 399).

Neste sistema, o arbítrio e subjetivismo do julgador na prolação das decisões judiciais são controlados em razão do próprio raciocínio desenvolvido e apresentado na manifestação judicial quando do cotejo entre os elementos de prova e os fatos relevantes do litígio. (CAMBI, 2014, p. 325).

Definitivamente, a motivação não se confunde com a mera listagem das provas que convenceram o julgador, devendo demonstrar sua *ratio*, o que implica não só retirar uma conclusão fundamentada dos fatos provados, mas também plasmar naquele momento *o iter formativo da convicção*, determinando quais são os elementos probatórios que considerou e como eles o conduziram à sua convicção (SENDRA, 2007, p.

¹⁵ Aliás, para Almeida (2014, p. 31) mais do que a simples oposição aos sistemas anteriores da prova legal e da íntima convicção, este “não se caracteriza pela mera ausência de critérios pré-legais, que presidiriam a valoração da prova, mas apenas por um modo qualitativamente distinto de realizar essa valoração, cujo fundamento da decisão encerra-se na própria consciência do julgador, a qual deve ser formada atendendo-se a critérios lógicos aplicados à comprovação dos fatos no caso e à aplicação do direito a estes”.

528-529). Nelson Nery Jr. (2004, p. 218) utiliza o vocábulo *fundamentar*, afirmando que “fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir daquela maneira”. Essencialmente, a motivação demonstra que o magistrado enfrentou os argumentos das partes¹⁶ e valorou a prova.

A locução *valorar a prova*, revela, assim, um “juízo de aceitabilidade dos enunciados sobre fatos controvertidos [...] [considerando] o apoio que o conjunto de provas presta às hipóteses fáticas em consideração e decidir, em consequência, se tais hipóteses podem se aceitar como verdadeiras”. (ABELLÁN, 2012, p. 57). Implica, portanto, valoração racional que necessita basear-se em critérios e parâmetros objetivos, lógicos e racionais, sendo o sistema, dentre os até aqui examinados, mais consentâneo ao Estado Democrático de Direito.

4. CORTE IDH NA AVALIAÇÃO DA PROVA: A SANA CRÍTICA

Observados os sistemas “clássicos” de valoração da prova, é possível investigar qual a forma pela qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos valora a prova nas suas decisões, objetivando a proteção dos Direitos Humanos.

Para tal finalidade, inicialmente deve ser observado que o artigo 57 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

¹⁶ Destaca-se que o entendimento uníssono da jurisprudência e de boa parte da doutrina é de que o magistrado não é obrigado a enfrentar todos os argumentos das partes, mas sim que fundamentalmente sua decisão, apontando uma conclusão firme e clara. ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. v. 2. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 582. A exposição da causa se dá em tese (pelo autor) e antítese (pelo réu), que serão analisadas pelo juiz em análise crítica determinando sua resolução. BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 353.

aprovado no seu LXXXII Período Ordinário de Sessões¹⁷, dispõe sobre as regras de admissão das provas pela Corte¹⁸, enquanto o artigo 58 do mesmo Regulamento estabelece as diligências probatórias que podem ser adotadas *ex officio* pela Corte IDH no processamento dos casos levados para sua análise¹⁹.

Estas disposições são relevantes porquanto, como observado pela própria Corte Interamericana na sentença do Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, de 31 de agosto de 2001, observando a flexibilidade na admissão e apreciação das provas nos seus

¹⁷ Consoante apontado no próprio documento da Corte, "O primeiro Regulamento da Corte foi aprovado pelo Tribunal em seu III Período Ordinário de Sessões, celebrado de 30 de junho a 09 de agosto de 1980; o segundo Regulamento foi aprovado em seu XXIII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 09 a 18 de janeiro de 1991; o terceiro Regulamento foi aprovado em seu XXXIV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 09 a 20 de setembro de 1996; o quarto Regulamento foi aprovado em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 25 de novembro de 2000, o qual foi reformado em seu LXI Período Ordinário de Sessões, celebrado de 20 de novembro a 04 de dezembro de 2003, e em seu LXXXII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 19 a 31 de janeiro de 2009."

¹⁸ Artigo 57. Admissão. 1. As provas produzidas ante a Comissão serão incorporadas ao expediente, desde que tenham sido recebidas em procedimentos contraditórios, salvo que a Corte considere indispensável repeti-las. 2. Excepcionalmente e depois de escutar o parecer de todos os intervenientes no processo, a Corte poderá admitir uma prova se aquele que a apresenta justificar adequadamente que, por força maior ou impedimento grave, não apresentou ou ofereceu essa prova nos momentos processuais estabelecidos nos artigos 35.1, 36.1, 40.2 e 41.1 deste Regulamento. A Corte poderá, ademais, admitir uma prova que se refira a um fato ocorrido posteriormente aos citados momentos processuais.

¹⁹ Artigo 58. Diligências probatórias de ofício: A Corte poderá, em qualquer fase da causa: a. Procurar *ex officio* toda prova que considere útil e necessária. Particularmente, poderá ouvir, na qualidade de suposta vítima, de testemunha, de perito ou por outro título, a qualquer pessoa cuja declaração, testemunho ou parecer considere pertinente. b. Requerer à Comissão, às vítimas ou supostas vítimas ou a seus representantes, ao Estado demandado e, se for o caso, ao Estado demandante o fornecimento de alguma prova que estejam em condições de oferecer ou de qualquer explicação ou declaração que, em seu entender, possa ser útil. c. Solicitar a qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade de sua escolha que obtenha informação, que expresse uma opinião ou elabore um relatório 22 ou parecer sobre um determinado aspecto. Enquanto a Corte não autorizar, os respectivos documentos não serão publicados. d. Encarregar um ou vários de seus membros da realização de qualquer medida de instrução, incluindo audiências, seja na sede da Corte ou fora desta. e. De ser impossível proceder nos termos do inciso anterior, os Juízes poderão comissionar à Secretaria a realização das diligências de instrução que se requeriram.

julgados, culminando na formação do sistema da *sana crítica* (ou crítica *sã*) da valoração da prova:

89. Com o fim de obter o maior número possível de provas, este Tribunal tem sido muito flexível na admissão e apreciação das mesmas, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência. Um critério já indicado e aplicado com anterioridade pela Corte é o da ausência de formalismo na apreciação da prova. O procedimento estabelecido para os casos contenciosos perante a Corte Interamericana ostenta características próprias que o diferenciam do aplicável nos processos de direito interno, não estando o primeiro sujeito às formalidades próprias do segundo.

*90. É por isso que a “crítica *sã*” e o não requerimento de formalidades na admissão e apreciação da prova são critérios fundamentais para valorá-la e apreciá-la racionalmente e em seu conjunto.*

No mesmo julgado (parágrafo 88), foi esclarecido o critério de apuração da verdade como pedra fundamental para o estabelecimento do sistema da crítica *sã* para a apreciação da prova, na seguinte forma:

*88. A Corte tem critério discricionário para valorar as declarações ou manifestações que lhe são apresentadas, tanto de forma escrita como por outros meios. Para isso pode fazer uma adequada apreciação da prova, conforme a regra da “crítica *sã*”, o que permitirá aos juízes chegar à convicção sobre a verdade dos fatos alegados, levando em consideração o objeto e o fim da Convenção Americana.*

A Corte reiteradamente se manifestou em sentido análogo²⁰ ao apresentado na sentença do Caso Escher e outros vs. Brasil, de 06 de julho de 2009, de que “examinará e valorará os elementos probatórios”

²⁰ No mesmo sentido, as sentenças proferidas no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, de 20/10/2016; Caso Fontevecchia e D’Amico vs. Argentina, de 29/11/2011; Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, de 17/11/2009 e Caso Nogueira de Carvalho e outro vs Brasil, de 28/11/2006.

e, para tal finalidade, “submete-se aos princípios da crítica sã” (parágrafo 107). De acordo com tais apontamentos, verifica-se que o sistema de valoração adorado pela Corte IDH é “mais amplo e menos formal que o do direito doméstico”. (BOVINO, 2005, p. 70).

A *sana crítica* pode ser considerada como “*el conjunto de reglas para juzgar la verdad de las cosas, o la conducta libre de error y de vicio*” (GRACÍA; ROSA, 2014, p. 49). Para Alsina (apud CASTILHO, 2006, p. 95), as regras vinculadas ao sistema da sana crítica “*no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas variables em el tiempo y em el espacio*”²¹.

Verifica-se que tal terminologia é muito comum aos países de língua espanhola e tem sua origem na *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 1855, que dispunha, em seu artigo 137, sobre a apreciação da prova testemunhal, que remonta a estatuto anterior, o *Reglamento de lo contencioso ante el Consejo de Estado español*. (ECHANDÍA, 2006, p. 97). Verifica-se que, em diferentes momentos históricos, códigos processuais de Colômbia, Uruguai e Argentina também fazem ou fizeram uso dessa expressão. Sendo a CIDH formada essencialmente por países de língua espanhola, era de se esperar que tal terminologia fosse incorporada.

O mencionado sistema tem por objetivo repelir, tal qual o sistema da persuasão racional ou convencimento motivado, a arbitrariedade na decisão judicial, evocando o emprego da *racionalidade* na valoração da prova. As regras conectadas à *sana crítica* constituem uma opção

²¹ No mesmo sentido, SOSA (1997, p. 219) indica que a *sana crítica* é a “*remisión a criterios de lógica y experiencia por acto valorativo del juez*”.

legislativa predominante na época atual, em detrimento da prova legal, ao contrário do que se viu em épocas anteriores, evocando a utilização de parâmetros de razoabilidade e racionalidade pelo magistrado, configurando-se como um sistema de valoração motivada da prova. (LLUCH, 2014, p. 83).

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos a aplicação deste *standard* probatório flexível, permite que o julgador busque o sentido da sua decisão em diversas fontes, onde o juiz “*observa y accede directamente a cosas, hechos y circunstancias*”. (SOSA, 1997, p. 220). A finalidade do sistema “aberto”, porém racional, de valoração da prova é a busca da “melhor decisão possível”, em especial se tratando de proteção aos Direitos Humanos, afastando-se a possibilidade de que a Corte faça uso de provas tarifadas no julgamento dos casos

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à prova inegavelmente se apresenta como Direito Fundamental e Humano indispensável para a concretização dos Direitos Humanos, nos planos nacional e internacional, principalmente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir de tal constatação, construiu-se o presente estudo, partindo-se da definição da prova, bem como de sua natureza jurídica, passando-se ao exame do sistema de valoração da prova decorrente desta natureza do direito, em especial perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Neste contexto, foram analisados brevemente os sistemas de valoração da prova historicamente colocados: o sistema religioso, como

aquele decorrente de juízos divinos por meio de provas irracionais; o sistema da prova legal, no qual cada prova possuía valoração legal previamente estipulada, retirando margem analítica do julgador, e seu oposto, o sistema do livre convencimento, segundo o qual o julgador forma sua convicção sem quaisquer peias ou limites. Finalmente, foi abordado o sistema que se afigura na intersecção dos dois anteriores, o da persuasão racional onde o julgador pode formar sua convicção de forma livre, dentro dos limites da atividade probatória legalmente regulada, condicionado à devida motivação.

A par de tais premissas, pôde ser abordado o sistema de valoração da prova *sui generis* adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: o da *sana crítica*. Neste sistema pôde ser observada, com base na doutrina e julgados da própria Corte, a busca pela melhor decisão possível por meio de um *standard* probatório flexível, baseado nas regras da lógica e da experiência. Ainda que tal sistema fosse originalmente ligado apenas à prova testemunhal, não se nega que se aplique ao cotejamento de todos os meios de prova produzidos no processo. (LLUCH, 2014, p. 84).

Por fim, entendeu-se, no estudo em comento, que o sistema da *sana crítica* adotada pela Corte IDH se revela como ferramenta útil, ainda que dotada de falibilidade, para a solução das ações visando a proteção e promoção dos Direitos Humanos, considerando a dificuldade probatória muitas vezes enfrentada pelo denunciante das violações. Percebe-se que, em tais casos, o problema não está ligado à prova como resultado (aspecto subjetivo), mas sim em relação à produção (ou atividade, aspecto objetivo).

Por tais razões, conclui-se que a valoração da prova pelo sistema da *sana crítica* é adequado aos julgamentos proferidos no âmbito da Corte, preferível quando comparada ao sistema da prova legal, que engessa o juízo quanto às provas apresentadas, ainda mais no contexto de proteção aos Direitos Humanos. O sistema da *sana crítica* é, ainda, muito superior ao da íntima convicção ou de liberdade absoluta na valoração probatória, absolutamente contrário ao caráter democrático indissociável do processo moderno. Todas essas razões apontam para a necessidade de melhor compreensão das denominadas *reglas de sana crítica*, comuns aos países de língua espanhola e não idênticas ao livre convencimento motivado ou persuasão racional adotadas no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. **Cuestiones probatorias**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- ALMEIDA, Vitor Luís de. A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração. **Jurisprudência Mineira**, Minas Gerais, v. 208, p.27-33, jan./mar. 2014.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.
- BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ejea, 1959. 2 v.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7ª reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORGES, Ronaldo Souza. O sistema misto de valoração da prova no novo Código de Processo Civil: a relação entre prova livre e prova legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 264, p.155-179, fev. 2017.
- BOVINO, Alberto. A atividade probatória perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 02, n. 03,

p.60-83, jan. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000200005&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 dez. 2017.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 22 dez. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CASTILLO, Joel Gonzalez. La fundamentación de las Sentencias y la sana critica. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 33, n. 1, p.93-107, abr. 2006. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 28 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 28 mar. 2017.

_____. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Sentença de 17 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. **Caso Barreto Fontevecchia Y D'Amico vs. Argentina.** Sentença de 29 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua.** Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. **Caso Escher e Outros vs. Brasil.** Sentença de 06 de julho de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. **Caso Nogueira de Carvalho e Outros vs. Brasil.** Sentença de 28 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil.** Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 28 mar. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 3 v.

FORSTER, João Paulo Kulczynski. Direito fundamental à prova. In: REICHELTE, Luís Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Org.). **Primeiras linhas de Direito Processual Civil:** Volume 1 - Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Cap. 6.2.4. p. 198-205.

LLUCH, Xavier Abel. **La Valoración de la Prueba en el Proceso Civil.** Madrid: La Ley, 2014.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales.** Madrid: Tecnos, 2007.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. A teoria geracional dos direitos do homem. **Theoria: Revista Eletrônica de Filosofia,** Pouso Alegre, v. 02, n. 03, p.10-26, jul. 2010. Semestral. Disponível em: http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorias_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 27 mar. 2018.

- POZZA, Pedro Luís. Sistemas de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). **Prova judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 219-243.
- RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 118, p.09-19, jan. 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.
- SENDRA, Vicente Gimeno. **Derecho procesal civil**. Tomo I. 2. ed. Madrid: COLEX, 2007.
- SILVA, Cesar Antonio da. **Ônus e qualidade da prova cível: Inclusive no Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **As provas no cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 1 v.
- SOSA, Angel Landoni. Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 55, p.208-227, out./dez. 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 1 v.

8

DIREITO HUMANO DO ACESSO À JUSTIÇA E O COVID-19: A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO EM TEMPO DE PANDEMIA

*José Eduardo Aidikaitis Previdelli*¹

*Caroline Costanza*²

1. INTRODUÇÃO

A atual pandemia causada pelo coronavírus (assim denominado ‘COVID-19’ ou ‘SARS-COV-2’) apresenta grande impacto em diversos setores, no que se destacam economia e saúde. Não é diferente com os diversos campos do direito. A alteração nas condições de vida, de trabalho e na economia apresenta reflexos no direito civil e no direito consumerista, nas adequações contratuais e no direito do trabalho, com as alterações na execução dos contratos de trabalho e a possibilidade de sua suspensão, por exemplo.

O direito processual igualmente não é imune a todas essas alterações nas relações jurídicas em razão da pandemia. Os impactos no campo processual são percebidos em diversos momentos, como na fluência dos prazos, prática de atos na forma eletrônica e, objeto central

¹ Mestre em Direitos Humanos pelo UniRitter – *Laureate International Universities*. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo UniRitter – *Laureate International Universities* e em Formação pedagógica de professores pelo FAQL. Assessor de desembargador do TJRS. Professor convidado em cursos de pós-graduação em direito. edprevidelli@gmail.com.

² Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pelo UniRitter – *Laureate International Universities*. carolscostanza@gmail.com.

do presente estudo, na forma de acesso à própria prestação jurisdicional no acesso ao Poder Judiciário.

Sob tal ângulo, a proposta do presente artigo é inicialmente traçar os contornos do direito humano processual do acesso à justiça como decorrente do direito ao processo justo, desde seus fundamentos Convencionais e Constitucionais, também dimensionando sua extensão e elementos integrantes, como a inafastabilidade da jurisdição.

Estabelecidas essas premissas, passa-se ao exame da inafastabilidade da jurisdição propriamente dita, ponto central do estudo. São estabelecidos os panoramas tradicionais deste direito processual para, então, aferir as alterações neste direito suportadas em razão da pandemia de COVID-19.

O estudo foi elaborado por meio da revisão da bibliografia nacional e estrangeira sobre a matéria, utilizando-se, essencialmente, o método indutivo com a finalidade de confirmar a hipótese lançada de que a inafastabilidade da jurisdição suportou alterações em razão da pandemia mundial, adotando novos contornos que mantiveram hígido o núcleo deste direito.

2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DECORRÊNCIA DO PROCESSO JUSTO

O estudo dos direitos humanos processuais, lançados a especial patamar com a endoprocessualização dos direitos fundamentais prevista na Carta Política de 1988 (PORTO, 2018), exige prévia contextualização para a melhor compreensão. Podemos observar que as normas constitucionais atinentes à regulamentação do processo

“compõem o denominado direito constitucional processual” (ALMEIDA, 2011, p. 153) e têm por objetivo a conformação do processo à tutela dos direitos e garantias estabelecidos nas cartas constitucionais. Esta marcha no sentido de assegurar direitos e garantias fundamentais no campo processual resultou na incorporação de “princípios e garantias fundamentais do processo civil” no primeiro capítulo do vigente Código de Processo Civil.

Todos esses direitos fundamentais são espécies (CAMBI, 2001) de um gênero: o direito fundamental ao processo justo (MITIDIERO, 2011), assim entendido como o “modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais” (MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 616). Este direito processual, segundo a doutrina civil (REICHELDT, 2016) e penal (FELDENS; SCHMIDT, 2010), tem seu alicerce lançado nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, ainda que resulte de processo histórico-cultural que teve seus alicerces lançados com a promulgação da Magna Carta de João-Sem-Terra de 1215 (*Magna Charta Libertatum*). Este documento previa, em seu artigo 39, a *law of the land* (o direito da terra, ou de uma determinada região), entendia por autores como Cambi (2001) como sinônimo de *due process of law*.

Vale, neste ponto, breves parênteses para observar a diferenciação entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos apresentada por Ingo Sarlet (2015, p. 29), com a finalidade de melhor compreender as expressões utilizadas ao longo do estudo. Para o referido autor, os primeiros são “aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado

Estado”. De outro lado, os segundos são os direitos relacionados “com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”.

Nos pactos Internacionais, é possível extrair da Declaração Universal dos Direitos do Homem a garantia de que todo ser humano os direitos “a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” (artigo 8º). Da mesma forma, o documento assegura, aos indivíduos “em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. (artigo 10)³.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º assegura a todas as pessoas o “direito a ser ouvida, com as devidas garantias [...]”, arrolando diversas garantias processuais. Da mesma forma, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê em seu artigo 6º o “direito a um processo equitativo”, indicando em seu inciso 1º diversos direitos que integram e asseguram a concretização desse processo.

Verificado em “praticamente todas as constituições liberais democráticas do mundo”. (MOTTA, 2003, p. 263), este direito é previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Brasileira, no sentido de que

³ No mesmo sentido, cita-se exemplificativamente o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Aqui é possível aferir que o constituinte preferiu adotar a expressão devido processo legal decorrente no direito inglês *due process of law*⁴. Outras Constituições adotaram a expressão processo justo, como é o exemplo da italiana, a qual em seu artigo 111 prevê que a “jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei”.

Em suma, o direito ao processo justo se fundamenta como um parâmetro mínimo a ser respeitado pelo Estado e por particulares no curso dos processos. De sua observância, decorrem diversos outros direitos humanos processuais que representam condição *sine qua non* para a obtenção de decisões justas. Segundo Daniel Mitidiero (2011, p. 26-27), uma das conformações deste direito relação à constituição do processo como:

[...] capaz de prestar tutela *jurisdicional adequada e efetiva*, em que as partes participam em pé de *igualdade* e com *paridade de armas*, em *contraditório* com *ampla defesa*, com *direito à prova*, perante *juiz natural*, em que todos os seus pronunciamentos são *previsíveis, confiáveis e motivados*, em procedimento *público*, com *duração razoável* e, em sendo o caso, com *direito à assistência jurídica integral* e formação de *coisa julgada*.

Decorrendo do direito ao processo justo, o direito humano à tutela adequada e efetiva tem por antecedente a vedação da autotutela do indivíduo, com a imputação ao Estado da prestação de uma tutela idônea dos direitos individuais e coletivos. Este direito apresenta três

⁴ Ainda que a concepção tenha origem na *Magna Charta Libertatum* (CAMBI, 2001), a expressão *due process of law* somente foi adotada em 1354, com a edição do *Statute of Westminster of the Liberties of London*. (DIAS, 2008).

perspectivas, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2012): (1) acesso à justiça; (2) adequação da tutela e (3) efetividade da tutela.

Vale observar que o direito humano processual do acesso à justiça não é limitado ao direito de acessar o Poder Judiciário (TEIXEIRA, 2016). O direito fundamental do acesso à justiça se apresenta substancialmente como o “direito de acesso à ordem jurídica justa”. (WATANABE, 2019, p. 10)⁵; que somente pode ser alcançada mediante a atenção aos ditames do processo justo, prestando ao fim uma tutela adequada, tempestiva e efetiva. (TEIXEIRA, 2016).

Este direito apresenta quatro elementos basilares, assim apontados por Kazuo Watanabe (2019): (1) direito à informação e conhecimento do direito material, bem como à pesquisa permanente da relação existente entre a ordem socioeconômica e a ordem jurídica; (2) direito de acesso ao Poder Judiciário, composto por julgadores inseridos na realidade social e comprometidos com a promoção de uma ordem justa; (3) direito à prévia constituição de instrumentos de natureza processual, hábeis a tutelar os direitos vindicados; e (4) direito à remoção dos obstáculos porventura existentes ao efetivo acesso à Justiça.

Lançados estes alicerces, passamos a analisar o acesso à justiça sob um de seus enfoques: como direito de acessar o Poder Judiciário. No centro deste estudo, este direito será tratado sob o signo da inafastabilidade da jurisdição, na forma do capítulo que segue.

⁵ Nesse sentido é defendido como o “direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, ou seja, direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empíricos, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema”. (WAMBIER; WATANABE, 2003).

3. INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO: DO PANORAMA TRADICIONAL AOS NOVOS CONTORNOS

O direito à inafastabilidade da jurisdição está umbilicalmente ligado ao direito humano processual do acesso à justiça, compondo um dos direitos que o integram. Rui Portanova (2005, p. 82) o apresenta sob o enunciado que “não se pode criar obstáculos ao cidadão de buscar o seu direito no Poder Judiciário”.

O direito a acessar o Poder Judiciário é previsto sob a dicção do direito de toda pessoa a “ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal”, na forma do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Da mesma forma, o artigo 6º da Convenção Europeia prevê que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada [...] por um tribunal”.

No Brasil, este direito de natureza processual ganhou especial relevância como reação aos abusos e supressão de direitos durante o período ditatorial. (SANTANNA, 2015, p. 68). Não poderia ser de outra maneira, senão com a adoção de estatutos objetivando impedir a repetição das graves limitações ao exercício de outros direitos de natureza fundamental ocorridos durante este período da história brasileira.

Por consequência, a Constituição Federal de 1988 prevê este direito processual em seu artigo 5º, inciso XXXV, no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ainda que por diversas vezes este dispositivo seja indevidamente traduzido como signo do acesso a justiça. Este equívoco é observado na

análise do acesso à justiça – brevemente abordada no capítulo antecedente – que se compõe de um feixe de direitos além do acesso ao Judiciário. Ou seja, como já visto anteriormente, a inafastabilidade da jurisdição integra o direito humano do acesso à justiça, o qual não se exaure neste único direito.

Segundo esta previsão Constitucional, “o Judiciário pode ser invocado, por quem quer que seja, para exercer o poder jurisdicional, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo (inciso XXXV do art. 5º)”. (Bernardes; Ferreira, 2015, p. 135). Aqui não se está a falar de um direito ao acolhimento das pretensões aprestadas ou mesmo à submissão de análise de mérito de qualquer questão apresentada, mas à:

[...] impossibilidade de exclusão de *alegação* de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é o direito abstrato. (DIDIER JR., 2015, p. 177-178).

O Código de Processo Civil vigente, inclusive ampliou o conteúdo daquele dispositivo constitucional ao prever que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (artigo 3º). Tal disposição decorre da substancial adoção do texto constitucional, com a supressão da expressão “direito individual”, com o que se verifica a “clara finalidade de destacar a proteção conferida aos direitos difusos e coletivos”. (CUNHA, 2016, p. 33).

Para Neves (2016), inafastabilidade da jurisdição, segundo uma visão moderna, assenta-se em quatro pontos, a saber: (1) ampliação do

acesso ao processo; (2) o respeito ao devido processo legal; (3) a prolação de decisão justa; e (4) eficácia concreta da decisão proferida.

Este direito humano processual sofreu forte impacto em razão do estado declarado de pandemia pela Organização Mundial da Saúde, em razão do Coronavírus, exigindo a sua releitura e superação do paradigma até então existente. Tal alteração de panorama valeu-se, em grande medida, da prática dos atos eletrônicos de forma a garantir que fosse mantido o direito à inafastabilidade da jurisdição.

Estes atos eletrônicos já encontravam previsão no Código de Processo Civil, a exemplo da possibilidade de assinatura eletrônica (art. 205, § 2º)⁶, comunicação de atos processuais (art. 246, inc. V⁷; art. 263⁸; e art. 270⁹), a distribuição dos processos (art. 285)¹⁰ e até a realização de audiências (art. 334, §7º)¹¹. Da mesma forma, a atividade legiferante acrescentou novos dispositivos, como a Lei Federal nº 13.994/20 que incluiu o parágrafo 2º ao artigo 22, da Lei nº 9.099/95, permitindo a realização de conciliação não presencial.

O Conselho Nacional de Justiça, ainda, editou diversas Resoluções regulamentando a atuação do Judiciário, e a prática de atos na forma

⁶ Art. 205. Os despachos, as decisões, as sentenças e os acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes. [...] § 2º A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei.

⁷ Art. 246. A citação será feita: [...] V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei.

⁸ Art. 263. As cartas deverão, preferencialmente, ser expedidas por meio eletrônico, caso em que a assinatura do juiz deverá ser eletrônica, na forma da lei.

⁹ 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.

¹⁰ Art. 285. A distribuição, que poderá ser eletrônica, será alternada e aleatória, obedecendo-se rigorosa igualdade.

¹¹ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

eletrônica, durante o período de pandemia. É o exemplo do art. 6º da Resolução 314/2020, o qual facultou aos Tribunais a realização de “digitalização integral ou outro meio técnico disponível, virtualizar seus processos físicos, que então passarão a tramitar na forma eletrônica”. Da mesma forma, entre outras, a Resolução nº. 317, de 30 de abril de 2020, regulamentou a realização de perícias eletrônicas ou virtuais em ações que se discutem benefícios previdenciários por incapacidade ou assistências.

Não se desconhece que possam ser levantadas diversas questões defendendo a insuficiência das medidas ou mesmo possíveis dificuldades de acesso ou manuseio aos mecanismos de informática. Da mesma forma, é possível que a prática de atos eletrônicos - ainda que em atendimento a diversos direitos humanos processuais, como inafastabilidade da jurisdição, duração razoável do processo, etc. - resulte em fragilização ou mesmo violação de outros direitos de mesma natureza, como o contraditório, a defesa ou a prova, por exemplo.

Todavia, essas possibilidades não devem ser colocadas como fundamentos para a estagnação perniciosa da atividade jurisdicional, em muito necessária neste período em que as relações jurídicas se encontram fragilizadas ou em alteração. Ao contrário, servem se alerta para que os *players* processuais efetuem o juízo de ponderação concreta entre os direitos atendidos e aqueles eventualmente mitigados, de forma a assegurar a tutela jurisdicional justa e adequada a todos que dela necessitem.

4. A FALTA DE ACESSO E O INCREMENTO DA DESIGUALDADE

O Brasil é um país desigual. Essa constatação é ponto de partida de diversos estudos envolvendo a questão da desigualdade no país que também revelam que o país possui um imenso potencial para superação desse problema. (NERI, SOARES, 2002). No entanto, a solução desse problema se tornou um futuro ainda mais distante com a pandemia instalada no Brasil com forte tendência a incrementá-lo nos próximos meses e anos. Uma temática particularmente sensível nesse tema se acha na área da educação, que pode gerar um paralelo relevante com o tema aqui enfrentado.

Existe desigualdade consolidada entre escolas públicas e privadas. A regra estabelecida e já inserida no âmbito do senso comum é de que o ensino privado na educação básica é melhor do que a educação pública. Essa percepção é acertada por uma ampla série de dados empíricos e tende a se agravar a assimetria da sociedade brasileira. As carências da classe trabalhadora brasileira se refletem na sala de aula mais do que nunca, pela falta de acesso à internet, ausência de equipamentos adequados, espaço adaptado, possibilidade de que pais acompanhem as aulas e assim por diante (FRANÇA FILHO, ANTUNES, COUTO, 2020, p. 28). Esse desequilíbrio reverberará por muitos anos que virão e sem dúvida a implementação de políticas públicas deve ser pensada desde logo para reduzi-lo. O mesmo ocorrerá com o Poder Judiciário.

O tema da igualdade, e não poderia ser diferente, é extremamente caro ao Poder Judiciário. A busca por efetivar o direito à igualdade processual enquanto uma igualdade perante o direito deve considerar

uma integração entre os agentes/atuantes dos poderes Legislativo e Judiciário, transformando a dinâmica judicial mais segura, universal e racional. Tudo porque:

A promoção de uma igualdade perante o direito passa pelo redimensionamento do papel da interpretação jurídica, que se torna tarefa compartilhada do legislador e do intérprete. A partir do respeito a casos pretéritos, constrói-se um sistema de justiça dotado de consistência, que permita a universalização das respectivas soluções jurídicas e que enfrente com racionalidade os casos judiciais. (ABREU, 2015, p. 53).

Em qualquer contexto a “concepção da igualdade perante o direito é um padrão mínimo exigido em uma sociedade democrática de direito, um princípio básico de administração da justiça”. A partir dessa consideração, a uniformidade no tratamento nas decisões judiciais – ou seja, uma igualdade *pelo* processo – é fundamental. Isto em função de que falar em “igualdade perante o direito é falar em igualdade diante das decisões judiciais.” (ABREU, 2015, p. 55). Portanto, somente nas decisões judiciais é possível concretizar a uniformidade de tratamento ao tratar casos juridicamente iguais de forma igual.

Uma decisão judicial pode ter impactos muito relevantes *extra partes*, do ponto de vista concorrencial, socioeconômico, psicológico, dentre outros. No contexto da pandemia causada pelo Coronavírus, não é diferente. O paralelo com a realidade escolar também ganha relevo aqui na medida em que se projetam a prática de atos eletrônicos no processo. Será que todos os jurisdicionados possuem condições de acessar o Poder Judiciário nessa modalidade? É evidente que não. A necessidade de adoção de medidas de distanciamento social, muitas

vezes causando a paralisação ou dificuldade na prestação de serviços sociais impacta diretamente os mais pobres no acesso ao Judiciário durante a pandemia.

A realidade de quem necessita acessar o Poder Judiciário através da Defensoria Pública é inteiramente diferente daquela que tem condições de contratar a advocacia privada. Existem diversos fatores que contribuem, por exemplo, para o aumento da violência doméstica na pandemia (MARQUES ET AL, 2020). O conforto do agressor de que o sistema judicial ficou mais distante da proteção da ofendida é apenas uma delas. Esses fatores precisam ser sopesados para que se perceba que a simples transposição do físico para o virtual está longe de resolver o problema do acesso à Justiça durante a pandemia – relacionado a todos os processos: cível, trabalhista, penal, administrativo. Retornando ao paralelo com a educação, estudo demonstrou que “apenas 39% dos domicílios brasileiros possuem computador e que 28% dos domicílios não possuem acesso à internet” (MARCON, 2020).

Supor o acesso à Justiça digital como solução para o problema é ignorar cerca de 72% da população brasileira que, dentro do contexto do ‘Fique em Casa’, não tem meios para acessar o Judiciário. Isso sem compreender a qualidade da internet ou o conhecimento dessas pessoas para acessar a Justiça, bem como a condição em que a Defensoria Pública conseguirá prestar esse atendimento de forma remota.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que o contexto provocado pela pandemia do coronavírus enseje a adoção de comportamentos diferenciados, inclusive no campo processual, os direitos humanos processuais, decorrentes do direito ao processo justo, não deixam de pautar a autuação processual neste período. Mesmo que seja necessário o distanciamento físico com a finalidade de reduzir a potencial contaminação, as relações jurídicas continuam existindo e suportando influências da pandemia, com sobrecarga das demandas judiciais.

Neste panorama, a análise do direito processual do acesso à justiça, decorrente do processo justo, com a finalidade de aferir os direitos que derivam daquele, em especial para o presente estudo, a inafastabilidade da jurisdição. Este direito, previsto em pactos internacionais de direitos humanos, no plano nacional é aferido da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, que amplia seu campo de incidência.

Este direito inegavelmente assume novos contornos para, adequada ao contexto em que nos encontramos, permanecer assegurando o acesso ao controle jurisdicional das lesões ou ameaças a direitos, potencializadas durante a pandemia atual. Estes contornos valem-se da tecnologia disponível e das previsões já constantes do Código de Processo Civil, acrescidas das regulamentações administrativas do Conselho Nacional de Justiça e Tribunais competentes para tanto.

Nesse contexto, a conclusão só pode ser de que o direito à inafastabilidade da jurisdição não sofreu prejuízos em razão a

pandemia. Ao contrário, foram utilizados novos mecanismos, com lastro nas previsões processuais e administrativas dos Tribunais, assegurando aos jurisdicionados o acesso ao Judiciário e análise de suas pretensões.

Esse acesso, contudo, deve levar em consideração as dificuldades de acesso ao mundo digital de parte da maioria dos jurisdicionados. É missão de qualquer sistema de justiça assegurar a igualdade: seja de acesso ao Judiciário, permanência (como paridade de armas) e resultado. No contexto da pandemia, cabe ao Judiciário não esgotar sua missão enquanto serviço público na simples transposição do físico para o digital, mas ainda ocupar-se de que não venha a incrementar a desigualdade existente no país alijando do acesso aqueles que não possuam condições de compreender ou fazer uso das ferramentas eletrônicas de acesso.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e Processo**. São Paulo: RT, 2015.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **A prova como Direito Humano e Direito Fundamental das partes do processo judicial**. 2011. 209 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MRFX8/cleber_almeida_27.04.11.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, de 22 de agosto de 1994. Buenos Aires, Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-int-text-const.html>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional, Tomo II**. 4ª ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil de 1973. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869imprensa.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil de 2015. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3).

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, de 4 de novembro de 1950. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 314** de 20 de abril de 2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº. 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original071045202004285ea7d6f57c82e.pdf>. Acesso em 28 jun.2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 317** de 30 de abril de 2020. Dispõe sobre a realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais em ações em que se discutem benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais, enquanto durarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo Coronavírus, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original161656202005085eb585f8b31d5.pdf>. Acesso em 28 jun.2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Das Normas Fundamentais do Processo Civil – arts. 1.º a 12: arts. 1.º ao 9.º. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.).

Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27-55.

DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Org.). **Princípios processuais civis na constituição.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25-46.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed., rev.ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito Fundamental a um processo justo e Standard de valoração sobre a (im)parcialidade judicial. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 38, p.111-137, jul./set. 2010.

FORSTER, João Paulo Kulczynski; BITENCOURT, Daniella; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. Pode o "juiz natural" ser uma máquina? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p.181-200, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1631/pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

FRANÇA FILHO, Astrogildo Luiz de; ANTUNES, Charlles da França; COUTO, Marcos Antônio Campos. Alguns apontamentos para uma crítica da educação a distância (EaD) na educação brasileira em tempos de pandemia. **Revista Tamoios**. Especial COVID-19, p. 16-31, maio 2011. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50535/33468> . Acesso em 16 abr. 2021.

ITALIA. **Costituzione Italiana:** Edizione in lingua portoghese, de 27 de dezembro de 1947. Roma, Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

MARCON, Karina. Inclusão e exclusão digital em contextos de pandemia: que educação estamos praticando e para quem? **Criar Educação**. v. 9, nº 2, Edição Especial, p. 80-103, 2020. Disponível em <http://periodicos.unesc.net/criaredu/article/view/6047>. Acesso em 16 abr. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Cap. 4. p. 615-681.

MARQUES, Emanuele Souza; MORAES, Claudia Leite de; HASSELMANN, Maria Helena; DESLANDES, Suely Ferreira; REICHENHEIM, Michael Eduardo. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. **Cadernos de Saúde Pública**. Disponível em <https://www.scielo.org/article/csp/2020.v36n4/e00074420/>. Acesso em 16 abr. 2021.

MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental a um processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 45, p.22-34, nov./dez. 2011.

MOREIRA, Fábio Lucas. Da “sociedade informática” de Adan Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do marco civil da internet (PL 2.126/2011). In **O Direito na Era Digital**. MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Cristina Reindolff da. Due Process of Law. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **As garantias do cidadão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Cap. 11. p. 261-278.

NERI, Marcelo, SOARES, Wagner. Desigualdade social e saúde no Brasil. **Cadernos de saúde pública**. Disponível em <https://www.scielo.org/article/csp/2002.v18suppl0/S77-S87/pt/>. Acesso em 16 abr. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Processo civil contemporâneo: Elementos, ideologia e perspectivas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

REICHELTL, Luís Alberto. Direito humano e fundamental ao processo justo. In: REICHELTL, Luís Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Org.). **Primeiras linhas de Direito Processual Civil: Volume 1 - Teoria Geral do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Cap. 6.1. p. 184-186.

SALLES, Carlos Alberto de. **Nos braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro.** Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185771/mod_resource/content/1/SALLES-CA-Nos%20bra%C3%A7os%20do%20Leviat%C3%A3.pdf. Acesso em 20 ago. 2020.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **O princípio da Inafastabilidade de Jurisdição e a Resolução de Conflitos.** Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2015.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** São Paulo: Edipro, 2016.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Direito fundamental à jurisdição (acesso à justiça) e direito ao juiz natural. In: REICHELDT, Luis Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Org.). **Primeiras linhas de Direito Processual Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Cap. 6.2.1. p. 187-190.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,** Bologna, v. 55, p.381-410, jun. 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais,** v. 814, ago. 2003, p. 63-70.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa:** conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

9

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E A SUA LEGITIMIDADE NO BRASIL

Matheus Gonçalves dos Santos Trindade ¹

Felipe Faraó Bertoni ²

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, o Direito Penal, que deveria ser utilizado como *ultima ratio*, geralmente é o primeiro mecanismo a ser lançado para conter o avanço dos riscos na sociedade moderna. Com o avanço da tecnologia, o incremento da complexidade da criminalidade e o aumento do risco sob bens jurídicos tutelados, o Estado e a jurisprudência passaram a permitir a investigação por parte do Ministério Público e de outros órgãos de controle como a Receita Federal do Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central, atividade essa que fornece elementos para a formação da *opinio delicti* pelo titular da ação penal.

Tal atividade, embora legítima, tensiona e por vezes flexibiliza direitos e garantias fundamentais, fazendo com que surja a necessidade da produção de informações e meios de prova importantes não só pelos órgãos oficiais, mas também pelos particulares. A partir do diagnóstico

¹ Mestre em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogado criminalista. Editor-Chefe da Revista Liber. E-mail: matheusgstrindade@gmail.com

² Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado criminalista. Professor Universitário. E-mail: felipe@fbps.adv.br

das questões acima resumidas, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da edição do Provimento 188 de 2018, regulamentou a atividade chamada de *investigação defensiva*, visando disciplinar a atividade de investigação criminal produzida por advogado.

Sendo a investigação defensiva disciplinada precariamente por meio, apenas, de provimento editado pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, o presente estudo busca verificar, por meio de revisão bibliográfica e de textos legais, se existem elementos em tratados internacionais, na Constituição Federal e na legislação pátria que possam servir de supedâneo para sustentar a investigação defensiva no Brasil.

2. A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL

Hoje, vive-se em um mundo globalizado, de altíssima velocidade e processamento de informações por meio da tecnologia, de modo que o risco, que antes era causado por elementos naturais, passa a ser produzido pela atividade humana. O aumento da complexidade social também passa a ser sentido no campo criminal, no qual os crimes de subsistência começam a dar espaço para a criminalidade organizada e de alta complexidade, surgindo a necessidade do recrudesimento penal em prol da proteção de bens jurídicos tidos como importantes para a sociedade.

No Brasil, especialmente na última década, a investigação criminal e, por conseguinte, a persecução criminal, passou a dar atenção para a

criminalidade organizada, que até então não costumava ser alvo de ações estatais. A partir disso, as denominadas *Operações* se tornaram rotineiras na prática forense, redundando em processos que demandam questões para além daquelas previstas originalmente pelo legislador ordinário (ANDRADE, 2022).

Ainda, no mesmo período, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727/MG, entendeu pela possibilidade de que o Ministério Público investigue por iniciativa própria. Na ocasião, a corte fixou a seguinte tese:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição

Dessa forma, não só a Polícia Judiciária, como o Ministério Público, e até mesmo outros órgãos reguladores como a Receita Federal do Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central e até mesmo o Poder Judiciário, passaram a efetuar atividades investigativas capazes de reunir informações com o intuito de fornecer ao titular da ação penal dados para a formação da *opinio delicti*.

A partir desse contexto de incremento do risco em face do avanço tecnológico, demandas penais de maior complexidade e aumento da especialização de órgãos regulatórios e de persecução criminal, urge a possibilidade de que os particulares também passem a exercer, por meio dos seus procuradores, atividades de cunho investigativo, visando a produção de informações independentes aptas a influenciar e/ou se preparar para os rumos da investigação oficial, ação penal e até mesmo elaborar eventual revisão criminal.

Assim, a investigação defensiva tem o condão de possibilitar ao advogado e ao defensor público o exercício de atividades investigatórias, com ou sem assistência de peritos e consultores técnicos, visando a produção de elementos objetivos, subjetivos, documentais e periciais que possam servir aos seus interesses em qualquer fase da investigação oficial ou até mesmo após o trânsito em julgado de uma ação penal (BALDAN, 2007).

A investigação da defesa, portanto, em que pese não esteja expressamente prevista no texto constitucional ou até mesmo na legislação processual penal, possui legitimidade, como será visto a partir de agora, em tratados internacionais, nos direitos e garantias fundamentais, assim como por uma interpretação sistêmica do texto processual penal e de leis esparsas.

2.1 A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM TRATADOS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS HUMANOS

Como visto acima, em que pese a investigação defensiva não decorra, até o momento da escrita deste texto, de um comando exposto

constitucional ou legislativo no Brasil, ela surge como uma possibilidade de que o particular possa, por meios próprios, reunir informações que influam em uma investigação oficial de seu interesse. A grande questão, contudo, é como buscar um caminho para sustentar a legitimidade do instituto que, embora necessário, não gozou da atenção necessária por parte dos textos legais.

Em busca da legitimidade, um primeiro caminho para sustentar a investigação defensiva no Brasil é por meio dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos e o país é signatário.

O §2º do art. 5º da Constituição Federal expressa que “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.” Desse modo, como leciona SARLET (2018), a constituição brasileira apresenta uma cláusula de abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais, contemplando tanto os direitos expressamente positivados, como também os “direitos decorrentes do regime e dos princípios ou direitos implícitos, aqui compreendidos, em sentido amplo, como todos aqueles direitos e garantias não diretamente (explicitamente) positivados.”

A abertura material dos direitos fundamentais, com outros fatores como o intercâmbio jurisprudencial entre Cortes Constitucionais e a internacionalização do Direito Penal (na sociedade globalizada), traz a possibilidade de que diversos direitos fundamentais previstos em tratados de direitos humanos sirvam de supedâneo para que se possa

clamar por um verdadeiro direito fundamental à investigação defensiva (CORREA, 2017).

Um primeiro e importante dispositivo de Direitos Humanos a ser analisado é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que no seu art.11.1 estabelece que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

O grande destaque do dispositivo acima colacionado para o objeto sob análise é o trecho que prevê a preservação de *todas* as garantias necessárias à defesa da pessoa acusada, exurgindo, daí, a necessidade de que seja assegurado ao acusado o exercício de investigação própria, a fim de refutar a tese acusatória, como corolário do seu exercício do contraditório, da ampla defesa e da celebração de um processo penal acusatório e (verdadeiramente) adversarial.

No Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, o art. 14.3.b confere à pessoa acusada de um delito, em plena igualdade, a garantia “de dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;”. Sobre esta garantia, é importante destacar que não basta que o acusado tenha um defensor, mas também que ele possa exercer a defesa de forma eficiente, sem a criação de obstáculos, sob pena de ofensa à ampla defesa (GIACOMOLLI, 2016).

Ainda no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, é assegurada à pessoa acusada no art. 14.3.e a garantia, em plena

igualdade, “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;”. Aqui, no cotejo do *caput* com o elemento citado, pode-se extrair o direito de o acusado interrogar as testemunhas em igualdade com a acusação, sendo que o Ministério Público pode, por meio de procedimento investigatório criminal, inquirir testemunhas na fase preliminar, havendo, desse modo, clara possibilidade de que a defesa também assim possa proceder por meio da investigação defensiva.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1978, o art. 8.2.c assegura, em redação similar ao art. 14.3.b acima comentado, a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para preparação de sua defesa”, contemplando, certamente, o direito da pessoa acusada de investigar as fontes de prova (BADARÓ, 2021). Ainda, cabe anotar que, tanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.2.g) quanto no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 14.3.g), há a previsão do direito à não-autoincriminação, o que também pode ser considerado para afastar a obrigatoriedade para que se anexe, nos autos oficiais, o produto da investigação defensiva quando a prova produzida incriminar a pessoa acusada.

Por fim, nas fontes de direito internacional, ainda vale o destaque para o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual o Brasil se submeteu à jurisdição por meio do Decreto 4.388 de 2002, que versa no art. 67.1.b que o acusado tem o direito de dispor dos meios adequados para a preparação da sua defesa, ao passo que o art. 67.1.e o possibilita apresentar qualquer prova admissível, de acordo com o Estatuto,

abrindo a possibilidade da juntada da prova produzida pela investigação própria.

Analisados os tratados internacionais que o Brasil é signatário, passa-se à análise dos direitos e garantias fundamentais que se depreendem do direito constitucional positivado.

2.2 A LEGITIMIDADE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO

No tópico anterior, buscou-se demonstrar a existência de diversos aspectos importantes nos tratados que versam sobre direitos humanos e que trazem elementos basilares para se sustentar a legitimidade da investigação defensiva no Brasil, em especial por força da abertura prevista no §2º do art. 5º da Constituição Federal. Antes de adentrar diretamente na análise dos aspectos constitucionais que servem de supedâneo para a investigação defensiva, é necessário lembrar que existem, além dos direitos e garantias fundamentais expressamente entabulados no texto constitucional, aqueles que decorrem de uma interpretação sistêmica do texto, sendo denominados como implícitos, que se revestem da mesma importância e obediência aos expressos (PERRINI, 1996).

Analisando a Carta Magna, um dos primeiros aspectos no plano constitucional que merece relevo é a garantia de igualdade prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que dá abertura ao catálogo de direitos fundamentais expressados na Carta Maior. A igualdade para fins processuais penais é um tema de grande relevância e que mereceria um desenvolvimento próprio, tendo em vista a profundidade das

discussões a ela relacionada. Todavia, para o recorte trabalhado no presente artigo, deve-se entendê-la como uma exigência de paridade de armas entre os atores processuais, de modo a assegurar o equilíbrio de forças entre o Ministério Público, o assistente e a defesa (FERNANDES, 2007).

A paridade de armas se torna de grande valia para a legitimação da investigação defensiva, na medida em que confere à defesa a possibilidade de busca de equilíbrio entre a atividade investigativa estatal e a possibilidade de produção de contraprova pela defesa. Nesse diapasão, é descabido o argumento de que a Polícia Judiciária estaria comprometida na busca pela verdade, e por isso produziria prova também em favor do investigado. Como bem denuncia BADARÓ (2021), “na prática, tal postura mostrou-se irrealizável, tendo a polícia clara propensão a buscar as fontes de prova acusatória, não se preocupando com elementos defensivos.”

Indo além à crítica relevante trazida por BADARÓ, também é necessário avaliar a conduta do Ministério Público, seja como investigador ou como titular da ação penal. Em que pese a Constituição Federal tenha alçado, em determinadas situações, o *Parquet* à condição de fiscal da lei, a realidade forense, em especial no campo processual penal, o transmuta quase que exclusivamente em acusador, titularizando a ação penal pública, de modo que o órgão busca quase sempre a procedência da ação penal, ainda que se depare com uma prova de inocência ou uma nulidade insuperável, motivo pelo qual não se pode percebê-lo atualmente como uma figura neutra dentro do processo

penal pátrio, papel este que deve ser entendido apenas como do Poder Judiciário.

Além disso, o questionamento trazido por CORREA (2017), em especial quando se trata da paridade de armas da acusação com a defesa pública, também merece reflexão:

Como seria possível sustentar, sem giros retóricos e desvios semânticos, que o órgão de acusação pública aparelhado pelo Estado pode, em seus escritórios reservados, preparar elementos para subsidiar uma acusação, e o órgão de defesa pública aparelhado pelo mesmo Estado, em seus escritórios próprios, não pode preparar elementos para subsidiar uma defesa?

A inquietação do autor é importante dentro do contexto da Defensoria Pública, pois, como bem alerta SAAD (2004), o art. 134 da Constituição Federal prevê a atuação do órgão na defesa em todos os graus, judicial ou extrajudicial, sendo a possibilidade de intervenção na investigação preliminar uma concretização do direito de defesa. No cerne da presente questão, possibilitar à defesa pública (e conseqüentemente à privada), assim como já é conferido para a acusação, o poder investigatório, é nitidamente equilibrar a balança entre as armas processuais.

Sendo também um dos fundamentos da paridade de armas, o devido processo legal (art. 5º, LV, da Constituição), que tem como corolários o contraditório e a ampla defesa (LIV do art. 5º), possui dupla proteção ao indivíduo, sendo a material a proteção ao direito de liberdade e a formal a asseguuração do direito de defesa do particular frente ao Estado persecutor, em especial com a sua exigência de

paridade entre acusação, assistentes e defesa (MORAES, 2009). Dessa forma, o mencionado dispositivo constitucional tem relevância para a investigação defensiva, uma vez que constitui um verdadeiro requisito de legitimação do poder punitivo do Estado por meio do processo, sendo necessário, no seu aspecto formal, o direito efetivo de oposição do particular contra o Estado persecutor.

Deflui do mesmo inciso constitucional o direito fundamental à prova, que possui seu limite na própria Constituição, conforme o inciso LVI do art. 5º. A prova pode ser entendida como o meio pelo qual o julgador pode se aproximar da verdade (que dificilmente é reconstituída na sua plenitude em uma ação penal) e convencer-se da ocorrência ou inoocorrência de um fato juridicamente pertinente para o julgamento do processo (BADARÓ, 2021).

O direito à prova, no direito processual, possibilita tanto à acusação quanto à defesa indicar fontes de prova e buscar a sua incorporação dentro do processo, utilizar técnicas de prova, exigir a observância das metodologias legais na sua produção, assim como vindicar a sua apreciação e valoração pelo julgador (GIACOMOLLI, 2016). Todavia, a grande questão é que ele não precisa, necessariamente, ser sopesado apenas na fase judicial, tendo em vista que a sua fruição na fase pré-processual possibilita o não indiciamento do investigado no inquérito ou até mesmo a alteração da *opinio delicti* do Ministério Público.

O contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV, da Carta Magna) possuem grande influência também para a temática, como já salientado, e porque deles decorre a edição da Súmula Vinculante nº 14 pelo Supremo Tribunal Federal, que é um passo importante na possibilidade

de influência da defesa na fase de investigação preliminar. De fato, ao propiciar o acesso amplo às provas da investigação, a súmula oportuniza o exercício pleno do direito de defesa, com a conseqüente possibilidade da produção de contraprova.

Igualmente, outro aspecto que também merece relevância é o inciso LXXV do art. 5º da Lei Maior, quando fixa que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”. Essa disposição constitucional é relevante para a legitimação da investigação defensiva, na medida em que a atuação da defesa na investigação, ao buscar provas para contrapor a linha acusatória, é exatamente a de evitar erros judiciais contra o seu constituinte.

Por derradeiro, o art. 144 da Constituição coloca a segurança pública como direito e dever fundamental de todos, o que para DIAS (2019) também legitima a investigação defensiva, considerando que “a investigação defensiva vem para aprimorar os resultados buscados e obtidos na Segurança Pública, através de uma ampliação do campo cognitivo das investigações públicas”.

Sustenta o autor, nesse sentido, que o Estado, por muitas vezes, não consegue chegar em um resultado satisfatório na elucidação dos crimes, o que também fere os direitos da vítima, sendo a investigação defensiva uma forma da busca de informações para auxiliar na busca por respostas efetivas. Por esse motivo, afirma DIAS que este meio de legitimação permite até mesmo uma ressignificação da atuação da advocacia criminal, que pode buscar na investigação defensiva tanto

satisfazer os interesses da vítima como evitar erros judiciais e condenações equivocadas.

Conforme se percebe no presente tópico, ainda que o constituinte não tenha, de forma direta, previsto o direito à investigação defensiva, tal hipótese pode ser baseada em diversos preceitos constitucionais, podendo-se sustentar, desde logo, um verdadeiro respaldo constitucional à investigação defensiva. Agora, passa-se à análise da conformidade da investigação defensiva com a legislação infraconstitucional.

2.3 A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA A PARTIR DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Visualizada a possibilidade da investigação defensiva em tratados internacionais e como decorrência da própria Constituição pátria, torna-se necessária a análise de compatibilidade da investigação defensiva com a legislação ordinária.

A primeira legislação que traz aspectos relevantes para a investigação defensiva é o Estatuto da Advocacia, previsto na Lei 8.906, em especial no art. 7º, que prevê os direitos do advogado, sendo para DIAS (2019) essenciais para a investigação defensiva: i) o direito de exame dos autos; ii) o direito de assistir o cliente antes do interrogatório e a sua presença durante o ato, sob pena de nulidade; iii) a possibilidade do oferecimento de razões e quesitos; iv) o acesso às provas e diligências que já estejam documentadas.

No Código de Processo Penal, vários são os dispositivos legais que estão em harmonia com a investigação defensiva. No art. 5º, encontra-

se no inciso II a possibilidade da elaboração de requerimento de instauração de inquérito policial pelo ofendido ou seu representante. No mesmo artigo há, no parágrafo 3º, a possibilidade do oferecimento de notícia crime por qualquer pessoa do povo. Há ainda, no art. 14, a possibilidade do ofendido e o investigado requererem diligências na investigação criminal, que poderão ou não ser realizadas, a depender da autoridade que chefia a investigação (exceto no caso de exame de corpo de delito, que é obrigatória a sua realização por força do art. 184 do CPP).

Outro aspecto relevante da lei processual penal é o disposto no art. 242, quando trata do mandado de busca e apreensão, e dispõe que “a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”, sendo que a alínea “e” do parágrafo 1º do art. 240 prevê como hipótese de cabimento do mandado quando ele é pleiteado para “descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu”.

Um dos pontos centrais para a investigação defensiva a partir da lei processual penal é o disposto no art. 156, que disciplina o ônus da prova. De fato, a prática forense exige da defesa a prova de questões que envolvam excludente de ilicitude ou culpabilidade, entendimento que, embora mereça críticas, exige da defesa a produção de provas que embasem a alegada excludente, sendo a investigação defensiva um meio apropriado para buscar satisfazer o ônus probatório.

Além do Código de Processo Penal, outra legislação que também merece atenção é a Lei nº 13.432 de 2017, que dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. Nesta lei, o legislador ordinário não só perdeu uma boa oportunidade de disciplinar a investigação defensiva,

como quase a inviabilizou na visão de BADARÓ (2021), tendo em vista que o art. 2º da referida legislação prevê no *caput* que:

Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.

Todavia, em que pese o legislador ordinário tenha colocado no referido artigo que ao detetive particular cabe a coleta de dados e informações de natureza não criminal, o art. 5º prevê que “o detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante”, ao passo que o parágrafo único condiciona a colaboração a critério do delegado de polícia, demonstrando que não se buscou, na citada redação, a vedação de particulares investigarem fatos de natureza criminal. Ademais, como sinaliza DIAS (2019), a atividade desempenhada pelo detetive particular não pode ser confundida com a investigação defensiva, que é desempenhada por advogado.

Atualmente, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.045 de 2010, que visa a reforma do Código de Processo Penal brasileiro, e prevê no seu art. 13 que:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

§ 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discricção e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

A disciplina, embora expressa, não escapa de críticas, na medida em que não se busca a efetivação da investigação defensiva, como se fez na Itália a partir da Lei Carotti ou nos Estados Unidos na instrução *Standards for The Administration of Criminal Justice*, onde o exercício da investigação prevê métodos cogentes de produção probatória, inclusive com a possibilidade de incursão das testemunhas ouvidas em crime em caso de falso testemunho. Além disso, o projeto também nada disciplina sobre a discricionariedade da juntada dos elementos informativos colhidos pela investigação defensiva no processo, lembrando que os tratados internacionais que o Brasil é signatário preveem o princípio da não-autoincriminação, o que deveria ter sido observado pelo projeto.

Observadas as bases a partir dos tratados internacionais, constitucionais e legislativas, passa-se à análise do Provimento 188 de 2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que

“regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.”

2.4 O PROVIMENTO 188 DE 2018 E A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL

A partir da aviação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil acerca da possibilidade do exercício da investigação defensiva no Brasil, o conselho de classe buscou, por meio administrativo, disciplinar a investigação defensiva, atentando-se principalmente em basilar pontos que não dependessem de reserva legal. Por essa razão, DIAS (2019) alerta que o Provimento 188 de 2018 trata de uma parte geral da investigação defensiva, trazendo conceituações e definições, ao passo que as regras dos autos de investigação defensiva ficaram para um segundo momento.

Logo no art. 1º, o provimento expõe a definição da investigação defensiva da seguinte forma:

Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

A investigação defensiva, conforme disciplina o art. 3º, pode ser utilizada para: i) elaboração de pedido de instauração ou trancamento de inquérito; ii) rejeição ou recebimento da denúncia ou queixa; iii)

resposta à acusação; iv) pedido de medidas cautelares; v) defesa em ação penal pública ou privada; vi) razões de recurso; vii) revisão criminal; viii) habeas corpus; ix) proposta de acordo de colaboração premiada; x) proposta de acordo de leniência; xi) outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

O advogado pode, segundo a disciplina do provimento, realizar diretamente as diligências investigatórias, como colher depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos e privados, além de determinar a realização de perícias e elaboração de laudos, com o auxílio de assistentes como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalho.

Existe ainda no provimento a discricionariedade do advogado e seus assistentes de informar para a autoridade os fatos investigados e as eventuais conclusões, que somente poderão ser comunicadas e publicizadas com a expressa autorização do constituinte. Também deve o advogado, no curso da investigação defensiva, “preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas” (art. 5º).

De todo provimento, pode-se extrair que a investigação, em que pese carregue o nome *defensiva*, serve tanto para atender os interesses do ofendido quanto do investigado, possibilitando o exercício da defesa ou o da assistência à acusação.

Em que pese o provimento seja um bom início para criar os aspectos gerais da investigação defensiva, enquanto não houver um regime legal específico que assegure as atividades investigativas pelo

advogado, não se poderá atingir a plenitude do instituto, na medida em que as pessoas não são obrigadas a prestar esclarecimentos ao advogado, assim como os particulares não são obrigados a fornecer provas (BADARÓ, 2021).

Desse modo, a investigação defensiva hoje tem o condão principal de organizar as informações relevantes para o constituinte, buscar novas testemunhas que podem ser ouvidas (principalmente em juízo, onde podem ser arroladas na resposta à acusação quando a atuação é em prol defesa) e possam agregar esclarecimentos diversos das já ouvidas na investigação preliminar, indicar meios de prova ou elementos que sirvam de supedâneo para a formulação de um requerimento judicial de produção probatória, dentre outras finalidades.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, buscou-se demonstrar que a sociedade globalizada, a velocidade de informações e o aumento da complexidade social geram riscos, que produzem tensões na esfera criminal. Dentre as tensões, um dos aspectos mais relevantes apontados foi o combate às organizações criminosas e a instituição das *Operações*, que passaram a relativizar direitos fundamentais, além de pressionar o Estado a mudar a metodologia de investigação.

Dentre as mudanças, passou-se a atribuição de investigação não só para a polícia, como também se autorizou que o Ministério Público e

outras instituições estatais passem a exercer atividades investigativas que servem de supedâneo para o desencadeamento de uma ação penal.

Dessa forma, a investigação defensiva surge como uma verdadeira resposta ao avanço da investigação do Estado, como forma de poder produzir um contraponto ou complemento (quando se atua pelo ofendido) às atividades que até então eram tratadas como privativas dos entes estatais.

Em busca da legitimação da investigação defensiva, analisou-se tratados internacionais, preceitos constitucionais e direitos implícitos, assim como aspectos infraconstitucionais que servem de supedâneo para legitimar o instituto analisado, demonstrando-se que se pode, sim, sustentar a possibilidade do exercício da investigação defensiva no Brasil, ainda que ausente uma disciplina própria.

Em linhas conclusivas, embora o instituto mereça um maior aprofundamento, se pode estabelecer que hoje a investigação defensiva está legitimada implicitamente no ordenamento jurídico pátrio e é uma atividade necessária para a efetivação dos direitos humanos e direitos de defesa, seja do ofendido ou do imputado, a cargo do advogado particular ou da Defensoria Pública.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, M. F. O conceito jurídico de maxiprocesso criminal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 73–94, 2022. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2022v7n1p73-94. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/118>. Acesso em: 27 nov. 2022;

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021;

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 593.727/MG. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. [...] Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 27 nov. 2022;

CORREA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 127, p. 167-198, jan. 2017;

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP);

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo, Atlas, 2009.

PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. n. 17. p. 113-169. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1996;

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

10

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA PRISÃO E A SUA INDISSOCIÁVEL RELAÇÃO COM O (NÃO) ACESSO À JUSTIÇA PENAL ¹

Priscila Vargas Mello ²

1. INTRODUÇÃO

“O pensamento sobre o processo não o abandonou mais. Mais de uma vez já havia refletido se não seria bom trabalhar na redação de um documento de defesa e encaminhá-lo ao tribunal. [...] K. nem mesmo sabia quais medidas o advogado estava tomando; de qualquer forma, não era muita coisa, pois já não o chamava há mais de um mês, e em nenhuma das discussões anteriores K. havia tido a impressão que aquele homem poderia ser de grande ajuda pra ele”.
(KAFKA, 2013, p.137)

Abordar a garantia de acesso à justiça permite-nos refletir sobre a dificuldade de muitas pessoas usufruírem das estruturas do poder judiciário, dos tribunais; apresenta-nos exemplos concretos de entraves, dificuldades de compreensão e de se fazer compreendido. Entraves e desafios que comprometem a efetivação de direitos humanos

¹ Este ensaio consiste em versão revisada do artigo científico apresentado como requisito de avaliação da disciplina Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, ministrada por Flávia Piovesan, entre os meses de março e abril de 2015, aos discentes do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário Ritter dos Reis.

² Doutoranda em Desenvolvimento Regional pelo Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS); bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário Ritter dos Reis (Bolsista CAPES com dedicação exclusiva; defesa em fevereiro de 2016). Mãe, professora e Advogada. ORCID: 0000-0003-3000-2886. Endereço: Rua Dr. Pereira Neto, 10/506, torre 02, Porto Alegre/RS. Telefone: (51) 99363-9012. E-mail: priscilavargasm@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7460587519113027>.

e fundamentais. Por isso, o debate sobre o acesso à justiça é um tema atual e de relevância permanente.

No que tange à realidade prisional, o tema relaciona-se com a necessidade de denunciar as funções reais do sistema de justiça criminal e de suas instituições. A urgência está, portanto, em verificar a efetividade do acesso à justiça penal, ou melhor, refletir sobre sua não efetividade, circunstância que impede o exercício da defesa ampla e efetiva. Como salienta Castro (2005, p.119), não se trata de usar a criminologia crítica para negar o direito, mas sim de muni-lo com outros olhares, análises e reflexões.

A hipótese deste artigo confronta-se com a inexistência de acesso à justiça penal à mulher privada da liberdade, na Penitenciária Feminina Madre Pelletier (Madre Pelletier), ainda que esteja devidamente representada pela defensoria pública. Significa dizer que: as mulheres presas que foram acompanhadas pela pesquisadora, no período temporal indicado,³ mesmo quando assistidas pela defensoria pública, não usufruíram da garantia à ampla defesa; o acesso à justiça penal ocorreu formalmente e, portanto, temos como hipótese a objetificação dessas mulheres, enquanto instrumentos necessários aos reais fins do Estado Penal.

Para desenvolvimento da pesquisa, partimos de abordagem qualitativa, por meio do atendimento prestado pela defensoria pública na Madre Pelletier, localizada na cidade de Porto Alegre, no Estado do

³ O recorte temporal deste ensaio consiste em recorte de pesquisa empírica muito mais ampla e densa, desenvolvida e defendida como dissertação de Mestrado, no Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, sob orientação de Dani Rudnicki (MELLO, 2016).

Rio Grande do Sul. A coleta dos dados foi realizada no mês de maio de 2015, durante a observação de quatro dias de atendimento jurídico, prestados pela defensoria pública no local. De acordo com Oliveira (2004), trata-se de pesquisa sociojurídica, pois utiliza a sociologia para análise de um objeto do direito: a experiência de acesso à justiça penal.

Além disso, o objetivo também consiste em descrever as relações que se desenvolveram no campo, a partir do atendimento prestado pela instituição pública, analisar a qualidade e efetividade do serviço disponibilizado, verificar a forma como as informações foram repassadas às mulheres aprisionadas, ou seja, “[...] descrever um sistema de relações, mostrar como as coisas interagem dentro de uma rede de influência múltipla ou suportam uma relação de interdependência ou qualquer coisa, a fim de descrever as conexões entre as especificidades” (BECKER, 2014, p.188). Portanto, o objetivo também consistiu em apreender detalhes e construir uma percepção sobre o acesso à justiça penal, na realidade da comunidade Madre Pelletier.

O estudo divide-se em três partes, a primeira delimita a concepção do direito de acesso à justiça e sua dinâmica no processo penal; a segunda descreve o campo realizado e; a terceira desenvolve o cruzamento dos dados, apresentando as reflexões resultantes do tensionamento entre a concepção dogmática e normativa do acesso à justiça penal e a realidade da assistência jurídica disponível, no ambiente prisional da Madre Pelletier.

2. O ACESSO À JUSTIÇA

O relatório desenvolvido por Cappelletti e Garth, sob título “Acesso à Justiça”, embora não tenha tratado sobre as limitações, seletividade e desigualdades inerentes à justiça criminal (SINHORETTO, 2014, p.403), possui reflexões fundamentais para o tema. Para eles, o acesso à justiça deve ser compreendido a partir de duas perspectivas, a primeira como acesso efetivo a um sistema que viabilize a reivindicação de direitos e resolução de conflitos e a segunda como acesso a resultados social e igualmente justos. O acesso à justiça é compreendido como o mais fundamental dos direitos humanos, pois é através dele que os indivíduos podem demandar do Estado a efetivação de outros direitos e garantias fundamentais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.12, 15).

Embora em um contexto político e social diverso do brasileiro, Cappelletti e Garth chamaram a atenção para obstáculos presentes até os dias atuais: a justiça, a despeito de desenvolver procedimentos simplificados, ainda é cara e as pessoas têm dificuldade em compreender os seus direitos. Nesse sentido, o estudo de Santos (1999, p.147) também se aproxima da realidade brasileira e confirma a existência de barreiras econômicas, sociais e culturais que impediam (e ainda obstam) o acesso democrático aos tribunais, concluindo que a existência de um órgão que preste atendimento jurídico, ou o desenvolvimento de reformas processuais não são suficientes para resolver o problema de acesso aos tribunais.

Isso porque, tal fenômeno relaciona-se com numerosos fatores que devem ser analisados de forma sistemática. Por exemplo, o fato de que

peessoas com menos recursos tendem a conhecer menos os seus direitos, ou, quando conhecem, hesitam em pleiteá-los, por medo de sofrerem alguma represália; a distância geográfica entre o cidadão e os órgãos responsáveis pelo atendimento jurídico e jurisdicional; a realização de atendimentos jurídicos de maneira inadequada, mediante a exposição do cidadão a situações constrangedoras e humilhantes (ou seja, que resultem em experiências negativas no ambiente da justiça) tendem a contribuir para que o assistido oscile em postular seus direitos, em face da sensação de que o atendimento jurídico prestado àqueles que possuem mais recursos financeiros é melhor do que o prestado aos que não dispõem de uma defesa/atendimento particular. Além disso, quanto mais pobre, menos provável que o indivíduo conheça algum advogado, ou saiba onde e quando contatar um profissional (SANTOS, 1999, p.148).

No campo do direito penal, a concepção de acesso à justiça é analisada como elemento imprescindível para consolidação da própria dignidade humana daquele que for submetido à dinâmica do processo penal (SOUZA, 2011, 294-295; LOPES JUNIOR, 2007, p.390-391; GIACOMOLLI, 2014, p.14-17; SCHROEDER, 2006, p.53). A garantia de acesso à justiça é compreendida como parte de um mínimo existencial imprescindível para demanda de outras garantias, o que precisa ser viabilizado pelo atendimento da defensoria pública na hipótese de a acusada não ter condições de arcar com os custos de uma defesa particular. É dever do estado, enquanto responsável pela proteção dos

direitos humanos,⁴ garantir a existência de um atendimento público de qualidade para todos os seus cidadãos.

2.1 ACESSO À JUSTIÇA PENAL: O ESTADO DA ARTE

As normas de direitos humanos e direitos fundamentais estabelecem que o preso tem o direito a um processo penal de garantias. Isto é, toda a pessoa privada da liberdade, independentemente do crime cometido, tem o direito de se comunicar reservadamente com o seu defensor, de responder as imputações que lhe são opostas, de ser julgado por um juízo previamente estabelecido e com atos jurisdicionais públicos. Significa dizer que toda a pessoa privada da liberdade, que responda a um processo criminal (ou que esteja cumprindo pena), tem o direito de exercer o contraditório e a ampla defesa, de defender-se adequadamente das acusações que lhe são imputadas, sejam judiciais ou administrativas.

A dogmática garantista parte da premissa de que o processo penal não é um instrumento para aplicação do poder punitivo de forma arbitrária. O exercício desenfreado do poder punitivo, de um processo penal sem garantias e destinado, apenas, para garantia da ordem pública, converge-se à noção inquisitiva, na qual o indivíduo é o objeto

⁴ “Se é o respeito pela dignidade da pessoa humana que fundamenta uma doutrina jurídica dos direitos humanos, esta pode, da mesma maneira, ser considerada uma doutrina das obrigações humanas, pois cada um deles tem a obrigação de respeitar o indivíduo humano, em sua própria pessoa bem como na das outras. Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e de fazer que se respeitem as obrigações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania” (PERELMAN, 1996, p.401).

do processo e do estado.⁵ Assim, o valor mais relevante do processo penal está em concebê-lo como um instrumento de garantia e proteção do indivíduo (LOPES JUNIOR, 2015, p.35).

Nesse sentido, o principal desafio está na luta para que o processo penal seja constitucionalizado e, mais do que isso, seja interpretado a partir das normas de direitos humanos, tendo em vista que o estado brasileiro aderiu ao sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como porque é signatário de diversos tratados internacionais que estabelecem regras fundamentais para proteção dos indivíduos privados da liberdade (LOPES JUNIOR, 2015, p.32).

Em análise ao panorama normativo, verifica-se que o acesso à justiça está elencado como um direito humano na Declaração de Direitos Humanos de 1948 (artigo VIII), na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 8, 2, “e” e 25), nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pelo primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955 (artigo 83) e como direito fundamental dos cidadãos brasileiros, conforme o disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição Federal de 1988.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 592 de 1992, estabelece que os países membros possuem a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos humanos ali elencados,

⁵ A fundamentação do Estado de Direito, sob o pilar da dignidade da pessoa, produz importantes efeitos jurídicos, inclusive, no âmbito do processo penal. Neste, o imputado não pode ser instrumentalizado, tratado como objeto, como se uma *res fosse*, mas como um sujeito de direitos, um sujeito do processo (GIACOMOLLI, 2014, p.13).

mediante a criação de leis ou promoção de atividades que se façam necessárias para alcançar os objetivos traçados. O artigo 14 deste tratado internacional estabelece toda a diretriz necessária para a garantia de um processo humano, democrático e justo, a partir do pressuposto de que a pessoa acusada de um crime tem o direito de ser defendida por um defensor constituído e, não o tendo, de ser representada por um defensor designado de forma gratuita pelo estado.

Parte-se da necessidade de rompimentos, concessões e cortes importantes, nos planos das situações objetivas concretizadas e dos sujeitos encarregados de limitar a intervenção punitiva e de garantir a aplicação do devido processo constitucional e humanitário. [...] No âmbito do processo penal, mesmo havendo uma imputação de um delito, é de ser apartado o tratamento ao acusado como se fosse uma *res*, um objeto ou uma grandeza substituível. A aplicação e a execução das regras, ao caso concreto, seguem sua adequação à CF e aos diplomas internacionais: constitucionalidade e convencionalidade (devido processo). A dignidade da pessoa constitui-se não só em fundamento do Estado de Direito (art. 1^a, III, CF), exigível internamente, mas é oponível à universalidade (endo e extraprocessual). Sua dimensão positiva, no processo penal, exige uma estruturação em condições de validade, garantia e eficácia, com diques de contenção à inviolabilidade (dimensão negativa). Ademais da ordenação no plano objetivo e abstrato, na concretude exige dos sujeitos o ultrapassar de condutas arbitrárias e totalitárias, aniquiladoras da dignidade. (GIACOMOLLI, 2014, p.13,15).

Silva (2001, p.103) vincula o acesso à justiça penal ao oferecimento de um serviço adequado de atendimento jurídico, bem como a interpretação das normas processuais penais de acordo com os princípios constitucionais. A ausência de acesso à justiça no âmbito criminal fomenta a marginalidade e exclusão inerentes ao sistema,

sendo imprescindível a (re)formulação de procedimentos que (I) privilegiem medidas alternativas de resolução de conflito, (II) fomentem a educação em direito dos cidadãos e que (III) aperfeiçoem de forma constante os operadores jurídicos, para que tenham condições de absorver a crescente demanda e fornecer, ao mesmo tempo, um serviço de qualidade.

No mesmo sentido, Rudnicki (2001, p.2) salienta que o acesso à justiça é um conceito jurídico, é a prerrogativa do indivíduo de conhecer os seus direitos, de ter condições de demandá-los no tribunal; significa investir em educação e transformação, de forma que o judiciário esteja pronto para receber os cidadãos e estes não tenham medo de participar das estruturas da justiça.

De acordo com Souza (2011, p.290), a compreensão do acesso à justiça penal relaciona-se com o fato de que o acusado, ao contrário do que acontece em outros ramos do direito, não tem intenção direta de demandar contra o estado. O interesse do processo penal (liberdade) diferencia-se dos objetivos de outros ramos do direito sendo fundamental pensá-lo a partir de suas próprias categorias e das particularidades que emergem do seu desenvolvimento no tempo, pois a teoria geral do processo (e as concepções utilizadas no processo civil) não tem lugar neste debate (CARVALHO, 2015, p.231; LOPES JUNIOR, 2015, p.68-70). A acusada precisa de um defensor que o auxilie na construção de sua defesa técnica, atento à efetivação das garantias processuais e preocupado em evitar a restrição ilegítima de direitos.

Neste contexto, o acesso à justiça penal abrange o direito de uma defesa material. Trata-se de garantir que o indivíduo processado (ou em

cumprimento de condenação criminal) tenha acesso a uma defesa preocupada com o respeito às garantias processuais e constitucionais, apresentando alegações adequadas ao se manifestar, presente nos atos solenes, produzindo peças processuais motivadas, contraditando as acusações; uma defesa atenta à dinâmica processual e às peculiaridades do caso concreto, pois, ao contrário disso, estar-se-ia privilegiando uma defesa formal e não condizente com o mínimo existencial no contexto de um estado democrático de direito (SOUZA, 2011, p.290, 294, 301).

Desta forma, verifica-se que o exercício da defesa material se relaciona com o acesso à justiça penal e com o respeito à dignidade humana do indivíduo privado da liberdade (GIACOMOLLI, 2008, p.340), pois esse princípio é o eixo central de nosso ordenamento jurídico, deve ser o parâmetro para aplicação e interpretação do sistema como um todo, visto que o Estado existe em função das pessoas (PERELMAN, 1996, p.401; PIOVESAN, 2011, p.79). Assim, a ausência de um defensor (ou sua presença formal) não permite que o indivíduo resista às acusações apresentadas pelo órgão acusatório e, por consequência, não garante o respeito às garantias previstas nas normas de direitos humanos e fundamentais.

3. DA REALIDADE PRISIONAL: O ATENDIMENTO JURÍDICO PRESTADO NA INSTITUIÇÃO PUNITIVA

O sistema de justiça criminal foi pensado por homens e para homens (LARRAURI, 1993, p.17-18; LEMGRUBER, 2001, 374; ESPINOZA,

2004, p.50; PORTELLA, 2014, p.163).⁶ É uma estrutura que desconsidera as peculiaridades do público feminino. Para justificar isso, os responsáveis pela administração pública utilizam-se do argumento de que as mulheres são em número muito inferior em comparação aos homens, o que não justificaria o investimento em melhorias e políticas que levem em consideração as necessidades do público feminino.

Ademais, a maior participação das mulheres na agenda delitiva relaciona-se com a abertura de sua participação social, com o recrudescimento da legislação penal e um tratamento mais enérgico com as mulheres que chegam ao sistema de justiça criminal. A mulher é penalizada por contrariar a legislação penal e as leis sociais que lhe exigem o exercício do papel de boa mãe e esposa. Logo, a mulher é punida duplamente: sofre pena mais severa, é abandonada por seu companheiro e impedida de conviver com os filhos. O cárcere feminino tende a ofertar restrições e desagregações mais intensas à mulher do que ao homem.

Conforme estudo de Rudnicki e Schroeder (2012, p.120-121), as mulheres presas na Madre Pelletier são jovens entre 19 e 29 anos; possuem ocupação profissional vinculada a atividades domésticas e em

⁶ “Finalmente, a criminologia feminista também lança o olhar para o campo institucional, observando que, assim como na academia, o sistema de justiça criminal é predominantemente masculino e as posições de poder são quase que exclusivamente ocupadas por homens. Mais do que um cálculo a respeito das oportunidades igualitárias para ambos os sexos, as feministas pretendem chamar a atenção aqui para o fato de que um ambiente masculino, orientado por premissas científicas androcêntricas e pelos valores patriarcais de nossa sociedade, irá favorecer a expressão de expectativas estereotipadas com relação ao comportamento feminino apropriado, que, por sua vez, irão orientar o julgamento das mulheres que entram no sistema, tanto como vítimas, quanto como agressoras. Em consonância com as teorias da reação social, a criminologia feminista estimula a reflexão sobre a natureza da lei e de suas suposições predominantes, levantando a questão dos interesses que são servidos pela lei e quais não são por ela tratados” (PORTELLA, 2014, p.163).

sua grande maioria são presas provisórias provenientes de acusações de tráfico de entorpecentes. Trata-se de mulheres pobres e que não possuem condições de contratar assistência jurídica particular. Muitas destas mulheres ocupam o papel de “chefe de família”, são as responsáveis pelo sustento dos filhos e demais familiares. Existem mulheres que se envolveram com a prática delitiva para dar continuidade às atividades exercidas pelo companheiro preso, ou para sustentar os filhos ou, ainda, porque isso foi a forma mais “fácil” de promover as necessidades materiais de seus familiares. As presas sinalizam o sofrimento acentuado da mulher no sistema de justiça criminal. A invisibilidade das diferenças fica clara, por exemplo, quando elas falam sobre a dificuldade de exercer a maternidade e de estabelecer/manter o vínculo afetivo com os filhos.

Entristecem-se ao comentar que o cárcere prejudica o relacionamento com os filhos e apesar de receberem visitas das mães, temem o retorno, porque se distanciaram do cotidiano familiar e perderam a possibilidade de acompanhar a infância das crianças. Uma relata que a filha foi alvejada e morta, aos 11 anos de idade, por vingança vinculada ao tráfico: “Quando soube da notícia, não conseguia fazer mais nada, perdi muito mais, perdi o chão, quando a notícia chegou, eu estava aqui, na prisão”. (RUDNICKI; SCHROEDER, 2012, p.121-122).

Assim, verifica-se que a população da Madre Pelletier não destoa da realidade de outras prisões brasileiras. Segundo Lemgruber (2001, p.375), as mulheres presas são jovens, com menos de 30 anos de idade, pobres, não concluíram os estudos e, quando ocupam o mercado de trabalho, estão inseridas em cargos profissionais que não exigem

qualificação. Diferenciam-se dos homens, pelo fato de que parcela significativa responde por crimes sem violência, relacionados à propriedade ou ao tráfico de drogas. A maioria das mulheres presas sofreu algum tipo de violência física ou sexual; frequentemente assumem a responsabilidade pelos filhos e sustento do grupo familiar; os filhos, quando presas, ficam com algum parente próximo ou são encaminhados a instituições cuidadoras; e são portadoras de HIV e doenças mentais em quantidade superior ao público masculino.

3.1 O ATENDIMENTO JURÍDICO NA MADRE PELLETIER

O atendimento jurídico prestado na Madre Pelletier é de responsabilidade preponderante da defensoria pública, enquanto instituição responsável pela assistência jurídica integral e gratuita daqueles que não possuem condições de pagar pelos serviços de um advogado particular. A casa prisional também disponibiliza uma servidora pública para assistência jurídica, com a atribuição de prestar esclarecimentos e repassar informações. Na época da coleta destes dados empíricos, a casa prisional não contava com dados sistematizados que pudessem confirmar quantas presas dependiam do atendimento da defensoria pública. Contudo, na observação realizada durante aquele mês, praticamente todas as mulheres presas usufruíram da presença da defensoria pública, mesmo quando tinham advogado particular nomeado para defendê-las. Em razão disso, a afirmativa de que *a maior parte das mulheres da Madre Pelletier dependem do atendimento da defensoria pública* não se mostra desprovida de veracidade ou

objetividade científica, mas decorre da observação empírica do local e do acompanhamento de todos os atendimentos jurídicos que foram feitos.

Sobre a dinâmica do atendimento, observamos que a defensoria disponibilizava um representante institucional para atendimento das presas, que comparecia na instituição uma vez por semana. O defensor não tinha um espaço próprio para exercer suas atividades. A administração prisional disponibilizava uma sala da parte administrativa, com duas mesas, dois computadores, uma máquina para impressão e cópia, alguns arquivos e armários. Não havia cadeiras para as presas se sentarem, elas permaneciam em pé durante a consulta (ou atendimento). A seleção para usufruir do serviço da defensoria pública seguia um critério de revezamento. O defensor organizava uma lista física, por ordem alfabética, a partir das galerias prisionais. As presas eram encaminhadas conforme este registro. Segundo ele, seria uma forma de tornar o acesso igualitário e evitar que algumas presas fossem mais atendidas do que outras.

Depois que o defensor se instalava no local, ele pedia para o agente penitenciário do plantão encaminhar as mulheres presas, seguindo a ordem da lista então formulada, disponibilizada à administração da casa prisional, logo que chegava à prisão. A sala na qual o defensor realizava as consultas permanecia com a porta aberta. Durante o atendimento outros funcionários entravam no local, utilizavam a impressora para cópias e impressões ou, ainda, interrompiam a consulta para indicar ao defensor presas que solicitavam vê-lo com urgência, mas que não estavam na lista de atendimentos do dia. Portanto, não havia

privacidade ou contato reservado com a defesa pública. O tempo sempre era dividido com outra presa ou funcionário que permanecia no local.

A principal preocupação das mulheres relacionava-se com o tempo de permanência na prisão, pois em sua maioria diziam-se ser as provedoras financeiras da família, possuíam filhos em abrigos ou com algum parente, cuja situação financeira estava bastante prejudicada. Outra preocupação preponderante estava em verificar se o período que permaneciam trabalhando e/ou estudando, na prisão, estava corretamente computado para fins do abatimento da pena (tendo em vista os benefícios de progressão de regime estabelecidos na lei de execução penal).

Algumas presas possuíam o controle dos dias trabalhados e estudados, demonstravam possuir conhecimento da quantidade de pena que deveria ser abatida do total a ser cumprido. Quando a apenada tinha seu controle escrito, o atendimento prestado pelo defensor público era facilitado, pois ela tinha condições de demandar o pedido judicial ou indicar um possível equívoco no cômputo dos períodos indicados no sistema. No entanto, a maioria das presas não controlava esta informação por escrito, algumas sequer conseguiam ler e, em face disso, o acesso a direitos e ao diálogo efetivo com o representante da defensoria pública praticamente inexistia, ocorrendo, na verdade, de maneira formal.

As presas também perguntavam frequentemente sobre a data de audiências, resultado de pedidos de liberdade ou habeas corpus. Por exemplo, no que se refere aos processos criminais em fase de conhecimento, grande parte dos atendimentos não se destinavam à

verificação da situação delitiva para construção de estratégia defensiva, a defesa pública apenas esclarecia dúvidas quanto à data de audiência, o não deferimento de pedidos para soltura ou explicações da dinâmica do processo penal. O defensor também orientava as presas a solicitarem aos seus familiares o comparecimento na defensoria pública, localizada no foro em que tramitasse o processo penal (a acusação propriamente dita), munidos do nome completo, endereço e dados de possíveis testemunhas do fato, de forma que o defensor público, responsável pela defesa no processo penal, pudesse dar pleno andamento à defesa.

Para analisar a situação jurídica, o defensor utilizava o sistema de consultas do site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ou o sistema de consulta processual interna da defensoria pública (este último, possuía as mesmas informações disponibilizadas no site do tribunal de justiça, apenas com certa facilidade na pesquisa de processos criminais, pois o defensor poderia pesquisar pelo nome da apenada e comarca). Em alguns casos, o defensor já tinha o número do processo de execução criminal da presa que comparecia ao atendimento, o que facilitava a busca da informação no sistema. Quando a presa não sabia o número do processo criminal, o atendimento normalmente era prejudicado, pois o defensor público não tinha acesso a um sistema interno que disponibilizasse esta informação. Nestes casos, por exemplo, o defensor solicitava que as próprias presas buscassem a informação no setor jurídico da prisão e retornassem em outra data para término da consulta.

3.2 O RELATO DE ANA

Durante o campo, Ana⁷ não tinha qualquer dado do seu processo criminal. Ela relatou que tinha advogado particular, no entanto, ele nunca tinha comparecido no local para lhe dar esclarecimentos sobre o caso, ou explicar como ela seria ouvida em audiência. Na época, durante o atendimento, o defensor questionou se ela já havia verificado seus dados no setor do jurídico, pois era o *setor jurídico da Madre Pelletier*, e não a defesa pública, que teria condições de fornecer o número do processo criminal. Ana respondeu que já tinha solicitado o atendimento, no entanto, não tinha obtido sucesso em conseguir a informação. Relatou, também, os motivos pelos quais acreditava estar presa e sua preocupação em *como seria ouvida pelo juiz responsável por seu processo criminal*.

Neste caso, além de Ana não saber o número do seu processo, o defensor também não forneceu tal informação, pois relatou não ter acesso ao sistema, resumindo-se a explicar o procedimento do processo penal, as possibilidades de oitiva do réu, quando está preso em local diverso do foro em que tramita o processo criminal, e orientá-la no sentido de conversar com seus familiares, para que eles entrem em contato com o advogado particular o mais rápido possível. Em outras palavras, mesmo que Ana tivesse advogado particular, devidamente nomeado, o atendimento prestado pelo representante institucional da defensoria pública, para além de meramente formal, apenas confirma o silenciamento e abandono da acusada.

⁷ Nome fictício para fins de preservação da identidade das participantes da pesquisa.

Como observado em outros casos, semelhantes ao de Ana, no sentido de a presa ter advogado particular nomeado, o defensor público responsável pelo atendimento não entrava no mérito da situação processual. Ele repassava informações genéricas como, por exemplo, “*agora está nas mãos do juiz*”, “*agora está nas mãos do promotor*”, “*o recurso aguarda julgamento do tribunal*”, explicando a dinâmica do procedimento para aquelas presas que manifestavam dúvidas. Havia um cuidado por parte do defensor de não interferir no atendimento realizado pelo advogado particular. No entanto, esta carência de informações, experienciada pelas presas, mesmo quando detentoras de *advogado particular*, sugeria que elas, além de não compreenderem a situação jurídica de seus processos, não possuíam o contato direto com o advogado responsável pela condução do seu processo.

Neste ponto, importante pensar sobre a dimensão da experiência processual. Ou melhor, a pesquisadora, na condição de ouvinte e telespectadora, na época deste campo empírico, há cerca de 6 anos atrás, já sentia significativo desconforto pela falta de qualidade das informações prestadas durante o atendimento da defensoria pública. Hoje, alguns anos depois, repensando sobre o diário de campo e sobre as reflexões daquela época, percebo a complexidade da falta de informação na experiência do aprisionamento. Por exemplo, se nós, pessoas em situação de liberdade, não condicionadas aos muros da prisão, sequer temos paciência de esperar pela resposta de uma mensagem em mídias sociais, tais como o famoso *WhatsApp*, o que pensar da sensação dessas mulheres, que, em sua significativa maioria, não entendiam a extensão e a dimensão da acusação penal, tampouco

conseguiam acessar informações concretas, claras e objetivas que lhes permitissem entender a situação processual ou formas pelas quais pudessem, realmente, contribuir para a construção da defesa penal.

Em entrevista com o defensor responsável pelos atendimentos, foi questionado sobre quais seriam os fatores que mais prejudicavam o atendimento jurídico no sistema prisional, para ele: a demora no encaminhamento das presas para atendimento, a falta de organização do sistema de execução criminal (o sistema seria lento; a estrutura precária; as informações esparsas; as presas não tinham conhecimento do número de seus processos; a casa prisional também não tinha essa informação de pronto; na maioria das vezes, as presas e outros profissionais do local interrompiam o atendimento, para solicitar esclarecimentos e/ou indicar novos atendimentos); a morosidade na juntada de petições judiciais; e a dificuldade de explicar às presas que os juízes possuem concepções diferentes sobre os pedidos formulados, ainda que muitas delas não parecessem justas.

Nesse sentido, Ferrajoli (2002, p.490) leciona que uma disputa processual leal, acusatória e igualitária necessita da igualdade de armas no jogo. A defesa precisa compartilhar das mesmas armas que os demais atores processuais. Porém, quantas defesas foram (e são) “construídas” com base em frias percepções, distantes do contato pessoal com a assistida, mediante breves referências de uma rápida conversa? Aliás, quantas conversas se perderam entre as fichas (não) distribuídas para atendimento de um único defensor, designado para a respectiva casa prisional?

4. PENSANDO SOBRE O (NÃO) ACESSO À JUSTIÇA PENAL

A partir da análise de campo, verifica-se que o atendimento da defensoria não supre a demanda de pedidos, tem um caráter informativo e formal. Informativo, porque se presta a esclarecer a situação geral do processo criminal e quais seriam as próximas etapas do procedimento; formal, porque não permite a construção de uma defesa materialmente efetiva, isto é, não há espaço para desenvolvimento de estratégias processuais, observação de detalhes que possam inovar a situação processual. A defensoria pública está presente nesta casa prisional, porém, não desenvolve uma defesa que permita o exercício do devido processo legal e do acesso à informação.

Neste contexto, amolda-se o diagnóstico de Sinhoretto (2014, p.407-408), quando afirma que o acesso à justiça no sistema criminal é formal, ou seja, está apenas descrito na legislação. O campo apresenta-se fragmentado, enquanto em algumas áreas há o desenvolvimento notório de ferramentas para viabilizar o acesso efetivo e democrático aos tribunais, em outras áreas (como o direito penal) permanecem as tradicionais práticas arbitrárias, formais e não igualitárias que impedem o acesso de certos grupos aos tribunais, impedem a reivindicação de direitos, as pessoas são inseridas em uma lógica de acesso formal e não efetivo.

A partir da constituição federal 1988, observa-se o desenvolvimento de ferramentas para democratizar o acesso à justiça. Desenvolveram-se mecanismos, a legislação foi alterada e alternativas são oferecidas. No entanto, a análise qualitativa destas alterações e

serviços aponta para o sentido inverso: há o predomínio de sistemas burocratizados, soluções que seguem buscam celeridade sem a devida preocupação com os direitos e garantias processuais que estão em jogo. O sistema de justiça criminal funciona de forma discriminatória e foca sua atuação em determinados grupos e crimes, resultando em práticas discriminatórias, que obstruem o acesso à justiça e fortalecem práticas autoritárias e não igualitárias (SINHORETTO, 2014, p.407-408).

Baratta (1993, p.48), salienta que “[...] a violência é sempre uma repressão de necessidades e, portanto, violação ou suspensão dos direitos humanos”, a partir desta ponderação, refere que a violência é inerente ao sistema da justiça criminal e obstrui as necessidades reais de alguns em prol das minorias/grupos detentores de poder, uma vez que a resposta do sistema penal é simbólica, estará sempre relacionada com os interesses dos que possuem o controle dos bens de produção, reproduzindo as relações de desigualdade social. A noção de seletividade penal, no sentido de que alguns indivíduos são imunes à atuação do direito penal, é uma característica de todos os sistemas criminais.

A partir disso, é possível afirmar que o acesso formal à justiça penal caracteriza uma espécie de violência institucional e expressa a incapacidade do direito penal em formular uma proteção adequada aos direitos humanos. O sistema criminal abriga diversas restrições aos direitos de sua clientela, seja pelo caráter seletivo de seu exercício, que permite uma aplicação desigual do mesmo, seja porque em sua estrutura desenvolvem-se diversas formas de violência, que indicam o caráter simbólico do direito penal e sua incapacidade de promover os fins para o qual se propôs.

Segundo Prado (2005, p.67), os processos criminais, em sua maioria, são administrados por advogados dativos ou defensores públicos, que desconhecem a realidade enfrentada pelo assistido, o que impede uma comunicação efetiva entre o processado e o julgador, inserindo-se o acusado na perspectiva de uma defesa formal, em que os prazos são cumpridos, mas as garantias fundamentais, em sua grande maioria, não são efetivadas. Esta hipótese também se mostra atual no contexto da unidade prisional observada.

Isso porque, embora seja impossível que a presa entenda por completo as categorias de direito, teses jurídicas e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, constata-se a violação de direitos humanos a partir do momento em que ela sequer possui conhecimento do número de seu processo ou acesso facilitado a tal informação. As presas, com algumas exceções, não possuem o mínimo de conhecimento da fase processual de sua demanda criminal e dos argumentos que justificam sua privação de liberdade. Não há comunicação efetiva entre a mulher privada da liberdade e o defensor responsável por sua defesa no processo criminal.

Esta constatação tende a ser relativizada quando a presa possui algum familiar ou terceiro que compareça no atendimento prestado pela defensoria pública no respectivo foro em que tramita seu processo criminal. Quando a presa possui algum terceiro que faça esta ponte de interlocução entre sua versão dos fatos, necessidades, dificuldades e/ou situação social e familiar com o defensor público responsável pela defesa criminal, existe a possibilidade de construir uma defesa penal. Isto porque, este terceiro terá condições de levar dados de possíveis

testemunhas, esclarecimentos necessários para deslinde dos fatos que são descritos na denúncia, levar documentos para fundamentar pedidos de soltura e viabilizar o acesso à informação da mulher privada da liberdade (MELLO, RUDNICKI, SCHROEDER, 2015).

A assistência judiciária integral e gratuita é insuficiente para solucionar a problemática do acesso à justiça penal, pois a simples presença do defensor ou cumprimento de prazos processuais resulta em efetivação formal do direito de acesso à justiça em prejuízo do contingente marginalizado na justiça criminal (RUDNICKI, 2001, p.2). Cappelletti e Garth (1988, p.69) também sustentam que a assistência judiciária gratuita não é suficiente para efetivar o acesso à justiça, pois a simples garantia de assistência judiciária pode ser um “[...] substitutivo simbólico para a redistribuição de vantagem”.

A pesquisa publicada no portal Pensando o Direito do Ministério da Justiça, intitulada “Dar à Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão” (BRASIL, 2014), sob coordenação de Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti, apresenta como resultado a defasagem do número de defensores públicos no país (para cada defensor há uma expectativa de demanda de 16.043 pessoas, que se enquadram no critério econômico de renda de até três salários mínimos);* além disso, o estudo chama atenção para o fato de que as defensorias públicas não

* No caso do Rio Grande do Sul, com base no relatório produzido em 2013, existem 415 cargos, sendo que 385 foram ocupados, o que representa 92,8% de cargos providos. No Brasil, existem 8489 cargos e 5054 ocupados, representando 59,5% de cargos providos. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Mapa da Defensoria no Brasil: Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em 14 abr. 2015.

acompanham (em critério estrutural) o aumento das prisões e condenações (fluxo de encarceramento), prejudicando o desenvolvimento das defesas criminais.

Por um lado, no contexto brasileiro, contamos com um pequeno e concentrado contingente de defensoras para uma população prisional grande e dispersa e, por outro, temos um sistema de justiça que encarcera cada vez mais mulheres, causando o consequente aumento da necessidade de assistência jurídica. Logo, ao aumentar o contingente prisional, muitas vezes com prisões ilegais e desnecessárias, o próprio Estado contribui para o aumento da deficiência no acesso à justiça prestado às presas. A cultura do encarceramento permeia as práticas e discursos de diversas personagens do sistema de justiça, as quais são responsáveis por manter a prisão como principal política social e de segurança pública no Brasil. Em grande parte dos casos, a presa não tem possibilidade de se defender frente às instituições de controle: poucas têm contato, antes da audiência, com a defensora/defensor e, geralmente, não há espaços de fala – para contar sua versão dos fatos, contextualizar sua história, para além do crime eventualmente praticado. (BRASIL, 2014).

Assim, o drama da efetividade do acesso à justiça penal não está atrelado apenas à falta de informação dos direitos da processada e a inexistência de infraestrutura para cumprimento da pena aplicada, mas, também, ao fato de que a presa não tem condições de se comunicar e ser compreendida. Como referido anteriormente, o contato com o defensor é realizado na própria audiência ou minutos antes da solenidade, logo, não há condições de transmitir ao julgador elementos que possam influenciar na decisão judicial, resumindo-se o direito de defesa ao cumprimento de prazos de maneira tempestiva, formal e

mecânica (MELLO, 2013; BRASIL, 2014; MELLO, RUDNICKI, SCHROEDER, 2015).

Por conseguinte, embora a norma jurídica estabeleça regras para um jogo universal com elementos de um processo penal de garantias, isso, por si só, não impede que os operadores jurídicos restrinjam direitos fundamentais dos acusados importando elementos estranhos ao procedimento (ROSA, 2014, p.18-19). Nesse sentido, a crítica de Baratta (1993, p.56) e Carvalho (2015, p.227) ainda se faz atual e urgente, pois o direito e o processo penal não são elementos capazes de promover a proteção de direitos humanos.

A intervenção estatal na órbita da repressão e da punitividade, portanto, ao invés de estar associada às garantias e em respeito aos direitos das pessoas, demonstra radical potência para romper com a legalidade, produzindo ofensa aos direitos humanos e de todos os envolvidos: das vítimas, pela expropriação do conflito e pela revitimização operada no processo penal (vitimização secundária); e dos investigados, réus e condenados, face à inobservância das regras do jogo (penal e processual penal). (CARVALHO, 2015, p.227).

No que se refere ao fato da mulher privada da liberdade se deparar com o defensor público na própria audiência ou momentos antes da solenidade, ressalta-se que o atendimento que é prestado desta forma, além de impedir a comunicação efetiva com o julgador, representa o exercício de uma defesa formal. O atendimento prestado por defensores diferentes, em momentos distintos e sem comunicação efetiva entre os representantes institucionais - para fins de estabelecerem estratégias processuais, compartilharem informações relevantes para o caso, bem

como esclarecerem outras questões que se façam importantes - resultará na elaboração de frágil defesa, na qual não há controle de informações e sistematização para respectivo uso. Logo, há nítida violação do devido processo legal.

CONCLUSÃO

O objetivo deste estudo não é contestar o direito como um todo, mas trazer luz ao tensionamento entre o discurso dogmático/normativo e a realidade. Se olharmos para as disposições contidas na constituição federal e nas normas de direitos humanos, encontraremos as justificativas necessárias para construção de um processo penal de garantias, cuja finalidade seja a proteção da liberdade em face da dignidade da pessoa humana.

No entanto, ao ingressarmos no sistema prisional, nos deparamos com um abismo, no qual presenciamos a prática de atendimentos jurídicos que esclarecem dúvidas superficiais e que em nada contribuem para a construção de uma defesa penal material. A defesa tem uma relação direta com o acesso à justiça, o qual deve ser compreendido para além da presença de um defensor público no sistema prisional. Acesso à justiça penal e defesa material necessitam, indissociavelmente, de informações densas, atualizadas, disponíveis; de um contato reservado, de amadurecimento processual, isto é, de uma prática jurídica que não é fornecida quando se privilegia atendimentos dinâmicos, com informações insuficientes, sem estratégia processual, sem gestão de

retorno, enfim, sem o contato efetivo entre a mulher privada da liberdade e o advogado público responsável por sua defesa.

Assim, a partir dos elementos analisados, verifica-se que a hipótese deste estudo se confirma: as mulheres privadas da liberdade da Madre Pelletier, atendidas pela defensoria pública, padecem sob os efeitos de defesas formais. A ansiedade pela liberdade fica evidente nos atendimentos e aparenta ser reforçada quando elas não entendem o que acontece no processo, ou quando não identificam, na guia de execução penal atualizada, a remição dos dias que trabalharam/estudaram. Em relação às presas que manifestaram possuir defesa particular, constata-se que o advogado não comparece regularmente na casa prisional, algumas sequer receberam a visita dele no local, o que sugere o acesso à justiça formal inclusive àquelas que pagam pelo atendimento jurídico.

Além disso, a partir da dinâmica do atendimento, mostra-se inviável fazer uma boa defesa, inclusive porque o defensor que atende na prisão não é o mesmo que atende no foro regional no qual tramita o processo criminal da presa, e ela quer sanar dúvidas deste processo, em um contexto que o defensor da casa prisional não tem como acessar informações, pois: (1) não está com o processo e (2) o sistema de consulta da defensoria pública tem as mesmas informações que o site do tribunal de justiça, ou seja, não há um detalhamento da informação.

É possível concluir que inexistente um sistema que possibilite a circulação da informação de forma densa. O atendimento prestado pelo defensor público possibilita, apenas, análise superficial de informações, data de audiências e outras solenidades, confecção de pedidos para contagem do tempo de trabalho e estudo para fins de abatimento da

pena, é um atendimento de natureza burocrática e formal. Se a presa não possui o mínimo de conhecimento de seus direitos, cumprirá sua pena sem entender os detalhes de sua condenação, ou o que levou o estado a interferir de tal forma em sua liberdade.

A partir destas questões, verifica-se que embora a dogmática entenda que o acesso à justiça penal corresponde a uma defesa material, enquanto núcleo mínimo imprescindível à dignidade humana do indivíduo processado criminalmente, na prática, tais pessoas sofrem os efeitos de defesas formalmente construídas. Talvez, essa não seja (e em muitas situações não aparenta ser) a intenção da defensoria pública, no entanto, é isso que acontece na maioria das defesas criminais. O defensor desconhece a realidade do assistido e o assistido desconhece o seu defensor, os seus direitos e sequer tem condições de resistir às restrições do poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica**. 22 dez. 1969. Legislação de Direito Internacional: Saraiva. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.422-439.

_____. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**, 16 dez. 1966. Legislação de Direito Internacional: Saraiva. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.402-414.

BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre, v.6, n.2, p.44-61, abr./maio/jun., 1993.

BECKER, Howard S. A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa. **Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies**, vol. 1, n. 2, jul 2014, p.184-198.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Ministério da Justiça. **Dar à luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/volume-51-dar-a-luz-na-sombra-condicoes-atuais-e-possibilidades-futuras-para-o-exercicio-da-maternidade-por-mulheres-em-situacao-de-prisao/>>. Acesso em 13 abr. 2014.

_____. Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. **Mapa do Encarceramento:** Os jovens do Brasil. Disponível em: <<http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação.** Rio de Janeiro: Revan 2005.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo.** São Paulo: IBCCRIM, 2004.

KAFKA, Franz. **O Processo.** Porto Alegre: L&PM, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. In: WUNDERLICH, Alexandre; et al. (Orgs.). **Política Criminal Contemporânea:** Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.331-344.

_____. Nereu. **O Devido Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Mapa da Defensoria no Brasil: Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em 14 abr. 2015.

LARRAURI, Elena. É neutro o direito penal? O mau-trato às mulheres no sistema penal. **Fascículo de Ciências Penais**. Porto Alegre, v.6, n.1, p.8-22, jan/fev/mar, 1993.

LEMGRUBER, Julita. A Mulher e o Sistema de Justiça Criminal: algumas notas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. v.36, p.370-382.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.371-405.

MELLO, Priscila Vargas. **Defensoria Pública**: Construindo as Faces do Acesso à Justiça na Execução da Pena. 2013. 98 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) - Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2013.

MELLO, Priscila Vargas. **As mulheres presas e o acesso à justiça penal**: ignorância de quê(m)? 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre - RS, 2016.

MELLO, Priscila Vargas, RUDNICKI, Dani; SCHROEDER, Simone. Acesso à Justiça Penal: Reflexões sobre a atuação da defensoria pública do Rio Grande do Sul. In: *Sociology of law on the move*, 09 mai. 2015, Canoas, Brasil.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTELLA, Ana Paula. Criminologia feminista. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (Orgs.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p.161-164.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda Coutinho. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.67-69.

REGRAS MÍNIMAS PARA TRATAMENTO DO PRESO DA ONU, Resolução 2076/77
Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>.
Acesso em: 08 jun. 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. A Superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: 2014.

RUDNICKI, Dani. Acesso à justiça penal: cifra oculta da criminalidade e defesa efetiva do acusado. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 1, n. 7, p. 57-66, abr/jun, 2001.

_____; SCHROEDER, Simone. Uma Visão Contemporânea da Pena de Prisão. In: RUDNICKI, Dani (Org.). **Sistema Penal e Direitos Humanos: (im)possíveis interlocuções**. Porto Alegre: UniRitter, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7.ed. Porto: Afrontamento, 1999.

SCHROEDER, Simone. **A Execução Penal: um olhar a partir da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana**. 2006. 288 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2006.

SILVA, Marco Antônio da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SINHORETTO, Jacqueline. Seletividade penal e acesso à justiça. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (Orgs.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p.400-410.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça Penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org